

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 586/2025

Fecha de sentencia: 25/06/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 785/2023

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 18/06/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

Resumen

Delito de homicidio en grado de tentativa y lesiones.

Recurso casación tras la reforma operada por Ley 41/2015 con la instauración del previo recurso de apelación ante los TSJ.

No hubo petición de nueva prueba pericial al inicio del juicio oral.

Duplicidad de peritos en el sumario ordinario, art. 459 LECrim. No tiene carácter esencial.

Art. 730 LECrim. Solo vinculan las pruebas practicadas en el juicio oral.

El testigo ausente prestó declaración ante el fiscal de Menores, y la prestada ante el Juzgado, no intervinieron el resto de las partes.

Ámbito aplicación art. 849.1 LECrim. Respeto hechos probados.

Compatibilidad condena por delito de homicidio intentado y lesiones consumadas.

La aplicación del art. 16.2 CP no fue articulada en el recurso de apelación previo. Cuestión nueva per saltum.

Agravante de motivación ideológica art. 22.4. Doctrina de la Sala.

Atenuante de reparación del daño. No concurre.

Atenuante dilaciones. Se aprecia como simple y no como cualificada.

RECURSO CASACION núm.: 785/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 586/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Manuel Marchena Gómez

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 25 de junio de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **785/2023**, interpuesto por
, representado por el procurador D.

, bajo la dirección letrada de D^a.

, contra la sentencia nº 446/2022, de fecha 13 de diciembre de
2022, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia
de Madrid, en el Rollo de Apelación nº 493/2022. Ha intervenido el Ministerio
Fiscal; y, como parte recurrida: D. y D.

, representados por la procuradora D^a,
bajo la dirección letrada de D.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la
Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Alcobendas instruyó Procedimiento Sumario Ordinario nº 653/2016, contra

, por dos delitos de homicidio en grado de tentativa y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que en el Rollo de Procedimiento Sumario Ordinario nº 540/2020, dictó sentencia nº 425/2022, de fecha 11 de julio de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<SE DECLARA PROBADO: Que el acusado, , conocido como " ", mayor de edad y sin antecedentes penales, en la fecha de los hechos que a continuación se exponen, era miembro de grupos de ideología nazi, vinculadas con la extrema derecha, y sobre las 00:08 horas del día 5 de Marzo de 2016, se encontraba con unos amigos en el bar "A mi manera", sito en la , y al pasar por dicho establecimiento y , tuvieron un enfrentamiento verbal con una pareja que estaba en la puerta del establecimiento, que posteriormente desembocó en un forcejeo, lo que motivó que, ante los gritos de la pareja, salieran del local el procesado y otros jóvenes que se encontraban en el local, lo que motivó la huida de y , que fueron perseguidos por aquellos con expresiones tales como "guarros; rojos; Skin Retiro, Hitler Fans, Venimos de Madrid a mataros, hijos de puta", al identificarles, por su estética exterior, y por anteriores enfrentamientos, como personas de extrema izquierda, logrando darles alcance en la , donde les agredieron con distintos instrumentos peligrosos que portaban como cuchillos, un destornillador y un cúter, en la que participaron varios de los amigos del procesado, menores de edad, hechos que han sido objeto de enjuiciamiento en la jurisdicción de menores, y en el transcurso de dicha agresión el procesado dio alcance a , quien cayó al suelo en el marco del forcejeo que se produjo entre ambos, y, aprovechando dicha situación, el procesado le inmovilizó, poniéndose de rodillas encima de aquel y, con ánimo de acabar con su vida, intentó clavar con fuerza en el pecho a el cuchillo que portaba, si bien éste pudo evitarlo sujetando el arma con sus propias manos, lo que le provocó grandes cortes en las mismas, mientras otras personas del grupo agresor le propinaban puñetazos y patadas en la cabeza y al apercibirse de la situación de peligro en que se encontraba , tras zafarse de la persona que le estaba agrediendo a él, propinó una patada al procesado para alejarle de , momento en que el procesado se le encaró y le lanzó una cuchillada que le alcanzó en la cara,

causándole un corte desde la comisura del labio hasta la región preauricular derecha (boca-oreja).

Como consecuencia de la agresión referida, tuvo las siguientes lesiones: una herida incisa en región volar de mano izquierda; en región interfalángica del primer dedo, en pulpejo de segundo dedo, en tercera falange de tercer dedo, en segunda falange de cuarto y quinto dedo y en cabeza de cuarto metacarpiano; herida inciso contusa malar derecha de 1 cm; herida incisa en mejilla derecha de 2.5 cm y contusión frontal, debiéndose las heridas sufridas en la mano izquierda al sujetar la hoja del cuchillo con la mano y que han requerido tratamiento médico quirúrgico mediante sutura de heridas, reposo y analgesia (36 puntos de sutura en la mano izquierda, quedando como secuela una cicatriz eutrófica en pulpejo de tercer dedo de mano izquierda, habiendo invertido en la curación de las heridas 15 días, todos ellos impeditivos.

Por su parte, , como consecuencia de la agresión descrita, sufrió las siguientes lesiones: herida incisa en hemicara derecha de 15 cm, que afecta a labio inferior y mejilla derecha hasta región preauricular; equimosis lineal en párpado inferior izquierdo; herida inciso-punzante en hipocondrio derecho de 1 cm entre la 9a y 10a costilla y hematoma subcapsular, requiriendo para su sanidad tratamiento médico quirúrgico mediante sutura de heridas, control radiológico, reposo y analgesia, quedando como secuela cicatriz eutrófica de 15 cm en hemicara derecha, parcialmente cubierta por la barba; cicatriz de 1 cm en hipocondrio derecho, lo que constituye perjuicio estético importante debido a la visibilidad de la cicatriz en la hemicara derecha, siendo el tiempo de curación de las heridas el de 30 días, de los cuales 20 han sido impeditivos.>>

SEGUNDO.- La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos condenar y condenamos a , como autor responsable de a) un delito intentado de homicidio, con la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica, a las penas de: OCHO AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y b) como autor de un delito de lesiones, con la concurrencia en ambos delitos de la agravante de discriminación ideológica, a la pena de: CUATRO AÑOS DE PRISION, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono de las costas de este juicio, con inclusión de las devengadas por la acusación particular, y a que indemnice a en la suma de 4.238 euros y a en 28.577,53 euros por las lesiones sufridas, que devengarán el interés legal del art. 576 de la LEC.

Se impone al procesado la prohibición de que se aproxime a _____ y a _____ por un plazo de nueve años, por el delito de homicidio intentado, y de cinco años por el delito de lesiones.

Se abona al procesado todo el tiempo que ha estado en prisión por esta causa.>>

TERCERO.- Notificada referida sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de _____, y una vez concluida la sustanciación del mismo en la Audiencia Provincial, se elevaron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en el Rollo de Apelación nº 493/2022, dictó sentencia nº 446/2022, de 13 de diciembre de 2022, que aceptó los hechos declarados probados en la sentencia apelada, y cuyo **fallo** tiene el siguiente contenido:

<<Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don _____ contra la sentencia 425/2022 de fecha 11 de julio de 2022 dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el procedimiento sumario ordinario 540/2020 apreciando la atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del CP, fijando en 7 años de prisión la pena impuesta al acusado como autor responsable de un delito intentado de homicidio con la concurrencia de la agravante de discriminación ideológica del artículo 22.4 del CP y la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del CP. Y en 3 años de prisión la pena impuesta al referido acusado como autor responsable de un delito de lesiones con la concurrencia de la a agravante de discriminación ideológica del artículo 22.4 del CP y la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.7 en relación con el artículo 21.6 del CP. Manteniendo las penas accesorias en la extensión y en los términos fijados en la sentencia impugnada, confirmando el resto de los extremos de la sentencia.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.>>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente

:

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con los arts. 728 y 729 del mismo texto procesal en cuanto a la distinción entre la carga de la prueba y el impulso procesal.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación al art. 459 del mismo texto procesal, en lo relativo al reconocimiento pericial por dos peritos cuando se trata de sumario ordinario.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 730 LECrim, en cuanto a la incorporación mediante lectura de las declaraciones prestadas en instrucción y sus requisitos.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 139 y 148 CP, en cuanto a la diferencia entre homicidio y lesiones y la autoría o no.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 22.4 CP, en lo referente a la agravante de motivación ideológica.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo de la art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 21.5 CP, en lo referente a la aplicación de la atenuante de reparación del daño.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 21.6 CP, en lo referente a la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como atenuante cualificada o muy cualificada.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de junio de 2025.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia nº 446/2022, de 13-12, dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, en el Recurso de Apelación nº 493/2022, que estimando parcialmente el recurso a los efectos de apreciar la atenuante analógica de dilaciones indebidas y rebajar las penas impuestas, confirmó el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid nº 425/2022, de 11-7, en el Procedimiento Sumario Ordinario 540/2020, que condenó a

por delito de homicidio en grado de tentativa y delito de lesiones, se interpone por el acusado el presente recurso de casación por 7 motivos:

El motivo primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con los arts. 728 y 729 del mismo texto procesal en cuanto a la distinción entre la carga de la prueba y el impulso procesal.

El segundo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación al art. 459 del mismo texto procesal, en lo relativo al reconocimiento pericial por dos peritos cuando se trata de sumario ordinario.

El tercero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 730 LECrim, en cuanto a la incorporación mediante lectura de las declaraciones prestadas en instrucción y sus requisitos.

El cuarto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 139 y 148 CP, en cuanto a la diferencia entre homicidio y lesiones y la autoría o no.

El quinto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 22.4 CP, en lo referente a la agravante de motivación ideológica.

El sexto por infracción de ley, al amparo de la art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 21.5 CP, en lo referente a la aplicación de la atenuante de reparación del daño.

El séptimo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 21.6 CP, en lo referente a la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como atenuante cualificada o muy cualificada.

Debemos, por ello, destacar previamente (vid. SSTs 723/2023, de 2-10; 296/2024, de 3-4, 335/2024, de 18-4) como la reforma operada por la Ley 41/2015, en el régimen de recursos del orden jurisdiccional penal supuso que se introdujera un recurso de apelación en los procedimientos que, antes de la reforma se enjuiciaban en única instancia por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Recurso de apelación residenciado en la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

La casación, en este caso concreto, no experimentaba modificación legal en la reforma, pero el hecho de instaurar una segunda instancia previa, cuando antes no existía, suponía necesariamente que el alcance y ámbito del recurso de casación debía variar, para resituarse al mismo en el lugar que le correspondía en la cadena de instancias sucesivas.

En este sentido, la STS 476/2017, de 26-6, fue la primera en resolver un recurso de casación contra una decisión de una Audiencia Provincial, con

posterior recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Parte del hecho de que la reforma de 2015 ha instaurado una previa apelación, lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales; de manera que la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible. Ello supone que la casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto: ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del Derecho en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. En consecuencia, añade:

«De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación. e interpretación del derecho, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento; ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación».

A la vista de las anteriores consideraciones, la STS 476/2017, de 26 de junio, fija como punto de partida que la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la

misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en:

1) La reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación, pues las cuestiones ya han tenido respuesta desestimatoria.

2) El planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

Todas estas ideas que se han señalado sobre esta modalidad de recurso se han plasmado, por ejemplo, en la STS 655/2020, de 3-12, que señala:

<<En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: “la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación”, y debe “realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación” (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, “que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto”.

El alcance de la impugnación casacional por error de derecho es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en

el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LEcrim.).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que –como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de Derecho, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las

razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.>>

- La necesidad de que el recurso tenga relevancia casacional ha sido definida, de manera gráfica por la STS 20/2021, de 18-1, con la siguiente expresión "el recurso de casación no es una apelación bis". Así, recuerda:

"Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales, citamos la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:

"A partir de la reforma de 2015 lo impugnado en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación (art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia. Pero no es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia."

En la sentencia 444/2023, de 14-6, se insiste en que "el recurso de casación ha de proponerse como objetivo, no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano

judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un simple clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida al desestimar la apelación, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo sin la más mínima alteración, es decir, sin atender a la argumentación del Tribunal Superior de Justicia que, en este caso, además, es especialmente, rigurosa, detallada y elaborada.”

Desde esta perspectiva analizaremos el recurso interpuesto.

SEGUNDO.- El motivo primero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con los arts. 728 y 729 del mismo texto procesal, en cuanto a la distinción entre la carga de la prueba y el impulso procesal.

Insiste el recurrente en que la pericial practicada por D^a.

no había sido propuesta en tiempo y forma por las partes acusadoras y que se aprovechó el requerimiento del Tribunal para que se designaran los folios correspondientes a la pericial interesada y referida a la perito D^a. para introducir una nueva prueba pericial, extralimitándose así las posibilidades establecidas al efecto por el art. 728 y 729.2 LECrim, citando las SSTS 11-10-2012 y 2030/2002, de 4-12.

El motivo deviene improsperable.

2.1.- Tal alegación fue planteada en apelación como primer motivo y la Sala (F.D. 2º) reflejó los datos y circunstancias en que se habría apoyado la Sala de instancia ante la que se planteó tal infracción procesal como cuestión previa al inicio de las sesiones del juicio oral, para llegar a la conclusión de que su resolución fue del todo correcta, por cuanto efectivamente la citación de la

perito Dña. no comportaría una nueva prueba a practicar a instancias del propio órgano de enjuiciamiento, sino de la aclaración o el resultado de las actuaciones encaminadas a la solución del error material percibido en el que habrían incurrido las acusaciones al proponer la prueba pericial de la que querían valerse en el plenario. Y así lo expresa la sentencia impugnada al concretar: Y llegados a este punto el motivo no puede prosperar, al reflejarse con claridad, en la forma expuesta, como las acusaciones solicitaron en su escrito de conclusiones provisionales, admitiéndose en el auto de fecha 10 de febrero de 2021 como prueba pericial la declaración también de la médico forense que había examinado a los lesionados, y efectuado seguimiento de sus lesiones, firmante de los informes médicos forenses obrantes en las actuaciones, evidenciándose que se trató de un mero error material la alusión a la declaración de "los médicos Forenses don y Doña firmantes de los informes obrantes a los folios 709", considerando que en este folio la médico forense , en cumplimiento del requerimiento efectuado por el juzgado de instrucción número 1 de Alcobendas por auto de fecha 20 de febrero de 2017 (folios 673 y 674) en el que se dispuso la ratificación por otro médico forense de los que constaban en el procedimiento, efectuó una ratificación de los informes de Sanidad que refería relativos a , y que señalaba, realizados por Doña . Y concluye: Error material evidente pues, que hacía totalmente necesaria, la solicitud de aclaración que efectuó el Tribunal de instancia en virtud de providencia de fecha 16 de junio de 2021 (folio 180) ..."

Además de ello, la propia Sala de apelación constata igualmente que, una vez llevada a cabo tal aclaración, la citación de los peritos fue notificada a las partes por el órgano de instancia mediante Providencia de 6 de septiembre de 2021 sin que la defensa, teniendo pleno conocimiento de ello, interpusiera recurso alguno, por lo que no se habría generado indefensión alguna.

TERCERO.- El motivo segundo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación al art. 459 del mismo texto procesal, en lo referente al reconocimiento pericial por dos peritos cuando el procedimiento se tramita por los cauces del sumario.

Argumenta que el hecho de que el informe pericial llevado al plenario fue ratificado por dos peritos que no examinaron a los lesionados, limitándose a dar por bueno los informes practicados en la instrucción por un solo perito, , lo que unido, además, a que una de las peritos que los ratificó en el plenario no había sido propuesta en tiempo y forma, lleva consigo la falta de validez de tal prueba pericial.

El motivo se desestima.

3.1.- La duplicidad de informantes no es esencial, tal como la jurisprudencia ha señalado desde antiguo (vid. SSTs 161/2004, de 9-2; 779/2004, de 15-6; 1313/2005, de 9-11; 935/2006, de 2-11). Señala la STS 1313/2005, de 9-11, que la propia jurisprudencia tiene declarado que "es cierto que el art. 459 de la LECrim. establece que durante el sumario todo reconocimiento pericial se haga por dos peritos. Sin embargo la infracción de esta disposición no determina la prohibición de valoración de la prueba pericial realizada por un solo perito, dado que la duplicidad de informes no tiene carácter esencial. Ello surge del propio texto del art. 459 de la LECrim. que establece que en determinadas actuaciones es suficiente con un perito y de la falta de una reiteración de esta exigencia entre las disposiciones que regulan el juicio oral. Pero además surge del hecho claro de que el Tribunal contó de todos modos con un asesoramiento técnico".

La intervención de un solo perito no afecta a la tutela judicial efectiva si no produce indefensión, de manera que habrá de ser el recurrente quien argumente y razone que la irregularidad que aduce ha quebrantado el derecho de defensa y ocasionado un menoscabo real y efectivo de ese derecho en que consiste la indefensión (STS 31/2008, de 8-1). El mero hecho de que el informe pericial haya sido ratificado en juicio por un solo perito no implica por

sí solo la nulidad del mismo, ni la existencia de dudas acerca de su contenido o forma de realización.

En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida se refiere a este motivo en su fundamento de derecho tercero con cita de jurisprudencia de esta Sala Segunda, por ejemplo STS 111/2021, de 10-2, que recuerda que si bien "es verdad que el citado artículo 459 determina, en el ámbito del procedimiento ordinario, que todo reconocimiento pericial se hará por dos peritos, aunque se exceptúa el caso de que no hubiere más que uno en el lugar y no fuera posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para el curso del sumario. No es menos cierto, sin embargo, que este Tribunal ha venido observando, por ejemplo, en nuestra sentencia número 424/2019, de 19 de septiembre que: "En el mismo sentido, señalaba la sentencia número 807/2008, de 25 de noviembre, que, no obstante, el tenor del artículo 459 de la ley de enjuiciamiento criminal, la duplicidad de informantes no es esencial y en todo caso el requisito debe estimarse cumplido si el informe concernido está emitido por un equipo y un centro oficial. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal permite el informe por un solo perito en el artículo 788.2 y por el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de estándar de garantías entre los distintos procesos, no puede aceptarse que es posible este actuar en el procedimiento abreviado y que resulte contrario a derecho en el sumario".

En la misma línea la STS 50/2021, de 25 de enero de 2021, nos dice como: "La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado de forma más que insistente que el art. 459 de la LECrim no establece un presupuesto sine qua non de validez estructural de la prueba pericial practicada en el ámbito del procedimiento ordinario. En efecto, sobre el número de peritos que han de emitir los informes judiciales, en las SSTS 694/2011, 24 de junio, 106/2009, 4 de febrero, 777/2009, 24 de junio y 537/2008, 12 de septiembre, nos hacíamos eco de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, en la que se recuerda que, pese al tenor literal del art. 459 de la LECrim - "se hará por dos peritos", la duplicidad de informantes no es esencial. Este fue el criterio proclamado en el acuerdo de esta misma Sala fechado el día 21 de mayo de 1999, cuyo alcance fue precisado en el Pleno de 23 de febrero de 2001. Conviene tener presente,

en fin, que si la validez de una prueba pericial, su adecuación a las exigencias de un proceso justo, se explicara a partir de un entendimiento puramente cuantitativo, que atendiera exclusivamente al número de peritos que hubiera participado en la elaboración del informe, nos veríamos obligados a aceptar que el procedimiento abreviado se aparta de los requerimientos constitucionales, en la medida en que acepta el dictamen pericial suscrito por un único perito (cfr. art. 778.1 LECrim). En definitiva, la validez de la prueba, su virtualidad para desplazar la presunción de inocencia mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto a los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal".

CUARTO.- El motivo tercero por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 730 del mismo texto procesal, en cuanto a la incorporación mediante lectura de las declaraciones prestadas en instrucción y sus requisitos.

Se refiere el recurrente al testimonio del menor en los términos que ya interesó en el recurso de apelación previamente interpuesto, insistiendo igualmente que su no admisión por el Tribunal de instancia y la confirmación de tal decisión por la Sala de apelación habría supuesto la vulneración del art. 730 LECrim por entender de acuerdo con jurisprudencia de esta Sala Segunda, que señala, se cumplirían todos los requisitos precisos para la admisión de ella.

El motivo deberá ser desestimado.

4.1.- Esta cuestión fue también planteada en el recurso de apelación y analizada de forma exhaustiva en la sentencia del TSJ (Fundamento Derecho Cuarto) con citga de la doctrina de esta Sala Segunda sobre la materia y con argumentos que deben ser asumidos en su totalidad.

En efecto, la STC 53/2013, de 28-2 y 68/2010, de 18-10, ya recordaron: A) Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1889, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6). B) La regla que se viene de enunciar, sin embargo, no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria potencial a otras diligencias. En efecto, nuestra doctrina ha admitido que la regla general consiente determinadas excepciones, particularmente respecto de las declaraciones prestadas en fase sumarial cuando se cumplan una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como: a) materiales -exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-; c) objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; d) formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral" (STC 68/2010, FJ 5a, y los restantes pronunciamientos de este Tribunal allí igualmente citados).

En el supuesto que se analiza, la sentencia recurrida valora la sentencia de instancia respecto a la falta de citación del testigo y la denegación, por dicha Sala, de proceder a su lectura de sus

declaraciones anteriores, señala en cuanto al primer extremo, que al no ser habido en el domicilio que había señalado al efecto el referido testigo se ofició a la Dirección General de la Policía para la realización de gestiones tendentes a su localización, que informó, "que su padre manifestó que ya no vivía en el domicilio y que se había ido a vivir con su madre", (folio 523 de rollo de sala) siendo negativas las gestiones para su localización, Informando posteriormente la Guardia Civil (folio 529), que la madre del testigo había comunicado que su hijo residía en Edimburgo. Circunstancia que indica se puso en conocimiento de las partes por providencia de fecha 16 de junio pasado, sin que por la defensa se hiciera manifestación alguna hasta el mismo día de comienzo del juicio oral, en el que, además, no solicitó formalmente la suspensión del acto del juicio a los efectos de poder determinar el domicilio del testigo y poder así llevar a cabo su citación en legal forma.

A su vez recoge como no admitió la lectura de las declaraciones prestadas por dicho testigo que solicitó la Defensa, al amparo del art. 730 de la LEC, debido a que las declaraciones referidas carecían de los requisitos exigidos para su valoración, por lo que su lectura no resulta pertinente, incidiendo en que la primera de ellas, se trataba de una exploración del menor ante la Fiscalía de Menores y la segunda, consistía en una exploración del citado, ante el Juzgado de Instrucción número 1 de Alcobendas, sin intervención de Letrado alguno, y en la que el testigo se ratificaba, básicamente, en sus declaraciones prestadas ante la Fiscalía.

Argumentaciones que comparte y que deben ser también asumidas por esta Sala casacional, al constar efectivamente las infructuosas diligencias practicadas para la citación de , así como la comunicación de su resultado a las partes, sin que la defensa hiciera manifestación alguna antes del plenario ni solicitara en este formalmente la suspensión.

Y por otra parte, resulta evidente que ni el acta de exploración practicada el 7-3-2016 en la Fiscalía de Menores de Madrid (folio 214 y ss.), no ante el juez instructor y sin posibilidad además de intervención del resto de las partes del presente procedimiento. Ni la declaración del referido menor en el

Juzgado de Instrucción nº 1 de Alcobendas de 9-11-2016 (folios 638 y ss.) con la única asistencia del Ministerio Fiscal, en la que el menor se limitó a ratificar sus declaraciones en Fiscalía, reunían las garantías necesarias de contradicción y defensa para poder ser introducidas en el plenario a través de su lectura al amparo del art. 730 LECrim.

QUINTO.- El motivo cuarto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida de los arts. 139 y 148 CP, en cuanto a la diferencia entre homicidio y lesiones y autoría o no.

En el presente procedimiento se condenó al recurrente por un delito de tentativa de homicidio, no presentado las lesiones reconocidas de la entidad suficiente para ello, ni la motivación necesaria. Asimismo, se le condena por un delito de lesiones por un corte en la cara que sufrió D. , que consta realizado por el menor , habiendo sido condenado por dicho motivo. Por lo que procede la condena de en relación a por un delito de lesiones y la absolución del mismo respecto a la condena impuesta por las lesiones que presentaba .

Cita en su apoyo la STS 677/2017, de 11-10, que transcribe en orden a la aplicación del art. 16.2 CP. Desistimiento voluntario de la tentativa.

5.1.- Previamente habrá que recordar que formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas SSTS 1114/2024, de 4-12; 1157/2024, de 18-12-, en el sentido de que cuando el recurso de casación se articula por esta vía, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de

este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si

el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico.

En la misma dirección las SSTS 244/2020, de 27-5 y 753/2021, de 7-10, insisten en que el motivo formalizado por error iuris del art. 849.1 LECrim, tiene como presupuesto metodológico ineludible el respeto al factum y solo autoriza a plantear si se ha interpretado y aplicado correctamente la ley, pero partiendo de los hechos probados, sin alterarlos, suprimir partes de los mismos o añadir otros nuevos."

5.2.- Siendo así, los hechos probados recogen como "

, conocido por " ", mayor de edad y sin antecedentes penales, en la fecha de los hechos que a continuación se exponen, era miembro de grupos de ideología nazi, vinculadas con la extrema derecha, y sobre las 00:08 horas del día 5 de Marzo de 2016, se encontraba con unos amigos en el bar "A mi manera", sito en la

, y al pasar por dicho establecimiento y , tuvieron un enfrentamiento verbal con una pareja que estaba en la puerta del establecimiento, que posteriormente desembocó en un forcejeo, lo que motivó que, ante los gritos de la pareja, salieran del local el procesado y otros jóvenes que se encontraban en el local, lo que motivó la huida de y , que fueron perseguidos por aquellos con expresiones tales como "guarros; rojos; Skin , Hitler Fans, Venimos de Madrid a mataros, hijos de puta", al identificarles, por su estética exterior, y por anteriores enfrentamientos, como personas de extrema izquierda, logrando darles alcance en la

, donde les agredieron con distintos instrumentos peligrosos que portaban como cuchillos, un destornillador y un cúter, en la que participaron varios de los amigos del procesado, menores de edad, hechos que han sido objeto de enjuiciamiento en la jurisdicción de menores, y en el transcurso de dicha agresión el procesado dio alcance a , quien cayó al suelo en el marco del forcejeo que se produjo entre ambos, y, aprovechando dicha situación, el procesado le inmovilizó, poniéndose de rodillas encima de aquel y, con ánimo de acabar con su vida, intentó clavar con fuerza en el pecho a el cuchillo que portaba, si bien éste pudo evitarlo sujetando el arma con sus propias manos, lo que le provocó grandes cortes en las mismas, mientras otras personas del grupo agresor le propinaban puñetazos y patadas en la cabeza y al apercibirse de la situación de peligro en que se encontraba , tras zafarse de la persona que le estaba agrediendo a él, propinó una patada al procesado para alejarle de , momento en que el procesado se le encaró y le lanzó una cuchillada que le alcanzó en la cara, causándole un corte desde la comisura del labio hasta la región preauricular derecha (boca-oreja). (...)."

Relato de hechos que confirma el acierto de la calificación jurídica de los hechos como delito intentado de homicidio y como delito de lesiones con medio peligroso. No puede cuestionarse que en dos acciones sucesivas se puede apreciar una distinta intencionalidad, más allá de su originalidad, carece de sustrato alguno en la dogmática penal. Sería tanto como admitir que si una persona provista de un arma de fuego efectúa un disparo dirigido y que impactó en el pie de otra persona, con intención evidente de lesionar, y que seguidamente y sin solución de continuidad, efectúa un segundo disparo dirigido y que impacta en la cabeza de una segunda persona, solamente podría ser condenado o como autor de dos delitos de lesiones o, lo que es más difícil de entender, como autor de dos delitos de homicidio, al estar guiada su conducta por una única intencionalidad.

5.3.- Expuesto lo anterior, la pretensión del recurrente de que su agresión a sea calificada como delito de lesiones por aplicación del art. 16.2 CP, no fue articulada en el recurso de apelación previo, dado que solo se

cuestionó la autoría del recurrente en relación a las lesiones en la cara de , por lo que nos encontramos ante una cuestión nueva, que pudo plantearse en la instancia y en apelación y sin embargo no se hizo. Jurisprudencia consolidada de esta Sala (vid. SSTS 73/2022, de 27-1; 985/2022, de 21-12; 676/2024, de 27-6; 990/2024, de 7-11; 291/2025, de 27-3; 487/2025, de 28-5), ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad. Lo contrario adentraría a esta Sala en cuestiones sobre las que los tribunales que nos precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellas por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría la casación.

Tradicionalmente se han venido admitiendo dos clases de excepciones a este criterio. En el caso de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y, también, en el caso de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

Se trata de excepciones a la regla general que se fueron asentando en un sistema en el que el recurso de casación estaba abocado a suplir una inexistente segunda instancia, que han sido interpretadas con una generosidad no justificada si ha mediado un previo recurso de apelación, como en este caso. Por lo que, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas

en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo". Criterio respaldado por la STS 345/2020 de 25 de junio, del Pleno de esta Sala.

Particularmente esclarecedora es la sentencia del Pleno de esta Sala Segunda, 345/2020, de 25-6, que recuerda que:

"No estamos ante una singularidad de la doctrina de esta Sala de casación, sino ante un tema transversal propio y característico de la teoría general de los recursos procesales, sea cual sea el orden jurisdiccional en que nos movamos.

Cuando coexisten dos escalones impugnativos (normalmente apelación y casación), al segundo solo podrán acceder las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal axioma constituye una derivación de la doctrina de la cuestión nueva en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia.

Pero a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa.

El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales -v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal ad quem. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos

(tantum devolutum quantum appellatum). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante –y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso.

Si lo que se puede recurrir en casación es la sentencia de apelación (no la del Juzgado de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial) como recordamos continuamente, secuela revestida de una lógica aplastante y derivada de esa premisa será que no podrá introducirse per saltum lo que no fue objeto de examen por el Tribunal de apelación.

Lo decidido por un Juzgado de lo Penal (o Audiencia Provincial) no es susceptible de casación; solo de apelación. Es lo resuelto en apelación lo que puede acceder a casación. Y en la casación se ventila la conformidad a derecho de la sentencia de apelación que, si es correcta, solo podrá pronunciarse sobre lo impugnado, no sobre otras cuestiones que las partes no cuestionan en sus recursos. Es más, si resolviese sobre otros puntos no impugnados, aunque su solución fuese hipotéticamente acertada en el fondo, habría que anularla en casación ante la queja de cualquier parte por no haberse ajustado a ese dogma elemental y clásico: tantum devolutum quantum appellatum (vid. art. 465.5 LEC).

Pueden aducirse en casación nuevos argumentos (v.gr. se pidió en apelación que se suprimiese la reincidencia por no tratarse de delito de la misma naturaleza y en casación se alega, además, que el antecedente estaba cancelado); pero no podrán introducirse nuevas pretensiones impugnatorias (no se discutió la reincidencia en la apelación y en casación se lucha por suprimir la agravante: sobre esa cuestión no hay ningún pronunciamiento de la Audiencia; por tanto no se puede reprochar a la Audiencia una decisión inexistente. No se puede anular una sentencia de la Audiencia que ha resuelto de forma impecable todo lo que le presentó para resolver; y que, también haciendo lo que debía hacer, no se ha pronunciado sobre otras cuestiones). Las pretensiones impugnatorias no admiten el efecto Guadiana: desaparecen en la apelación y reaparecen

sorpresivamente en una ulterior impugnación. En el momento en que se consiente una decisión no impugnándola queda expulsada esa cuestión de la controversia, ha dejado de formar parte del objeto procesal de la apelación y, por ende, de la casación. Las impugnaciones sucesivas han de ser un continuum guardando congruencia unas con otras.

En el ámbito penal así vino a afirmarlo la jurisprudencia desde que se introdujo un recurso de apelación previo a la casación en el procedimiento del jurado. Antes el problema del recurso per saltum no aparecía: no existía una segunda instancia previa a la casación (el diseño era o apelación o casación; pero no apelación más casación). Con la generalización de la segunda instancia han comenzado a reproducirse supuestos, cada vez más frecuentes, en que aparece esta disfunción. Se vienen resolviendo en la forma que ha quedado expuesta en el fundamento anterior, sin perjuicio de que situaciones muy excepcionales puedan requerir soluciones excepcionales (y también contamos con algunos precedentes indicativos de ello: v.gr., un pronunciamiento jurisprudencial de relieve que marca una línea muy diferente y que irrumpe ya resuelta la apelación)."

Finalizando hace referencia a lo que constituye doctrina común a todas las Salas de este Tribunal Supremo, civil, contencioso-administrativa y social, que coinciden en la idea de que la parte que suscita en el recurso de casación una cuestión que no planteó antes en el recurso previo, o en su caso, en la instancia, no puede ser atendida. La respuesta a esa pretensión novedosa ha de ser la inadmisión o, en su caso, la pura y simple desestimación sin analizar el fondo, en cuanto sobre éste no hay pronunciamiento de la sentencia cuya corrección ha de examinarse (naturaleza revisora de la casación), no podía haberlo porque no era objeto de impugnación.

5.4.- A mayor abundamiento el art. 16.2 CP recoge la figura del desistimiento voluntario que supone que el autor, una vez que ha comenzado la ejecución del delito, realiza un acto contrario que neutraliza la progresión de la acción iniciada. El desistimiento voluntario impone un

reconocimiento de la norma por el autor antes de la consumación y determina una menor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo general. De otro lado, la culpabilidad inicial del autor se compensa parcialmente por un hecho posterior contrario a la acción punible lo que justifica también una reducción de la pena y, por último, razones de política criminal justifican la exención para que el autor abandone la realización criminal ya iniciada, lo que conlleva una mayor protección del bien jurídico, en tanto que se estimula al autor a la evitación del resultado (SSTS 671/2017, de 11-10; 471/2018, de 17-10; 609/2018, de 29-11).

Y en el hecho probado no se describe ningún acto del recurrente desistiendo de la agresión que estaba realizando a , sino que fue la intervención de , tras zafarse de la persona que le estaba agrediendo a él, propinó una patada al procesado para alejarle de "momento en que el procesado se le encaró y le lanzó una cuchillada que le alcanzó la cara, causándole un corte desde la comisura del labio hasta la región preauricular derecha (boca-oreja)".

5.5.- Respecto a la autoría de esta última lesión, la sentencia recurrida tiene en cuenta y valora la declaración de la propia víctima en el sentido de que el autor fue el acusado, lesión avalada por el informe médico forense y que no queda desvirtuada por las alegaciones del recurrente relativas a la sentencia dictada en el procedimiento de menores, dado que el menor fue condenado por su participación como coautor en los hechos, lo que es compatible con la autoría del recurrente.

SEXTO.- El motivo quinto por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 22.4 CP, en lo referente a la agravante de motivación ideológica.

Cuestiona la existencia de tales motivos ideológicos, dado que todos los testigos comparecientes incidieron en que el motivo que dio lugar a la persecución y posterior altercado es que los dos perjudicados agredieron en la

puerta del Bar a la novia de y a un amigo del mismo menor de edad.

Insiste en que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante, como acontece en el caso que se enjuicia, en el que el móvil, conforme determina la prueba practicada en el plenario, fue la agresión a la novia y a un amigo del recurrente, no el tema ideológico.

El motivo deviene improcedente.

6.1.- Es requisito de la agravación que nos ocupa que el hecho probado dé cuenta de la relación típica de la circunstancia agravatoria de tal manera que el delito se entienda cometido como manifestación objetiva de la discriminación característica.

Esto es, que el hecho probado señale cuál es la ideología de la víctima que el sujeto activo rechaza y sobre la que se apoya, como móvil, para la realización de su conducta. El hecho debe ser manifestación de la discriminación generadora de una situación de desigualdad, lo que implica y comporta una comparación ante situaciones de igualdad y el motivo de discriminación.

El art. 22.4 CP hace referencia a motivos racistas, antisemitas, religiosos, o creencia, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, razones de género, enfermedad que padezca o su discapacidad. Es decir, se trata de colectivos que presentan unas situaciones objetivas de vulnerabilidad que el legislador tiene en cuenta para proteger de forma especial y conformar un modelo social de tolerancia y de convivencia pacífica, sancionando conductas que perturban o ponen en peligro esa convivencia pacífica.

Es decir -como señala la STS 458/2019, de 9-10-, "la discriminación supone la negación del principio de igualdad y esto, a su vez supone averiguar, indagar y comparar situaciones para comprobar si concurre una situación discriminatoria y cuál sea la razón de esa discriminación. Si se constata un comportamiento no semejante respecto de otras personas, será discriminatorio, y si esa discriminación no aparece justificada en el ordenamiento y se realiza por motivos de los relacionados al artículo 22.4 CP, podemos calificar este hecho bajo la agravación específica. Pero es que, además, y como en los delitos de odio, la discriminación no sólo afecta a la víctima concreta, sino a la colectividad que se conmociona cuando se transgrede una norma de tolerancia, a la convivencia respetuosa de las distintas opciones y, principalmente, respecto de colectivos tradicionalmente vulnerables a los que el ordenamiento quiere proteger con cierta intensidad para procurar la actuación de un instituto de control social, como es el derecho penal. En cada caso, habrá de plantearse la situación de comparación que implica todo hecho discriminatorio, y la causa y la motivación de este trato desigual para comprobar si ese trato desigual es discriminatorio y si la misma discriminación tiene por causa algunas de las razones que expresa el apartado cuarto del artículo 22 CP. Es evidente que todo hecho delictivo comporta una situación discriminatoria, en la medida en que se selecciona una víctima y se actúa contra ella, pero lo relevante para la conformación de la circunstancia de agravación es comprobar la concurrencia de alguna de las circunstancias que permiten calificar la discriminación en algunos motivos a que se refiere el número cuarto del artículo 22 CP ..." (STS 155/2022, de 22-2).

En similar dirección la STS 420/2018, de 19-9, indicaba ya que "los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de la circunstancia que permiten la aplicación de la agravación han de estar debidamente, acreditados por prueba válida y racional y expresamente declarados a la sentencia", lo que supone que el hecho probado de la sentencia contenga el elemento fáctico sobre el cual sustentar la aplicación de la norma jurídica con identificación de la ideología y de la discriminación Y en la sentencia 707/2018 del 15 de enero de 2019, "que el hecho debe ser manifestación de la discriminación generadora de una situación de desigualdad. Lo que implica

descripción de la situación de desigualdad y comporta una comparación ante situaciones de igualdad, y el motivo de la discriminación".

Desde una interpretación literal del presupuesto fáctico de la agravación (sigue diciendo la sentencia) se requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución. La prohibición de discriminación supone la defensa del derecho a la igualdad. Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual, basado en una ideología. Indagando lo que debamos entender por discriminación acudimos al manual de legislación europea contra la discriminación, publicado por la agencia de derechos fundamentales de la Unión Europea que proporciona, tras el examen de las Directivas 2000/43 y 2000/78, un entendimiento de lo que deba considerarse discriminación. Como tal ha de entenderse "toda aquella acción u omisión por la que una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido, o vaya a ser tratada otra en situación comparable y cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios".

6.2.- En el caso actual la sentencia recurrida asume las conclusiones de la Audiencia reflejadas en el relato de hechos probados, de que la motivación de cometer los delitos enjuiciados, la intencionalidad del mismo y que por lo tanto constituye el móvil que guió la agresión por parte del procesado, era las diferencias ideológicas existentes entre el autor de tales agresiones y las víctimas, al desprenderse efectivamente de las pruebas practicadas la motivación por discriminación ideológica que presidió la agresión del procesado a las víctimas, teniendo en cuenta el contexto en que se sitúan los hechos, en el que ambos grupos se conocían con anterioridad, indicando como el procesado (quien conforme a la declaración del agente de la Policía Nacional con número de carnet profesional 78795, se trata de un simpatizante o miembro de grupos de extrema derecha y ha participado en enfrentamiento con grupos de ideología contraria) le había intentado

perseguir en otras ocasiones, admitiendo el propio procesado enfrentamientos anteriores con el grupo de [redacted] y [redacted] por causa de la diferente ideología, de extrema derecha del procesado y su entorno, y de extrema izquierda el grupo de aquellos. Considerando el incidente previo en la puerta del bar con la novia del procesado y otro amigo del mismo increparon a [redacted] y [redacted] "rojos de mierda", así como el contenido de las expresiones proferidas por el procesado contra aquellos, durante la persecución y antes de la agresión "guarros, rojos; Skin Retiro, Hitler Fans, Venimos de Madrid a mataros, hijos de puta" portando uno de los perseguidores del grupo del procesado una camiseta con la inscripción Skin Retiro.

Consecuentemente podemos concluir que fue la ideología la que precisamente movió al acusado a realizar su acción.

SÉPTIMO.- El motivo sexto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación con el art. 21.5 CP, en lo relativo a la aplicación de la atenuante de reparación del daño.

Señala que reconociéndose por parte del [redacted] el altercado con [redacted], no así las lesiones causadas a [redacted], de las que el menor [redacted] reconoció su autoría, por tal circunstancia procedió a consignar el importe de la responsabilidad civil, 4.238 €, por lo que entiende de aplicación la citada atenuante.

El motivo deberá ser desestimado.

7.1.- En efecto, conviene delimitar la "ratio atenuatoria" de esta circunstancia en su actual formulación legal. Esta Sala, SSTS 809/2007, de 11-10; 78/2009, de 11-2; 1323/2009, de 30-12; 954/2010, de 3-11; 1319/2011, de 27-12; 707/2012, de 20-9; 196/2014, de 19-3; 467/2015, de 20-7; 126/2020, de 6-4; 861/2021, de 11-11; 87/2022, de 31-1; 1157/2024, de 18-12, tiene declarado que: "La reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos se regulaba en el C.P. anterior dentro del arrepentimiento

espontáneo, configurándose en el C.P. de 1995 como una atenuante autónoma de carácter objetivo fundada en razones de política criminal.

Por su naturaleza objetiva esta circunstancia prescinde de los factores subjetivos propios del arrepentimiento, que la jurisprudencia ya había ido eliminando en la atenuante anterior. Por su fundamento de política criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito.

Como consecuencia de este carácter objetivo su apreciación exige únicamente la concurrencia de dos elementos, uno cronológico y otro sustancial. El elemento cronológico se amplía respecto de la antigua atenuante de arrepentimiento y la actual de confesión, pues no se exige que la reparación se produzca antes de que el procedimiento se dirija contra el responsable sino que se aprecia la circunstancia siempre que los efectos que en el precepto se prevén se hagan efectivos en cualquier momento del procedimiento, con el tope de la fecha de celebración del juicio. La reparación realizada durante el transcurso de las sesiones del plenario queda fuera de las previsiones del legislador, pero según las circunstancias del caso puede dar lugar a una atenuante analógica.

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el artículo 110 del Código Penal, pues este precepto se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la reparación del daño moral puede integrar las previsiones de la atenuante.

Lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, ser valorada como un indicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de pena”.

Asimismo la STS. 809/2007 de 11.20 pone de relieve la existencia de dos corrientes de esta Sala, que entendemos no son excluyentes o incompatibles, si las interpretamos desde la perspectiva del carácter "objetivo" de la circunstancia.

Por una parte la denominada teoría del "actus contrarius" que para algunos comportaría el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, en cuanto el sujeto activo exterioriza una voluntad de reconocimiento de la norma infringida. Dicha tesis parece colocar el acento en la menor culpabilidad del autor, esto es, en la menos reprochabilidad personal por el acto antijurídico realizado, por cuanto a través de un acto ex post acepta su responsabilidad, contribuyendo a reforzar la vigencia del ordenamiento jurídico transgredido.

La tesis contrapuesta que podríamos denominar de "protección objetiva de la víctima", lo que pretende es incentivar el apoyo y ayudar a las víctimas del delito, exigiendo del responsable una conducta de eliminación o disminución en la medida de lo posible de los efectos negativos de la infracción criminal. Realmente es la doctrina que sostiene el auto de 6-5-2004. Son razones de política criminal las que justifican la atenuación y que tienden a favorecer al autor del delito que repara total o parcialmente -pero en todo caso de manera significativa- el daño ocasionado con su conducta, sin desconocer que también puede ser ponderada la menor necesidad de pena

derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del art. 21-5 C.P. no lo exija.

Interpretada la doctrina del "actus contrarius" desde la óptica de la objetividad indiscutible de la atenuante, no es posible afirmar que la circunstancia atenúa por razón de una menor culpabilidad. La culpabilidad del hecho hay que situarla en el momento de la comisión del mismo, en que el sujeto activo despliega una conducta consciente vulneradora del ordenamiento jurídico penal, pudiendo haberlo evitado, y a pesar de todo y aun afirmando que de presentársele la ocasión actuaría de igual modo, reconoce que como autor material de un daño debe responder frente a la víctima y lo hace.

Así pues, la doctrina del "actus contrarius", interpretada desde la objetividad con que lo hemos hecho, valoraría el comportamiento del agente, con virtualidad para atenuar, desde la perspectiva del reconocimiento de la infracción del ordenamiento jurídico y el sometimiento al mismo, al provocar la eliminación o disminución de los efectos del delito. El autor estaría exteriorizando una voluntad de reconocimiento de la norma infringida que no de su propia responsabilidad penal. Su responsabilidad civil declarada en sentencia nace "ex delicto" por lo que satisfaciéndola el acusado reconoce que fue autor o tuvo participación en la causación a un tercero de un daño injusto.

Desde otro punto de vista, el carácter absolutamente objetivo de la atenuante no excluye que en la reparación total o parcial el daño, el sujeto, además de dar satisfacción a la víctima, reafirme la vigencia de la norma jurídica vulnerada y en definitiva el propio acto de reparación, restitución, indemnización o demás formas de eliminar o atenuar los efectos del delito, conlleva la emisión de una voluntad externa de reconocimiento del derecho.

No obstante –como decíamos en la STS. 78/2009 de 11.2- debe insistirse que en su formulación actual ha desaparecido de la atenuante toda referencia al ánimo del autor por lo que no es necesario que la reparación responda a un impulso espontáneo, debiendo prevalecer el carácter objetivo

de la atenuante –en atención a determinadas circunstancias que reseña la STS. 809/2007 de 11.10:

a) La ley no exige el requisito adicional del reconocimiento de la culpabilidad y donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.

b) Todas las atenuantes ex post facto (reparación, confesión, colaboración, etc.) se alejan de la exigencia de una menor culpabilidad por el hecho y simplemente están basadas en razones de política criminal.

c) Exigir la presencia del elemento subjetivo de reconocimiento de la culpabilidad o responsabilidad penal comportaría de algún modo resucitar el móvil de arrepentimiento ya superado para integrar improcedentemente en la atenuante un componente anímico que el legislador no contempló.

d) Una interpretación que exigiera el reconocimiento de la responsabilidad penal como elemento necesario para la estimación de la atenuante desalentaría o no serviría de estímulo a las conductas de reparación del daño del delito, al tener que renunciar el acusado a determinadas estrategias procesales de defensa.

Por ello las SSTS.612/2005 de 12.5, y 1112/2007 de 27.12, esta Sala ha destacado una y otra vez el carácter objetivo de la atenuante, por cuanto la reparación del daño ocasionado a la víctima, en la medida de lo posible, es el dato determinante, resultando secundarios los propósitos o el origen de la compensación dineraria, siempre que se obtenga por iniciativa del acusado.

Ahora bien constituye, a su vez, un referente atendible la naturaleza del delito, cuyos efectos nocivos se tratan de reparar. Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc. es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud.

No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege.

- Por ello se insiste en que la reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones fácticas, que únicamente pretender buscar la minoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativa a la efectiva reparación del daño ocasionado (STS 1990/2001, de 24-10; 78/2009, de 11-2).

En este sentido la STS. 536/2006 de 3.5, resume la doctrina jurisprudencial precisando que la aplicación de ésta atenuante no debe ser automática sino que el resultado de un cuidadoso análisis de la actitud y solvencia del acusado, así como de la proporcionalidad entre la cuantía de la reparación entregada con anterioridad a las sesiones del juicio oral y la del perjuicio causado a la víctima (STS. 1168/2005 de 29.11), pero lo decisivo es exteriorizar una voluntad de reconocimiento de la norma infringida, por lo que se excluye cuando se trata de una mera expresión de una voluntad carente de afectividad (STS. 1026/2007 de 10.12), y aunque se admite la reparación parcial habrá que determinar si el sujeto realiza todo lo que puede, o como se ha dicho se trata de una reparación voluntariamente parcial, por lo que se ha de tener en cuenta la capacidad económica del acusado, al repugnar a un principio de elemental justicia extender la atenuante a quien teniendo plena capacidad económica para reparar la totalidad del daño causado, escatime su contribución, dejando sin indemnizar a la víctima, aunque sea en una parte del perjuicio causado.

7.2.- En el caso que nos ocupa, la sentencia impugnada se pronuncia sobre tal circunstancia -fundamento derecho séptimo- con apoyo de la jurisprudencia de esta Sala y niega que de la consignación de la cantidad que se señala pueda derivarse la apreciación de la atenuante de reparación del

daño pretendida, resultando razonables y razonadas las argumentaciones de la sentencia de instancia. "

"Teniendo en cuenta que situándose los hechos en el año 2016, formulándose acusación tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular en octubre de 2020, en los que ya se concretaban las cantidades solicitadas en concepto de responsabilidad civil (28.577,53 euros la cantidad a indemnizar a _____ y 4238 la cantidad a indemnizar a _____) no es hasta el día 4/7/2022 (folio 578), esto es el día anterior a la celebración del juicio, cuando se consignó por el procesado la cantidad de 4.238 euros. Cantidad de menor entidad respecto al total que se le reclama por su conducta respecto a ambos perjudicados, sin que pueda a tales efectos disociarse, quedando lejos del objetivo de la integral reparación.

No refleja por tanto, la actitud del acusado una clara voluntad de reparación, sin que tampoco se cuenten con datos objetivos que permita identificar un esfuerzo significativamente reparatorio en su comportamiento."

OCTAVO.- El motivo séptimo por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, en relación al art. 20.6 CP, en lo referente a la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como atenuante cualificada o muy cualificada, teniendo en cuenta los plazos de paralización que señala y los criterios para entender como plazo razonable, y los criterios para entender como plazo razonable, señalando expresamente los 5 años o 5 años y medio en la tramitación total de la causa.

El motivo deberá ser desestimado.

8.1.- Como hemos dicho en SSTs 152/2018, de 2-4; 528/2020, de 22-6; 370/2021, de 4-5; 83/2022, de 27-1; 836/2022, de 21-10; 935/2022, de 1-12; 199/2023, de 21-3; 533/2023, de 29-6; 871/2023, de 23-11; 78/2024, de 25-1, la reforma introducida por LO 5/2010, de 22-6, ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP, que es la de "dilación extraordinaria e indebida

en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que “se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo “los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía”.

La jurisprudencia de esta Sala –que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos – en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10.12.2008), en el mismo sentido, entre otras (SSTS. 27.12.2004, 12.5.2005, 25.1, 30.3 y 25.5.2010).

Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo, STS. 30.3.2010, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que, si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 875/2007 de 7.11, 892/2008 de 26.12, 443/2010 de 19.5, 457/2010 de 25.5, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puedo ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.

En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4, recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo, STS 1497/2010, de 23-9; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque

el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

8.2.- Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa , sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación (STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por

reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En definitiva, conforme a la nueva regulación de la atenuante de dilaciones indebidas, los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues si bien también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante (STS. 21.7.2011).

8.3.- Y en cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora les siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Y la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de la pena en concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

En este sentido las SSTS 737/2016 del 5 octubre, y 262/2009 de 17 marzo, en este punto son significativas, al declarar que "debe tenerse muy en cuenta que la necesidad de concluir el proceso en un tiempo razonable que propugna el art. 6.1 del Convenio citado, no debe satisfacerse a costa de o en perjuicio de los trámites procesales que establece el derecho positivo en un sistema procesal singularmente garantista hacia el justiciable como es el nuestro. En similar sentido la STS. 525/2011 de 8.6, que la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La

solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida.

Por ello no puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las partes cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que las partes soliciten y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello.

8.4.- Y también es cierto que en cuanto al inicio del cómputo del tiempo de las posibles dilaciones, no debe tomarse en cuenta la fecha de los hechos. Así la jurisprudencia por ejemplo STS 841/2015 del 30 diciembre ha declarado, que el derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un hipotético y exótico derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella (STS 250/2014, de 14 de marzo). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre). En definitiva el conjunto de los retrasos injustificados se contraen a los producidos desde la incoación del proceso y no desde la comisión del hecho delictivo (STS. 371/2015 de 17.6).

8.5.- En cuanto a su consideración como muy cualificada, esta Sala Segunda, STS 650/2018, de 14 de diciembre, tiene dicho que si para apreciar la atenuante simple se requiere una dilación indebida “extraordinaria” en su

extensión temporal, ello debe comportar que los elementos que configuran la razón atenuatoria se den de forma intensa y relevante.

En concreto en relación a la dilación se exige que supere el concepto de “extraordinaria”, que sea manifiestamente “desmesurada”, esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales (SSTS 95/2016 de 17 febrero, 318/2016 de 15 abril, 320/2018, de 29 de junio).

En definitiva, se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria.

Como explica y compendia la STS 668/2016 de 21 de julio “en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003 de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo (9 años); 39/2007 de 15 de enero (10años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años); y 360/201, de 21 de abril (12 años).” Más recientemente la STS 760/2015 de 3 de diciembre estimó una atenuante de dilaciones muy

cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste.

Por otra parte la misma sentencia que acabamos de extractar, la STS 668/2016, rechazó la cualificación en un procedimiento que se inició en el año 2010, se dictó sentencia cinco años más tarde y que tuvo una paralización de un año y algunos meses. Y la STS 624/2016 de 13 de julio no aceptó la cualificación en un supuesto de duración similar del proceso, por unos hechos ocurridos en febrero de 2010, en el que se celebró el juicio oral en marzo de 2015, con dos periodos de inactividad, nueve meses para calificar los hechos por la acusación pública, y ocho meses en acordar la apertura del juicio oral, que el Tribunal consideró dilación extraordinaria aunque no cualificada.

8.6.- En el caso actual la sentencia recurrida no compartió en su totalidad las argumentaciones de la sentencia de instancia, que denegó la concurrencia de la atenuante simple de dilaciones, y consideró que se habían producido tiempos muertos en la tramitación de las diligencias, que sumados han supuesto que unos hechos acaecidos en marzo de 2016 (se incoaron diligencias previas el 7 de marzo de 2016) no haya podido ser juzgados hasta el mes de julio de 2022, esto es más de 6 años después sin que aquellos revistieran especial complejidad, contándose con los partes de sanidad de los lesionados en el año 2016.

De esta forma, es cierto como señala la resolución impugnada, que en el intervalo de tiempo trascurrido entre la interposición del recurso de apelación formulado por la defensa contra el auto de fecha 20 de febrero de 2017 por el que se acordaba la transformación a sumario hasta el auto de la Audiencia Provincial (en donde tras los trámites pertinentes tuvo entrada en marzo de 2018) de fecha 19 de septiembre de 2018, se dictaron las resoluciones que se recogen sobre las denuncias e intentos de personación en las actuaciones de _____, madre de _____, de fechas 24 de mayo así como 22 y 24 de noviembre de 2017 y 12 de diciembre de 2017, no

obstante lo anterior no podemos obviar el iter procesal posterior que refleja repetidos tiempos muertos.

En este sentido con independencia del tiempo transcurrido entre la última diligencia referida de diciembre de 2017 y el auto de la AP de fecha 19 de septiembre de 2018, sin que a excepción de un escrito de impugnación del Ministerio Fiscal de fecha 25 de enero de 2018, (esto es unos 8 meses) se practicara diligencia sustancial alguna, nos encontramos con que recibido en el juzgado el auto referido, en el mes de octubre de 2018 (diligencia de ordenación de fecha 29 de octubre de 2018 folio 770) tampoco se practicó ninguna diligencia hasta el auto de procesamiento de fecha 21 de enero de 2019 contra el que se interpuso recurso de reforma, inadmitido por extemporáneo. Dictándose con fecha 13 de marzo de 2019 auto de conclusión de sumario, contra el que interpuesto recurso de reforma por la defensa en virtud de escrito de fecha 28 de marzo de 2019, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, con las incidencias que constan en las actuaciones, no fue resuelto hasta el auto de fecha 7 de enero de 2020 (folio 876), que acordó solicitar el testimonio instado, dictándose una vez recibido nuevo auto de conclusión de fecha 19 de febrero de 2020. Acordándose en virtud de diligencia de ordenación de fecha 20 de mayo de 2020 la elevación de las actuaciones a la Audiencia Provincial para enjuiciamiento.

Y entiende que dichos periodos sumados de ralentización o paralización unidos a los dilatados términos fijados desde el auto de admisión y denegación de pruebas de fecha 10-2-2021, el señalamiento a juicio para los días 19 y 20-10-2021, suspendido por enfermedad de la letrada de la defensa y el posterior señalamiento para los días 5 y 6-7-2022, hace pertinente la aplicación de la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, aunque en modo alguno, cualificada.

8.7.- Razonamiento que debe asumirse en esta sede casacional, por cuanto con arreglo a los parámetros jurisprudenciales, aunque la causa haya tenido una duración superior a la debida y se hayan producido paralizaciones injustificadas, no han quedado desbordados los contornos propios de la

atenuante de dilaciones, que solo podrá operar como simple, al no haber alcanzado la injustificada demora, entidad o envergadura suficientes para sustentar la cualificación que es pretende. Solo a partir de tal cualificación sería factible la graduación que el recurrente postula, reservada, como hemos dicho, para supuestos de extremada y excepcional intensidad. Otra cosa nos avocaría a un desajuste del sistema de penas previsto en el CP para los distintos tipos penales. "Una cosa es adaptar la pena por una demora excesiva en la tramitación del procedimiento, y otra muy distinta desactivar los tipos penales por dilaciones procesales que no resultan verdaderamente superextraordinarias" (SSTS 668/2016, de 21-7; 355/2018, de 16-7; 78/2024, de 25-1).

NOVENO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de _____, contra la sentencia nº 446/2022, de fecha 13 de diciembre de 2022, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Apelación nº 493/2022.

2º Imponer al recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Manuel Marchena Gómez

Pablo Llarena Conde Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián