



Roj: **STS 2342/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2342**

Id Cendoj: **28079120012023100404**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/05/2023**

Nº de Recurso: **6373/2021**

Nº de Resolución: **420/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 420/2023

Fecha de sentencia: 31/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6373/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINAL DE GUIPUZCOA, SECCIÓN PRIMERA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6373/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 420/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 31 de mayo de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **6373/2021**, interpuesto por **D. Hernan** , representado por el Procurador D. Juan Ramón Álvarez Uría bajo la dirección letrada de D. Pedro Auz Gonzalo, contra la sentencia número 107/2021 de 29 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección Primera (R. Apelación 1080/21) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 174/2021 de 31 de mayo dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de San Sebastián en la causa Procedimiento Abreviado 392/2019.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D^a Debora** representada por la Procuradora D^a Mónica de la Paloma Fente Delgado bajo la dirección letrada de D. Félix César Hernández Abad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Azpeitia incoó Diligencias Previas núm. 94/18, por delitos de homicidio, contra la seguridad vial y delito de omisión del deber de socorro, contra Hernan ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 1 de San Sebastián, (P.A. núm. 392/19) quien dictó Sentencia núm. 174/2021 en fecha 31 de mayo de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- El día 18 de febrero de 2018, sobre las 19:15 horas, Hernan , mayor de edad, de nacionalidad española y con antecedentes penales susceptibles de cancelación, a pesar de tener su capacidad de atención y reflejos mermada como consecuencia de la previa ingesta de bebidas alcohólicas, circulaba con su vehículo Mercedes Benz Serie B 180, matrículaKQQ por la calle Gipuzkoa de la localidad de Zarautz, en dirección al Barrio San Pelayo, por el carril derecho de una vía recta de doble sentido, cuando al llegar al paso de peatones existente a la altura del número 46 de la calle Gipuzkoa, no se percató de que el Sr. Hernan estaba cruzando correctamente por el mismo, de izquierda a derecha según el sentido de la marcha del vehículo y, cuando el peatón estaba a punto de finalizar el paso de cebra, fue embestido por el vehículo del acusado que no frenó ni realizó maniobra evasiva alguna para evitar el atropello siendo golpeado y lanzado a 20 metros, quedando tumbado en la calzada.

El acusado circulaba por un tramo recto, con buena visibilidad, había anochecido, había iluminación artificial y llovía ligeramente

SEGUNDO.- A continuación, el acusado, a pesar de haberse percatado de que había atropellado a una persona, no detuvo su vehículo en ningún momento y abandonó el lugar sin prestar la asistencia necesaria a la víctima, sin asegurarse de la presencia en el lugar de otras personas que pudieran auxiliar a la misma y sin solicitar ayuda de terceras personas. El acusado se dirigió hasta la sede de la empresa Arrona Hermanos sita en la calle Mitxelena y estacionó su vehículo, abandonando el mismo y dirigiéndose a pie a su domicilio, permaneciendo en el mismo hasta que llegaron los agentes de la Ertzaintza.

TERCERO.- Como consecuencia del atropello, Rodolfo , falleció, a pesar de los intentos de reanimación realizados. Según el informe de autopsia, la causa inmediata del fallecimiento fue una destrucción de centros vitales encefálicos y la causa fundamental, un traumatismo craneo encefálico.

CUARTO.- Los familiares del Sr. Rodolfo han sido debidamente indemnizados, por lo que nada reclaman".

SEGUNDO.- Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento en la referida sentencia:

"CONDENO a Hernan como autor penalmente responsable de un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, previsto y penado en el artículo 379.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en concurso del artículo 382 del CP, con un delito de homicidio por imprudencia grave con vehículo a motor, previsto y penado en el artículo 142.1 .1º del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado del artículo 21.5 del CP, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES POR CUATRO AÑOS, lo que comportará, con arreglo a lo establecido en el artículo 47.3 del CP, la pérdida de la vigencia del permiso de conducir.

CONDENO a Hernan como autor penalmente responsable de un delito de omisión del deber de socorro, previsto y penado en el artículo 195.3 del CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Todo ello con expresa imposición al condenado de las costas procesales causadas."



TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de D. Hernan ; dictándose sentencia núm. 107/2021 por Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección Primera, en fecha 29 de julio de 2021, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 1080/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del Sr. Hernan , contra la sentencia de fecha 31 de Mayo del 2021, en el solo sentido de condenar al acusado como autor de un delito de omisión del deber de socorro, en grado de tentativa, a la pena de tres meses de prisión, manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución combatida, con declaración de oficio de las costas de esta apelación."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Hernan 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por indebida aplicación de los artículos 379.2, 382 y 142.1.1º del Código Penal

Motivo Segundo.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por indebida aplicación del artículo 195.3 del Código Penal

Motivo Tercero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por inaplicación del artículo 21.4º atenuante de confesión del Código Penal o subsidiariamente la analógica del artículo 21.7º

Motivo cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por inaplicación del artículo 66.1-2º en relación con el artículo 21.5º del Código Penal, consideración como muy cualificada de la circunstancia atenuante de reparación del daño e imposición de pena inferior en uno o dos grados; o subsidiariamente por inaplicación del artículo 66.1.1º y 6º en relación con el artículo 21.5º del Código Penal, imposición de la pena en su extensión mínima dentro de su mitad inferior atendiendo su extensión a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho

Motivo Quinto.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECRIM por inaplicación del artículo 21.6º del Código Penal, atenuante de dilaciones indebidas.

Motivo Sexto.- Para el caso de que se estimen los motivos tercero y/o quinto por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM por inaplicación del artículo 66.2º del Código Penal, concurrencia de dos o más atenuantes e imposición de pena inferior en uno o dos grados.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la procuradora Sra. de la Paloma Fente Delgado presenta escrito de impugnación y el Ministerio Fiscal entiende inadmisibles los motivos de recurso, por las razones que se consignan en su escrito de 27 de enero de 2022; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 30 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal de D. Hernan , la sentencia número 107/2021 de 29 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección Primera que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 174/2021 de 31 de mayo dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de San Sebastián, donde resulta condenado como autor penalmente responsable: i) de un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, previsto y penado en el artículo 379.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en concurso del artículo 382 CP, con un delito de homicidio por imprudencia grave con vehículo a motor, previsto y penado en el artículo 142.1.1º del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño causado del artículo 21.5 CP; y ii) de un delito de omisión del deber de socorro, previsto y penado en el artículo 195.3 CP.

El primer motivo que formula es por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por indebida aplicación de los artículos 379.2, 382 y 142.1.1º del Código Penal.



1. Alega que de los hechos probados no resulta la concurrencia en la conducta del acusado de imprudencia grave pues se trató de una distracción o descuido momentáneo tal y como se recoge en la propia fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, sin que se caracterice tampoco como intensa o calificada la afectación alcohólica. De conformidad con la jurisprudencia de la Sala a que me dirijo, la determinación del grado de imprudencia: grave, menos grave o leve debe de ser circunstancial en cada caso presumiéndose la imprudencia menos grave cuando concurra una infracción grave de tráfico (STS 2ª 421/2020 de 22 de julio y 1159/2021 de 30 de marzo). Procede por tanto, concluir, apreciar una imprudencia leve o en su caso menos grave con las correspondientes consecuencias penológicas.

También recuerda que, al tiempo de suceder los hechos, no existía ninguna presunción legal que impusiera *iuris et de iure*, la calificación como delito de homicidio por *imprudencia grave* cuando se cometiera con vehículo de motor bajo la afectación de bebidas alcohólicas del art. 379.1 inciso primero CP, pues aún no se había modificado el artículo 142 CP por la LO 2/2019 donde amplía la *presunción legal* de concurrencia de imprudencia grave a todas las conductas previstas en el artículo 379 CP.

Argumenta que, pese a la extrema gravedad del resultado, lo que se describe en los hechos probados es una *distracción momentánea*, desatención en definitiva, que no posibilita la calificación de homicidio por imprudencia grave, sino menos grave.

2. Anticipa el recurrente a los concretos motivos de su recurso, la posibilidad de atender en el juicio de subsunción, además de los hechos probados a otros elementos fácticos admitidos pacíficamente y dispersos en la fundamentación jurídica, que cifra en la doctrina expuesta en la STS núm. 538/2017 de 11 de julio; así como de aquellos datos fácticos no incluidos en el apartado correspondiente de la sentencia pero que resultan de la consulta directa y aséptica de las actuaciones a fin de justificar la concurrencia de circunstancias atenuantes, con cita en este caso de STS núm. 262/2020 de 29 de mayo.

Sin, ahondar ahora en las matizaciones que dichas aseveraciones precisan, valga como, como punto de partida, la doctrina expuesta al respecto en la STS núm. 421/2020 de 22 de julio:

La jurisprudencia más reciente autoriza también, siempre en beneficio del reo, ponderar elementos de la fundamentación jurídica que tienen un claro sabor fáctico. El tratamiento dispensado a la posibilidad de integración del factum con afirmaciones de hechos que se incorporan de forma asistemática en el razonamiento jurídico, no ha contado -decíamos en las SSTS 220/2020, 22 de junio y 339/2010, 9 de abril - con la deseable uniformidad. De hecho, esta Sala ha venido dictando sentencias que abordan esta cuestión con diferentes soluciones, fundamentalmente tres: a) la tesis que permite la posibilidad de integrar o complementar el factum con datos de hecho desperdigados en la motivación -por ejemplo la STS 990/2004 de 15 de noviembre -; b) la tesis que prohíbe dicha posibilidad de integración -entre otras, STS 762/2006 de 10 de julio -; y c) una tesis intermedia que permitiría la integración siempre en beneficio del reo y nunca en su contra - STS 945/2004 de 23 de julio -.

Hoy puede considerarse plenamente consolidado el criterio que admite la posibilidad de que los hechos probados sean complementados por constataciones de hecho formuladas de forma terminante en la fundamentación jurídica, sin que el relato fáctico, en los elementos esenciales del delito que motiva la condena, pueda configurarse mediante afirmaciones fácticas surgidas de procesos argumentativos contenidos en la fundamentación jurídica (cfr. SSTS 298/2020, 11 de junio ; 292/2020, 10 de junio ; 21/2010, 26 de enero y 520/2012, 19 de junio y 862/2012, 31 de octubre , entre otras).

3. Por otra parte, estando circunscrita esta modalidad casacional a infracción de un precepto penal de carácter sustantivo del art. 849.1 LECrim, hemos de recordar que su 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 modo que resulta inviable no respetar los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, ya sea modificándolos radicalmente en su integridad, o alterando su contenido parcialmente, o condicionándolo o desviándolo de su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes



4. De ahí que no sea método adecuado entender que el relato probado determina que el siniestro y atropello se deriva de una mera distracción, sin atender también a que conducía *a pesar de tener su capacidad de atención y reflejos mermada como consecuencia de la previa ingesta de bebidas alcohólicas*.

Donde el juicio de tipicidad en la sentencia de instancia resulta plenamente motivado: "la causa del siniestro vial es la falta de atención del conductor, así como su total ausencia de capacidad de percepción, lo que significa que no vio al peatón cruzando la calle por el paso para ellos establecido y, tal como hemos venido señalando, y se nos antoja más importante, la intoxicación por ingesta de alcohol influye en la capacidad cognitiva para la toma adecuada de decisiones, en el tiempo de reacción necesario para adoptar una decisión y en la destreza para ejecutarla correctamente"; y "además no realizó ninguna acción de frenado ni maniobra evasiva para evitar el atropello".

E igualmente, la sentencia de apelación tras exhaustiva motivación, comparte esas consideraciones y concluye:

La imprudencia del acusado debe ser calificada como grave por los siguientes motivos:

En primer lugar, porque la conducción de un vehículo a motor es siempre generadora de un peligro para la vida e integridad física de las personas, por lo que ha de realizarse de forma muy diligente y atendiendo siempre a las necesidades y circunstancias del tráfico.

En segundo lugar, porque el acusado se distrajo, dejando de prestar atención a las circunstancias de la circulación y no percatándose de que una persona estaba cruzando correctamente un paso de peatones.

En tercer lugar, porque el acusado, no realizó la más mínima maniobra para evitar el impacto, en ningún momento accionó el freno ni realizó ninguna maniobra evasiva para evitar el atropello, a pesar de que circulaba por un tramo recto y con buena visibilidad.

En cuarto lugar, porque si el acusado hubiera circulado a una velocidad de 30 kilómetros/hora y hubiera ido atento a la circulación, hubiera visto al peatón cruzar el paso de cebra, hubiera podido reaccionar a tiempo y efectuar una maniobra de frenado. Si bien es cierto que el instructor manifestó que la velocidad no fue la causa del accidente, sin embargo, resulta evidente que era inapropiada para las circunstancias del lugar al no poder detener el vehículo antes del atropello, por lo que creó con su conducta un riesgo previsible y evitable que se plasmó en un resultado lesivo.

En quinto lugar, porque el acusado conducía el vehículo con sus facultades disminuidas a consecuencia de una previa ingestión alcohólica, lo cual mermaba considerablemente su capacidad para manejar los mecanismos de dirección, control y frenado del vehículo, así como aumentaba el tiempo de reacción ante acontecimientos imprevistos en dicha conducción con pérdida de reflejos y capacidad visual.

La conducción en estado de embriaguez cuando desemboque en resultado lesivo o dañoso, ha sido calificada por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como de imprudencia grave: "Así, en la *sentencia de 2.2.81*, se razonaba, con cita de las *sentencias de 27.4.77*, *26 y 29.6.79*, y *18.11.80*, que quien conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas y causa un resultado lesivo, incurre en imprudencia temeraria, toda vez que la conducción de automóviles requiere inexcusablemente unas condiciones psicosomáticas de concentración, atención, destreza y pericia que aseguren el más perfecto dominio del mentado vehículo y de sus mandos, dominio que en mayor o menor medida no es posible cuando el conductor se encuentra influido por la ingestión de bebidas espirituosas, las cuales dificultan, cuando no imposibilitan, el manejo del automóvil en condiciones de seguridad, privándole de la lucidez necesaria, de la atención, de la concentración precisas y de la rapidez de reflejos y de decisión que caracterizan al buen conductor". Igual doctrina se sostiene en la *sentencia de 15.4.88*, y en la *2178/2001*, de 23.11, considerando que constituye imprudencia grave la conducción de un vehículo de motor a pesar de haber ingerido el conductor una cantidad de alcohol suficiente como para disminuir de forma notable su capacidad de atención y la pericia de su manejo, lo que fue determinante del resultado lesivo final producido" (STS 2411/2001, de 01/04/2002).

En consecuencia, toda persona que conduce bajo la influencia del alcohol incurre en la más grave de las imprudencias, en cuanto omite las más elementales precauciones que todo conductor está obligado a adoptar. El tráfico viario exige que quien va a conducir un coche y por tanto, a introducir un peligro potencial en el mismo esté en plenitud de facultades, y esas facultades estaban mermadas en el acusado.

Por todo ello, el acusado prescindió de la más elemental diligencia y de todo deber de cuidado, en un tramo recto, haciéndolo a una velocidad superior a la permitida para la vía, velocidad que no se ha podido determinar pero que en todo caso era inadecuada por excesiva para las circunstancias de la zona, por haber anochecido y aproximarse a un paso de cebra, así como inadecuada también para sus propias facultades psicofísicas para la conducción, mermadas en aquel momento por el previo consumo de bebidas alcohólicas.



Y, el hecho de atropellar a una persona que se encuentra atravesando un paso de peatones supone una grave infracción de las normas más elementales que ha de respetar quien conduce un vehículo a motor, el cual tiene la obligación de circular completamente atento a las circunstancias del tráfico, ya que la presencia de un paso de peatones exige el extremar la precaución a las circunstancias del tráfico en previsión de que puedan cruzar peatones.

5. Antes de la reforma operada por la LO 2/2019, tales supuestos eran considerados sin dubitación alguna, imprudencia grave; y así la STS 2147/2002, de 3 de marzo de 2003:

[...] los tres apartados de hecho a los que se refiere el recurrente, nos sitúa inequívocamente ante dos delitos de homicidio cometidos por imprudencia grave, derivada de la conducción de un vehículo de motor con las facultades, atención y reflejos disminuidos por la ingestión de bebidas alcohólicas, no le permitieron apercebirse de la presencia del ciclomotor, lo que provocó la colisión y la caída de las ocupantes, con el mortal resultado que se recoge en la sentencia. Es evidente que la conducta del acusado, es generadora, por sí misma, de un peligro de tal entidad que puede ser perfectamente calificado como grave. La consecuencia derivada de esta forma de conducir, se relaciona de manera directa e inescindible con el gravísimo resultado producido.

Congruente con que en este extremo, la LO 2/1019, no hace sino constatar normativamente, lo que era ya doctrina jurisprudencial; y así en su Preámbulo, expone: *esta modificación supone darle carta legal a la actividad que ya desde el Ministerio Fiscal y por la jurisprudencia se venía acordando, como resulta patente en la Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre seguridad vial y la consideración de conducción temeraria cuando concurra un riesgo concreto para la integridad de las personas, si concurren los requisitos del artículo 379 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal .*

De hecho, tras la reforma seguida con la LO 1/2015, la STS 805/2017, 11 de diciembre, en aras de integrar la categoría de *imprudencia menos grave*, señala que la diferencia con la grave no radica en la vulneración del deber de cuidado que es idéntica en una y otra sino en la intensidad o relevancia; y precisa:

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

Proyectando estas consideraciones al derecho transitorio, no cabría hablar de retroactividad con el argumento de que el nuevo texto surgido de la reforma podrá ser más favorable, dado que la imprudencia grave no ha sufrido modificación alguna.

En autos no resulta necesario acudir a presunción ex lege ni aplicación retroactiva alguna, para concluir que la intensidad del riesgo absolutamente previsible que conllevaba la circulación en tramo urbano con sus mermadas facultades por la ingesta de alcohol y la entidad de la absoluta desatención en el momento del atropello al peatón que cruzaba correctamente la calzada en un paso de peatones, pues no frenó ni realizó maniobra evasiva alguna en tramo recto, con buena visibilidad por iluminación artificial, aunque hubiera anochecido y lloviera ligeramente, determinan necesariamente la consideración de la imprudencia, como grave.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por indebida aplicación del artículo 195.3 del Código Penal.

1. Alega que no existe el delito de omisión de socorro al haber fallecido la víctima de forma inmediata al atropello como consecuencia de las gravísimas lesiones sufridas; consecuentemente no había persona en desamparo, por lo que nos hallamos ante un supuesto de inidoneidad absoluta impune. Invoca en tal sentido, la STS núm. 284/2021 de 30 de marzo de 2021.

2. Efectivamente la STS 248/2021, que conviene citar in extenso, establece:

5.1. El art. 195 del CP castiga a quien "no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros". El apartado 3º agrava la pena "...si el accidente se debiere a imprudencia" de quien omitió el auxilio.

La porción de injusto abarcada por este precepto no puede obtenerse sin una referencia al bien jurídico que pretende tutelarse. Y no existe en este punto, desde luego, unanimidad doctrinal. Para algunos se trata de un delito contra la seguridad de la vida e integridad personal. Otros ven en esta omisión un delito contra la solidaridad humana.

Esta segunda tesis ha sido aceptada -no sin matices- por la jurisprudencia de esta Sala. Conforme a esta idea, nos hemos referido a la "...infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto eleva al rango de deber



jurídico" (SSTS 13 marzo 1987 o 22 noviembre 1989); sin que falten precedentes que hablan de "...una repulsa social encarnada en antijuridicidad" (STS 20 mayo 1994) o una "...repulsa social ante la conducta omisiva del agente" (STS 16 mayo 1991). De especial interés son dos pronunciamientos de la Sala que han querido matizar el tradicional entendimiento del art. 195 - art. 489 ter del CP previgente-

En la STS 706/2012, 24 de septiembre , precisábamos que "... el tipo penal no requiere la protección de la vida o integridad física, sino que se atiende a la persona en peligro. Se castiga la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro. Correlativamente lo que se tutela es el derecho a ser asistido cuando se está en una situación de peligro grave para la vida o integridad física. Ese deber es más intenso respecto de quien ha provocado esa situación de peligro .

La STS 648/2015, 22 de octubre , permitió a esta Sala precisar que "...la alusión a la "repulsa social", debe ser reinterpretada conforme a los criterios del Código Penal actual; pues proviene de resoluciones jurisprudenciales nacidas al amparo del anterior Código", añadiendo que también "...la solidaridad en cuanto mero valor ético-social, precisa se tal en la defensa de determinados bienes jurídicos individuales concretos".

5.2.- Es cierto que la tipificación de un delito a partir del mero incumplimiento formal de un deber ético sitúa al derecho penal en un terreno fronterizo con los principios jurídicos que legitiman su aplicación. El código penal no puede aspirar a convertirse en un simple instrumento de pedagogía social que dé la espalda a la referencia axiológica de los bienes jurídicos que se pretenden tutelar.

Sea como fuere, sin necesidad de abordar un debate de esta naturaleza, lo que resulta evidente es que, ninguno de los dos bienes jurídicos que se señalan como tutelados por el art. 195 del CP -la seguridad de la vida e integridad física y la solidaridad- fueron menoscabados por la omisión imputada a G..

Y no pudieron ser menoscabados porque, como indica el juicio histórico, la víctima "...se golpeó violentamente en la cabeza, a consecuencia de todo lo cual sufrió, entre otras lesiones, un traumatismo craneoencefálico, fracturas múltiples en la columna dorsal, rotura hepática y esplénica, lesiones que provocaron un shock traumático que causó su muerte de forma inmediata".

El acusado incurrió en una omisión especialmente censurable en el plano ético, incluso en el ámbito de los comportamientos sociales esperados, pero no puede sufrir pena privativa de libertad por un hecho que no es calificable como delictivo. Después del impacto que produjo el lamentable fallecimiento de Dña. Apolonia no había "...una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave". Y sin la existencia de esa situación de desamparo y peligro, se desmorona la estructura del tipo objetivo.

La Audiencia Provincial, al confirmar la sentencia de instancia, da por bueno el criterio del Juzgado de lo Penal, que entiende que el delito de omisión del deber de socorro se cometió en grado de tentativa. El razonamiento es el siguiente: "...el delito se comete desde el momento en que el agente se ausenta del lugar de los hechos sin comprobar el estado en el que se encontraba la víctima aceptando la eventualidad de encontrarse en peligro manifiesto y grave, pues con ello se atenta con el bien jurídico de la solidaridad humana que se sitúa en el ámbito de protección de la norma, siendo así que el resultado inexorable de la muerte por tratarse de lesiones incompatibles con la vida, tal y como en el presente caso ratificaron las forenses que depusieron en el plenario, no excluye la consumación del tipo si ese fallecimiento no es instantáneo por haber transcurrido algunos minutos antes del óbito o constatado por haberse realizado maniobras de reanimación por los servicios médicos. Pero cuando el fallecimiento es instantáneo tal conducta debe ser sancionada como delito intentado de omisión del deber de socorro tipificado en el artículo 195 . y 3 del Código Penal ".

Esta Sala, sin embargo, no puede identificarse con esta línea argumental. El art. 195 del CP incluye en el tipo objetivo una situación de desamparo, un peligro grave y manifiesto que impone el deber de actuar omitido por el sujeto activo. Por tanto, la capacidad de recibir ese socorro es un elemento del tipo cuya ausencia hace imposible el juicio de subsunción.

Y la imposibilidad de calificar los hechos probados como constitutivos de un delito previsto en el art. 195 del CP , no es superable, desde luego, con la confusa invocación de la doctrina de esta Sala acerca de la tentativa inidónea.

El art.16 del CP ha redefinido la tentativa frente a su concepción más clásica, añadiendo la expresión "objetivamente" ("practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado"). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, "objetivamente" considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Quedan fuera de la reacción punitiva: a) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); b) los denominados "delitos putativos" (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; c) y los supuestos de delitos



imposibles stricto sensu por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico.

Por el contrario, sí deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, "objetivamente" valorados ex ante y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico de lesión o de peligro (cfr. SSTS 771/2014, 19 de noviembre ; 1114/2009, 12 de noviembre ; 963/2009, 7 de octubre ; 822/2008, 4 de diciembre , entre otras muchas).

En el supuesto que centra nuestra atención, la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado, encierra una inidoneidad absoluta. No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrida. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la vida e integridad física, sea la solidaridad.

3. En autos, la sentencia de instancia fundamenta así la existencia del delito de omisión de socorro del art. 195.3:

Los agentes de la Policía Local de Zarautz afirmaron que cuando llegaron la víctima estaba en el suelo y estaba siendo atendida por un Ertzaina, que le practicaron una reanimación cardiopulmonar ya que no tenía pulso, que los servicios sanitarios acudieron con posterioridad y también realizaron maniobras de reanimación durante varios minutos.

El hecho de que el fallecimiento del Sr. Rodolfo se hubiera producido de forma inmediata al constar en el informe preliminar de autopsia que la data de la muerte es compatible con las 19:14 horas del día 18 de febrero de 2018 (folios 174 a 178) y que en el informe pericial elaborado por el Sr. Alfonso establezca que las lesiones sufridas son de extrema gravedad y afectan, con traumatismo directo de muy alta intensidad, directamente a órganos vitales (sistema nervioso central/encéfalo), lesiones a su vez agravadas por el traumatismo torácico que ocasionan de forma inmediata del fallecimiento, no exime al acusado de su deber de socorrer a la víctima que, tras el atropello, se encuentra en peligro manifiesto y grave y simplemente porque el acusado ni siquiera se cerciora del estado en el que se encuentra...

Y en degradación a tentativa en la sentencia de apelación:

[...] dado que entendemos nos encontramos con un acusado que, al protagonizar su conducta de atropello y posterior huida, siendo necesariamente consciente de que había una persona en situación de peligro grave para su integridad física, o vida, producto de su propia conducta, optó por abandonar el lugar, no siendo evidente, en tal momento temporal- cuando el acusado abandonó el lugar- ni para él, ni para cualquier observador imparcial, que no había objeto, que su auxilio fuera a ser totalmente inútil, porque la víctima hubiera fallecido. En tal sentido, insistimos en las iniciales maniobras de reanimación que le fueron practicadas.

Ninguna diferencia sustancial existe, en el plano del desvalor de la acción, entre el comportamiento del acusado en este caso ahora enjuiciado y el que resultaría predicable si la víctima hubiera estado todavía con vida, siquiera unos minutos. Ciertamente que en el primero el (desvalor de) resultado no se produjo (tentativa); mientras que, en el segundo, el delito habría de reputarse consumado.

La cuestión es que, en el caso de autos, y más allá de que en los hechos probados de la resolución de instancia no se fije el momento exacto del fallecimiento, en la fundamentación jurídica de la sentencia, en concreto, dentro del Fundamento Jurídico vinculado a este tipo penal, se razona que el mismo fue prácticamente inmediato al fallecimiento, circunstancia que nos lleva a aplicar el tipo, en grado de tentativa, con la rebaja penológica subsiguiente.

4. Consecuentemente el motivo debe ser estimado, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto, pues admitir la punición de la tentativa inidónea implica extender el deber de auxilio a un previo y adicional deber penal de cerciorarse si concurre que la conducta típica no describe ni exige; lo que no contradice que deben valorarse ex ante los presupuestos sobre la necesidad y posibilidad del auxilio, aunque ex post se revelara éste inidóneo, como es el caso de autos, por la existencia de lesiones de mortal necesidad, pues en este caso, cualquiera que fuera la percepción, con la muerte instantánea del accidentado concurre ya, ex ante, la inexistencia de deber aunque el autor lo desconozca. Señala la doctrina, que no tendría sentido que el derecho impusiera al causante del accidente un deber de auxilio que, de decidir ejecutarlo, no podría ser cumplido.

Por tanto, dado que la fatal imprudencia, como indica la sentencia recurrida, el fallecimiento fue prácticamente inmediato, no cabe la comisión del delito de omisión de socorro.



5. En el mismo sentido, la STS núm. 167/2022, de 24 de febrero, recogiendo y aceptando el informe del Ministerio Fiscal, recoge:

Excluida la posibilidad de formas imperfectas de ejecución, nos fijábamos en los bienes jurídicos tutelados por el art. 195 del CP -la seguridad de la vida e integridad física y la solidaridad-, y negábamos que estos fueron menoscabados por la omisión imputada al acusado. Y ello porque "la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado, encierra una inidoneidad absoluta. No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrida. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la vida e integridad física, sea la solidaridad".

En esta resolución, se concluye que si la víctima falleció "de forma prácticamente inmediata al golpe", no puede afirmarse que la misma se encontrara en situación de desamparo y en peligro manifiesto y grave; por lo que se casa la resolución recurrida y se absuelve por el delito de omisión de socorro.

6. Tanto en la STS 248/2021, como en la 167/2022, adicionan que la incorporación por la LO 2/2019, del art. 382 bis, abona la interpretación otorgada al art. 195.3, por cuanto la nueva norma trata precisamente de tipificar supuestos de difícil encaje en el delito de omisión del deber de socorro por faltar el elemento objetivo de la existencia de una persona desamparada y en peligro grave y manifiesto; lo que puede ocurrir tanto porque el sujeto activo se ha cerciorado de que la víctima está siendo auxiliada, como en el caso de que se haya producido su fallecimiento inmediato.

Tanto la petición iniciada en las redes sociales por la viuda de un ciclista fallecido en el acto al ser atropellado por el conductor de un camión, que se dio a la fuga tras el accidente, que llegó a superar las trescientas mil firmas, como la proposición presentada que da cauce a algunas de sus reivindicaciones, como la discusión parlamentaria, como el Preámbulo de la reforma, abonan dicha conclusión. Como la 248/2021, precisa:

5.3.- Distinta es la voluntad del legislador que en la reforma operada por la LO 2/1919, 1 de marzo, ha considerado oportuno introducir un nuevo precepto -art. 382 bis- en el que se castiga al conductor que "... fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieron una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2".

Se crea así un delito de aplicación subsidiaria mediante el que se pretende evitar la impunidad de aquellas conductas que escapan a los límites del tipo que ofrece el art. 195 del CP . Se ha buscado la inspiración en el equívoco espejo de la literalidad del precepto alemán, que sanciona el "delito de fuga" como respuesta al infractor de un "deber jurídico de espera" y de "asistencia".

TERCERO.- El tercer motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por inaplicación del artículo 21.4º atenuante de confesión del Código Penal o subsidiariamente la analógica del artículo 21.7º

1. Alega que la sentencia recurrida inaplica la circunstancia atenuante de confesión pese a que en los autos consta que mi representado desde su primera declaración sumarial al día siguiente del atropello reconoció los hechos; y entiende que con ello se vulnera la doctrina de esta Sala recogida entre otras en sentencias de 438/2021, de 20 de mayo y 469/2021 de 2 de junio que permiten apreciar tal atenuante o en su caso la analógica del artículo 21.7º cuando la declaración del acusado, aun tras el inicio del procedimiento conlleva una utilidad para la tramitación de la causa.

Señala que el acusado declaró al día siguiente de los hechos, el 19 de febrero de 2018, ante el juez reconociendo esencialmente que era el conductor del vehículo causante del atropello y que tras el accidente (que el suponía con una moto o similar) se había ausentado del lugar.

2. En cuanto a la atenuante de confesión, del art. 21.4, la jurisprudencia de esta Sala, exige como requisitos de la atenuante del art. 21.4 CP que el sujeto confiese a las autoridades la comisión de un hecho delictivo o su participación en el mismo; que la confesión sea veraz, con exclusión de los supuestos en que se sostenga una versión interesada de carácter exculpatorio que después se revele totalmente falsa; y que la confesión se produzca antes de conocer que el procedimiento -entendiendo por tal también las diligencias policiales de investigación- se dirige contra él, lo que ha de relacionarse con la utilidad de la confesión. Quedan al margen aquellos supuestos en los que la aparente confesión se produzca cuando ya no exista posibilidad de ocultar la infracción ante su inmediato e inevitable descubrimiento por la autoridad (STS 199/2023, de 21 de marzo).

Especifica la sentencia recurrida que fue la labor policial, producto también de colaboración ciudadana, la que primero, permitió identificar el vehículo responsable presunto del siniestro, para así llegar al titular del mismo, siendo que, una vez en el domicilio del mismo, se procedió a la detención del Sr. Hernan . Es decir, no se cumplimenta el requisito cronológico exigido.



Ciertamente, en ocasiones la confesión tardía, se ha estimado como atenuante analógica a la de confesión; pero en ese caso, el criterio actual de esta Sala es el exigir que la colaboración por parte del acusado sea eficaz, seria y relevante, aportando a la investigación datos especialmente significativos para esclarecer los hechos, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado (en este sentido, STS 464/2016, de 31 de mayo); que aparezca una actuación colaborativa del investigado que sea reflejo de la asunción de su responsabilidad que facilite la depuración del reproche que legalmente merecen hechos en los que participó; exigiéndose por ello, así como por razones pragmáticas de política criminal, que el comportamiento del encausado en el seno de la investigación -si bien de manera tardía- favorezca de forma eficaz el esclarecimiento de los hechos y de los responsables, denegándose cuando los datos aportados sean conocidos o evidentes para la investigación (Sentencias del Tribunal Supremo 672/2021, de 9 de septiembre; 204/2020, de 25 de mayo; ó 51/2020, de 19 de diciembre de 2019, entre otras muchas).

Favorecimiento, que no se evidencia en autos y que ni siquiera se concreta en el alegato del concurrente; nada expresa sobre cuál fuere el contenido que revelare el acusado, que los agentes policiales desconocían (o que no conocerían con una cierta inmediatez como fruto del decurso por el que discurría esa investigación).

El motivo se desestima.

CUARTO.- El cuarto motivo lo formula por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por inaplicación del artículo 66.1-2º en relación con el artículo 21.5º del Código Penal, consideración como muy cualificada de la circunstancia atenuante de reparación del daño e imposición de pena inferior en uno o dos grados; o subsidiariamente por inaplicación del artículo 66.1.1º y 6º en relación con el artículo 21.5º del Código Penal, imposición de la pena en su extensión mínima dentro de su mitad inferior atendiendo su extensión a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

1. Alega que la sentencia recurrida *inaplica como muy cualificada* la circunstancia atenuante de reparación de daño en base a dos consideraciones: que la cantidad desembolsada por el recurrente era porcentualmente muy pequeña en relación con la total indemnización y que solo había indemnizado a algunos de los perjudicados. Y en cuanto a la carta remitida pidiendo perdón a la familia que no fue valorada por estos como tal. Mientras que la jurisprudencia viene atendiendo a la reparación en metálico no solo en su importe porcentual sino también cuantitativo, así en STS 784/2021 de 15 de octubre de 2021.

Que los perjudicados han sido satisfechos íntegramente en las indemnizaciones que reclamaban mediante el pago de 341.789,08 euros con cargo al seguro del Sr. Hernan y mediante el pago personal por éste de la cantidad de 35.723,56 euros; y además el Sr. Hernan remitió una carta pidiendo perdón a la viuda de la víctima y se ofreció a reparar los perjuicios que no quedasen cubiertos por el seguro.

2. Efectivamente la sentencia recurrida reconoce que tal y como igualmente invoca el Letrado de la acusación particular, aprovechando la representación procesal del acusado, la existencia de una divergencia entre lo pretendido y lo finalmente abonado y acordado con la indicada aseguradora, se procedió a la consignación judicial de dicha diferencia ofreciéndolo como complemento de pago a alguna de las víctimas (viuda, hija y hermano del fallecido).

3. Establece la jurisprudencia que en el caso de los perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, singularmente en el caso de la vida, 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 de ese bien jurídico que se protege. A diferencia de lo que sucede generalmente con los delitos patrimoniales, la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito.

Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal, que precisamente encuentra su máximo exponente en cuando el daño personal es la vida misma. Ello produce que las resoluciones judiciales en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado (STS 145/2020, de 14 de mayo).

4. Pero además, para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada, se precisa algo más; pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. A esa idea se adscriben las SSTS 87/2010, 17 de febrero y 15/2010, 22 de enero, entre otras muchas.



También hemos precisado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20 de julio). Si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima.

Pero en todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTS 50/2008, de 29 de enero; y 868/2009, de 20 de julio), que en autos, ni resulta de la sentencia recurrida, ni tampoco en las alegaciones del recurrente aparece esa intensificación.

5. Resulta pues, justificada la no estimación como muy cualificada; y en cuanto a la individualización de la pena, la motivación que concreta la pena de tres años por la imprudencia, no resulta desvirtuada por el recurrente:

La infracción más gravemente penada es el delito de homicidio imprudente, para el que el artículo 142.1.1º del CP contempla una pena de prisión de 1 a 4, así como la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 a 6 años; penas que en su mitad superior, permiten una extensión de la pena de prisión de 2 años, 6 meses y 1 día a 4 años y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 3 años 6 meses y 1 día a 6 años.

Y, concurriendo en el delito de homicidio imprudente la atenuante de reparación del daño causado que determina la imposición de la pena en su mitad inferior, se estima adecuado y proporcionado la imposición al acusado de la pena de 3 años de prisión, con fundamento en la gravedad de los hechos enjuiciados que se manifiesta en que el acusado conducía un vehículo habiendo consumido bebidas alcohólicas, sin estar atento a la circulación y con una velocidad inadecuada, con el consiguiente riesgo que ello supone para los demás usuarios de la vía, riesgo que, en el presente caso, se materializó, atropellando al Sr. Rodolfo que cruzaba correctamente por un paso de cebra y embistiéndole con tal fuerza que la luna delantera de su vehículo quedó destrozada y desplazó al Sr. Rodolfo hasta 20 metros del lugar de la colisión, causándole la muerte y, por los mismos motivos, debe imponerse al acusado la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante 4 años; lo que conlleva, con arreglo a lo establecido en el artículo 47.3 del CP, la pérdida de la vigencia del permiso de conducir

El motivo se desestima.

QUINTO.- El quinto motivo lo formula por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 LECRIM por inaplicación del artículo 21.6º del Código Penal, atenuante de dilaciones indebidas.

1. Señala que la sentencia recurrida inaplica la atenuante de dilaciones indebidas cuando las mismas se han producido, en parte a causa de la pandemia COVID 19, pero en todo caso por causas ajenas al inculpado.

Argumenta que la causa estuvo paralizada en el Juzgado de lo Penal más de un año, entre la remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Penal, el 14 de octubre de 2019, y la fecha de celebración del juicio oral, 18 de febrero de 2021, intervalo durante el cual, no hubo ninguna actividad procesal relevante salvo el señalamiento de la fecha del juicio. Admite, que en parte la paralización pudo estar propiciada por la suspensión de la actividad judicial como consecuencia de la declaración del estado de alarma derivado de la pandemia COVID 19, pero entiende que ello constituye una circunstancia ajena y no imputable al acusado que conforme al artículo 21.6º CP solo tendría que soportar como "debidas" las dilaciones atribuibles a su propia conducta procesal. La larga interrupción del procedimiento no responde ni a ello, ni a la complejidad de la causa, más aun cuando la causa estaba concluida y pendiente en el Juzgado de lo Penal únicamente del señalamiento de la vista, por lo que concluye es base fáctica suficiente para sustentar la atenuante que se solicita.

2. La sentencia recurrida deniega la atenuante con el siguiente razonamiento:

Por Providencia de fecha 10 de Diciembre, y según escrito presentado por la acusación particular, la fecha de la Audiencia Preliminar resultó modificada, señalándose el 17 de enero de 2020

Con fecha 13 de Enero de 2020, la acusación particular comunicó al Juzgado la firme decisión de sus clientes de no alcanzar acuerdo alguno con la defensa que pudiera variar las peticiones formuladas con el escrito de acusación, solicitando en consecuencia que se dejara sin efecto la Audiencia Preliminar, y se procediera al señalamiento de fecha para la celebración del juicio oral.

Declarado el estado de alarma se produjo la paralización total de la actividad judicial, salvo asuntos urgentes, con los consiguientes retrasos y demoras posteriores que, tras su reanudación, se ocasionaron a consecuencia de esa inactividad



Recuperado su ritmo, el Juzgado, procedió, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 1 de Diciembre de 2020, a señalar con fecha 18 de Febrero de 2021 la celebración del juicio. De este modo los aludidos dieciséis meses de paralización quedan reducidos realmente a seis (entre el mes de mayo de 2020 y el mes de diciembre de 2020), sin que la inactividad en dicho periodo, por los motivos aludidos, pueda computarse como dilaciones indebidas a los efectos del art. 21.6 del Código Penal.

3. Así pues, exclusivamente se invoca para instar la atenuante la que resulta desde el señalamiento hasta la celebración de la causa, que ya hemos indicado en otras resoluciones, que no debe computar en el apartado de paralizaciones injustificadas, sino exclusivamente en la ponderación del tiempo global de tramitación.

Respecto de este plazo, decíamos en la STS 822/2022, de 8 de octubre: "El que el hecho de que la demora se deba a motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide que no se pueda apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación, por sí misma, no altera la naturaleza injustificada de dichas dilaciones, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues el ciudadano es ajeno a estas circunstancias; y así el TEDH en su Sentencia caso *Lenaerts contra Bélgica* (§ 18), de 11 de marzo de 2004, razonó que el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable; aunque en cuanto al señalamiento, también debe ponderarse a su vez, que habitualmente se requiere que medie un plazo prudencial hasta la celebración de la vista, en aras de su eficacia, en orden a posibilitar cuando menos, la efectividad de las correspondientes citaciones y compatibilidad con las previsiones y agendas de los profesionales intervinientes"; y además, en este caso especialmente adicionado por la suspensión de las actuaciones judiciales consecuencia del estado de alarma en todo el territorio nacional para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Así, en esa resolución 822/2022, precisábamos en relación al tramo que media desde el señalamiento hasta la celebración de la vista, que computará respecto a la concreción del tiempo global que duró el procedimiento, pero no resulta asimilable (lógicamente, salvo casos extremos) a período de inactividad.

De otra parte, incorporadas las circunstancias expuestas en la sentencia de apelación, el tiempo sin actividad, se reduce a seis meses.

4. En todo caso, un procedimiento iniciado el febrero de 2018 y que trascurren tres años y tres meses hasta la sentenciado en instancia y en tres meses más en apelación, al margen de cual fuere el plazo óptimo de tramitación, es patente que no ha incurrido en la dilación "extraordinaria" que exige la circunstancia 6ª del art. 21.

Conforme recuerda, entre otras varias, la sentencia núm. 219/2023, de 23 de marzo, es constante criterio a esta Sala Segunda (vid. STS núm. 867/2022, de 4 de noviembre, con cita de otras varias) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una efectiva lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años desde que a los acusados se les notifica oficialmente la denuncia sobre la comisión de un delito penal (ver *Deweert c. Bélgica*, 27 de febrero de 1980; *López Solé y Martín de Vargas c. España*, 28 de octubre de 2003; o *Menéndez García y Álvarez González c. España*, 15 de marzo de 2016) hasta la sentencia en la instancia; plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal, cuando no concurriera especial complejidad.

Siendo aquí de tres años y tres meses, el motivo se desestima.

SEXTO.- El sexto motivo se formula para el caso de que se hubieran estimado los motivos tercero y/o quinto por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim por inaplicación del artículo 66.2º del Código Penal, concurrencia de dos o más atenuantes e imposición de pena inferior en uno o dos grados.

Pero habiéndose desestimado, restan sin objeto.

SEPTIMO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas se declararán de oficio, en caso de estimación del recurso.

FALLO

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



1º) Declarar haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Hernan , contra la sentencia número 107/2021 de 29 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección Primera (R. Apelación 1080/21) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 174/2021 de 31 de mayo dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de San Sebastián en la causa Procedimiento Abreviado 392/2019; resolución que casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

2º) Declarar de oficio las costas originadas con el recurso.

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.

RECURSO CASACION núm.: 6373/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 31 de mayo de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número **6373/2021**, interpuesto por **D. Hernan** , representado por el Procurador D. Juan Ramón Álvarez Uría bajo la dirección letrada de D. Pedro Auz Gonzalo, contra la sentencia número 107/2021 de 29 de julio dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, Sección Primera (R. Apelación 1080/21) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 174/2021 de 31 de mayo dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de San Sebastián en la causa Procedimiento Abreviado 392/2019; sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa..

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **Dª Debora** representada por la Procuradora Dª Mónica de la Paloma Fente Delgado bajo la dirección letrada de D. Félix César Hernández Abad.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos la declaración de hechos probados y los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el fundamento segundo de nuestra sentencia casacional, procede la absolución al acusado del delito de omisión de socorro de que venía acusado.

FALLO

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



1º) Absolver libremente a Hernan del delito de omisión del deber de socorro del artículo 195.3 del CP, del que venía acusado; con declaración de oficio de un tercio de las costas causadas en la instancia.

2º) Mantener íntegramente el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ