



Roj: **STS 2844/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2844**

Id Cendoj: **28079120012014100523**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2014**

Nº de Recurso: **2229/2013**

Nº de Resolución: **528/2014**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL MAZA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que ante Nos pende, interpuesto por **Rodolfo** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª) que le condenó por delito **continuado de falsedad en documento mercantil en concurso ideal medial con un delito continuado de estafa**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. López Revilla; habiendo comparecido como recurrido "PARQUES REUNIDOS, S.A.", representado por el Procurador Sr. Venturini Medina.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción número 42 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado con el número 6658/2008 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª que, con fecha 10 de octubre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "**HECHO PRIMERO 1.- Don Rodolfo fue trabajador de la entidad PARQUES REUNIDOS, SA. desde el año 1992, estando en el año 2008 destinado en el Departamento de Administración y que tenía como misión, entre otras funciones, elaborar unos listados o ficheros, tanto en papel como el archivo informático, con la relación de las facturas que previa supervisión por el departamento técnico, debían pagarse emitiendo las órdenes de pago, preparando tal documento para remitirlo a las entidades bancarias con las ordenes de pago, teniendo la función señor Rodolfo de establecer las fechas de vencimiento de los pagos, conforme al sistema de conforming que se había establecido con diversas entidades bancarias. La fecha de vencimiento ordinario que se establecía por instrucciones de la empresa era el pago a 120 días.**

*Una vez realizado el fichero informático por don Rodolfo en el programa contable AXAPTA utilizado por la empresa, se imprimía en papel que era remitido al Director del Departamento Financiero de la empresa y al Director de Tesorería, quienes autorizaban su remisión a las entidades bancarias con las correspondientes órdenes de pago en las fechas de vencimiento que se establecían en tales ficheros.*

*Conforme al sistema de pagos establecido entre la entidad PARQUES REUNIDOS, SA. y las entidades bancarias, el banco a la fecha de vencimiento procedían mediante cheque o transferencia a realizar los pagos encomendados conforme a los datos referidos en el correspondientes ficheros contables que establecían la orden de pago, pero en ocasiones, estos pagos realizados directamente por la entidad bancaria a los proveedores, no eran cobrados por los proveedores por diversas circunstancias, procediendo entonces la entidad bancaria a ingresar el importe de las órdenes de pago - llamémoslas- devueltas, en una cuenta transitoria de la entidad PARQUES REUNIDOS, S.A. conocida por todos como cuenta refleja. El apunte contable de los ingresos de estas cantidades no identificaba la factura que no había sido pagada.*



Si los proveedores, al ver que no habían cobrado las respectivas facturas en las fechas previstas, reclamaban lógicamente a la entidad PARQUES REUNIDOS, SA. el cobro de su factura, procedían entonces bien el señor Rodolfo , bien el señor Candido , compañero del acusado en el mismo departamento, a un proceso que llamaban de "rehabilitación", comprobando los motivos del impago y, de confirmarse el impago, realizando una nueva orden de pago de esa factura introduciéndola en el siguiente listado de órdenes de pago a través del sistema de conforming dando la correspondiente orden de nuevo a la entidad bancaria para su pago.

2.- Don Rodolfo , plenamente conocedor de esta sistemática de rehabilitación, y con la finalidad de beneficiarse con el importe de los ingresos en la cuenta refleja que consideraba que no estaba correctamente controlada, se puso en contacto con don Imanol conviniendo aprovecharse ambos de la misma.

Para ello don Imanol , el día 20 de octubre de 2006, en concierto con don Rodolfo , remitió a PARQUES REUNIDOS, SA. una fax reclamando el pago de dos facturas que afirmaba estaban impagadas, indicando las cantidades que señor Rodolfo le indicaba, por importes de 14.348,04 y 19.137,04, facturas que PARQUES REUNIDOS, SA. ya había pagado y que don Imanol ya había cobrado.

Con dicha documentación don Rodolfo realizó una rehabilitación de las referidas facturas como si realmente estaban impagadas, introduciendo la orden de pago de tales facturas conforme a las cantidades indicadas en la dinámica ordinaria de pago de PARQUES REUNIDOS, SA. a través del sistema de conforming.

Don Imanol recibió en su cuenta bancaria el importe de las referidas facturas, la cantidad de 33.66,08 euros, de los que entregó a don Rodolfo la cantidad de 29.500 euros.

3.- Conforme a la misma dinámica de aprovecharse de los saldos de la cuenta refleja, don Imanol entregó a don Rodolfo la factura nº NUM000 de 26 de mayo de 2004 por importe de 5.176,66 euros, y la factura nº NUM001 de fecha 6 de junio de 2006 por importe de 2.540,28 euros, facturas creadas mendazmente sobre unas previas facturas auténticas ya cobradas por don Imanol , pero modificando los importes conforme se indicaba por don Rodolfo .

Don Rodolfo gestionó la rehabilitación de las dos facturas como si fueran realmente impagadas, tramitando las órdenes de pago, siendo cobradas en fecha 3 de septiembre de 2007 por don Imanol , de cuya cantidad total de 7.716,94 euros entregó a don Rodolfo 1.216,94 euros.

4.- Don Imanol , al conocer que PARQUES REUNIDOS, SA. estaba realizando comprobaciones sobre las facturas rehabilitadas, el 27 de mayo de 2008, antes de iniciarse el proceso judicial, confesó su participación colaborando con la mercantil para esclarecer los hechos.

En fecha 6 de noviembre de 2012, antes del inicio del juicio oral, don Imanol pagó a la entidad PARQUES REUNIDOS, S.A. la cantidad de 5.202,02 euros.

#### **HECHO SEGUNDO :**

1.- A partir de la año 2004, PARQUES REUNIDOS, SA. estableció un sistema de pagos a sus proveedores a través del sistema llamado de conforming , emitiendo la entidad PARQUES REUNIDOS, SA. o bien las sociedades que pertenecen a ese grupo empresarial, las órdenes de pago dirigidas a las entidades bancarias con una fecha de vencimiento, normalmente a 120 días.

Conforme a este sistema de conforming, las entidades bancarias comunicaban a los proveedores que habían recibido de PARQUES REUNIDOS, SA. la orden de pago de una determinada factura, anunciándoles el pago en una determinada fecha de vencimiento -normalmente a 120 días-, pudiendo los proveedores a partir de esa fecha ponerse en contacto con las entidades bancarias al objeto de gestionar y negociar -ya particularmente entre la entidad bancaria y el proveedor- adelantos de los importes de las facturas mediante unos correspondientes costes financieros.

Mediante el sistema de conforming, en el momento en que la entidad PARQUES REUNIDOS, SA. SA, daba las órdenes de pago, la relación que pudieran tener los proveedores con las entidades bancarias era una relación interna entre la entidad bancarias y el proveedor, ajena a PARQUES REUNIDOS, SA., y si el proveedor tomaba la decisión de negociar con la entidad bancaria el adelanto del cobro de la factura, ello suponía unos costes financieros, lógicos, que el proveedor pagaba -seguramente mediante el descuento- directamente a la entidad bancaria.

2.- En fechas no determinadas don Rodolfo se fue poniendo en comunicación con diversos proveedores a los que les ofrecía la posibilidad de adelantar la fecha de vencimiento de las órdenes de pago a cambio de un determinado precio que él recibía en efectivo, pudiendo de esa forma los proveedores ahorrarse los intereses y comisiones de los adelantos negociables directamente con las entidades bancarias pagadoras.

Esta proposición fue aceptada por los responsables de las siguientes entidades:



- INSTALACIONES GIL E HIJOS, SL.;
- PINTURAS VICENTE Y ANTONIO, SL.;
- OBRAS Y CONSTRUCCIONES MADRID, SL.;
- COHESO OBRAS SL.
- MR MONTAJES ELÉCTRICOS, SL; y
- OBRAS Y SERVICIOS, MRG, SL..

También aceptó el proveedor don Imanol .

Estos proveedores pagaban las cantidades que don Rodolfo les indicaba y que calculaba según los días de adelanto de la fecha de vencimiento, pagando en efectivo y personalmente al señor Rodolfo .

**3.-** *Conforme a lo propuesto a los proveedores, don Rodolfo se introducía en el programa AXAPTA utilizado en el sistema informático de PARQUES REUNIDOS, SA. facilitando el adelanto de las fechas de vencimiento o cobro, realizando modificaciones en ocasiones en el campo de la fecha de la factura -con una posterior rectificación- o en el campo de la fecha de vencimiento.*

*De este modo don Rodolfo modificó los ficheros contables de pago que confeccionaba de hasta 329 facturas correspondientes a los siete proveedores antes nombrados.*

**4.-** *No consideramos acreditado el perjuicio económico directo que afirma haber sufrido la entidad PARQUES REUNIDOS, SA. por esta anterior actuación de don Rodolfo ."[sic]*

**SEGUNDO.** - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS:** CONDENAMOS al acusado don Imanol , como autor de un **delito continuado de falsedad** en documento mercantil en concurso ideal medial con un **delito continuado del estafa** , con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de confesión y de reparación del daño, a la pena de **PRISIÓN de SIETE MESES y CUATRO DÍAS** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la pena de **MULTA de 237 euros** (dos meses y 19 días de multa con una cuota diaria de 3 euros).

*Además don Imanol , deberá pagar una tercera parte de las costas del proceso.*

*Sobre la sustitución reclamada por la defensa de don Imanol nos pronunciaremos en fase de ejecución de sentencia una vez se cuenten con los datos necesarios para un pronunciamiento fundado al respecto.*

**CONDENAMOS** a don **Rodolfo** , como autor penalmente responsable de un delito un **delito continuado de falsedad** en documento mercantil, en concurso ideal medial con un **delito continuado del estafa** , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

· *Por el delito continuado de falsedad a la pena de **PRISIÓN de UN AÑO, NUEVE MESES y UN DÍA** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de **MULTA de 810 euros** (nueve meses de multa con una cuota diaria de 3 euros);*

· *Por el delito continuado de estafa a la pena de **PRISIÓN de UN AÑO y NUEVE MESES** , con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y a la pena de **multa de 630 euros** (siete meses de multa con cuota de 3 euros).*

*En concepto de responsabilidad civil don Rodolfo deberá restituir a la entidad PARQUES REUNIDOS, SA. la cantidad de **36.180 euros**.*

*Además don Rodolfo deberá pagar una tercera parte de las costas del proceso*

**ABSOLVEMOS** a don Rodolfo del segundo delito continuado de estafa por el que también había sido acusado, declarando de oficio una tercera parte de las costas del proceso.

*Conclúyase la pieza de responsabilidad civil con arreglo a derecho.*

*Notifíquese esta Sentencia al condenado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma se puede interponerse RECURSO DE CASACIÓN ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última. "[sic]*

**TERCERO.** - Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.



**CUARTO.** - El recurso interpuesto por **Rodolfo** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Primero.**- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal sustantivo, en concreto por infracción de los arts. 392 y 390, 1º y 2º, del Código Penal, en relación con el artº. 74 del mismo texto legal, referente al delito continuado de falsedad documental.

**Segundo.**- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal sustantivo, en concreto por infracción del artículo 116, 1º y 2º del Código Penal, en relación con los artículos 106, 107 y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**Tercero.**- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de precepto penal sustantivo, en concreto por infracción de los artículos 123 y 124 del Código Penal, en relación con los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a la condena en costas, por incorrecta aplicación del artº. 101 y ss de la Ley adjetiva.

**Cuarto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, consagrado en el artº. 24 de la Constitución española.

**Quinto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artº. 24. 1º, en relación con el artº. 120. 3º, de la Constitución española.

**Sexto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, consagrado en el artº. 24 de la Constitución española.

**Séptimo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artº. 24, 2º de la Constitución española.

**QUINTO.** - Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Procurador Sr. Venturini Medina y el Ministerio Fiscal, en escritos de 30 de diciembre de 2013 y 20 de enero 2014, respectivamente, solicitaron la inadmisión de todos los motivos del recurso interpuesto y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento del fallo prevenido para el día 20 de mayo último, dada la complejidad del recurso, comenzó en esa fecha y concluyó el 16 de junio de 2014.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, como autor de un delito continuado de falsedad documental en concurso medial con una estafa continuada, a las penas por separado de un año, nueve meses y un día de prisión y un año y nueve meses de prisión y sendas multas, formaliza su Recurso de Casación con apoyo en siete diferentes motivos, de los que los cuatro últimos según el orden del Recurso, del Cuarto al Séptimo, con base en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncian otras tantas infracciones de derechos fundamentales, que pasamos a analizar en forma individualizada.

A) Así, el Quinto de los motivos del Recurso, por el que hemos de comenzar nuestro análisis de acuerdo con un correcto orden lógico procesal, hace referencia a la supuesta infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la suficiente motivación de las Resoluciones judiciales ( arts. 24.1 y 120.3 CE ), en este caso concreto en relación con la participación del recurrente en los delitos de falsedad documental objeto de condena, respecto de los que se afirma que *"...la falta de motivación de la Sentencia, en cuanto a que omite la participación de nuestro poderdante en el delito de falsedad documental por el que ha sido condenado nos impide combatir la conclusión del Tribunal "a quo" en esta Instancia..."* (sic).

La exigencia de una adecuada fundamentación de la decisión judicial integra, como con reiteración ha proclamado esta Sala y el propio Tribunal Constitucional, de una parte, el cumplimiento del mandato contenido expresamente en el artículo 120.3 de nuestra Constitución, y también, de otra, una manifestación más del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el 24.1 de la misma Carta Magna, en tanto que manifestación esencial del Estado democrático de derecho ( art. 1 CE ) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley, huyendo de soluciones arbitrarias ( art. 117.1 CE ) (vid. la STC 55/87, entre otras).

Esa necesidad de motivación cumple diversas finalidades al erigirse, en primer lugar, en garantía para los justiciables mediante la que pueden comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una





exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad ( art. 9.3 CE ) ( STC 165/93 , por ejemplo), permitiendo, a su vez y con la posibilidad de discusión de tales argumentos, acceder a la vía impugnativa de esa decisión, si de ella se discrepa, y, seguidamente, el control por parte de un Tribunal superior del acierto de los argumentos en que se apoya.

Supone, también y de manera quizá aún más importante, que el propio Juzgador reflexione sobre el sentido y validez de su razonamiento, al verse obligado a justificarlo, auxiliándole eficazmente en la honesta búsqueda de la rectitud y justicia de la decisión.

En definitiva, y en concreto en el ámbito de lo Penal en el que las Resoluciones tienen carácter público, es la Sociedad misma la que, conociendo los argumentos en los que los Tribunales apoyan sus pronunciamientos, percibe los contextos jurisprudenciales en la aplicación de la norma y accede, en su caso, a la posible crítica legítima de los criterios aplicados.

Todo ello, sin embargo, sin que suponga tampoco que el Juez esté obligado a una descripción totalmente exhaustiva del proceso intelectual que le ha llevado a decidir en un concreto sentido, ni que haya de pronunciarse expresamente sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, pues basta con que se conozca, de forma clara e inteligible, el por qué de lo por él resuelto.

En este sentido y para el caso que aquí se nos somete, hay que afirmar rotundamente la ausencia de razones para intentar sostener una carencia de motivación en la Sentencia que se recurre, puesto que no sólo el apartado 2.4.6 del Fundamento Jurídico Segundo de dicha Resolución, al que acude el Fiscal para oponerse al motivo, contiene referencias expresas y concretas a las falsedades documentales objeto de acusación, sino que a lo largo de toda la amplia extensión de ese Fundamento Jurídico, que ocupa un total de 27 folios para exponer las razones a través de las que la Audiencia alcanza su convicción fáctica, no deja de aludirse a las distintas pruebas, declaraciones de acusados, testificales, pericias y documentales, que acreditan la realidad de los hechos, en cuya mecánica forma parte indisoluble e imprescindible para su comisión la alteración mendaz de los registros informáticos y contables llevada a cabo en sucesivas ocasiones por Rodolfo para cometer las estafas, alterando la realidad de los diversos estados de las cuentas que tales anotaciones documentales reflejaban y que, detalladamente se describen en el "factum" de la recurrida con un contenido que de esta forma queda perfectamente justificado sin carencia de motivación alguna.

B) A su vez, el motivo Sexto alude a la vulneración del derecho a un proceso con garantías ( art. 24.2 CE ), por la forma en la que se obtuvo, sin intervención judicial, la información contenida en el equipo informático utilizado por el recurrente para desempeñar sus tareas contables y la ausencia de garantías en la custodia del "disco duro" del mismo, depositado durante meses en las dependencias de la empresa consultora contratada por la denunciante, lo que generaría serias sospechas sobre la integridad e indemnidad de esa información.

También este motivo merece el rechazo, como el anterior, habida cuenta de que la Audiencia ya pone de relieve la existencia de material probatorio suficiente para sustentar válidamente el pronunciamiento condenatorio, al margen del contenido de la memoria del ordenador utilizado por el recurrente en sus tareas contables e incluso por importante que el mismo fuere para confirmar las conclusiones fácticas alcanzadas, pruebas a las que ya nos hemos referido y que volveremos a citar más adelante ante el cuestionamiento que igualmente en el Recurso se formula respecto de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia que ampara a Rodolfo .

Así mismo, también se nos dice, en el apartado 3.4 de la Fundamentación Jurídica de la recurrida, algo tan importante como el que *"No consta que se haya examinado ningún tipo de programa de correo electrónico privado, y tampoco consta que se haya examinado ningún tipo de programa o archivos temporales que supusiera injerir, intervenir o desvelar algún tipo de comunicación privada y confidencial de don (sic) Rodolfo ."*

Pues bien, con ambos argumentos: la existencia de otras pruebas independientes y suficientes para sostener el "factum" y la inexistencia de injerencia en el secreto de las comunicaciones del investigado, basta para considerar improcedentes o, en todo caso, irrelevantes, las alegaciones del Recurso acerca de las dudas sobre la integridad y validez de la prueba informática obrante en estas actuaciones.

No obstante lo cual, esta Sala considera conveniente, en aras a fijar una clara doctrina en materia de tanta trascendencia, salir al paso de ciertas afirmaciones rotundas, incluidas en la propia Resolución de instancia a pesar de aquellas iniciales constancias referentes a la irrelevancia de la prueba, tales como las de que *"...el ordenador registrado era una herramienta propiedad de la empresa y facilitada por la empresa a don (sic) Rodolfo exclusivamente para desarrollar su trabajo, por lo que entendemos que incluso en aquel supuesto en que pudiera utilizar el ordenador para emitir algún tipo de mensaje de carácter personal, entendemos que al utilizar precisamente un ordenador ajeno, de la empresa, y destinado exclusivamente para el trabajo a la empresa,*



*estaba asumiendo -cediendo- la falta de confidencialidad -secreto- de las comunicaciones que pudiera tener el señor (sic) Rodolfo utilizando tal terminal informático."*

Como la propia Sentencia recurrida nos dice a continuación, son éstos argumentos los utilizados en el ámbito jurisdiccional de lo social, a partir de la importante Sentencia de 26 de Septiembre de 2007, luego seguida y ampliada en sus efectos por otras de la misma Sala Cuarta de este mismo Tribunal, como las de 8 de Marzo y 6 de Octubre de 2011 , e incluso la de 7 de Julio de 2010 , referida precisamente a estos mismos hechos, aún cuando en su dimensión laboral a la hora de valorar la prueba informática y sus efectos para acreditar las razones de procedencia del despido acordado respecto del recurrente por la empresa PARQUES REUNIDOS S.A., en la que prestaba sus servicios.

Criterios contenidos en esas Resoluciones y que no desconocemos que han sido posteriormente avalados por el propio Tribunal Constitucional, en Sentencias como las de 17 de Diciembre de 2012 y 7 de Octubre de 2013 , que, a nuestro juicio, han de quedar restringidos al ámbito de la Jurisdicción laboral, ante el que obviamente nuestra actitud no puede ser otra más que la de un absoluto respeto, máxime cuando cuentan con la confirmación constitucional a la que acabamos de referirnos, pero que, en modo alguno, procede que se extiendan al enjuiciamiento penal, por mucho que en éste la gravedad de los hechos que son su objeto, delitos que en ocasiones incluso constituyen infracciones de una importante relevancia, supere la de las infracciones laborales a partir de las que, ante su posible existencia, se justifica la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del sospechoso de cometerlas.

En efecto, a nuestro juicio, el texto constitucional es claro y tajante cuando afirma categóricamente que: **"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. "**

No contempla, por tanto, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado ( **"correo corporativo"** ), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia.

Tampoco una supuesta *"tácita renuncia"* al derecho, como a la que alude la Audiencia al final del párrafo antes transcrito, puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha *"renuncia"* a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aún cuando se entienda que la *"renuncia- autorización"* se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria ( art. 18.2 CE ), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia.

Y es que un régimen de protección tan estricto, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, sin duda el más enérgico de los que dentro del genérico derecho a la intimidad se contemplan en el repetido artículo 18 de la Constitución Española al excluir cualquier posible supuesto que no contemple la intervención del Juez como tutelador del derecho del investigado, encuentra un lógico fundamento en la gravedad y trascendencia de esta clase de injerencias, en tanto que se introducen y revelan toda clase de aspectos referentes a la privacidad del comunicante, tanto los de interés para la investigación como otros por completo ajenos a ese legítimo interés, dicha injerencia además se produce en una ominosa aunque inevitable situación de absoluta indefensión, por ignorancia coetánea, del sometido a ella y, lo que es aún más decisivo, porque por mucho que el investigado, como en el caso presente, sea empleado de la dueña del instrumento, la incursión en sus comunicaciones produce automática e inmediatamente la injerencia en el correspondiente derecho al secreto de los terceros que con él comunican, ajenos a esa relación con el titular de la herramienta y de sus condiciones de uso.

No se trata, por supuesto y en definitiva, de impedir la utilización de medios de investigación tan útiles para el descubrimiento de conductas gravemente reprochables sino, tan sólo, de dar cumplimiento a las previsiones constitucionales rectoras de un procedimiento tan invasivo en derecho de semejante trascendencia para los ciudadanos, resultando, a tal efecto, imprescindible, como decimos, la autorización y el control que sólo el Juez puede dispensar en nuestro ordenamiento, incluso según la legislación laboral, que al menos aparentemente sigue el mismo criterio de clara vocación judicial (vid. art. 76.4, en relación con el 90.2 y 4 de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción social , en cuya concreta interpretación y alcance no nos compete entrar aquí).

Por consiguiente, bien claro ha de quedar que en el ámbito del procedimiento penal, el que a nosotros compete, para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución , resultará



siempre necesaria la autorización e intervención judicial, en los términos y con los requisitos y contenidos que tan ampliamente se han venido elaborando en multitud de Resoluciones por esta Sala, a partir del importante Auto de 18 de Junio de 1992 (caso "Naseiro"), cualquiera que fueren las circunstancias o personas, funcionarios policiales, empresarios, etc., que tales injerencias lleven a cabo.

Lo que por otra parte, obvio es recordarlo, operará tan sólo respecto a lo que estrictamente constituye ese "secreto de las comunicaciones", es decir, con exclusión de los denominados "datos de tráfico" o incluso de la posible utilización del equipo informático para acceder a otros servicios de la red como páginas web, etc., de los mensajes que, una vez recibidos y abiertos por su destinatario, no forman ya parte de la comunicación propiamente dicha, respecto de los que rigen normas diferentes como las relativas a la protección y conservación de datos ( art. 18.4 CE ) o a la intimidad documental en sentido genérico y sin la exigencia absoluta de la intervención judicial ( art. 18.1 CE ).

C) En tercer lugar, el motivo Séptimo sostiene que se ha infringido el derecho a la presunción de inocencia del recurrente ( art. 24.2 CE ), habida cuenta de la inexistencia de pruebas bastantes para soportar lógicamente el pronunciamiento condenatorio que en el presente Recurso se combate.

Baste, para dar respuesta a tal alegación, recordar cómo la función casacional encomendada a esta Sala, respecto de las posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de nuestra Constitución, ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos, a saber: a) que el Tribunal juzgador dispuso, en realidad, de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) que ese material probatorio, además de existente, era lícito en su producción y válido, por tanto, a efectos de acreditación de los hechos; y c) que los razonamientos a través de los cuales alcanza el Juez de instancia su convicción, debidamente expuestos en la Sentencia, son bastantes para ello, desde el punto de vista racional y lógico, y justifican, por tanto, la suficiencia de dichos elementos de prueba.

En consecuencia, si la prueba de cargo existe, no puede ser tachada de ilícita y se muestra bastante para alcanzar la conclusión condenatoria, en la valoración que, de la misma, lleva a cabo el Tribunal "a quo", no le es posible a esta Sala entrar en censura del criterio de dicho Tribunal, sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles.

Y en este caso nos encontramos, como ya se anticipó en nuestro anterior apartado A), con una argumentación, contenida esencialmente en el Fundamento Jurídico Segundo de la Resolución de instancia, en el que se enuncian y analizan una serie de pruebas, declaraciones testimoniales, documentos y pericias, además de las propias manifestaciones del mismo acusado y las del coimputado, tanto de carácter autoincriminatorio como incriminatorio para el recurrente, éstas últimas con un elenco de datos objetivos de corroboración que también se mencionan exhaustivamente.

Siendo pruebas todas ellas, en definitiva, válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio.

Frente a ello, el Recurso se extiende en alegaciones que pretenden combatir esa valoración de prueba llevada a cabo en la Sentencia recurrida que, en definitiva, se alejan del contenido que le es propio a un Recurso de Casación como éste.

D) Por último, en el ordinal Cuarto del Recurso se denuncia la vulneración del derecho a un Juicio sin dilaciones indebidas ( art. 24.2 CE ), por el hecho de que la Sentencia de la Audiencia tardase 11 meses en ser dictada, tras la celebración del Juicio oral.

Motivo respecto del que el Ministerio Fiscal expresamente sostiene que existe base para que sea estimado, coincidiendo con el Recurso en la posible aplicación de la correspondiente atenuante si bien sin el carácter de muy cualificada que en éste se pretende, lo que supone a la postre su falta de practicidad, al haberse impuesto ya las correspondientes penas dentro del mínimo legalmente posible.

A tal respecto, es cierto que esta Sala acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de Mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de Junio de 1999, 28 de Junio de 2000, 1 de Diciembre de 2001, 21 de Marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21. 6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas ( art. 24.2 CE ).

El propio CEDH suscrito por nuestra Nación, en su artículo 6, consagra, con distinto matiz respecto de nuestra Carta Magna, el derecho a un juicio en plazo "razonable", lo que permitiría una interpretación menos apegada a la concreta comprobación de puntuales retrasos procesales.



Pero lo cierto es que con posterioridad nuestro Legislador introdujo, en la reforma operada por la LO 5/2010, la circunstancia de atenuación que pasa a ocupar el 6º lugar de entre las enumeradas en el artículo 21 del Código Penal consistente en "*La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio imputado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*"

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado así como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, cuando no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas "*paralizaciones*" del procedimiento que se debieran a la conducta del mismo acusado que las sufre, en supuestos como los de rebeldía, por ejemplo, o a su comportamiento procesal, provocando suspensiones, etc.

Semejante derecho no debe, por otra parte, equipararse a la estricta observancia del cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.

La "*dilación indebida*" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo es injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o de lo tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de Junio, y del TS de 14 de Noviembre de 1994, entre muchas otras).

Y en esta ocasión se constata que el Juicio oral concluyó el 13 de Noviembre de 2012, no procediéndose a dictar la correspondiente Sentencia hasta el 10 de Octubre del siguiente año, 2013. Es decir once meses aproximadamente después.

Lo que sienta las bases, de acuerdo con la doctrina ya reseñada, para la aplicación de la atenuante solicitada, por tratarse de una dilación excesivamente prolongada, no imputable al recurrente y carente de toda justificación.

La alusión del Fiscal referente a la ausencia de queja al respecto por la propia Defensa durante el tiempo en el que se producía el retraso de la Sentencia no puede tenerse como obstáculo para la apreciación de la atenuante, al no serle exigible a la parte acusada el impulso de actuaciones que, de retrasarse, pueden redundar en efectos que le sean favorables, como la aplicación de una atenuante expresamente prevista en la norma penal. Ello supondría trasladar al acusado la carga de velar por una diligencia que sólo al órgano jurisdiccional ha de competir.

De igual modo que debemos rechazar alguna interpretación contenida en pronunciamientos anteriores a éste, que cuestionaban la posibilidad de construir una atenuante posterior al acaecimiento de los hechos e incluso a su enjuiciamiento, puesto que no sólo ha de recordarse que con su aplicación se está intentando restañar las consecuencias de lo que no es sino la vulneración de un derecho fundamental, como tal expresamente proclamado en nuestro texto constitucional, cualquiera que fuere el momento de su producción, sino que incluso, tras la incorporación a la literalidad de la Ley ordinaria ( art. 21.6ª CP ) de tal circunstancia, advertimos que en ese texto se hace referencia a la dilación acaecida en "*...la tramitación del procedimiento...*" y, evidentemente, el plazo para el dictado de la Resolución, regulado en forma expresa en la norma procesal, forma parte de esa "*tramitación*".

Eso sí, coincidimos con el Fiscal en que la dilación detectada, al no concurrir otros elementos más gravosos como la pérdida de oportunidades probatorias, por el trámite en que se produce, o la privación preventiva de libertad, que en esta ocasión no existía, no merece ser calificada más allá que como "*extraordinaria*", que es el calificativo que el precepto penal otorga a la circunstancia constitutiva de la atenuante simple, no cualificada.

Debiendo, por lo tanto, estimar el motivo, con este último matiz, y corregirse la indebida inaplicación de la referida atenuante en la Segunda Sentencia que, seguidamente a ésta, se dictará, desestimando, por otra parte, el resto de los motivos analizados en este Fundamento Jurídico.

**SEGUNDO.-** Finalmente, en los restantes motivos del Recurso, Primero a Tercero, se alega la existencia de otras tantas infracciones de Ley ( art. 849. 1º LECr ) por incorrecta aplicación de los preceptos relativos a la descripción del delito continuado de falsedad documental ( arts. 74, 390. 1º y 2º y 392 CP ) y a la regulación tanto de la responsabilidad civil derivada del delito ( arts. 107, 108 LECr y 116 CP ) como de la imposición de las costas causadas por el Juicio ( arts. 123 y 124 CP y 101, 239 y 240 LECr ).

El cauce casacional utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Labor que, en todo caso, ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, sobre la convicción que por el mismo se alcanza acerca





de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que inicialmente le es propia.

A) En este sentido, es clara la improcedencia del motivo Primero, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria, toda vez que integra los elementos propios de la infracción objeto de condena, tales como la mendacidad de los datos consignados en los diferentes asientos que, incluso algunos de ellos de carácter digital, no dejan por ello de tener la consideración de documentos, a efectos penales, como se establece en el artículo 26 del propio Código Penal, en el que expresamente se dice que *"A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica"*, carácter que, sin duda, tenían tales anotaciones mediante las cuales era posible cobrar nuevamente cantidades que ya habían sido abonadas u obtener el pago de otras deudas no vencidas o antes de que llegase el momento previsto para su cobro.

B) A continuación, por lo que se refiere a las responsables civiles derivadas del delito, se nos dice que al haber renunciado la perjudicada a la indemnización que le correspondía respecto del otro acusado, dado el carácter solidario de dicha responsabilidad para ambos responsables de los hechos, la renuncia ha de extenderse también a la obligación resarcitoria de quien aquí recurre.

Defectuosa interpretación, sin duda, de tales preceptos penales la defendida en el Recurso puesto que, con el régimen de solidaridad no se excluye la íntegra obligación de responder, independientemente, para cada uno de los autores del delito sino que, tan sólo, se refuerza la posibilidad de cobro del perjudicado, al poder dirigir su acción alternativa e íntegramente respecto de uno u otro de los obligados, lo que en ocasiones resulta especialmente favorable para sus intereses, como acontece en casos de insolvencia de alguno de éstos.

La renuncia, por tanto, a esa posibilidad de resarcirse de uno de ellos sólo significa la relativa a ejercer dicha opción, pero no a efectuarla respecto del otro.

De hecho, la solidaridad supone así mismo, para quien satisface la integridad de lo adeudado, el nacimiento de la acción de repetición, por la parte correspondiente, frente a quien impaga. Acción que podrá ejercer, en su caso, el recurrente, en el correspondiente procedimiento civil, pero sin que ello excluya el pronunciamiento penal por la totalidad de la cuantía indemnizatoria tal como se recoge en la Sentencia recurrida en satisfacción de los perjuicios realmente sufridos por la denunciante.

C) Y, por último, acerca de la imposición de las costas causadas en la instancia, respecto de las que se solicita la exclusión de las correspondientes a PARQUES REUNIDOS S.A como Acusación particular, toda vez que se cuestionó ya en su momento la legitimación de dicha persona jurídica para personarse como tal en estas actuaciones, también nos hallamos ante una pretensión claramente improcedente.

En efecto, con dicha alegación se está ignorando el carácter intangible que, como hemos dicho, ampara en un motivo como el presente al relato de hechos contenido en la Resolución de instancia, en el que expresamente se incorpora la condición de perjudicada de la referida persona jurídica, lo que automáticamente confirma su legitimación como parte acusadora en este procedimiento y, por ende, su derecho a la imposición de las costas ocasionadas a los condenados como autores del delito que dio origen a la existencia de las actuaciones.

Por ello, habiéndose formulado el motivo por la vía del artículo 849. 1º la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la respuesta acerca de la adecuación de la aplicación de la norma a tales hechos y del pronunciamiento combatido al "factum" no puede ser otra que la afirmativa, contra la oposición que a ello mantiene el recurrente.

En definitiva, estos tres motivos han de desestimarse.

**TERCERO.-** Dada la conclusión parcialmente estimatoria de la presente Resolución, procede, a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de oficio de las costas causadas en este Recurso.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar, de modo parcial, al Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Rodolfo contra la Sentencia dictada por la Sección Décimo Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, el 10 de Octubre de 2013, por delitos continuados de falsedad documental y estafa, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar a continuación la correspondiente Segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.



Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil catorce.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 42 de Madrid con el número 6658/08 y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª por delitos de **estafa y falsedad documental**, contra Rodolfo con DNI número NUM002, nacido el NUM003 de 1958, en Santillana del Mar (Cantabria), hijo de Teodoro y de Emilia, y Imanol con DNI número NUM004, nacido el NUM005 de 1967, en Madrid, hijo de Estanislao y de Sagrario, en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 10 de octubre de 2013, que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo*, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

**ÚNICO.-** Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

**SEGUNDO.-** Como ya se ha dicho en el apartado D) del Fundamento Jurídico Primero de los de la Resolución que precede, sin necesidad de modificar el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, ha de concluirse en la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas ( art. 21. 6ª CP ), lo que en el terreno punitivo lleva, una vez advertida la corrección del castigo por separado de ambas infracciones continuadas en concurso por resultar solución más favorable para el reo que su castigo conjunto ( art. 77 CP ), al mantenimiento de las sanciones impuestas por la Audiencia respecto del delito de falsedad documental continuada, puesto que se encuentran ya en su mínimo legal, mientras que las de la continuidad delictiva de la estafa han de reducirse, en virtud de la aplicación de dicha atenuante, fijándose en las de un año y seis meses de prisión y seis meses de multa, frente al año y nueve meses de privación de libertad y multa de siete meses impuestas por este delito por la Audiencia, que resultan proporcionadas atendiendo a que el abanico legalmente posible para la extensión de estas penas es el de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, con la cuota diaria ya establecida por la Audiencia y que no ha sido cuestionada.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

### III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos al acusado, Rodolfo, como autor de un delito continuado de estafa, con la concurrencia de la circunstancia modificativas de la responsabilidad criminal atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de un año y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de seis meses, con una cuota diaria de tres euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, manteniendo el pronunciamiento de la Audiencia respecto de la condena por el delito de falsedad continuada al mismo acusado y por los delitos continuados de falsedad y estafa en concurso medial al otro acusado, así como los relativos a responsabilidad civil y costas causadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez **T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Penal**



**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

### Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:16/06/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Manuel Marchena Gomez A LA SENTENCIA 528/2014, 16 DE JUNIO, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 2229/2013

Mi discrepancia con el criterio mayoritario se centra, de forma exclusiva, en la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como instrumento jurídico para compensar el transcurso de 11 meses desde el momento en el que concluyeron las sesiones del juicio oral hasta la fecha en que fue dictada sentencia. Soy consciente de los esfuerzos interpretativos que ha hecho esta misma Sala para ofrecer un tratamiento jurídico adecuado a la vulneración de un derecho de rango constitucional proclamado en los arts. 24.2 de la CE y 6 del Convenio de Roma . Nuestro acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 21 de mayo de 1999 es una buena muestra de la búsqueda de una fórmula jurídica satisfactoria que proporcione, de forma inmediata y apreciable, una compensación jurídica por el menoscabo que la respuesta jurisdiccional tardía añade a los males del proceso penal.

Nuestro deseo de ofrecer una justa compensación al imputado no nos puede llevar al extremo de dar la espalda al fundamento dogmático que está en la esencia de cualquier atenuante, tal y como ha sido ésta perfilada a raíz de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio. Es cierto que el legislador ha admitido que circunstancias posteriores a la comisión del hecho puedan operar extinguiendo parte de la culpabilidad ( art. 21.4 y 5 CP , atenuantes de confesión del hecho y reparación del daño). También es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia 15 Julio 1982, *Caso Eckler* ) aceptó la reducción de la pena como fórmula para compensar la vulneración de aquel derecho. Mi discrepancia no se centra tanto en la solución final cuanto en el fundamento técnico con el que, siempre y en todo caso, pretende justificarse esa rebaja de pena.

En mi opinión, todas las atenuantes señalan una referencia cronológica que actúa, sin excepción, como obligado límite temporal. Así, mientras que la de confesión a las autoridades ha de producirse *antes de que el procedimiento judicial se dirija contra el culpable* ( art. 21.4 CP ), la reparación del daño causado a la víctima puede verificarse en cualquier momento del procedimiento, pero *con anterioridad a la celebración del juicio oral* ( art. 21.5 CP ).

Esa exigencia cronológica no es, desde luego, caprichosa. Entronca con la necesidad material de que los presupuestos fácticos de la atenuación -de aquella y de cualesquiera otras- sean objeto de discusión y debate en el juicio oral. En efecto, la apreciación de una atenuante, cuyo hecho desencadenante se ha producido después de la formalización del objeto del proceso, superada ya la fase de conclusiones definitivas, encierra un entendimiento excesivamente audaz de los límites cognitivos de esta Sala al resolver el recurso de casación.

Considero, en definitiva, que ni en el plano sustantivo ni en el orden procesal, concurren razones que avalen una atenuación como la que ahora pretenden los recurrentes y apoya el Fiscal. Desde el punto de vista de su configuración sustantiva, la viabilidad de la atenuación desaparece cuando el hecho que genera la injustificada tardanza se ha producido, no ya antes del juicio oral, sino concluido éste y por razón de una desatención del Magistrado ponente en el tiempo del que dispone para dictar sentencia. En el ámbito estrictamente procesal, estimo que una atenuante cuyo sustento fáctico no se ha incorporado a las conclusiones definitivas, sino que surge de forma sobrevenida cuando ya el objeto del proceso ha sido formalizado, representa una quiebra de los principios elementales que definen nuestro ámbito cognitivo.

No puedo compartir el argumento que emplea la mayoría cuando sostiene que la reforma introducida por la LO 5/2010, habría ampliado el ámbito de aplicación de la atenuante, en la medida en que su propia literalidad relaciona la dilación indebida con "*... la tramitación del procedimiento...*" y, por tanto, el plazo para el dictado de la resolución formaría parte de esa "*tramitación*". En efecto, me resulta muy difícil imaginar una solución, con arreglo al criterio mayoritario, para aquellos supuestos en los que la injustificada paralización se produjera, no ya en el período del que dispone el Tribunal de instancia para dictar sentencia, sino, por ejemplo, durante la sustanciación del recurso de casación. ¿Estaríamos también obligados a compensar la indebida interrupción del procedimiento con una atenuante promovida por nosotros mismos? En la búsqueda de hipótesis que refuercen las razones para mi desacuerdo, me planteo de qué forma podríamos reparar, a



la vista del fundamento dogmático sobre el que basamos nuestra solución, aquellas dilaciones injustificadas que pudieran llegar a surgir durante la fase de ejecución.

A mi juicio, no hay fundamento constitucional para concluir que toda paralización del procedimiento, sea cual sea el momento en el que ésta se produce, ha de traducirse en una rebaja de pena. En la STC 78/2013, 8 de abril, puede leerse lo siguiente: "*... aunque no parece dudoso que la decisión legal de prever como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal determinados casos de dilaciones indebidas encuentra su fundamento en principios y valores constitucionales, este Tribunal ha descartado en su doctrina que forme parte del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la exoneración o atenuación de la responsabilidad penal prevista por la comisión del delito objeto del proceso en el que la dilación se ha producido ( SSTC 381/1993, de 20 de diciembre ; 8/1994, de 17 de enero ; 35/1994, de 31 de enero ; 148/1994, de 12 de mayo , y 295/1994, de 7 de noviembre ). Así, la STC 381/1993, FJ 4, señaló ya que «constatada judicialmente la comisión del hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta... a ninguno de los extremos en que la condena se ha fundamentado, ni perjudica la realidad de la comisión del delito y las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal. Dada la manifiesta desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y la responsabilidad, no cabe pues derivar de aquellas una consecuencia sobre éstas ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la sentencia condenatoria». La decisión legal no es, por tanto, desarrollo constitucionalmente obligado del derecho*".

Esa rebaja de pena, por tanto, sólo es imperativa -así lo ha querido el legislador- en aquellos casos en los que resulte de aplicación la atenuante prevista en el art. 21.6 del CP . Pero fuera del momento aplicativo de cualquier atenuante, la exigencia de responsabilidades disciplinarias por el retardo o, en los casos más gravemente injustificables, la petición de indulto parcial, serán las soluciones a ponderar por el Tribunal de casación. Cualquier otra alternativa nos distancia del significado procesal y del momento de apreciación de cualquier circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Por cuanto antecede, considero que el motivo cuarto del recurso, en el que se denunciaba la vulneración del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, debió haber sido desestimado, con arreglo al art. 885.1 LECrim .

Manuel Marchena Gomez