



Roj: **STS 2715/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2715**

Id Cendoj: **28079120012021100572**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2021**

Nº de Recurso: **3564/2019**

Nº de Resolución: **591/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5307/2019,**  
**STS 2715/2021**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 591/2021**

Fecha de sentencia: 02/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3564/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4 MADRID

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3564/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 591/2021**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Carmen Lamela Díaz



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 2 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3564/2019 interpuesto por **Gervasio** representado por la Procuradora Sra. Carmen Palomares Quesada y bajo la dirección letrada de D. Rafael Cotta Gallardo contra Sentencia de fecha 11 de junio de 2019 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra el recurrente por **delitos** de estafa y falsedad en documento privado. Han sido partes recurridas Hugo y Inocencio representados por la Procuradora D.<sup>a</sup> Maria Sandra Oreo Bermejo y bajo la dirección letrada de María Dolores Nuche García; Justo representado por la procurador D.<sup>a</sup> Beatriz Verdasco Cediel y bajo la dirección letrada de D. Ángel de Andrés Melero. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción núm. 25 de los de Madrid instruyó PA con el nº 97/2015, contra Hugo , Inocencio y Gervasio . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Cuarta) que con fecha 11 de junio de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<Los acusados don Hugo , don Inocencio y don Gervasio , miembros de la Junta Directiva del Club de Fútbol Alcobendas Sport, actuando de común acuerdo, aportaron en el expediente NUM000 , tramitado ante el Comité Jurisdiccional de la Federación de Fútbol de Madrid, por la reclamación económica presentada por el entrenador don Justo contra el Club, dos recibos en los que figuraba como firma del entrenador una imitación efectuada por un tercero a petición de éstos, pretendiendo acreditar el pago al Sr. Justo de las cantidades correspondientes (1.800 euros) y que éste no había percibido entonces, con el fin de obtener en el referido expediente una resolución desestimatoria a las reclamaciones del mismo.

Se dictó resolución por el Comité Jurisdiccional el día 8 de mayo de 2013 en el expediente NUM000 , por el que se estableció que el Club de Fútbol Alcobendas Sport únicamente adeudaba a don Justo la cantidad de 450 euros.

Advertida dicha circunstancia, don Justo interpuso recurso extraordinario de revisión por el que se dictó nueva resolución, el 19 de septiembre de 2013, por la que, estimando su reclamación, se ordenó el pago de 1.800 euros, cantidad que el mismo no reclama en este procedimiento, por haber sido pagada con posterioridad a la interposición de la querella >>.

**SEGUNDO.**- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a los acusados don Hugo , don Inocencio y don Gervasio , de las circunstancias personales descritas, como autores de un **DELITO DE ESTAFA** ya descrito, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a la pena, para cada uno de ellos, de **DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago del 80% de las costas procesales por terceras partes, incluyéndose las de la acusación particular, absolviéndoles del 20% restante.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial >>.

**TERCERO.**- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Gervasio por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional 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 los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Gervasio .

**Motivo primero.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.2 LECrim (omisión de emplazamiento responsable civil). **Motivo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 24 y 25.1 CE. **Motivo tercero.**- Por infracción de precepto constitucional por vulneración art. 24 CE (presunción de inocencia). **Motivo cuarto.**- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. **Motivo quinto.**- Por infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho a la legalidad penal ( art. 25.1 CE). **Motivo sexto.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ en relación con el art. 24 CE.



**CUARTO.-** El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Hugo y Inocencio evacuó el trámite de instrucción conferido; la representación legal de Justo, por su parte, impugnó el recurso sustanciado por el recurrente. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.-** Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 15 de junio de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Nos enfrentamos a un único, pero denso, bien construido y estudiado recurso. Está integrado por seis motivos.

La pretensión impugnatoria contenida en el primero se ampara en el art. 850.2º LECrim: no se declaró la eventual responsabilidad civil subsidiaria del Club Deportivo de Fútbol Alcobendas Sport reclamada por la acusación particular omitiéndose todo pronunciamiento sobre esa petición; y, consiguientemente, no se la citó para el juicio. Debió haber sido parte y no lo fue. No está legitimado un responsable penal para enarbolar en casación esa pretensión ( STS 649/2019, de 14 de mayo); ni lo estaba como acusado para suscitarla como cuestión previa en la instancia en los momentos vestibulares del plenario. Es parte pasiva. Su rol procesal viene constreñido a lo que es su propia y exclusiva defensa. Ni puede acusar formalmente a terceros (podrá argumentar que un tercero es autor para combatir la acusación formulada contra él; pero jamás podrá solicitar su condena); ni puede reclamar la condena como responsable civil de otros. Él será siempre el responsable civil principal. Su situación material no se verá afectada porque haya otros posibles responsables. En su caso, si son preferentes (algún supuesto de responsabilidad civil directa), podrá luego repetir contra ellos; pero nunca traerlos al proceso penal, ni accionar en su seno contra ellos. En supuestos como el ahora examinado, el responsable penal será siempre el responsable civil principal, con independencia de que el riesgo de su insolvencia haya de ser cargado por el perjudicado o por esos posibles terceros responsables civiles que, si afrontan el pago de las indemnizaciones, siempre podrán repetir frente a él. Por tanto carece de gravamen.

Ciertamente, en contra de lo que aduce la recurrida, esa petición se mantuvo en conclusiones definitivas. Pero es que, a la postre no se ha establecido responsabilidad civil alguna. La reclamación en concepto de daño moral ha sido desatendida. Es patente, al margen de la falta de legitimación, lo estrambótico de la pretensión: anular una sentencia y un juicio para llamar al tercero responsable civil no condenado y decidir, con su audiencia, quién debiera haber asumido la responsabilidad civil en caso de que el acusado fuese insolvente (que no consta que lo sea), si se hubiese declarado esa responsabilidad civil (que no se ha declarado). Muestra también su explicable perplejidad ante esa situación la acusación particular en su escrito de impugnación.

El motivo carece del más mínimo fundamento, lo que debiera haber dado lugar a su inadmisión ( art., 885.1º LECrim). En este momento procesal procede su **desestimación**.

**SEGUNDO.-** Otra cuestión de forma aflora en el segundo motivo. Versa sobre la competencia objetiva, el auto de apertura del juicio oral y el escrito de acusación del perjudicado personado.

La acusación particular incardinó los hechos en su calificación en el art. 250.1 CP (en concurso aparente con una falsedad del art. 395 CP). Entendió que se trataba de una estafa procesal. El Fiscal no acusaba a este recurrente.

El Juzgado de Instrucción en el auto de apertura del juicio oral señaló como órgano competente el Juzgado de lo Penal, sin reparar en esa calificación. Al menos eso parece intuirse del examen de los autos. Señalado el juicio en el Juzgado de lo Penal la defensa del ahora recurrente denunció tal punto: el escrito de la acusación particular determinaba otra competencia. Habría de remitirse el asunto a la Audiencia Provincial. Su petición fue acogida con la oposición de la acusación particular y el respaldo de la pública. Se basó la decisión justamente en la mención a ese precepto sustantivo; art. 250.1.7º CP que habilitaba para la imposición de una pena superior a cinco años.

Ya en la audiencia preliminar del juicio ante el Tribunal Provincial reclamó la defensa la anulación tanto de ese escrito de acusación por la insostenible tipificación que recogía (lo que no era en cambio predicable de otros tipos penales implícita o explícitamente también presentes en esa acusación: 248 ó 395 CP) como de la apertura del juicio oral.

Atendiendo a esa calificación -que rechazada en Instrucción- era órgano competente, en efecto, la Audiencia Provincial (tal tipo lleva aparejada pena superior a cinco años). El recurrente aduce que la calificación era incorrecta y, como tal, debió ser expulsada del proceso lo que habría determinado que los hechos se ventilaran ante un Juzgado de lo Penal.



Yerra en esa apreciación, además de contradecir su propia actuación que fue lo que propició la elevación de los autos a la Audiencia provincial. No era obligado, pero sí factible y correcto. Si se había abierto el juicio oral por un **delito** sancionado con pena superior a la que marca la competencia de los Juzgados de lo Penal, quien podrá absolver por tal **delito** es la Audiencia Provincial. No puede negarse su competencia para conocer los hechos así calificados y no se puede anticipadamente rechazar por motivos de fondo una acusación que ha traspasado el trámite de apertura del juicio oral. Que luego recaiga absolución por esa infracción no implica falta de competencia objetiva. La reafirma: la Audiencia Provincial es órgano llamado a absolver por un **delito** castigado con esa pena.

El objeto del proceso penal no son hechos realmente sucedidos y correctamente calificados; sino los hechos aducidos y valorados jurídicamente por las partes, siempre que hayan traspasado el filtro del *juicio de acusación*, que viene configurado por el juego combinado del auto de transformación y el auto de apertura del juicio oral.

La incorrección de una calificación jurídica podrá llevar a su criba previa (dictándose sobreseimiento); pero si sortea el filtro constituido por el auto de apertura del juicio oral, ha de ventilarse en la sentencia. No cabe una nulidad. Ni, desde luego, puede hablarse en rigor de *nulidad* del escrito de acusación. Un escrito de acusación no ajustado a derecho no es nulo, si respeta los requisitos de forma esenciales ( art. 650 LECrim). Podrá ser improcedente en sus peticiones, pero nunca nulo. En el juicio se dilucidará su corrección jurídica o no. Eso es lo que debe debatirse.

Los escritos de acusación tanto del Fiscal como de la acusación particular (solo ésta ejercitaba la acción penal frente al ahora recurrente) eran correctos en lo esencial. Especificaban hechos y delimitaban con claridad sus respectivas pretensiones acusatorias. Los precedentes que invoca el recurso no tienen nada que ver con la cuestión que ahora suscita. La acusación particular narraba los hechos con claridad y los calificaba penalmente sin equívoco alguno. Otra cosa es la corrección de fondo de la subsunción.

Carece de base el alambicado camino que quería seguir el recurrente: expulsar a la acusación particular por haber errado en la calificación y a continuación, lograr la absolución por falta de acusación. Pero es que frente a la pretensión acusatoria ejercitada la respuesta no había de ser "*o todo o nada*". La acusación por un **delito** permite la condena por uno más leve si es homogéneo. Y aquí hay homogeneidad entre una estafa agravada y la estafa ordinaria; amén de que se invocaba también el art. 395 CP.

#### **El motivo es desestimable.**

**TERCERO.-** Un tercer motivo reclama la protección de la presunción de inocencia ( arts. 852 LECrim y 24.2 CE).

Imposible acoger tal pretensión ante el robusto material probatorio con que contó la Sala de instancia que está expuesto con modélica motivación fáctica en el fundamento de derecho segundo de la sentencia:

"Nadie ha cuestionado, tampoco las defensas de los acusados, la falsedad de la firma del Sr. Justo obrante en los documentos de los folios 24 y 25 del procedimiento, como tampoco la incorporación de dichos documentos a un procedimiento administrativo para oponerse a una reclamación económica de 1.800 euros del Sr. Justo ...

...Dichas pruebas propuestas por la defensa de don Hugo y don Inocencio , -la declaración como testigo de don Everardo y del Perito don Florian -, parten de no cuestionar la falsedad de las firmas atribuidas a don Justo en los documentos, ya acreditada por la Perito Calígrafa doña Almudena (folios 26 y ss), sino de reconocer dicha falsedad, afirmando haber sido estampadas ambas por don Everardo , que ha reconocido la elaboración, imitando la firma de don Justo en ambos documentos...

...Tal reconocimiento de haberse efectuado las firmas materialmente por el referido testigo imitando las de don Justo , no excluye la participación de los acusados, como se pretende, pues el **delito** de falsedad no es un **delito** de propia mano, lo que significa que para ser autor no es necesaria una intervención física en la dinámica material de la confección del documento falso y en este caso el testigo dijo haberlo hecho como empleado del Club por orden del acusado Sr. Gervasio y con el conocimiento de los otros acusados como miembros de la Junta.

**El testigo don Everardo ha alegado que fue el acusado don Gervasio , hijo del verdadero responsable del Club, quién le pidió que firmase, diciéndole que estaba todo arreglado y que lo sabían los demás de la directiva -los otros dos acusados-, proponentes de dicha testifical. Alega también que esos recibos eran necesarios para poder contratar a otro entrenador, pues sabían que debía primero saldarse la deuda con el entrenador para poder contratar a otro. Los tres formaban parte del órgano de dirección aunque exista una discordancia entre los cargos que unos y otros ocupaban.**

Alega la defensa de don Gervasio , en lo que respecta a su participación, -que niega-, que sólo se basa la acusación respecto de él en dicha declaración de coimputado.



Don Everardo, ha sido propuesto como testigo y en tal condición ha declarado, -por lo tanto bajo juramento o promesa de decir verdad-, no puede ser considerado coimputado en sentido material a pesar de atribuirle de propia mano la falsificación, con la imitación de la firma del Sr. Justo. Se ha solicitado formalmente la deducción de testimonio para que se inicie procedimiento contra el mismo por el **delito** de falsedad documental, pedimento que no puede ser atendido, pues la falsificación de los documentos tuvo lugar hace más de seis años, por ser anterior a la fecha en que se incorporaron al expediente administrativo de su razón, por lo que la primera noticia sobre tal posible autoría se pone de manifiesto cuando se ha agotado ya el plazo prescriptivo del **delito** de falsedad documental, habiendo transcurrido manifiestamente más de cinco años, sin que se haya dirigido procedimiento contra el mismo.

Habiendo declarado con la condición de testigo, advertido de la obligación de decir verdad y con apercibimiento expreso de que en caso de no hacerlo cometería **delito**, prestando juramento, se trata de declaración testifical, al no poder ocupar la posición procesal de imputado tampoco en distinto y ulterior proceso.

...Por todo ello, se declara probada la actuación de los tres acusados, participando activa y conjuntamente en la elaboración y presentación de los recibos, aunque la imitación la llevara a cabo un tercero a petición de éstos, para intentar así evitar el pago de tales cantidades...". (énfasis añadido).

La declaración del testigo Everardo es rotunda. No permite la presunción de inocencia revalorar esa prueba personal, una vez comprobado que la Audiencia contó con material probatorio para alcanzar las conclusiones sobre culpabilidad que refleja la sentencia y que razona cumplidamente. Ciertamente la posición del testigo Everardo es un tanto ambigua. Era un supuesto responsable penal aunque inmunizado por prescripción frente a la eventual persecución. No puede por ello ser catalogado propiamente como coimputado a efectos de valorar su declaración. Y, aunque lo hiciésemos así, no faltarían elementos corroboradores de la afirmada participación del ahora recurrente: la posición de éste en el club y la finalidad con la que se elaboró el documento hace inverosímil una actuación en solitario y de propia iniciativa del autor material y dotan de fiabilidad a sus manifestaciones en la que no cabe detectar ánimo exculpatorio: no solo se autoinculpa, sino que, además, ya estaría extinguida, de lo que era consciente, su eventual responsabilidad penal por prescripción.

**CUARTO.-** El motivo cuarto, esta vez a través del art. 849.1º LECrim, suscita el problema de la relaciones entre la falsedad en documento privado y la estafa. Pero, habiéndose aplicado un concurso de normas que lleva a sancionar solo el **delito** más gravemente penado (la estafa), no se entiende cuál sea la queja del recurrente y dónde pretende llegar. Si se acusaba por estafa procesal, hay homogeneidad con la estafa simple.

Otra cuestión no suscitada expresamente pero comprendida en la amplia pretensión impugnatoria es si la conducta que describía el *factum* satisface todos los elementos de la estafa ordinaria. El acto de disposición (art. 248) no aparece perfilado. Es tema no planteado pero que puede ser abordado en atención a la doctrina de la voluntad impugnativa.

Antes de la reforma de 2010, la estafa procesal se construía sobre la base de todos los elementos típicos del **delito** genérico de estafa: engaño, error, y un acto de disposición que comportaba un desplazamiento patrimonial, es decir un empobrecimiento de la víctima y el correlativo enriquecimiento del autor: art. 248 CP ( STS 5/2015, de 26 de enero).

El indebido no empobrecimiento del autor de la estafa no es asimilable al acto de disposición perfilado en el art. 248 según la opinión mayoritaria, aún siendo tema controvertido. No ha pasado inadvertida esa cuestión a la Audiencia provincial que acude a algunos precedentes jurisprudenciales para apoyar su decisión favorable a valorar como acto de disposición supuestos de bloqueo de la posibilidad de hacer efectivo un crédito debido. La tesis hoy prevalente -aunque no unánime- discurre en otra dirección.

De ahí que la estafa procesal, según opinión prevalente, no pudiese ser cometida por un demandado por cuanto no se producía ese desplazamiento patrimonial (un *damnum emergens*), sino en todo caso la privación de un lucro debido, lo que es algo diferente e insuficiente para conformar ese elemento básico de la estafa concebida como **delito** de enriquecimiento (que no de "*no empobrecimiento*"). Varios precedentes refrendaban esa estimación: SSTS 35/2010 de 4 de febrero de 2010, 544/2006, de 23 de mayo, 966/2004, de 21 de julio, ó 556/2003, de 10 de abril.

La redacción surgida de la modificación penal de 2010 cambió para la estafa procesal -solo para ella- ese entendimiento. El resultado de esta modalidad de estafa no es un perjuicio producido a través de un desplazamiento patrimonial; sino un perjuicio derivado de una resolución judicial (vid. STS 381/2013, de 10 de abril).

Desde el momento en que se expulsa en la tarea de subsunción la estafa procesal, por la que acusaba de manera principal la acusación particular, había que acudir a la estafa ordinaria. Así lo hizo la Audiencia



secundando la calificación del Ministerio Público; aunque sorteando esa dificultad que aparta en ese punto la estafa procesal de la estafa básica acogiendo a otra tesis, desde luego no descalificable.

No cabe, entendemos nosotros, la estafa básica porque con el engaño hacía frente a una reclamación pecuniaria. No buscaba obtener una prestación. Los hechos no encajan en el art. 248 CP. Falla el acto de disposición concebido en la forma que ha quedado expuesta.

Sí se ajustan, en cambio, a las exigencias del art. 395: se ha falseado un documento con intención de causar un perjuicio. El art. 395 CP no solo es homogéneo frente a la estafa, sino que, además, era invocado formalmente por la acusación. No hay problemas de derecho a ser informado de la acusación.

La anulación de la sentencia como consecuencia de la estimación parcial de este motivo, llevará a plasmar en la segunda sentencia esta tipicidad con el consiguiente correctivo penológico que habría de proyectarse sobre los condenados no recurridos por virtud del efecto extensivo del recurso de casación ( art. 903 LECrim).

**El motivo ha de ser estimado en esta específica vertiente.**

**QUINTO.-** Impetra el siguiente motivo la cualificación de la atenuante de **dilaciones indebidas** apreciada por la Audiencia como simple.

Los datos a manejar están expuestos con detalle y enorme claridad (acompañando cuadros informáticos) en el recurso.

La atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años estuvo amparada en la analogía del antiguo art. 21.6º CP. A partir de diciembre de 2010 cuenta con una configuración legal expresa. El actual número 6 del art. 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal, define como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 sitúa la conveniencia de otorgar carta de naturaleza legal a la nueva atenuante en la necesidad de dar cobertura normativa a una práctica judicial extendida. La atenuante, en su origen, es de creación jurisprudencial. Sus perfiles fueron modificándose a impulsos de los pronunciamientos de esta Sala Segunda. Desde 2010 contamos ya con unos requisitos legales que, en líneas generales, se ajustan a lo establecido por esa jurisprudencia anterior que la exposición de motivos proclama querer respetar.

A tenor de la literalidad de la actual norma la atenuante exigirá la concurrencia de una serie de requisitos o elementos constitutivos: **a)** que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; **b)** que ocurra durante la tramitación del procedimiento; **c)** que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al imputado y **d)** que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

Junto a ello, constituyendo el fundamento de la atenuante la compensación del daño causado por la dilación con una disminución de la pena, es requisito inmanente de la atenuante que aquél que reclama su aplicación no haya sido beneficiario de esas dilaciones, más allá de que no le sean imputables. O, dicho desde el ángulo opuesto, que le hayan acarreado perjuicios. El perjuicio, en principio, ha de presumirse: el sometimiento a un proceso penal, la incertidumbre de su resultado, la sujeción a posibles medidas cautelares (obligación *apud acta*)... suponen unas molestias o padecimientos que se acrecientan si el proceso se prolonga indebidamente. Dicho de otra manera: puede presumirse que las dilaciones en el enjuiciamiento perjudican al posteriormente condenado (mucho más, desde luego, al que finalmente es absuelto, podría apostillarse); y que ese perjuicio merece una compensación que viene de la mano de la atenuante (lo que no impide otras fórmulas mediante instituciones como la abonabilidad de las medidas cautelares: arts. 58 y 59 del Código Penal: STS 440/2012, de 25 de mayo). Ahora bien, ese perjuicio, en atención a las circunstancias concretas de cada supuesto es ponderable para determinar, entre otras cosas, la eficacia que debe conferirse a la atenuante. No es ésta una cuestión de exclusiva medición temporal; también debemos examinar cuánto de penosidad puede achacarse a esos siempre indeseables retrasos. No olvidemos el fundamento de la atenuante: compensación a lo que se evalúa como una pena natural.

Ha habido en este supuesto tramitación premiosa, especialmente motivada en la fase intermedia por las incidencias en la determinación del órgano competente para el enjuiciamiento y por una solicitada suspensión de un señalamiento. No ha sido ajeno a esos retrasos el propio recurrente. De no haber suscitado la cuestión el proceso podría haberse enjuiciado en el Juzgado de lo Penal en la fecha inicialmente señalada en tanto el Fiscal había postulado ese órgano como competente (argumento art. 788.5 LECrim). Esperar al inicio del juicio para hacer valer su oposición a ello es actitud procesalmente impecable; pero no es la propia de quien está interesado en zanjar cuanto antes el procedimiento. La tortuosa e impropia estrategia procesal



desarrollada intentando hacer decaer de forma anticipada la acusación sostenida frente a él es legítima, por más que no fuese aceptada; pero ha repercutido negativamente en la agilidad del proceso.

Además, siendo retrasos excesivos para una causa de investigación no especialmente compleja, no puede hablarse de dilaciones especialmente desmesuradas. Son tan solo, extraordinarias que es lo exigido por la atenuante simple. Ocho años, sin ser cifra necesariamente de referencia, es una orientación genérica presente en la jurisprudencia para la cualificación de la atenuante. Aquí estamos lejos de esa barrera temporal.

Son acogibles los argumentos de la sentencia para negar la cualificación. No se produjo en ningún momento queja o protesta o petición encaminada a la agilización, sino más bien un silencio que hace pensar en una eventual complacencia con esa premiosidad; y se detectan algunas estrategias procesales que, siendo legítimas, redundaron en esos retrasos.

Dice la sentencia:

"En la ejecución de los expresados **delitos** concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante simple de dilaciones indebidas del art. 21.6ª del Código Penal, porque desde el auto de apertura del juicio oral, el día 26 de junio de 2015 (folio 276 y ss) hasta el día de celebración del juicio el día 24 de abril de 2019 ha transcurrido un plazo que puede ser calificado como excesivo.

No cabe sin embargo apreciar la dilación extraordinaria pretendida por no resultar plazos excesivos de paralización, teniendo en cuenta además que ésta no sólo es atribuible a los órganos judiciales, sino que consta una petición de suspensión formulada por la representación del Sr. Gervasio al Juzgado de lo Penal, que modificó el señalamiento del día 28 de febrero de 2018 difiriéndolo hasta el día 6 de junio de 2018, planteando la incompetencia del citado Juzgado, llegada esa fecha y no con anterioridad a pesar de que mantiene, y comparte este tribunal, que era manifiesta desde el mismo momento de la presentación de la querrela".

La mayor lejanía temporal de la decisión final es primordialmente achacable al acusado. Su actitud procesal trasluce cierta tolerancia con la postergación del momento de la respuesta judicial. Eso inclina a no dotar de mayor relevancia a la atenuación en virtud de una dilación en parte provocada.

#### **El motivo decae.**

**SEXTO.-** El último motivo protesta por la falta de motivación de la sentencia en orden a justificar la inclusión de las costas de la acusación particular. La decisión no solo está razonada suficientemente sino además es ponderada en tanto se toma en consideración, para reducirlas, la discrepancia parcial (en lo que respecta al subtipo agravado) de la sentencia frente a la acusación. La regla general es la inclusión de esas costas salvo que hubiese sido perturbadora, lo que no aparece en este caso. No solo eso. Es que, fundándose la condena del recurrente en exclusiva en la pretensión de la acusación particular, es patente que su presencia ha sido más que relevante: ha sido indispensable. Sería legalmente inviable excluir esa condena en costas cuando el Fiscal no formuló acusación frente al recurrente.

**SÉPTIMO.-** La estimación parcial del recurso conduce a la declaración de las costas de oficio ( art. 901 LECrim).

## **FALLO**

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

**1.- ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por **Gervasio** contra Sentencia de fecha 11 de junio de 2019 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra el recurrente por un **delito** de falsedad en documento privado, **por estimación parcial del motivo cuarto de su recurso; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia.**

**2.- Declarar de oficio las costas** de este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián



RECURSO CASACION núm.: 3564/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 2 de julio de 2021.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Cuarta), y que fue seguida por **delitos** de estafa y falsedad en documento privado contra Hugo , Inocencio y Gervasio en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los Antecedentes y hechos Probados de la Sentencia de instancia, que se asumen en su integridad.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Los Hechos son constitutivos de un **delito** de falsedad en documento privado del art. 395 CP. Concurriendo una atenuante la pena habrá de imponerse en su mitad inferior. No encontramos razones para superar el mínimo: **SEIS MESES** de prisión.

En el resto se asumen y dan por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia.

#### FALLO

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

**1.-** Dejando sin efecto la condena dictada en la instancia, **CONDENAMOS** a Hugo , Inocencio y Gervasio como autores de un **delito** de falsedad en documento privado del art. 395 del CP a la pena a cada uno de ellos de **SEIS MESES de PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

**2.-** Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia que no sean contrarios a éste.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Carmen Lamela Díaz Ángel Luis Hurtado Adrián