



Roj: **STS 3773/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3773**

Id Cendoj: **28079120012021100766**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2021**

Nº de Recurso: **4516/2019**

Nº de Resolución: **779/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 10384/2019,**
STS 3773/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 779/2021

Fecha de sentencia: 14/10/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4516/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 16

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

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4516/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 779/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 14 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 4516/2019 interpuesto por Carlos , representado por la procuradora doña Virginia Rosa Lobo Ruiz, bajo la dirección letrada de don. Roberto Rujas García, y por Cristobal , representado por el procurador don Álvaro de Luis Otero, bajo la dirección letrada de doña María Isabel García Moreno contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2019 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 16, en el Rollo Procedimiento Abreviado 1586/2018, en el que se condenó, entre otros, a Carlos y a Cristobal como autores responsables de un delito de estafa de los artículos 248 y 249 del Código Penal en concurso medial del artículo 77.3 del Código Penal con un delito de falsedad en documento mercantil del adicto 392.1 del Código Penal, en relación al artículo 390.1.3 del mismo texto legal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 4 de Valdemoro incoó Diligencias Previas 1359/2013 por delito continuado de estafa y falsedad en documento mercantil contra, entre otros, Carlos y Cristobal , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección n.º 16. Incoado el Procedimiento Abreviado 1586/2018, con fecha 26 de junio de 2019 dictó sentencia n.º 421/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"A) Fernando , mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en el mes de Junio de 2013 simuló formar parte de la empresa Soluciones Logísticas Madrid Avanza y dando apariencia de seriedad y solvencia y en compañía de otra persona no identificada, solicitó el alquiler de diversa maquinaria industrial a la empresa Maquinza , S.A.

Para ello el acusado Fernando utilizó la identidad falsa de Heraclio , proporcionando el DNI: NUM000 , el cual no existe y la persona no identificada que le acompañaba utilizaba la identidad supuesta de Jaime , proporcionando el DNI: NUM001 , también inexistente.

Así las cosas, Fernando , haciéndose pasar por Heraclio , firmó dos presupuestos de alquiler de fechas 28 de Junio y 1 de Julio de 2013, realizándose cuatro contratos de alquiler de maquinaria, en la localidad de Zaragoza con Maquinza S.A., los días 1 y 2 de Julio de 2013. Dichos contratos de alquiler los firmó la persona no identificada, que usaba el nombre falso de Jaime y tenían por objeto una retroexcavadora mixta con número de serie NUM002 matrícula I...WHN , un martillo hidráulico marca Okada, modelo CB036, un manipulador telescópico marca Manitou modelo MT1740SLT y un grupo electrógeno marca Gesan modelo DP S60.

El día 1 de Julio de 2013 se entregó la retroexcavadora a los acusados y el día 2 de Julio de 2013, el resto de las máquinas, siendo firmados los albaranes de entrega con las identidades falsas referidas y recepcionada toda la maquinaria en las instalaciones de la Avenida de los Yeseros, s/n de Valdemoro, por la persona no identificada.

El acusado y la persona no identificada que actuaba con él, se apoderaron de las máquinas, las incorporaron a su patrimonio y las máquinas han desaparecido, sin que la empresa Maquinza las haya recuperado, ni haya recibido cantidad alguna por el alquiler convenido. La maquinaria ha sido tasada pericialmente en la suma de 50.692 euros, si bien la empresa aseguradora Groupama asumió el gasto, no reclamando cantidad alguna la empresa Maquinza, S.A.

No consta acreditado que Carlos José , participara en este hecho.

B) Fernando , mayor de edad, con antecedentes penales no computables, y Carlos , mayor de edad, ejecutoriamente condenado por delito de estafa en sentencia firme de la Audiencia Provincial de Albacete de fecha 10.2.2012 a la pena de dos años de prisión, suspendida, y condenado por otra sentencia firme de fecha 24.9.2012, de la Audiencia Provincial de Toledo a pena de 6 meses de prisión, suspendida el 18 de Junio de 2013, acudieron a la empresa Axor Rentals, haciéndose pasar de forma falsa , respectivamente, por Jesús Luis y Juan Ignacio , en representación de la entidad Urbana San Miguel, interesándose por el alquiler de maquinaria de construcción para realizar una obra en Mejorada del Campo.

Los acusados, aparentando la falsa solvencia de la empresa se ganaron la confianza de Axor, concertando el alquiler de una retrocargadora mixta JCB 3 CX y de una máquina tipo rulo de 12 toneladas. El contrato de ambas máquinas y los correspondientes albaranes de entrega de las mismas, se firmaron el 7 de Noviembre de 2013, por el acusado Fernando , con la identidad supuesta de Jesús Luis .



Dichas máquinas fueron entregadas el mismo día 7, a través de la empresa de transportes Hiper Albar, en la parcela designada por los acusados en calle Tulipanes de Mejorada del Campo, apoderándose de las mismas los acusados, los cuales incorporaron a su patrimonio. Las máquinas han desaparecido y no han sido reintegradas a Axor. No pudo llevarse a cabo tasación pericial del importe de dichas máquinas, ignorándose por tanto el valor de las mismas, pero siendo en todo caso superior a los 400 euros, al no haber aportado Axor factura de las máquinas.

C) A finales de Octubre de 2013, el acusado Fernando, haciéndose pasar de nuevo por Jesús Luis y una persona no identificada que tomaba la identidad falsa de Juan Ignacio, en supuesta representación de la empresa Urbana San Miguel, acudieron a la empresa Rentaire, S.A., interesándose por el alquiler de un grupo electrógeno de 400 kweas para la realización de una obra en Valdemoro.

Ante la confianza que el acusado y quien le acompañaba, generaron en Rentaire, la maquinaria se alquiló y fue entregada el día 11 de Noviembre en las instalaciones de Transportes Cobos en Valdemoro (polígono industrial de la Postura), recepcionando la misma y firmando dicho contrato de alquiler el acusado no identificado que acompañaba a Fernando, haciéndose pasar por Juan Ignacio.

El acusado y quien le acompañaba se apoderaron de la maquinaria, sin embargo y ante la sospecha que posteriormente surgió en la empresa Rentaire, por la noche acudieron a retirar las máquinas, recuperando las mismas. La maquinaria no ha podido ser tasada pericialmente al no haber aportado factura Rentaire, si bien no reclama cantidad alguna.

No consta acreditado que Carlos José participara en estos hechos.

No se formuló expresa petición de pena por estos hechos por parte del Ministerio Fiscal ni contra Fernando, ni contra Carlos José.

D) El día 11 de Noviembre de 2013, **Cristobal**, mayor de edad, sin antecedentes penales computables, sin guardar relación con el acusado Fernando, haciéndose pasar por un representante de la empresa Dermes Pest Control, firmó un contrato de arrendamiento con la empresa Rentaire, S.A., que tenía por objeto una miniexcavadora, un rodillo de tierra y un cazo takeuchi, firmando con la identidad falsa de Manuel con DNI: NUM003, ambos inexistentes.

La maquinaria fue entregada ese mismo día a Cristobal en el polígono industrial la Carrehuela de Valdemoro, firmando el albarán de entrega con la identidad supuesta de Manuel, si bien dadas las sospechas que dicha actividad despertó en Rentaire, la maquinaria fue recuperada en Azuqueca de Henares horas después, con la intervención de la Guardia Civil. La maquinaria no ha sido tasada pericialmente, si bien no se reclama nada por Rentaire al haber sido recuperada."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS**

Que debemos condenar y condenamos a Fernando como autor responsable de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 250.1.5 y 74 del C. Penal en concurso medial, del artículo 77.3 del C. Penal, con un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392.1 del C. Penal en relación al 390.1.3 del mismo texto legal, concurriendo la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de 3 años, 6 meses y 2 días de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 9 meses y 2 días con cuota diaria de 6 euros, responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C. Penal y al pago de un tercio las 3/4 partes de las costas del juicio.

Deberá indemnizar a Groupama en la suma de 50.692 euros, sin perjuicio de que se acredite en ejecución de sentencia, y a Axor Rentals en la suma, que se acreditará en ejecución de sentencia, del importe del valor de las máquinas desaparecidas, con intereses legales del artículo 576 de la L.E.Civil.

Que debemos condenar y condenamos a Carlos, como autor responsable de un delito de estafa del artículo 248 y 249 del C. Penal en concurso medial del artículo 77.3 del C. Penal con un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 del C. Penal en relación al 390.1.3 del mismo texto legal, concurriendo la agravante de reincidencia y la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 9 meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C. Penal y al pago de un tercio de las 3/4 partes de las costas del juicio.

Que debemos condenar y condenamos a Cristobal como autor responsable de un delito de estafa del artículo 248 y 249 del C. Penal en concurso medial del artículo 77.3 del C. Penal con un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 del C. Penal en relación al 390.1.3 del mismo texto legal, concurriendo la



atenuante de dilaciones indebidas a la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses con cuota diaria de 6 euros, responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del C. Penal y al pago de un tercio de las 3/4 partes de las costas del juicio.

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Carlos José de los delitos por los que venía siendo acusado.

Se declaran de oficio la 1/4 parte de las costas del juicio.

Dedúzcase testimonio de esta sentencia, una vez firme, que se remitirá a la Audiencia Provincial de Albacete y a la Audiencia Provincial de Toledo por si procediera la revocación del beneficio de la suspensión de la condena, en relación a las penas suspendidas a las que fue condenado Carlos .

Dedúzcase testimonio contra el testigo Victoriano por si pudiera haber podido cometer un delito contra la administración de justicia en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, que deberán anunciar en el plazo de cinco días contados desde la última notificación.

Así por esta Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, las representaciones procesales de Carlos y Cristobal anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso formalizado por Carlos , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Previo.- A) Valoración subjetiva a la hora de examinar la declaración de las testificales. Prejuicio y predisposición a creer su versión en su totalidad, y o ausencia de prueba de cargo; B) Aplicación incorrecta de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, eximentes y atenuantes; C) Vulneración del principio "in dubio pro reo.

Primero.- Ausencia de objetividad, y error en la valoración de las testificales realizadas por la única testigo de cargo y el testigo, el Sr. Victoriano , perjudicando con ello a Carlos , que negó cualquier tipo de implicación en los hechos que se le imputan.

Segundo.- Vulneración de la presunción de inocencia y/o "in dubio pro reo".

Tercero.- Infracción de preceptos sustantivos por su incorrecta aplicación, artículo 21.6 del Código Penal. Aplicación del artículo 68 del Código Penal.

El recurso formalizado por Cristobal , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Al amparo del artículo 849, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 248, 249, 77.3, 392.1 y 390.1.3 del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de precepto constitucional, artículo 24 de la Constitución Española, en concreto, del derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de precepto constitucional, artículo 24 de la Constitución Española, en concreto, del derecho a un proceso con todas las garantías.

Cuarto.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24.2 de la Constitución Española.

Quinto.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración de precepto constitucional, artículo 24 de la Constitución Española, en concreto, del derecho de defensa.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal, en escrito con fecha de entrada el 29 de noviembre de 2019, y ampliado en fecha 4 de diciembre de 2019, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos de los recursos e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 13 de octubre de 2021 prolongándose hasta el día de la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Procedimiento Abreviado n.º 1586/2018, dictó Sentencia el 26 de junio de 2019, en la que, entre otros, condenó: 1) A Carlos, como autor responsable de un delito de estafa del artículo 248 y 249 del Código Penal, en concurso medial del artículo 77.3 con un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1.3 del mismo texto legal, concurriendo la agravante de reincidencia y la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses en cuota diaria de 6 euros y 2) A Cristobal, como autor responsable de un delito de estafa del artículo 248 y 249 del Código Penal, en concurso medial del artículo 77.3 con un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 392.1 en relación con el artículo 390.1.3 del mismo texto legal, concurriendo la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6 meses en cuota diaria de 6 euros.

Son estos condenados quienes interponen el presente recurso de casación.

Recurso interpuesto por la representación de Cristobal.

1.1. El primer motivo, formulado por infracción de ley e indebida aplicación de los artículos 248, 249, 77 y 392 del Código Penal, sostiene que los preceptos no debieron ser aplicados al caso presente porque "de lo practicado en el acto de juicio oral, así como de la instrucción, no puede desprenderse en modo alguno que mi patrocinado sea autor de los hechos por los que ha sido condenado". Sin más desarrollo, el recurrente se remite al motivo segundo de su recurso, que se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia.

Dado que el primer motivo no suscita ninguna discrepancia sobre el juicio de subsunción de los hechos en los preceptos sustantivos que se señalan y que la impugnación descansa en una discordancia con el relato de hechos probados proclamado por el Tribunal, puede apreciarse una coincidencia de planteamiento entre ambos motivos, lo que justifica su resolución conjunta y la acumulación del motivo cuarto que, denunciando un quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva, defiende que se ha realizado una interpretación del material probatorio que le es perjudicial y desfavorable.

El recurrente aduce que no tuvo nada que ver con los hechos por los que ha sido condenado. Reprocha que no se haya practicado con él una rueda de identificación y entiende que esa omisión no puede ser enmendada con el reconocimiento que la testigo realizó durante el plenario. Sostiene que a la fecha de los hechos se encontraba en otra localidad, concretamente en Oviedo, y que se ha podido justificar con una libreta bancaria que refleja un reintegro de 300 euros realizado ese mismo día y con una receta médica de fecha 15 de noviembre de 2013. Con la consideración de que no tiene otro medio para probar su presencia en la capital asturiana, concluye que lo aportado debe ser suficiente para su absolución, pues un fallo condenatorio debe estar basado en una certeza que vaya más allá de toda duda razonable y entiende que no es lo que acontece en el presente supuesto.

1.2. Ya hemos indicado en diversas ocasiones que al introducirse el juicio de racionalidad dentro del margen de fiscalización que impone la presunción de inocencia, se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva. La *suficiencia* de la prueba de cargo, núcleo esencial para la desactivación del derecho a la presunción de inocencia, al evidenciarse a través de una motivación coherente y sin fisuras del Tribunal, conforma un espacio en el que se entremezcla con el derecho a la tutela judicial, quebrantado cuando el órgano de enjuiciamiento no justifica la respuesta que se ofrece a las pretensiones de las partes.

Con mayor frecuencia aún, hemos expresado que cuando se alega infracción del derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio. Una verificación que alcanza a que la prueba de cargo se haya obtenido sin violar derechos o libertades fundamentales, así como que su práctica responda al procedimiento y supuestos para los que fue legalmente prevista, comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso fundamental de su raciocinio (STS 1125/2001, de 12 de julio) y que ese razonamiento de la convicción obedece a los criterios lógicos y razonables que permiten corroborar las tesis acusatorias sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, sustentando de este modo el fallo de condena.

1.3. En el presente supuesto, el recurrente considera que la prueba practicada no es suficiente para enervar su derecho a la presunción de inocencia. Con suficiente desarrollo, deja clara constancia de que considera



insuficiente que su condena descansa exclusivamente en la identificación realizada por un testigo en el acto del juicio oral y casi seis años después de la perpetración de los hechos.

Ninguna invalidez se aprecia para la identificación del acusado en el plenario.

Es evidente que la identificación del acusado durante el juicio oral plantea dos problemas a la solidez de la prueba, esto es, a la credibilidad de que el pronunciamiento del testigo descansa en una correcta remembranza del autor de los hechos. De un lado, la dilación con la que puede iniciarse el juicio oral con relación al momento de la perpetración del delito, que favorecerá progresivamente que el testigo pierda la nitidez de sus recuerdos y que puede perjudicarse además con los cambios físicos y fisionómicos que sobrevienen con el tiempo. De otro, que la identificación se realizará sin las formalidades fijadas en el artículo 369 de la LECRIM para la fase sumarial, lo que es una consecuencia lógica de que durante la fase de enjuiciamiento el acusado se encuentra en el banquillo y carecerían de sentido las medidas previstas en tal precepto.

En todo caso, estas circunstancias no invalidan la identificación que pueda realizarse en ese contexto, sino que se configuran como meros condicionantes objetivos que deberán ser tenidos en cuenta por el Tribunal a la hora de valorar la capacidad incriminatoria de la prueba.

Nuestra jurisprudencia ha proclamado que cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación (SSTS 29 de noviembre de 2011 o 3 de diciembre de 2013, entre muchas otras), para lo cual operan las garantías de la inmediación y de la contradicción, que permitirán percibir los términos concretos en los que se realizó la identificación y facilitarán interrogar al testigo sobre las condiciones en que tuvo lugar su conocimiento y otros datos que puedan ayudar a formar el convencimiento del Tribunal. Con todo, la identificación en el plenario integra por sí misma una verdadera y autónoma prueba de cargo valorable por el Tribunal como testifical (STS 2 de octubre de 2001). Y hemos expresado además que, precisamente por estas circunstancias que permiten la libre valoración de la prueba por el órgano juzgador, la fuerza de esta identificación *in extremis* no puede ser revisada en casación, salvo que confluyan otros elementos que muestren el error del juzgador o la falta de racionalidad en su ponderación.

1.4. Aplicada la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, no puede sino rechazarse la pretensión del recurrente.

El órgano de enjuiciamiento expresa con claridad la prueba de cargo que conduce a la condena del recurrente. Refleja en su fundamento cuarto que el acusado fue reconocido por el conductor encargado de transportar las máquinas sobre las que pivota la defraudación, que identificó al recurrente como la persona que recepcionó la maquinaria y le firmó el albarán.

El testimonio no exterioriza ningún ánimo espurio, pues su protagonista es un mero empleado de la empresa y ni siquiera ésta sufrió perjuicio puesto que recuperó el material. Y en cuanto a la corrección del recuerdo, el relato viene acompañado de circunstancias que otorgan credibilidad a la información. De un lado, el Tribunal destaca que el testigo no sólo reconoció como autor de los hechos al acusado el día del juicio, sino que aseguró haberlo hecho también en una sesión anterior que resultó suspendida, además de que la identificación fue coincidente con la que el testigo realizó en fotografía seis años atrás. La sentencia refleja también el testimonio recogido con ocasión del enjuiciamiento de una defraudación con idéntica mecánica comisiva. Aunque el acusado no venía acusado por ese delito, pues la revelación se produjo durante el plenario, la testigo afirmó que el ahora recurrente era quien se hizo pasar por el guarda del lugar donde depositaron las máquinas alquiladas.

Por último, valora también el Tribunal las alegaciones de descargo del acusado y rechaza que los documentos que aportó evidenciaran que estuviera en aquella fecha en la localidad de Oviedo. El documento bancario, porque es un extracto que no refleja en qué ciudad se realizó el reembolso de los 300 euros. El otro, por no ser de la fecha de los hechos, a lo que esta Sala debe añadir que se trata de una receta emitida por servicios médicos de Castilla y León, no Asturias, y que es de fecha anterior a los hechos, pues prevé una dispensación médica para el día 15 de octubre de 2013 (evidenciado que se emitió con anterioridad) y los hechos acaecieron el 15 de noviembre de 2013. Por último, consta en autos un justificante de demanda de empleo, sí emitido en Asturias, pero de fecha 20 de noviembre.

El análisis probatorio responde a las reglas de la sana crítica y los motivos deben ser desestimados.

SEGUNDO.- El tercer motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a un proceso con todas las garantías.



El alegato se limita a decir que "cuando se alude a todas las garantías, ello tiene evidente relación con el hecho de no realizarse construcción de sentencias con aplicación de un principio contra reo, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico".

El derecho a un proceso con todas las garantías no alcanza a que deba absolverse a los autores responsables de actuaciones tipificadas como delito y el principio "*in dubio pro reo*" solo es invocable en casación en su faz normativa, es decir, si hubiese condena pese a que el Tribunal expresara o mostrara sus dudas respecto a tal pertinencia, pues lo que el principio integra es una regla de valoración probatoria que conduce a adoptar la alternativa más favorable al acusado cuando el Tribunal de enjuiciamiento no ha alcanzado una certeza exenta de dudas razonables; dicho de otro modo, el principio no obliga a dudar, sino a absolver cuando, valorada toda la prueba, persistan dudas en el Tribunal respecto de la culpabilidad del acusado. En realidad, el breve alegato únicamente descansa en la consideración de que la prueba se ha interpretado de manera perjudicial al recurrente.

Nos remitimos a lo expuesto en los motivos anteriores, por lo que debe también desestimarse el que ahora analizamos.

TERCERO.- El quinto motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho de defensa.

Nuevamente se suscita por el alegato una discrepancia con la valoración probatoria que ya hemos analizado, indicando el recurso que "la construcción de una sentencia utilizando una serie de presunciones contra reo, e invirtiendo la carga de prueba, como entendemos es el caso, vulnera el derecho de defensa".

El motivo se desestima.

Recurso interpuesto por la representación de Carlos.

CUARTO.- 4.1. Su recurso adolece de un desconocimiento profundo de la técnica casacional y de las exigencias establecidas en el artículo 874 de la LECRIM para este recurso extraordinario, siendo difícilmente describible la manera en que la defensa plantea sus objeciones.

Sin indicación de ninguno de los preceptos procesales que sirven de cauce a los distintos contenidos, y con fundamentos que se entrecruzan, el recurso decide plantear un alegato "previo", en el que introduce una pluralidad de cuestiones sin solución de continuidad, y al que siguen unas "alegaciones legales y doctrinales" que se dividen en tres numerales, alguno de las cuales recoge también diversas denuncias. Se añade que determinadas cuestiones jurídicas se desarrollan de manera fragmentaria en distintas partes del escrito, de manera que deben refundirse para conocer el planteamiento completo de lo que -entiende este Tribunal- se está denunciando.

En todo caso, ante la conveniencia de reordenar el confuso escrito para poder atender la voluntad impugnativa del acusado, la Sala identifica que las objeciones se ciernen sobre las siguientes cuestiones: a) La valoración probatoria realizada por el Tribunal de instancia, al considerar el recurso que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia y/o el principio *in dubio pro reo*; b) La indebida aplicación del artículo 248 del Código Penal, por faltar los elementos típicos del ánimo de lucro y del desplazamiento patrimonial; c) La apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 como atenuante simple y no como muy cualificada y d) La apreciación de concurrir la agravante de reincidencia para el recurrente.

Respecto a la primera de estas cuestiones, puede ubicarse como denuncia de infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM, al entender el recurrente que se ha producido un quebranto de su derecho a la presunción de inocencia y al principio *in dubio pro reo*.

El recurrente reprocha que únicamente ha sido condenado por la declaración de un testigo que, en el acto del plenario, le reconoció como uno de los autores del hecho. No sólo reprocha el momento procesal de la identificación, sino que considera que la identificación hubo de ser errónea. Resalta que la testigo declaró en fase sumarial que el acusado medía 1,65 metros de altura aproximadamente y que tenía los ojos claros, manifestando durante el plenario que el autor de los hechos llevaba gorra y gafas. A partir de esas declaraciones, subraya que la testigo no pudo ver los ojos claros si llevaba gafas de sol y que su cliente tiene una estatura mayor (1,76 m.) y no tiene ojos claros. Añade que el acusado no sólo ha negado su participación en los hechos, sino que ha aportado otro testigo que reconoció ser el usuario del automóvil matrícula OB-....-E en las fechas en las que los hechos tuvieron lugar y admitió también que era la persona que acompañaba al otro partícipe condenado por estos hechos, lo que hacía porque le habían encomendado vender el coche del recurrente.

Con todo, considera que concurre al menos una duda razonable sobre su autoría y que esto justifica la absolución.



4.2. El motivo debe ser rechazado a partir de las consideraciones que ya hemos hecho con ocasión de resolver el recurso anterior y a las cuales nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

Ya hemos expresado que el principio de *in dubio pro reo* no es sino una regla para la valoración de la prueba que carece de proyección en aquellos supuestos en los que el Tribunal de instancia alcanza una convicción a partir del material probatorio practicado.

Hemos indicado también que la función de esta Sala respecto del derecho a la presunción de inocencia consiste en evaluar si hay prueba de cargo suficiente y si ésta ha sido constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada.

También hemos expresado la validez como prueba de cargo de los testimonios que realicen una identificación del acusado como el responsable de los hechos durante el juicio oral.

A todas estas explicaciones nos remitimos.

En cuanto al juicio valorativo de las pruebas sobre la autoría, la Sala observa que el Tribunal de instancia ha alcanzado su convencimiento a partir del testimonio de la empleada de una empresa que arrendó una importante maquinaria a dos individuos que se identificaron con documentación falsa y que aseguró durante el plenario que uno de los defraudadores que se personaron para realizar los contratos era el recurrente. Y su testimonio vino acompañado de tres elementos que parecen confirmar que la testigo no pudo errar en su identificación. En primer lugar, porque las gestiones que los defraudadores abordaron con la testigo hubieron de comportar un contacto personal relativamente prolongado que favorece la identificación de los responsables. Se describe la selección de una pluralidad de máquinas de construcción con distintas características técnicas; se negociaron los precios; hubo de determinarse el lugar de la entrega; y se produjo la identificación de los arrendatarios y la suscripción de unos contratos. El encuentro de la testigo con los responsables no fue esporádico y permite una mejor retención de los rasgos fisonómicos de los arrendatarios. En segundo lugar, la identificación es coincidente con la que la misma testigo realizó casi seis años antes, al visualizar los archivos fotográficos policiales. En tercer término, la testigo, como quiera que notó comportamientos extraños al momento de los hechos, anotó el modelo y matrícula del vehículo en el que viajaban las dos personas que luego resultaron ser defraudadores. Se trataba de un Citroen Xantia matrícula OB-....-E, que la Guardia Civil identificó como del recurrente.

La prueba es plural y no se resiente, ni por la alegación de unas diferencias físicas que sólo el Tribunal de instancia pudo valorar en su inmediación, ni porque la defensa aportara un testigo que sostuvo en el plenario que el recurrente le había encomendado que vendiera su vehículo y que eso le trajo a Madrid (asumiendo los gastos de hospedaje el otro acusado), pues el otro acusado estaba interesado en la compra del vehículo y fueron a probarlo juntos.

Para rechazar el testimonio valora el Tribunal de instancia que, ni el relato resulta verosímil para un vehículo popular y de importante depreciación por su antigüedad, ni resulta coherente que el recurrente asegurara en su declaración sumarial que era el usuario habitual del vehículo (salvo esporádicos casos en los que lo conducía su mujer) y no dijera nada sobre la cesión de venta hecha a este testigo.

La valoración probatoria responde a las reglas de la sana crítica y justifica con ello la desestimación del motivo.

QUINTO.- Otra de las alegaciones debe ubicarse en las posibilidades de impugnación ofrecidas por el artículo 849.1 de la LECRIM, al denunciarse indebidamente aplicado el artículo 248 del Código Penal sobre la base de faltar los elementos típicos del ánimo de lucro y el desplazamiento patrimonial.

El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*".

Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 de la LECRIM) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación



unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

Lo expuesto conduce a la desestimación del motivo, pues el relato de hechos probados sí recoge la acreditación de los dos elementos cuya ausencia se denuncia. Se describe que el recurrente y su compinche se identificaron falsamente en una empresa a la que acudieron para alquilar maquinaria de construcción y que arrendaron dos máquinas que les fueron entregadas en la localidad de Mejorada del Campo, añadiendo que, tras recibirlas, incorporaron los objetos a su patrimonio y que han desaparecido sin ser retornadas. Una actuación que se sustenta en el relato coincidente de la testigo que arrendó la maquinaria y describió lo acontecido en el plenario.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 6.1. La alegación de que la atenuación de dilaciones indebidas debería haber sido apreciada como muy cualificada, con la consiguiente repercusión en la pena impuesta, debe también ser rechazada.

Con lógica referencia a la infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, el recurso destaca que entre la perpetración de los hechos y la celebración del juicio oral pasaron casi seis años, subrayando que la demora es incompatible con la sencillez *de los hechos* y deriva de paralizaciones como los dos años que transcurrieron entre la finalización de la instrucción y la celebración del juicio oral.

6.2. A la hora de interpretar la atenuante de dilaciones indebidas, el Tribunal Supremo ha destacado que son dos los aspectos que han de tenerse en cuenta. De un lado, la existencia de un "plazo razonable", referido en el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el "derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable" y, por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su artículo 24.2. La Jurisprudencia ha destacado que siendo dos conceptos confluyentes en el propósito de que cualquier persona sometida a proceso pueda obtener un pronunciamiento definitivo de manera rápida, difieren sin embargo en sus parámetros interpretativos, pues las "dilaciones indebidas" son una suerte de prohibición de retrasos en la tramitación que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa, en función de la existencia de lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales, mientras que el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales respecto de otras causas de semejante naturaleza, así como los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 81/2010, de 15 de febrero o 416/2013, de 26 de abril). En todo caso, ambas lesionan el derecho fundamental del acusado -cuando no hayan sido provocadas por él mismo- a que su causa sea conocida y resuelta en un tiempo prudencial (STS 1589/2005, de 20 de diciembre), tanto considerando que las circunstancias personales, familiares y sociales del acusado cambian durante procesos temporales singularmente dilatados, por lo que la pena no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y rehabilitación como lo harían en el momento en que la acción evidenció la necesidad de resocialización (STS 1515/2002, de 16 de septiembre), como por infringir la demora un padecimiento natural al acusado que debe computarse en la pena estatal que se imponga, para lograr mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la sanción impuesta y el mal causado por su acción (STS 932/2008, de 10 de diciembre).

Complementariamente, nuestra Jurisprudencia destaca que la circunstancia atenuante puede y debe estimarse como cualificada cuando los elementos que configuran la razón atenuatoria concurren de manera relevante e intensa en la hipótesis concernida, esto es, superando en mucho lo que sería la normal exigencia para que la atenuación se considere estimable con carácter genérico (STS 668/2008, de 22 de octubre). Y dado que la atenuante ordinaria precisa que las dilaciones sean extraordinarias o "fuera de toda normalidad", la atenuación cualificada exige una desmesura que se identifique como fuera de lo corriente, bien proyectada en una duración que es radicalmente inasumible por los justiciables en todo caso, bien haciendo referencia a paralizaciones que no se aciertan a entender, resultan excepcionales o -como hemos indicado gráficamente en alguna ocasión- superextraordinarias (STS 251/2012, de 20 de marzo).

Como recordábamos en nuestra Sentencia 388/2016, de 6 de mayo, nuestra Jurisprudencia ha apreciado la atenuante con el carácter de muy cualificada en supuestos en los que se habían producido paralizaciones de notable consideración. Así en la STS 551/2008, de 29 de septiembre, ante la tardanza de 5 años y medio en sede de la Audiencia, pendiente de la celebración del juicio oral terminada la instrucción y en la STS 630/2007, de 6 de julio, por la paralización indebida por tiempo de 4 años, en esas mismas condiciones.

Y la misma sentencia, con cita de la STS 416/2013, de 26 de abril, respecto a la duración total del proceso, compendiamos que en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada



en la STS 291/2003, de 3 de marzo, por ocho años de duración del proceso; en la Sentencia 655/2003, de 8 de mayo, por 9 años de tramitación; en la Sentencia 506/2002, de 21 de marzo, nuevamente ante 9 años de duración; en la Sentencia 39/2007, de 15 de enero, por un plazo que alcanzó un total de 10 años; o de 15 años en la Sentencia 896/2008, de 12 de diciembre; o incluso en la STS 132/2008, de 12 de febrero, que estimó la atenuante muy cualificada al tratarse de una causa iniciada en el lejano año 1990. Unos plazos que son de referencia relativa, en la medida en que esta duración venga más o menos justificada por las circunstancias concretas de la investigación y enjuiciamiento.

6.3. Lo expuesto muestra la pertinencia de aplicar la atenuante de dilaciones indebidas apreciada en la sentencia de instancia, particularmente si se considera el periodo de paralización que sufrió el procedimiento mientras estuvo pendiente de enjuiciamiento, si bien sin apreciar la extraordinaria relevancia que prestaría asiento a su consideración como circunstancia muy cualificada. En primer lugar, por el tiempo final en el que la causa fue enjuiciada, que no llegó al plazo de seis años. En segundo término, porque parte de la demora descansa en una investigación más compleja de lo que proyectan los hechos enjuiciados, pues se pretendió el esclarecimiento de una serie muy numerosa de robos y ello comportó la toma de declaración de numerosos testigos, además de consumirse un año en el trámite de calificación de las defensas.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 7.1. La última alegación del recurrente, que tendría adecuado encaje en el cauce por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, al entenderse indebidamente aplicada la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal, también debe ser rechazada.

El planteamiento del motivo es jurídicamente insustancial, pues hace descansar su objeción en que el juicio se celebró en el año 2019 y que la agravación se apreció por una condena impuesta en el año 2012. Especula la representación del recurrente con que los hechos que determinaron la condena precedente debieron acaecer *hace 10 o 12 años*, por lo que concluye diciendo que los antecedentes penales, "*lógicamente*", deben entenderse plenamente cancelados.

7.2. El alegato es profano e ingrávido, en cuanto que no se sujeta a ninguna norma jurídica.

El artículo 22.8 del Código Penal, que el escrito de impugnación ni siquiera menciona, dispone que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza y no deba entenderse cancelado.

La remisión que hace el legislador para apreciar la agravante al momento en que se cometió el delito para el que se plantea aplicarla, refleja la inconsecuencia de evaluar la concurrencia de la agravación a partir de la fecha del enjuiciamiento. Es la tendencia criminal del sujeto activo al momento de la comisión del delito la que perfila la culpabilidad que contempla la circunstancia agravatoria.

7.3. La sentencia de instancia refleja en su relato de hechos probados que el acusado había sido previamente condenado por otros dos delitos de estafa. En el primero de ellos, por sentencia de 10 de febrero de 2012, se le impuso una pena de dos años de prisión que fue suspendida por tres años. En el segundo, por sentencia de 24 de septiembre de 2012, se le impuso una pena de 6 meses de prisión que se dice suspendida, sin más datos. Solo la consideración de la primera de las condenas muestra que la cancelación de los antecedentes penales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136.1 y 2 del Código Penal, no pudo obtenerse antes del 11 de febrero de 2017, cuando los hechos enjuiciados acaecieron el 7 de noviembre de 2013.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- La desestimación de los recursos conlleva la condena en costas a los recurrentes, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Carlos y la de Cristobal, contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2019, por la Sección n.º 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado 1586/2018, con imposición a los recurrentes del pago de las costas causadas en la tramitación de sus recursos.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.



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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ