



Roj: **STS 1391/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1391**

Id Cendoj: **28079120012015100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/03/2015**

Nº de Recurso: **1558/2014**

Nº de Resolución: **175/2015**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 891/2014,**
STS 1391/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil quince.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley que ante Nos pende, interpuesto por el acusado **Luciano** , contra sentencia de fecha cinco de febrero de 2014, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz , en causa seguida al mismo por delito 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 y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, y estando el acusado recurrente representado por la Procuradora D^a. Itziar Goñi Echevarria.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, dictó sentencia, en el Procedimiento Abreviado núm. 29/2014, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, que con fecha cinco de febrero de 2014 , dicta sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: "Ha resultado probado y así se declara que sobre el mes de enero de 2008, el acusado Luciano trabajaba como encargado por la empresa Tarima y Parquets Sama S.L., donde también trabajaban el otro acusado Primitivo y Secundino . Por esta fecha, Luciano , con ánimo de ilícito beneficio, empleando engaño bastante, aprovechándose de su posición de encargado de la empresa le dijo a Secundino que podía contratar a otros ciudadanos marroquíes, si bien había de abonarle 6.000 euros para que les pudiese arreglar la documentación, debiendo hacerse la entrega de la siguiente forma: 2.000 euros por cada extranjero, por anticipado, y el resto se abonaría cuando ya estuviese completa la documentación. Ante esta manifestación y con la finalidad de traer a sus hermanos de Marruecos, Secundino , creyéndose lo manifestado por el encargado de la obra, en fecha que no consta, entregó a Luciano la cantidad de 1.000 euros en El Puerto de Santa María y, posteriormente, remitió dos giros desde Jerez de la Frontera y Huelva con fechas de 16/01/08 por importe de 3.000 euros y de 25/ 01/08 por un importe de de 2.000 euros, ambos giros a nombre de Primitivo , para que se lo entregara a Luciano , sin que Primitivo interviniera en forma alguna en las negociaciones, no volviendo el primer acusado a ponerse en contacto con Secundino ".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva:

FALLAMOS:"Condenamos a Luciano , como autor responsable de un delito de estafa, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de nueve meses con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día



de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas. Asimismo el condenado deberá abonar la mitad de las costas causadas, incluidas las de la Acusación Particular.

Por responsabilidad civil Luciano deberá indemnizar a Secundino en la cantidad de 6.000 euros, con los intereses legales del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Absolvemos libremente de toda responsabilidad a Primitivo , con declaración de las mitad de las costas de oficio".

TERCERO. - Notificada dicha sentencia a las partes, se preparó contra la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley por la representación del acusado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación del art. 249 del Código Penal y aplicación indebida del art. 250 del mismo Cuerpo Legal . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por inaplicación de la atenuante del art. 21.6º del Código Penal sobre dilaciones indebidas, y, en consecuencia, inaplicación de la regla 1ª en el art. 66 del Código Penal . TERCERO. Al amparo del art. 851.3º de la L.E.Crim ., al no resolverse en la sentencia sobre la existencia de la atenuante de la responsabilidad penal por dilación extraordinaria indebida en la tramitación del procedimiento del art. 21.6º del Código Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista y apoyó, su primer motivo, por los razonamientos que adujo, desestimando los restantes y quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el diecisiete de marzo pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz con fecha 5 de febrero de 2014 , condena al recurrente como autor de un delito de estafa a la pena de dos años de prisión y multa de nueve meses.

Frente a ella se formula el presente recurso fundado en tres motivos, los dos primeros por infracción de ley y el tercero por quebrantamiento de forma.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del art. 849 1º de la Lecrim , alega aplicación indebida del art 250 CP .

Destaca la parte recurrente que la pena impuesta (dos años de prisión y multa de nueve meses) se corresponde con la prevenida en el art 250 1º CP (estafa agravada) que era objeto de acusación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, pero sin embargo la sentencia le condena por una estafa básica del art 249 CP , por lo que no puede imponerse la pena de multa.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. En efecto el Tribunal sentenciador excluye expresamente la concurrencia de una estafa agravada, en el último párrafo del fundamento jurídico tercero. Y, sin embargo, impone una pena de multa que no está prevista para la estafa básica, y si para la agravada. En consecuencia, concurre infracción de ley por indebida aplicación del art 250 1º en la determinación de la pena.

Analizando más detenidamente la pena impuesta, como acertadamente indica la representación del Ministerio Público, se aprecia que también la pena de prisión está determinada en función del art 250 1º. En efecto, la pena de prisión impuesta (dos años) está situada en la mitad inferior de la prevenida para las estafas agravadas del art 250 1º (uno a seis años) pero en la superior de la establecida para la estafa básica (seis meses a tres años), sin que ello se corresponda con la valoración del Tribunal que considera que los hechos no han sido de gran relevancia.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo y dictar segunda sentencia, eliminando la pena de multa y fijando la pena privativa de libertad en la mitad inferior del marco establecido para la estafa básica.

TERCERO .- El segundo motivo de recurso, también por infracción de ley, interesa la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas (art 21 6º CP). Se apoya en la duración total de la tramitación de la causa, más de cinco años desde su incoación hasta la sentencia, retrasándose la celebración del juicio, desde la calificación del Fiscal, más de dos años.



La doctrina de esta Sala, (STS 360/2014, de 21 de abril, entre otras) considera la "dilación indebida" como 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 resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable por la duración del procedimiento mayor de lo previsible o tolerable.

Se subraya también su doble faceta prestacional, como derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable, y reaccional, como derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas (STS 489/2014, de 10 de junio).

Para valorar el carácter razonable o no de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, así como el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante.

En la práctica la doctrina jurisprudencial ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado.

Son dos los aspectos esenciales que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Por un lado, la celebración del juicio dentro del "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6º 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 concurrencia de "dilaciones indebidas", que es el concepto que utiliza nuestra Constitución en su art. 24.2 º.

Son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las "dilaciones indebidas" implican la proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de dichos actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto más amplio, que se refiere al derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, y que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia.

En cualquier caso un requisito esencial para la aplicación de la atenuante consiste en que la dilación no sea atribuible al propio inculpado. Como destaca la STS núm. 385/2014, de 23 de abril, también las víctimas de los delitos son titulares del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Resultaría paradójico que al perjuicio para la causa ocasionado por los retrasos causados por el propio imputado se uniese la comprobación de que el comportamiento dilatorio le reporta beneficios punitivos relevantes, premiando con la atenuación su rebeldía procesal o la provocación de suspensiones del juicio oral que dilapidan esfuerzos procesales ya realizados.

En el caso actual, como acertadamente destaca la ilustre representación del Ministerio Público, la dilación de la causa en el supuesto actual es atribuible en buena medida al propio recurrente. En efecto cuando fue necesario notificarle el auto de apertura del juicio oral, el imputado, hoy recurrente, se situó en paradero desconocido, siendo necesario acordar su búsqueda y detención, lo que ocasionó una dilación relevante. Asimismo, cuando se señaló por primera vez el juicio oral, fue necesario suspenderlo precisamente por no ser hallado el recurrente. En consecuencia, debe descartarse la aplicación de la atenuante interesada, precisamente por ser atribuibles las dilaciones al comportamiento del propio imputado.

CUARTO.- El tercer motivo de recurso, por quebrantamiento de forma, al amparo del art 851 3º de la Lecrim, alega incongruencia omisiva, por no haber resuelto la sentencia de instancia expresamente sobre la solicitud de aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Es cierto que se solicitó expresamente la aplicación de esta atenuante y que la sentencia no contiene un tratamiento específico de la cuestión. Pero a la apreciación del motivo se oponen dos objeciones, una formal y otra de fondo.

En primer lugar, como objeción procesal que se opone a la consideración de la denuncia, en este control casacional, ha de recordarse que el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo.



Por esta vía se evita la interposición de un recurso innecesario, se consigue la subsanación de la omisión producida y, con evidente economía procesal, se potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STS núm. 671/2012, de 25 de julio , entre otras).

En su consecuencia, la parte debió acudir al trámite del art. 267 de a LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, de 21 de abril).

En segundo lugar, como objeción de fondo, ha de tomarse en consideración que este motivo casacional por quebrantamiento de forma exige como requisito adicional para su estimación que, aun existiendo el defecto, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de la resolución de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

En caso de concurrir un motivo de fondo sobre la cuestión cuya resolución ha sido omitida en la sentencia de instancia, esta Sala estima prioritario dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. Precisamente para respetar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas la doctrina de esta Sala estima que " *cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación* ", (STS núm. 1.095/99, de 5 de julio , núm. 2.899/1993, de 23 de diciembre , núm. 822/2004, de 24 de junio y 117/2.002, de 31 de enero , y 834/2.014, de 10 de diciembre , entre otras).

En el caso actual, la Sala ya ha resuelto el motivo de fondo sobre la misma cuestión, por lo que el motivo por incongruencia omisiva debe ser desestimado.

Procede, en consecuencia, estimar el motivo de recurso interpuesto por infracción de ley, dictando segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas de este recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR por el motivo PRIMERO, con desestimación de los restantes, al recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley interpuesto por el acusado **Luciano** , contra sentencia de fecha cinco de febrero de 2014, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Cádiz , en causa seguida al mismo por delito de estafa; y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia con declaración de las costas de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil quince.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado Mixto núm. 1 del Puerto de Santa María, con el num. 29/2014, y seguido ante la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, por delito de estafa contra Luciano , mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, con domicilio en Leganés (Madrid); y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tournon.

I. ANTECEDENTES

UNICO .- Se aceptan y dan por reproducidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, así como el resto de sus antecedentes de hecho.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO .- Dando por reproducidos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia que no queden afectados por nuestra sentencia casacional, y por las razones expuestas en la misma, debemos condenar al



recurrente Luciano , como autor criminalmente responsable de un delito de ESTAFA, de los art 248 1 º y 249 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y costas procesales, pena que se estima proporcionada atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

III. FALLO

Debemos condenar y condenamos al acusado Luciano , como autor criminalmente responsable de un delito de ESTAFA, de los art 248 1 º y 249 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad, y costas procesales, DEJANDO SUBSISTENTES LOS DEMAS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA, especialmente los relativos a la absolución del otro acusado, a la responsabilidad civil y a las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.