



Roj: **STS 4652/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4652**

Id Cendoj: **28079120012022100948**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2022**

Nº de Recurso: **624/2021**

Nº de Resolución: **979/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 979/2022

Fecha de sentencia: 21/12/2022

Tipo de procedimiento: **RECURSO CASACION**

Número del procedimiento: 624/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Madrid. Sección Primera

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 624/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 979/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2022.



Esta sala ha visto el **recurso de casación** por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 624/2021, interpuesto por **D. Roque** representado por la procuradora D^a. Irene Aranda Varela, bajo la dirección letrada de D. Bernardo Monfort de Bedoya contra la sentencia número 61/2019 de fecha 7 de febrero de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Primera) que resuelve el **recurso** de apelación interpuesto contra la sentencia num. 294/2018 de fecha 31 de julio de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal num. 20 de Madrid en la causa Juicio Rápido 288/2018.

Interviene el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 45 de Madrid incoó Diligencias Urgentes Juicio Rápido 1607/2018 por un delito intentado de hurto, contra Roque ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid, (Juicio Rápido núm. 288/2018) quien dictó Sentencia en fecha 31 de julio de 2018 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO.- Resulta probado y expresamente así se declara que el acusado, D. Roque , mayor de edad, nacional de Rumania y con carta de identidad n° NUM000 , y sin antecedentes penales; sobre las 13:50 horas del día 18 de julio de 2018, con intención de obtener un beneficio injusto, se apoderó de varias prendas de ropa en el establecimiento "Desigual", sito en la calle Fuencarral de Madrid, ocultando los efectos en una bolsa, siendo interceptado sin conseguir su propósito.

Los efectos sustraídos en su totalidad han sido tasados en 444,60 euros, no reclamando por ellas al haberse recuperado."

SEGUNDO.- Juzgado de lo Penal que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo CONDENAR Y CONDENO a D. Roque como autor penalmente responsable de un delito intentado de hurto, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de dos meses con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que de acuerdo con el artículo 71, apartado 2°, del Código Penal, será sustituida por multa de cuatro meses, con una cuota diaria de tres euros, así como al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas (acusación y defensa) poniéndoles de manifiesto que esta resolución no es firme y que contra ella cabe **recurso** de apelación, que se ha de interponer en el plazo de 5 días ante la Audiencia Provincial de Madrid, cuyo **recurso** se preparará ante este Juzgado. De no interponerse **recurso** alguno contra la sentencia dictada ésta será firme a partir de los 5 días a contar desde la última notificación, por tratarse de juicio rápido por delito (artículo 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso **recurso** de apelación por la representación procesal de Roque ; dictándose sentencia núm. 61/2019 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Primera) en fecha 7 de febrero de 2019, en el Rollo de Apelación P.A. núm. 1418/2018, cuyo Fallo es el siguiente:

" **DESESTIMAMOS** el **recurso** de apelación interpuesto' por la representación procesal de Don Roque contra la sentencia dictada el 31 de julio de 2018 por el Juzgado de lo Penal n° 20 de Madrid en el juicio oral 288/18 que se **CONFIRMA** en todos sus pronunciamientos, declarando de oficio las costas procesales causadas en la presente alzada.

Contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación** ante la Sala 2a del Tribunal Supremo por infracción de ley del motivo previsto del art. 849.1° de la LECrim cuando, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica de la misma índole que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la última notificación de la sentencia."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó **recurso de casación** por la representación procesal de D. Roque que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el **recurso**.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el **recurso** alegando los siguientes **motivos de casación**:



Motivo Primero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por aplicación indebida del art. 234 apartado 1º del Código Penal.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, art. 24.2 CE, e infracción de ley por inaplicación indebida del art. 21 .6ª y 7ª del Código Penal, y su relación con el art. 66 CP.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del **recurso**, impugnándolo subsidiariamente. La Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 20 de diciembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DELARTÍCULO 849.1º LECRIM, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DELARTÍCULO 234.1º CP

1. El recurrente denuncia error de subsunción. A su parecer, los hechos declarados probados no permiten identificar los elementos del delito que sirve de título de condena. No se precisa ni la intención del ahora recurrente, en particular la de hacerse con las prendas colocadas en la bolsa, ni, desde luego, las condiciones de disponibilidad sobre aquellas. Lo que impide apreciar si hubo, o no, consumación del delito.

2. El motivo no puede prosperar. No solo no supera el interés casacional que condiciona la admisión del **recurso** extraordinario de **casación** contra sentencias de las Audiencias Provinciales que resuelven un **recurso** de apelación contra sentencias de los Juzgados de lo Penal, sino que tan siquiera se funda en el único el gravamen que ex artículo 847 1 b) CP puede fundarlo: la infracción de ley.

Como es sabido, cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida. Estos constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso, delimitando, en consecuencia, el campo de juego del análisis casacional. Lo que implica que aquellos deben construirse con significantes cuyos significados, en ese concreto juego del lenguaje, alcancen el objetivo pragmático-comunicativo consistente en atribuir a los enunciados fácticos un nivel general de inteligibilidad y precisión que posibilite el juicio de subsunción.

3. Y estos, en el caso que nos ocupa, identifican con toda claridad los elementos del delito de hurto que ha servido de título de condena. Como se precisa en la sentencia de primera instancia, el recurrente "se apoderó de varias prendas" por valor superior a 400 euros, " *con intención de obtener un beneficio injusto (...) ocultando los efectos en una bolsa, siendo interceptado sin poder conseguir el propósito*".

Es obvio que de la combinatoria entre las expresiones empleadas en la construcción del hecho probado -"apoderarse", "ocultar" y "la intención de obtención de un beneficio injusto"- se decanta, sin necesidad alguna de aplicar mecanismos deductivos o inferenciales complejos, la finalidad apropiatoria marcada por el ánimo de lucro reclamada por el tipo.

Tiene razón, no obstante, el recurrente cuando afirma que los hechos probados no permiten identificar la disponibilidad que exige el tipo consumado. Pero, precisamente por ello, la condena, en lógica correspondencia normativa con lo que se declara probado y no probado, es por la comisión de un delito de hurto en tentativa, rebajándose la pena en dos grados.

La atenta lectura del escrito de interposición del **recurso** nos hace dudar sobre si la parte ha identificado adecuadamente el gravamen que se pretende hacer valer pues se sugiere que la condena lo fue por un delito consumado de hurto.

SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DELARTÍCULO 849.1º LECRIM, POR INFRACCIÓN DE LEY: PROCEDENTE APLICACIÓN DE LAATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS DEL ARTÍCULO 21.6º CP

4. El recurrente formula una pretensión atenuatoria cuyo gravamen no se deriva de la sentencia recurrida sino del tiempo transcurrido -un año y siete meses- entre el momento en que se anunció el **recurso** de **casación** contra la misma y este se tuvo por preparado por la Audiencia Provincial. Transcurso excesivo del tiempo que, según se afirma, es causa de indefensión y justifica, como consecuencia, la rebaja de la pena impuesta en la instancia por concurrir la atenuante de dilaciones indebidas. Al parecer del recurrente, la pretensión se ajusta a las excepciones de esta propia Sala sobre la posibilidad de introducir cuestiones "ex novo" en **casación** cuando su origen traiga causa de vicisitudes posteriores a la sentencia que se recurre.



5. El motivo tampoco puede prosperar.

Y ello por una razón esencial: concurre clara causa de inadmisión. Lo pretendido no se ajusta al cauce casacional escogido, marcado por estrictos presupuestos de admisión que cohonestan con su excepcional naturaleza y finalidad.

6. Como es sabido, el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE. Pero sin poder obviar que esta pretensión de tutela también se satisface cuando se obtiene una resolución de inadmisión que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada siempre que esta decisión se funde en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial -vid. entre muchas, SSTC 154/1992, 55/1995, 104/1997, 108/2000-. Y ello porque el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional de configuración legal cuyo ejercicio se supedita a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, si bien no podrá fijar obstáculos arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente - STC 185/1987-.

El derecho a obtener una resolución sobre el fondo rige tanto en el acceso a la primera instancia judicial como en la fase de **recurso**, resultando ambos estadios exponentes de los contenidos típicos de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, mientras en el acceso a la jurisdicción el principio "*pro actione*" actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión solo serán conformes con el artículo 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada -vid. SSTC 6/1986, 63/1999-, en la fase de **recurso** dicho principio pierde intensidad. Y ello porque el derecho a su interposición no nace directamente de la Constitución sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador -salvo cuando se trata de la revisión de la sentencia condenatoria- el establecimiento y regulación de los **recursos** procedentes en cada caso -vid. STC 37/1995-.

Por ello, las resoluciones judiciales que declaren la inadmisión de un **recurso**, excluyendo el pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los **recursos** legalmente establecidos, cuando se funden en una interpretación de la legalidad que proceda estimar como arbitraria o manifiestamente irrazonable - STC 133/2000-, se apoyen en una causa legal inexistente - SSTC 69/1984, 135/1998, 230/2000-; o, en fin, sean el resultado de un error patente - SSTC 295/2000, 134/2001-.

7. En el caso, la desestimación del motivo, como respuesta a la causa de inadmisión originaria concurrente, se funda, como anticipábamos, en que el nuevo régimen de **recursos** introducido por la Ley 41/2015 no resulta aplicable al supuesto que nos ocupa.

El legislador, en el ejercicio de su libertad configurativa, determinó las condiciones de admisión de un **recurso** de naturaleza claramente excepcional. Limitando, por un lado, el espectro de gravámenes a los derivados estricta y directamente de la infracción de ley penal sustantiva causada por la sentencia de apelación y, por otro, a que se identifique un particular interés casacional que cualifique el interés de la parte en la reparación normativa pretendida.

8. Limitaciones que no suponen una lesión del derecho al **recurso** constitucionalmente garantizado pues este viene satisfecho, desde la reforma de 2015, por la doble instancia, con plenitud de efectos devolutivos y suspensivos.

El **recurso** de **casación** introducido por la Ley 41/2015 contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales no es una tercera instancia. Es una opción político-legislativa que no viene determinada por el mandato constitucional de garantizar un **recurso** efectivo contra la condena. Lo que atribuye al legislador ordinario mayor libertad configurativa para ajustar el modelo impugnatorio al fin pretendido que, para este **recurso**, es, exclusivamente, el de fortalecer la función nomofiláctica del Tribunal Supremo y, con ella, la uniformidad en la aplicación de la ley penal, respecto a todos los delitos graves y menos graves.

Lo que explica, insistimos, las fuertes restricciones de interposición y admisión que lo convierten en un **recurso** de marcada naturaleza extraordinaria.

9. En lógica consecuencia, el incumplimiento de plazos procesales de tramitación durante la fase de interposición de este **recurso** no puede generar un gravamen reparable pues no tiene conexión alguna con la aplicación de la ley penal sustantiva por parte del tribunal que conoce del **recurso** de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal.



El punto crítico no reside en que el gravamen se ajuste a la doctrina sobre la admisión de los motivos "ex novo", sino en que, en este **recurso**, a diferencia de las otras modalidades de **casación**, no cabe conocer de otros gravámenes que aquellos de estricto alcance normativo que vengan causados por los juicios de subsunción contenidos en la sentencia recurrida.

10. Con ello no afirmamos que el recurrente no pueda reaccionar contra la, a su parecer, lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Lo que sostenemos es que el cauce escogido no puede ser este **recurso** de **casación**, disponiendo de otros mecanismos reparatorios como, en su caso, el **recurso** de amparo o la solicitud de indulto ex artículo 4 CP.

11. Hay causa legal de inadmisión del motivo que, en este estadio del procedimiento, se convierte en causa de desestimación.

CLÁUSULA DE COSTAS

12. Tal como previene el artículo 901 LECrim, procede la condena del recurrente al pago de las costas de este **recurso**.

FALLO

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

No haber lugar al **recurso de casación** interpuesto por la representación del Sr. Roque contra la sentencia de 7 de febrero de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 1ª).

Condenamos al recurrente al pago de las costas judiciales.

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

Así se acuerda y firma.