Roj: **STS 293/2023 - ECLI:ES:TS:2023:293**

Id Cendoj: **28079120012023100054**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **06/02/2023**
Nº de Recurso: **1715/2021**
Nº de Resolución: **57/2023**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 57/2023

Fecha de sentencia: 06/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1715/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 10ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1715/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 57/2023

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 6 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 1715/2021, interpuesto por la representación procesal de **Dª Paulina** , contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2021 por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en el Rollo de Sala nº 890/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 10 de marzo de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 458/2019 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 3 de Benidorm, por la que fue condenada la recurrente como autora responsable de un delito de hurto, habiendo sido parte en el presente procedimiento la condenada recurrente representada por la procuradora Dª. María del Mar Gómez Rodríguez; y defendida por el letrado D. Alejandro Ribó Bonet, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Denia, tramitó procedimiento abreviado núm. 362/2017 por delito de hurto, contra Dª. Paulina ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 3 de Benidorm, (proc. abreviado nº 458/2019) y dictó Sentencia en fecha 10 de marzo de 2020 que contiene los siguientes hechos probados: "Queda probado y así se declara que la acusada Paulina rumana con N.I.E. NUM000 , nacida en RUMANIA, el NUM001 /96, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en fecha no determinada pero comprendida entre 23 de enero y 3 de febrero de 2017, por la mañana, abordó a Mariano , de 76 años, que paseaba por la entrada a la Urbanización Maryvilla de Calp, preguntándole si conocía a determinada persona para seguidamente pedirle un puesto de trabajo y ofrecerle servicios sexuales, mientras le agarraba del cuello con el concido como "método del abrazo" y, guíada por ánimo de ilícito beneficio apoderarse del cordón de oro con crucifijo y chapa de grupo sanguíneo que portaba, todo ello sin que Mariano se percatara en ese momento de la sustracción, pues trataba de zafarse de la acusada que le abrazaba insistentemente, perturbando así su tranquilidad y sosiego, llegando a emplear fuerza frente a la misma para lograr que le soltara.

Mariano no sufrió lesión alguna y los efectos sustraídos han sido pericialmente tasados en 458.50€ que se reclaman." (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "DEBO CONDENAR y CONDENO a Paulina rumana con N.I.E. NUM000 , nacida en RUMANIA, el NUM001 /96, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, como autora responsable de un delito de robo con violencia de menor entidad del art. 242.1 y 4CP, sin circunstancias, a la pena de UN AÑO de prisión y de privación del derecho al sufragio pasivo, una Responsabilidad civil de 458,50€ para Mariano , intereses y costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de **DIEZ DÍAS**, a contar desde la fecha de notificación de esta.

Así por esta mi Sentencia de la que se deducirá testimonio para su unión a las diligencias de su razón, juzgando en esta instancia, lo pronuncio, acuerdo y firmo." (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la condenada, dictándose sentencia núm. 58/2021 por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Alicante en fecha 16 de febrero de 2021, en el rollo de apelación núm. 890/2020, cuyo Fallo es el siguiente: "Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **Paulina** , contra la sentencia de 10 de marzo de 2020, dictada en Juicio Oral núm. 000458/2019 por el JUZGADO DE LO PENAL Nº 3 DE BENIDORM, debemos confirmar y **CONFIRMAMOS** dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y que contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley, que se preparará en el término de 5 días ante esta Audiencia Provincial para ante el Tribunal Supremo, previstos en el art. 847 de la Lecrim.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de Dª Paulina 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, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Motivo primero.- Infracción de precepto legal del art. 849.1 de la LECrim.

Motivo segundo.- Por infracción de ley del art. 849. 1º LECrim, por aplicación indebida del artículo 242.4 del Código Penal, siendo la calificación aplicable a su juicio no la del robo (art. 242.1 y 4 CP) sino la de hurto como delito menos grave (art. 234.1 CP).

Motivo tercero.- Al amparo del art. 849 LECrim, por indebida inaplicación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal prevista en el art. 21.5 del CP, al haberse producido dilaciones indebidas.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 7 de junio de 2021, interesó la desestimación de los motivos primero y tercero y apoyó parcialmente el motivo segundo; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 1 de febrero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 70/2020, 10 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Benidorm, condenó a la acusada Paulina , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, como autora responsable de un delito de robo con violencia de menor entidad del art. 242.1 y 4 del CP, sin circunstancias modificativas, a la pena de 1 año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo por el mismo período de tiempo.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia 58/2021, 16 de febrero.

Se interpone recurso de casación por la defensa de la acusada. El Ministerio Fiscal apoya parcialmente el segundo de los motivos, si bien puntualiza que la pena, para el caso en que fuera rectificada la subsunción de los hechos deberá seguir siendo la misma.

2.- El primero de los motivos hechos valer por la defensa de Paulina se anuncia con la cobertura que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. Sin embargo, bajo ese enunciado se razona que la sentencia ha vulnerado "...la jurisprudencia aplicable en materia de prueba sobre los reconocimientos de identidad, al no existir reconocimiento in situ, ser insuficiente el reconocimiento fotográfico habido en sede policial, así como su ratificación posterior, así como porque el reconocimiento en rueda ha sido dudoso, y por el reconocimiento posterior habido en el juicio".

La petición de la recurrente se basa en un laborioso estudio de la jurisprudencia de esta Sala acerca del significado probatorio del reconocimiento fotográfico efectuado en dependencias policiales. Sin embargo, el hilo argumental basado en esa jurisprudencia ya obtuvo respuesta del Juez de lo Penal en la instancia y de la Audiencia Provincial en la apelación. La naturaleza extraordinaria del recurso de casación impide ahora una reconsideración de las alegaciones de la defensa, que desbordan los límites de la casación penal tal y como ha sido definida en la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, Y es que la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de la vía que habilita el art. 847 de la LECrim, cuando permite el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, limitando su viabilidad al cauce que ofrece el art. 849.1 de la LECrim.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de invocar vulneración de precepto constitucional, de suerte que la impugnación sólo adquiere sentido "...cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción" (SSTS 547/2022, 2 de junio, 137/2018, 22 de marzo; 255/2020, de 28 de mayo y 519/2019, 29 de octubre, entre otras muchas). En este sentido se pronuncian también el ATS 21 de junio de 2018 (recaído en el recurso de queja núm. 20190/2018) y el ATS 29 de junio de 2018 (recurso de queja 20468/2018), en los que se señala que "...una cosa es que se admita, siguiendo los dictados del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria".

Esta interpretación restrictiva, acorde con la significado histórico del recurso de casación y, sobre todo, con la generalizada extensión del recurso de apelación a raíz de la reforma de 2015, fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que en su ATC 40/2018, de 13 de abril, inadmitió el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 de la LECrim, el preámbulo de la Ley 41/2015, el propio Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y la jurisprudencia de esta Sala, citando la primera STS 210/2017, de 28 de marzo; razones

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

a las que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal.

Por consiguiente, se impone un previo filtrado de las alegaciones de la defensa para constatar que el recurso promovido acepta la premisa impuesta por el art. 847 de la LECrim, que sólo habilita en estos casos la angosta vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. Y no vale, desde luego, sortear este freno, impuesto por razones ligadas a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y a la necesidad de facilitar la labor nomofiláctica de esta Sala, mediante el artificial acomodo de alegaciones vinculadas a la vulneración de un derecho fundamental, bajo un enunciado que anticipa estratégicamente que el desacuerdo se limita al juicio de tipicidad.

Las quejas de la defensa vinculadas a la insuficiencia probatoria del reconocimiento fotográfico no pueden ser ahora atendidas, en la medida en que no se refieren al error en la subsunción de los hechos proclamados en la instancia, tal y como exige el art. 847.1.b) para hacer viable el recurso de casación frente a las sentencias dictadas al resolver la apelación contra las resoluciones emanadas de los Juzgados de los Penal.

Se impone la desestimación (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

3.- El segundo de los motivos, ajustado a las exigencias que ha obviado la queja precedente, denuncia infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 237 y 242.1 y 4 del CP, que tipifican el delito de robo con violencia e intimidación, con la correlativa inaplicación del art. 234.1 del CP, que califica el delito de hurto.

A juicio de la defensa, con cita de la jurisprudencia histórica de esta Sala, el contacto físico es consustancial al hurto. La sentencia de instancia, confirmada por el Tribunal *ad quem*, no declara probado ningún tirón como forma de violencia física. Tampoco declara probada una violencia física sobre la víctima mediante un golpe o agresión ni la concurrencia de intimidación.

La acción de abordar no integra ninguna acción de violencia, pues abordar es acercarse a alguien de manera apresurada o rápida. No desarrolla ninguna violencia sobre la persona. Y, además, este abordamiento está desligado de toda acción depredatoria, ya que el abordamiento es acercarse para realizar la siguiente acción que se describe en los hechos probados: hablar, conversar (sobre trabajo y ofrecimiento sexual) y para agarrar y para abrazar.

La acción de agarrar del cuello es anterior a la sustracción. En el supuesto descrito en el factum -insiste la defensa- agarrar del cuello es una acción limitada a su propio y exclusivo significado físico. Y no integra ninguna conducta delictiva porque es anterior a cualquier intento de sustracción, forma parte de la puesta en escena anterior a la acción sustractora. La acusada no agarra del cuello con fuerza mientras conmina a la entrega del collar o cadena.

Y cuando la acusada abraza al denunciante con las dos manos alrededor del cuello está desarrollando la acción que es propia del hurto, pues rodear con las manos el cuello no es un acto de violencia.

El motivo, como ya hemos anticipado *supra* cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal. En su informe refuerza las alegaciones de la defensa señalando que "...la acción de la acusada es acercarse a la víctima, y al ofertarle servicios sexuales darle un abrazo. No es un abrazo coactivo o inmovilizante, propio de una llave de pugilato, ataque o similar, que sí integraría sin duda la violencia, sino que lo que se procura mediante el simulado abrazo es tener sus manos en el lugar del cierre del cordón para así poder abrirlo. No se trata de un abrazo inmovilizador, a modo de llave de presa o de pelea, sino de un abrazo en el que ella le rodea con los brazos para lograr que sus manos se sitúen en el lugar posterior del cuello donde se halla el cierre de la cadena de oro que pretende sustraer".

Sigue argumentando el Fiscal que "...un abrazo, en si mismo, no es, por su propia definición, un acto violento". Y concluye que "la duración o insistencia del abrazo, acompañado de la oferta sexual y de provenir de una mujer desconocida puede suponer una "situación violenta" para la víctima. Pero no toda situación violenta -en el sentido de incómoda, no soportable o molesta- deriva de un acto violento. Situación violenta y acto violento no son equiparables. Pueden coincidir, pero pueden no hacerlo. Muchas situaciones violentas no precisan de un acto de violencia".

3.1.- La Sala ha de expresar su alto grado de coincidencia con el discurso de la defensa y del propio Ministerio Fiscal. La necesidad de una aplicación restrictiva de lo que por violencia o intimidación haya de entenderse no necesita ser argumentada. De hecho, existen pronunciamientos jurisprudenciales, de reiterada y usual cita, que cobran ahora pleno significado y que recogen una doctrina asentada desde hace ya muchos años, que impide calificar como violento todo contacto físico entre el autor y la persona que resulta despojada de un bien de su propiedad.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia 8 de febrero de 1989, en la que decíamos que "...el procedimiento del tirón, como modalidad del robo violento, ya indica en su significado semántico su verdadera acepción como

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"acción y efecto de tirar con violencia, de golpe", completada por la modalidad adverbial denominada "de un tirón". Este inicial concepto gramatical coincide en lo esencial con el empleado en el caló delincuente que entiende por el "tirón" es el procedimiento empleado por el "tirador" o descuidero de objetos que yendo a la carrera los arrebata y huye (volatero). Finalmente la jurisprudencia, siguiendo en esa línea conceptual en la que el arrebatar consiste en quitar o tomar alguna cosa con violencia y fuerza, entiende que el procedimiento del tirón es típico del robo violento, por más que la acción sea por lo común instantánea y fugaz. Sólo si prepondera la habilidad sobre la fuerza, por ser ésta apenas perceptible, la jurisprudencia se ha inclinado por el hurto (Sentencias 10 de julio de 1885 entre las antiguas y 22 de noviembre de 1974 entre las modernas). Pero en estos excepcionales casos, lo que sucede es que no existe el "tirón" propiamente dicho, es decir, el asimiento violento del objeto, de modo que el hecho se realiza sin la voluntad del despojado, caso del hurto, más que contra la voluntad del mismo (supuesto robo). Por lo demás, es reiteradísima la práctica jurisprudencial en pro del robo (Sentencias 27 de septiembre de 1980, 18 de febrero y 29 de septiembre de 1981, 15 de enero y 6 de marzo de 1982, 14 de diciembre de 1982, 11 de mayo y 20 de octubre de 1983, 11 de noviembre de 1985, 26 de septiembre y 16 de diciembre de 1986, 23 de enero, 8 de junio y 2 de noviembre de 1987 y otras muchas). En ellas se habla de vencer la voluntad opuesta de la víctima, de doblegarla o se usan expresiones equivalentes que ponen de relieve el acto de dinámica violenta por sorpresiva que sea y desprevenida que esté la víctima, si está de algún modo unido a su cuerpo el efecto que le es arrebatado".

En la misma línea se expresaba la STS 13 de abril de 1992, que subraya, con el apoyo de otros precedentes, que la calificación correcta es la de hurto en aquellas ocasiones en que "...prepondera la habilidad sobre la fuerza".

Son muchas, en definitiva, las sentencias que imponen esa interpretación restrictiva. Así, la violencia "...debe ser relevante, jurídicamente típica, y ejercerse de forma inconsentida" (STS 110/2002, 29 de enero y 373/2002, 28 de febrero); ha de ser concebida como un instrumento del desapoderamiento, causa determinante del mismo "...ordenada de medio a fin, de tal manera que la violencia no dirigida al desapoderamiento, a vencer una voluntad contraria a la sustracción, debe ser calificada de forma independiente a la sustracción" (STS 11/2002, 29 de enero); la violencia tiene que emplearse como el modo de vencer la resistencia real o presunta del desapoderamiento: "... *la violencia supone el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona mediante el cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido, y puede tener lugar tanto para ejecutar el robo como para asegurarlo* (SSTS 112/1999, 30 de enero; 1019/1999, 16 de junio y 1417/1999, 6 de octubre).

3.2.- Es con esta perspectiva como ha de ser analizada la narración histórica sometida a nuestra consideración. En ella se describe que la acusada abordó a Mariano , de 76 años, "...preguntándole si conocía a determinada persona para seguidamente pedirle un puesto de trabajo y ofrecerle servicios sexuales, mientras le agarraba del cuello con el conocido como "método del abrazo" y, guiada por ánimo de ilícito beneficio apoderarse del cordón de oro con crucifijo y chapa de grupo sanguíneo que portaba, todo ello sin que Mariano se percatara en ese momento de la sustracción, pues trataba de zafarse de la acusada que le abrazaba insistentemente, perturbando así su tranquilidad y sosiego, llegando a emplear fuerza frente a la misma para lograr que le soltara".

Nuestro examen no puede prescindir de una premisa sin la que se resentiría la estructura del delito de robo. Y es que sólo una violencia preordenada al desapoderamiento, concebida instrumentalmente para desapoderar a la víctima, puede tener relevancia típica para calificar los hechos como constitutivos de un delito de robo. Ni el simple contacto físico, ni siquiera el hábil y estratégico abrazo que permite al autor del desapoderamiento rodear momentáneamente a la víctima para alcanzar el objeto pretendido pueden considerarse, por sí solos, una violencia con relevancia típica. El tenor literal del art. 237 del CP recuerda que la violencia ha de ser " *empleada*" para el desapoderamiento. Se refuerza así el significado funcional de la violencia como instrumento materialmente dirigido al despojo.

Es cierto que el juicio histórico describe, después de una conversación iniciada como engañosa maniobra de aproximación, el abrazo que permite a la acusada alcanzar el cordón de oro con crucifijo y chapa de oro que portaba la víctima Pero describe algo más. Declara probados los esfuerzos de Mariano para zafarse de la desconocida que de forma insistente le abraza para llegar con sus manos al cierre de la joya que, desde el primer momento, ha querido sustraer. La resistencia de la víctima no se limita a apartar a Paulina que, según el factum estaba "perturbando así su tranquilidad y sosiego", sino que llegó a "...emplear fuerza frente a la misma" y lo hizo "...para lograr que le soltara". Y esos esfuerzos destinados a zafarse de su agresora no son sino la respuesta a unos abrazos que se desarrollaban "insistentemente".

El hecho de que Mariano no se percatara de la pérdida de la cadena de oro en el momento de la sustracción -afirmación, por cierto, no recogida en el factum- no debilita el carácter instrumental y preordenado de la estrategia seguida por la acusada para acceder al broche que le permitía hacerse con la joya. La acusada

ejecutó el hecho privando de la libertad de movimientos a una persona de 76 años. Sólo así adquiere sentido la fuerza que Mariano tuvo que emplear para zafarse de quien le abrazaba con insistencia.

Es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que un abrazo, empleado como medio ejecutivo para desapoderar a la víctima, no implicará necesariamente la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de robo. El abrazo puede servir como instrumento para la sustracción al descuido. Pero cuando ese abrazo, prodigado de forma insistente, obliga a la víctima a emplear fuerza para liberarse de la persona que en ese momento le rodea y ciñe, la violencia como medio de ejecución se hace evidente.

En consecuencia, la Sala estima que los hechos han sido correctamente calificados en la instancia con arreglo al art. 242.1 y 4 del CP.

4.- El apoyo del Fiscal del Tribunal Supremo introduce la controvertida cuestión ligada al alcance del principio acusatorio en el marco del recurso de casación.

En efecto, en el presente caso la defensa propugna una calificación alternativa de los hechos como constitutivos de un delito de hurto del art. 234 del CP. El Fiscal apoya esa subsunción y la Sala, sin embargo, coincide con la tipicidad aplicada en la instancia y confirmada en apelación que, como es lógico, tiene asociada la pena más grave que el art. 242 del CP reserva para los delitos de robo con violencia.

La aplicación del principio acusatorio en la casación penal no ha sido siempre resuelta con la deseada uniformidad.

4.1.- El Tribunal Constitucional ha validado la posibilidad de rechazar un motivo formalizado por la defensa aun cuando cuente con el apoyo explícito del Ministerio Fiscal.

En la STC 284/2006, 9 de octubre, el Tribunal Constitucional consideró que, en el ámbito del recurso de casación, la sentencia que confirmó la condena por un delito contra la salud pública, pese a la adhesión del Fiscal al recurso del condenado, no implicó la vulneración de ese principio. El objeto de la impugnación casacional no puede identificarse con la pretensión punitiva que se ha hecho valer en la instancia, sino la pretensión de que se declare un error en la subsunción de los hechos y se corrija el juicio fáctico y jurídico proclamado en la instancia.

En el FJ 2º se razonaba en los siguiente términos: "este Tribunal ha analizado en diversas ocasiones las exigencias del principio acusatorio, sosteniendo con carácter general que no hay infracción alguna del principio acusatorio cuando se desestima el recurso del condenado --con la adhesión de la acusación pública-- y se confirma plenamente la Sentencia de instancia, ya que el juzgador no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en el recurso, se ajusta a Derecho, porque ni excede de los términos del debate, ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación (ya inmodificable), porque cualquier decisión queda delimitada por la corrección de los pronunciamientos de la Sentencia, cuya revisión constituye el objeto de la única pretensión de impugnación (STC 283/1993, de 27 de septiembre, FJ 5, y en los AATC 327/1993, de 28 de octubre, FJ 3; 250/1994, de 19 de septiembre, FJ 2, y 146/1998, de 25 de junio, FJ 4)".

Con anterioridad, este criterio había sido ya desarrollado por la sentencia núm. 123/2005, 12 de mayo, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional. Se trataba de un supuesto como el que ahora centra nuestra atención, referido exclusivamente a la calificación jurídica apoyada por el Ministerio Fiscal. En su FJ 9º se apuntaba que "...con relación al recurso de casación penal en el que se impugna la calificación jurídica del hecho enjuiciado, señalando que en ese caso lo que se ventila en el recurso "no es una pretensión punitiva, que ya fue objeto de resolución en la primera instancia, ni siquiera su mantenimiento, pues ya la pretensión punitiva se agotó al concretarse en una primera respuesta judicial condenatoria, sino una pretensión completamente diferente consistente en la revisión de la legalidad de dicha respuesta judicial", por lo que en el recurso "el deber de congruencia debe ser predicado entre las concretas pretensiones revisoras de las partes deducidas en el recurso y el fallo" y, en consecuencia, "en estos casos no podría descartarse la posibilidad de mantener la resolución recurrida al margen de lo solicitado por las partes, toda vez que en el modelo de estricta revisión el objeto de enjuiciamiento en el recurso es precisamente la legalidad de la resolución recurrida" (FJ 8). En definitiva, se concluye que la confirmación por el Tribunal de casación de la calificación jurídica realizada en la Sentencia de instancia recurrida, incluso contra la petición de las distintas partes recurrentes, ni priva a la condenada recurrente de la posibilidad efectiva de conocer dicha calificación jurídica y de rebatirla en la casación, ni significa que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias comprometiendo su imparcialidad judicial".

El Tribunal Constitucional ha llegado incluso más lejos confirmando este criterio cuando el apoyo del Ministerio Fiscal en el recurso de casación no se refiere ya al juicio de tipicidad, sino incluso a la validez de las pruebas practicadas y a la consiguiente vulneración del derecho a la presunción de inocencia: "... hemos

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

extendido igualmente las anteriores consideraciones respecto del recurso de casación fundado en la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del art. 852 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) y 24.2 CE, que es el supuesto que se suscita en el presente amparo. Partiendo de que mediante la invocación de este derecho fundamental "es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas" (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 170/2006, de 5 de junio, FJ 3), hemos estimado que, cuando el motivo del recurso de casación del condenado y la adhesión del Ministerio Fiscal al mismo se fundan en la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la Sentencia recurrida, aun en contra de la petición de las partes recurrentes, no comportan infracción del principio acusatorio, pues "el objeto del recurso era, en lo que aquí interesa, la revisión de la legalidad de la condena de instancia desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia", sin que ello signifique que el Tribunal de casación asuma funciones acusatorias, sino ejercicio de la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente encomendada y satisfacción del derecho del condenado al recurso penal, que este Tribunal ha interpretado como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la debida aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7, y 170/2006, de 5 de junio, FJ 3)".

4.2.- Esta Sala ha acogido el criterio de la jurisprudencia constitucional referido a la no aplicación del principio acusatorio en sede casacional. En la STS 859/2013, 21 de octubre, nos preguntábamos y respondíamos al interrogante inicial en los siguientes términos: "... *¿ es posible rechazar un motivo de casación de la única acusación promovido en beneficio del penado? ¿En qué medida juega el principio acusatorio en casación?*

En la jurisprudencia de esta Sala el tema no ha sido abordado en profundidad, pero la práctica es pacífica. No son en absoluto insólitos los supuestos en que se rechazan recursos de casación del reo que han merecido el apoyo del Fiscal sin oposición de ninguna otra parte. No son frecuentes esos casos pero tampoco inéditos: la relativa inhabitualidad obedece más bien a que es extraño que no acompañe la razón de fondo al Ministerio Público cuando apoya un recurso de casación de la parte pasiva, rectificando normalmente su posición en la instancia. Por citar solo uno de los precedentes más recientes de entre los muchos que podrían entresacarse revisando cualquier repertorio o base de datos, podemos recordar la STS 496/2013, de 13 de junio. Uno de los motivos de la parte condenada (precisamente también en relación con la reincidencia) contaba con el apoyo del Ministerio Fiscal. Sin embargo es rechazado por razones de fondo".

En similar línea se pronunció la STS 681/2013, 23 de septiembre, al rechazar el motivo de casación fundado en infracción del principio acusatorio, que contaba con el apoyo del Ministerio Fiscal que, estando en lo sustancial conforme con la decisión interesaba la anulación de la sentencia -no del veredicto- para integrar la motivación por el Magistrado Presidente: "en vía de recurso no puede hablarse de principio acusatorio. (...) La petición conjunta de anulación realizada por todas las partes personadas en apelación (que no todas las partes) por vía de recurso no exime a la Sala llamada a decidir sobre la procedencia o no de la solicitud. Que recurrentes y recurrido -acusación pública- coincidan en algunas apreciaciones no dispensa al Tribunal 'ad quem' de resolver con arreglo a criterios de fondo y sin vinculación alguna a la petición unánime. No puede hablarse propiamente de principio acusatorio en casación, ni en apelación: la pretensión acusatoria viva es la que se ejercitó en la instancia (SSTC 123/2005, de 8 de junio, y 183/2005, de 4 de julio)".

Sin embargo, la Sala ha matizado el alcance de esta doctrina en aquellos casos en los que está en juego no la correcta subsunción de unos hechos declarados probados, sino la falta de acusación que sostenga el carácter delictivo de la narración fáctica.

Es el supuesto de hecho contemplado en la STS 90/2017, de 15 de febrero. El motivo del recurso del condenado por un delito de resistencia, fundado en el artículo 852 LECrim, contaba con el apoyo del Ministerio Fiscal, al entender que se había infringido el art. 556 del CP, en la medida en que no existía en el hecho probado una descripción fáctica del forcejeo que el órgano de instancia atribuía al acusado como fundamento de la condena.

Razonábamos entonces que "...e *l apoyo del Ministerio Fiscal a tal censura casacional debe conducir a la estimación del motivo, pues no se cuenta en esta instancia casacional con acusación por este delito, por lo que se conculca el principio acusatorio que es sustancial de nuestro sistema penal adversarial.*

Aunque la cuestión no ha sido objeto de muchos pronunciamientos por parte de esta Sala Casacional, ni del Tribunal Constitucional, es lo cierto que una adecuada doctrina sobre el particular debe llevarnos a declarar que sin acusación no puede haber condena, ni siquiera en el ámbito de este extraordinario recurso ante este Tribunal Supremo como Tribunal Casacional. Ninguna diferencia puede existir entre los principios que alumbran cada uno de los diversos tipos de recurso en nuestro sistema penal y el que representa el control de

legalidad que asume este Tribunal mediante el recurso de casación. Y si no hay duda de que en el ámbito de un recurso de apelación, el principio acusatorio conduce de forma idéntica que en la pura instancia reduciendo o suprimiendo las facultades punitivas del Tribunal sentenciador, no puede resultar ello diferente en casación, en donde, por cierto, este Tribunal también se convierte en sentenciador cuando casa la Sentencia recurrida y entra, recobrando jurisdicción, a tomar la posición de Tribunal de enjuiciamiento y dicta segunda sentencia como si de un Tribunal de instancia más se tratara, afectándole entonces de igual manera los principios inherentes a esa posición, como es el de la proscripción de la alzada peyorativa, la imposición de una pena mayor que la pedida, la subsunción jurídica planteada por las acusaciones salvo patente homogeneidad, y desde luego, desde la posición jurídica que aquí se mantiene, el acatamiento a la exclusión y restricción que el principio acusatorio supone, que es la clave de bóveda de todo el sistema penal y quien lo convierte en un verdadero sistema adversarial (que por eso se le conoce también como "acusatorio"), basado en los derechos constitucionales de defensa y de la debida imparcialidad del juzgador".

Esta doctrina ha sido reiterada por la STS 338/2017, de 19 de abril. El condenado había formulado un motivo al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por aplicación indebida del artículo 617.1 CP que, a su juicio, habría quedado despenalizado tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal que despenalizó aquella falta, debiendo dejarse sin efecto la condena penal y mantenerse únicamente la responsabilidad civil. El motivo, que contaba con el apoyo del Ministerio Fiscal tenía que ser estimado: "... se tiene fundamentalmente en cuenta que el Ministerio Fiscal ha apoyado el motivo, de manera que ha retirado su postura inicialmente condenatoria para considerar, ahora, la absolución de todos los recurrentes, a los que se extienden los efectos como consecuencia de lo dispuesto en el art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , lo que nos priva de uno de los elementos esenciales del sistema acusatorio o adversarial, como ya tuvimos ocasión de declararlo en nuestra STS 90/2017, de 15 de febrero".

La doctrina se reitera con STS 683/2019, de 29 de enero de 2020. La cuestión se limitaba a determinar si pena de localización permanente constituye una privación de libertad que lleve a la conclusión de que su quebrantamiento ha de ser saldado con una pena de prisión, o si tal comportamiento lleva aparejada una multa, en tanto que la privación de libertad no es completa, al modo de cómo se cumplen las penas privativas de libertad en un centro penitenciario, sino que puede entenderse comprendida en los demás casos, tomando por tales casos aquellos en que el cumplimiento no sea de absoluta privación de libertad, sino de restricción del derecho a la libertad del condenado. El desenlace del recurso se vinculó también por la Sala al principio acusatorio: "...en tanto que la posición de la defensa ha sido apoyada por el Ministerio Fiscal, de modo que ambas partes contendientes se encuentran en la misma posición jurídica, y nadie hay frente a nosotros que postule lo contrario. Citamos con respecto a la aplicación del principio acusatorio en el ámbito casacional la Sentencia de esta Sala 600/2019, de 4 de diciembre, entre otras anteriores".

4.3.- Se impone, por consiguiente, la necesidad de distinguir supuestos no coincidentes que reivindican una respuesta individualizada. El apoyo del Fiscal en el recurso de casación puede implicar la sobrevenida ausencia de acusación. Puede implicar también la adhesión a un juicio de tipicidad propuesto por la defensa que implique una rebaja de la pena impuesta en la instancia. En tales casos, sólo un minucioso examen de los hechos permitirá delimitar el alcance del principio acusatorio y sus efectos como consecuencia del cambio de criterio del Ministerio Fiscal.

Pero puede conllevar, como en el caso que ahora nos ocupa, una propuesta alternativa de calificación jurídica de los hechos que no altere la imposición de la pena y que, por consiguiente, no comprometa los fundamentos del principio acusatorio.

La Sala entiende que la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de robo de los arts. 237 y 242.4 del CP fue correcta y debe ser mantenida, pese a que la defensa entienda que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de hurto y que el Ministerio Fiscal -manteniendo idéntica pena a la impuesta por el delito de robo- se adhiera al motivo formalizado por la defensa y considere, frente a lo sostenido por la acusación pública en la instancia y en la apelación, que la violencia no se halla descrita en la narración fáctica de la sentencia recurrida y, por tanto, no puede adquirir relevancia típica para calificar los hechos como constitutivos de un delito de robo.

Se impone la desestimación del motivo.

5.- El tercero de los motivos sostiene, con cita del art. 849.1 de la LECrim, indebida inaplicación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal prevista en el art. 21.5 del CP, al haberse producido dilaciones indebidas que debieron haber tenido acogida en la sentencia cuestionada.

5.1.- Explica la defensa que la instrucción ha durado desde el 23 de enero de 2017, fecha de ejecución del hecho, hasta que se dictó el auto de acomodación el 28 de enero de 2019. Durante este tiempo se practicaron las diligencias de declaración judicial del denunciante (28 de abril de 2017), pericial (30 de mayo de 2017),

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

presentación voluntaria de la acusada en comisaría (17 de octubre de 2017), declaración judicial (28 de enero de 2019) y rueda de reconocimiento (28 de enero de 2019).

Las dilaciones habrían afectado también a la fase intermedia, de suerte que la tramitación de la causa habría alcanzado un total de 3 años y 2 meses.

No tiene razón la defensa.

5.2.- En las SSTS 574/2022, 9 de junio; 400/2016, 11 de mayo y 446/2015, 6 de julio, con cita de la STC 54/2014, 10 de abril, decíamos que para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) hemos de acudir a las pautas que nos ofrece nuestra doctrina, conforme a la cual este derecho está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto " *no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando*" (STC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior, subrayábamos que la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en " *un tiempo razonable*"), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades (en los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 93/2008, FJ 2; 94/2008, FJ 2, y 142/2010, FJ 3, entre otras).

5.3.- Conforme a esta doctrina y, con carácter general, el tiempo de 3 años y 2 meses para la investigación y enjuiciamiento de un hecho de la naturaleza del que ahora nos ocupa es, desde luego, mejorable con una instrucción más diligente. Sin embargo, en el presente caso, buena parte de esa dilación ha estado provocada por la actitud procesal de la recurrente.

Así lo explica con claridad la sentencia recurrida en el FJ 3º: "...no hay que olvidar que, pese a la fecha en que se produjeron los hechos, la causa tuvo que ser archivada por auto de 22 de agosto de 2018, por el ignorado paradero de la acusada, permaneciendo en esta situación hasta el 15 de octubre de 2018, en que se produjo la reapertura. La investigada entonces no estuvo a efectiva disposición del instructor sino hasta el día 28 de enero de 2019, tras dos solicitudes de suspensión de la diligencia de toma de declaración instadas por su defensa, quien solicitó igualmente la suspensión del primer señalamiento ante el Juzgado de lo Penal, obteniendo segundo señalamiento para el día 4 de marzo de 2020. (...) Las anteriores circunstancias que resultan del examen de las actuaciones evidencian que no existió un retraso considerable ni indebido y que el tiempo que se precisó hasta el enjuiciamiento, lejos de obedecer a una tramitación indolente de los pasos procesales, se produjo por ignorarse el paradero de la acusada y por suspensiones instadas a beneficio de su Letrado".

La Sala hace suya esa explicación que justifica la falta de fundamento del motivo formalizado y que obliga a la desestimación del motivo (art. 885.1 de la LECrim).

6.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **Dª Paulina** contra la sentencia núm. 58/2021, 16 de febrero, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante al resolver el recurso de apelación promovido por la defensa contra la sentencia 70/2020, 10 de marzo, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Benidorm.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Julián Sánchez Melgar D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet D. Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ