

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066854

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 781/2023, de 19 de octubre de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 6911/2021

SUMARIO:

Atenuante de dilaciones indebidas. Atenuante sobrevenida. Dilación en la tramitación de la apelación o en dictar sentencia. El recurrente no solicitó en la instancia la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, por lo que surge de esta forma la cuestión de si el recurrente habría perdido la oportunidad procesal de someter aquellas cuestiones al conocimiento de este Tribunal en casación. El control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia. Dos excepciones a esta doctrina general para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia. Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación.

Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso o incluso supuestos en los que, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación como cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales.

No obstante, la dilación indebida en este caso se refiere a una circunstancia acaecida después de haber sido formulado el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal. Efectivamente, desde la interposición del citado recurso hasta su resolución por la Audiencia Provincial han transcurrido casi tres años (seis años en total si unimos los tres que duró la primera sentencia del juzgado de lo penal).

Si la atenuante tiene por finalidad reparar el padecimiento en un derecho fundamental (pena natural), resulta contradictoria su apreciación con la constatación (clara y evidente; o implícita) de que las dilaciones, lejos de provocar padecimientos o perjuicio, han reportado un beneficio, ligado a la postergación del momento de ejecución de la sanción. No obstante, la Sala de lo Penal, a veces de modo un tanto inercial, otras a regañadientes, dota de eficacia atenuatoria a unas dilaciones producidas después del juicio oral e incluso después de la sentencia. Los retrasos en el dictado de la sentencia pueden ser tenidos en cuenta, pero siempre con mayores prevenciones. Los tiempos invertidos en la tramitación y resolución de los recursos solo excepcionalmente han de manejarse a estos efectos, pero en este caso la causa ha tenido una duración de cerca de seis años y no puede desconocerse que las actuaciones carecen de complejidad y no se justifica que su tramitación haya sido dilatada en exceso, especialmente en la fase de tramitación y resolución del recurso de apelación apreciando por tanto la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 4.4, 20, 21, 66 y 379.2.

PONENTE:*Doña Carmen Lamela Díaz.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don JUAN RAMÓN BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Don PABLO LLARENA CONDE
Doña CARMEN LAMELA DIAZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 781/2023

Fecha de sentencia: 19/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6911/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/10/2023

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9

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

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6911/2021

Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 781/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.ª Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 6911/2021 interpuesto, por infracción de ley, por D. Cosme , representado por el procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez y bajo la dirección letrada de D.ª Matilde Izquierdo Orcajo, contra la sentencia núm. 434/2021, de 20 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Apelación núm. 24/2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente y confirmó la sentencia núm. 401/2018, de 7 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado núm. 55/2018, dimanante de las Diligencias Previas núm. 912/2015 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Igualada, que le condenó por el delito contra la seguridad vial por conducción bajo influencia del alcohol y drogas tóxicas, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal y como responsable civil subsidiario la compañía Liberty y Colorfruit S.L. Es parte e l Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Igualada incoó Diligencias Previas con el núm. 912/2015 por el delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas, contra D. Cosme y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona, en el Procedimiento Abreviado núm. 55/2018, dictó sentencia el 7 de noviembre de 2018, que contiene los siguientes hechos probados:

"Ha resultado probado que Cosme, sobre las, 01:00 horas del día 17 de diciembre de 2015, se puso a los mandos del vehículo marca Volkswagen, modelo Caddy, con matrícula ...RYQ, propiedad de Colofruit, SL y asegurado con la en la compañía de seguros Liberty. Que conducía por la carretera C-37, haciéndolo bajo los efectos de una ingestión alcohólica y de drogas tóxicas precedente, por lo que tenía mermadas sus facultades psicofísicas con la consiguiente lentitud de reflejos, reducción del campo visual y alteraciones de la percepción, efectos que limitaban gravemente su aptitud para el manejo de los mecanismos de dirección, control y frenado de un vehículo, lo cual producía un riesgo para la circulación, lo que se puso de manifiesto cuando el acusado a la altura del punto kilométrico 66,2 de la anteriormente mencionada vía, en el término municipal de Vilanova del Camí (Anda) perdió el control del vehículo saliéndose de la vía y yendo colisionando contra los elementos de seguridad de la vía, propiedad de la Generalitat de Catalunya. Ello provocó daños valorados pericialmente en 841,28 euros.

Al lugar de los hechos acudió una patrulla de los Mossos d'Esquadra formada por con TIP NUM000 y NUM001 y en vista de que el acusado presentaba síntomas claros de haber ingerido bebidas alcohólicas, los agentes procedieron a informarle de derechos, y a requerir para que se sometiera a las pruebas legalmente establecidas para detección de tasas de alcoholemia, a lo que el acusado accedió voluntariamente, con etilómetro evidencial DRAGER, modelo Alcotest 7110, número de serie NUM002, debidamente certificado y con calibrado válido hasta el 16 de noviembre de 2009, arrojando la primera prueba de determinación del grado de impregnación de alcohol en el organismo, realizada a las. 01:04 horas, un resultado 0,35 miligramos de alcohol por litro de aire espirado y la segunda prueba de determinación del grado de impregnación de alcohol en el organismo, realizada a las 01:36 horas, un resultado de 0,32 miligramos de alcohol por litro de aire espirado. Acto seguido al observar los Agentes que presentaba signos característicos de encontrarse bajo los efectos de sustancias tóxicas le requirieron a que se sometiera a las pruebas legalmente establecidas para la detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, a lo que accedió el acusado, dando éstas resultado positivo en benzodiazepinas.

Una vez realizada las pruebas y a la vista de los resultados, los Agentes actuantes informaron al acusado de sus derechos, en especial la posibilidad de someterse a una prueba de. contraste de los resultados mediante análisis de Sangre u orina, manifestando el acusado su voluntad de, no realizarla."

Segundo.

El Juzgado de lo Penal de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE CONDENO al acusado, Cosme, como autor penalmente responsable de un delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia del alcohol y drogas tóxicas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de DOCE MESES DE MULTA con cuota diaria de DOCE EUROS y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, y PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS DE MOTOR Y CICLOMOTORES POR TIEMPO DE VEINTICUATRO MESES. Y le condeno también al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

En el orden civil le condeno a indemnizar a la Generalitat de Catalunya en la cantidad de 841,28 euros, más intereses legales, respondiendo directamente de dicha indemnización la compañía Liberty y Colofruit S.L. en tanto que responsable civil subsidiario."

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Cosme, dictándose sentencia por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 20 de septiembre de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 24/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"Y sobre la base de lo expuesto el Tribunal ha decidido:

1. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación, procesal de Cosme contra la sentencia 401/2018 dictada en fecha 7 de noviembre de 2018 por la magistrada jueza del Juzgado de lo Penal 23 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado número 55/2018.
2. Confirmar la referida sentencia.
3. Declarar de oficio las costas procesales que se hayan podido devengar en esta segunda instancia."

Cuarto.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el acusado, 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.

La representación procesal del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos:

PRIMERO. Al amparo de los arts. 847.1 b) y 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 21.6 del Código Penal.

SEGUNDO. Por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 21.1ª y 2ª del Código Penal, en relación con el art. 20.2ª del Código Penal.

TERCERO. Aplicación indebida del art. 66 del Código Penal.

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal apoya parcialmente el motivo primero del recurso, interesando la inadmisión de los otros dos motivos por carecer de interés casacional; Seguidamente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 18 de octubre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia núm. 434/2021, de 20 de septiembre, en el Rollo de Sala núm. 24/2019, por la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Cosme contra la sentencia 401/2018 dictada en fecha 7 de noviembre de 2018 por el Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona en el procedimiento abreviado núm. 55/2018, por la que se le condenó como autor responsable de un delito contra la seguridad vial, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de doce meses de multa con cuota diaria de doce euros y una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias impagadas, y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo de veinticuatro meses. Igualmente fue condenado al pago de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil fue condenado a indemnizar a la Generalitat de Catalunya en la cantidad de 841,28 euros, más intereses legales, respondiendo directamente de dicha indemnización la compañía Liberty y Colofruit S.L. en tanto que responsable civil subsidiario.

El recurso se formula por tres motivos, todos ellos por infracción de ley conforme al art. 849.1º LECrim, por inaplicación indebida del art. 21.6 CP; por aplicación indebida de los arts. 21.1ª y 2ª en relación con el artículo 20.2ª CP; y por indebida aplicación del art. 66 CP.

Segundo.

Como se ha expresado en el fundamento anterior, la sentencia objeto del recurso resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona.

1. Conforme señala el art. 847.1.b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede recurso de casación: "Por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional". Y según dispone el art. 884.3º, el recurso

será inadmisibles: "Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2.º del artículo 849".

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, delimitó el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

Primero: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Acuerdo: a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Segundo: Posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos de delitos leves.

Acuerdo: El art. 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en relación con los artículos 792.4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el artículo 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el artículo 847, en el artículo 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno.

En consecuencia, el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves.

Tercero.

En el supuesto sometido a consideración, como se ha dicho, los tres motivos del recurso, se articulan por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim. Su planteamiento en principio podría ajustarse a las previsiones de la referida Ley 41/2015.

Ello no obstante, procederemos únicamente a examinar el primero de ellos.

En el segundo motivo, aunque el recurrente invoca la aplicación indebida del art. 21.1ª en relación con el art. 20.2ª CP, realmente se refiere a la aplicación indebida del art. 379.2 CP, ya que, en su desarrollo, lo que razona es que las pruebas de alcohol en sangre arrojaron un resultado muy por debajo de la cantidad establecida legalmente para considerarse delito, por lo que ese dato debería tenerse en cuenta para imponer la pena en su mínima extensión legal.

Esta cuestión ha sido resuelta por el Juzgado de lo Penal al calificar los hechos como constitutivos de un delito contra la seguridad vial del art. 379.2 CP y al proceder a la determinación de la pena atendiendo a los criterios de individualización contenidos en el art. 66 CP, lo que ha sido revisado y confirmado por la Audiencia Provincial.

El recurrente no justifica el interés casacional de este motivo. La sentencia recurrida no se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, tampoco resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. No se trata de una norma que no lleve más de cinco años en vigor. La redacción del art. 379.2 CP se mantiene vigente desde la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. La última reforma del art. 66 CP, que tuvo lugar mediante LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha limitado a adecuar el precepto con la supresión de las faltas que se regulaban en el Libro III del Código Penal y la incorporación de

algunas de ellas al Libro II del Código reguladas como delitos leves, lo que ha dado lugar a la modificación del apartado 2 del citado precepto, incluyendo en el mismo, junto a los delitos imprudentes, los delitos leves.

En todo caso, como sostiene el Ministerio Fiscal, las tasas de alcohol inferiores a las determinadas en el art. 379.2 CP no excluyen que se pueda llegar a una condena por el delito del art. 379 CP, si se demuestra la repercusión del alcohol en la conducción (STS. 48/2020, de 11 de febrero).

El tercer motivo no es tal. A través del mismo, el recurrente expone la consecuencia que debe anudarse a la estimación de los dos motivos anteriores, señalando que, al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y atendiendo a la baja graduación de las pruebas de alcoholemia, debería de imponerse la pena en su grado mínimo.

Cuarto.

1. En el primer motivo del recurso expone el recurrente que los hechos enjuiciados ocurrieron el 17 de diciembre de 2015, celebrándose el juicio tres años después. La sentencia del Juzgado de lo Penal se dictó el 7 de noviembre de 2018 y la sentencia de la Audiencia Provincial el 20 de septiembre de 2021. Por ello considera que, no siendo una causa compleja, el retraso sufrido ha excedido de lo normal, lo que debería llevar a la apreciación de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

Como sostiene el Ministerio Fiscal, el recurrente no solicitó en la instancia la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y en el recurso de apelación se limitó a alegar que las penas impuestas eran desproporcionadas.

Surge de esta forma la cuestión de si el recurrente habría perdido la oportunidad procesal de someter aquellas cuestiones al conocimiento de este Tribunal, Tribunal al que únicamente corresponde examinar la corrección legal o constitucional de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Conforme hemos señalado, entre otras, en la sentencias núm. 67/2020, de 24 de febrero y 35/2021, de 21 de enero, "Respecto de la cuestión nueva, hemos recordado con reiteración (STS nº 828/2005, de 27 de junio), que la doctrina de esta Sala sobre el recurso de casación "establece que el control casacional no puede extenderse a cuestiones que, siendo posible, no se hayan planteado oportunamente en la instancia, de modo que puedan haber sido objeto del pertinente debate, dando lugar a una resolución del Tribunal que pueda ser revisada en esta sede". En sentido similar, entre otras, la STS nº 22/2005, de 17 de enero.

Este planteamiento tiene su origen en resoluciones anteriores a la generalización de la segunda instancia en materia penal. (...)

Establecido el previo recurso de apelación contra la sentencia de instancia, la jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad de que las cuestiones que se plantean en casación lo hayan sido anteriormente en apelación. Así decíamos en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 que "la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquel. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo". (En sentido similar, entre otras, STS 781/2017, de 30 de noviembre; STS nº 451/2019, de 3 de octubre; o STS nº 495/2019, de 17 de octubre).

La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento por saltum en casación.

Tampoco se justifica cuando se alega en casación una infracción de derechos fundamentales que no ha sido planteada en apelación. Esta Sala ha excluido del recurso de apelación las alegaciones amparadas en el artículo 852 de la LECrim cuando se trata de recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias

provinciales. Por lo tanto, el hecho de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental no justifica por sí mismo que se examine la cuestión nueva en casación.

Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso. (...)

Aun así, todavía podrían plantearse supuestos en los que, muy excepcionalmente, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación.

Esta Sala ha admitido esa posibilidad cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales. Así, en la STS nº 174/2006, de 22 de febrero [El reproche es impugnado por una de las partes recurridas por tratarse de una cuestión nueva no planteada en la instancia. Este reparo, sin embargo, no puede ser aceptado por cuanto la prescripción es una institución de orden público que puede y debe ser apreciada incluso de oficio por los órganos jurisdiccionales (véanse SS.T.S. de 26 de abril de 1.996 y 9 de mayo de 1.997, entre otras muchas)]. O, con carácter más general, STS nº 22/2005, de 17 de enero [Tan insalvable obstáculo pretende soslayarlo el recurrente alegando que la atenuante que ahora interesa "debió aplicarse de oficio" por el Tribunal sentenciador, argumento inaceptable al no tratarse de una materia de orden público que legitimaría a aquel a resolver de oficio sin previa pretensión de alguna de las partes procesales]. O en la STS nº 480/2009, de 22 de mayo, [para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte y con excepción del daño que se derive de la aplicación de normas de orden público procesal (SSTC. 15/87 de 11.2, 17/89 de 30.1, 70/99 de 26.4) "cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes"].

También por el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 123/2005, de 12 de mayo; STC 140/2006, de 8 de mayo, FJ 5; STC 155/2009, de 25 de junio o STC 198/2009, de 28 de setiembre, FJ 2.

A esta posibilidad también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal, (Cuando de conformidad con la legislación nacional, un motivo planteado por primera vez ante un tribunal nacional de casación, basado en la violación del derecho interno, sólo es admisible si es de orden público, un motivo basado en la violación del derecho a ser oído, tal y como garantiza el derecho de la UE, y que se plantea también por primera vez ante el mismo tribunal de casación, debe ser declarado también admisible si cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional para ser considerado como un motivo de orden público, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente). En similar sentido la STJUE de 14 de noviembre de 2017, Caso British Airways contra Comisión Europea.

En definitiva, aunque las excepciones a la regla general han sido interpretadas y aplicadas en ocasiones con amplia generosidad, una vez que se ha generalizado el recurso de apelación, en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo".

En consonancia con esta doctrina, en principio, el presente motivo no debería haber sido admitido, deviniendo en este momento tal causa de inadmisión en motivo de desestimación.

Ello no obstante, procederemos a su examen, ya que parte del mismo se refiere a una circunstancia acaecida después de haber sido formulado el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal. Efectivamente, desde la interposición del citado recurso hasta su resolución por la Audiencia Provincial han transcurrido casi tres años, lo que unido al tiempo de tramitación de la causa desde el acaecimiento de los hechos enjuiciados - 17 de diciembre de 2015 - hasta el dictado de la primera sentencia por el Juzgado de lo Penal, ha supuesto una duración de cerca de seis años.

2.1. Aun cuando la jurisprudencia de esta Sala se ha mostrado vacilante sobre la posibilidad de apreciar esta atenuante en recientes sentencias hemos apreciado (vid sentencia 784/2022, de 22 de septiembre) que la valoración de los retrasos padecidos tras el juicio oral ha de ser más bien restringida y limitada a casos excepcionales, entre los que, en principio, no cabe incluir los derivados del juego ordinario y normal de la tramitación de los recursos legalmente previstos.

En la citada sentencia núm. 784/2022, de 22 de septiembre, con referencia expresa a la sentencia núm. 445/2022, de 5 de mayo, señalábamos que "La vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es patente: deriva tanto del retraso en el enjuiciamiento, como del tiempo invertido en la decisión del recurso.

Eso en un plano, el constitucional, de constatación de la vulneración de un derecho fundamental, no se puede negar. Se ha afectado a ese derecho del que es titular no solo el recurrente sino también el acusado absuelto y la víctima (con modulaciones, también la acusación pública, al tratarse de un derecho fundamental procesal).

Plano diferente y diferenciable es el de la legalidad penal. En ese estrato hay que decidir si en relación al acusado, eso ha de traducirse o no en una atenuante y de qué intensidad.

Ambos estratos son distinguibles no necesariamente coincidentes. (...)

Para dar respuesta a la pretensión hemos de plantearnos si la referencia a la "tramitación del procedimiento" (art. 21.6 CP) abarca también la fase de recurso; es decir, si podemos sumar los lapsos temporales originados por la sustanciación del recurso. Buena parte de ellos tienen como causa al propio condenado que a partir de un momento dado quedó como único recurrente.

Hay razones materiales para computar los retrasos posteriores a la sentencia a la hora de sopesar la apreciación de la atenuante: no hay una diferencia relevante desde el punto de vista de su fundamento (pena natural).

Pero también hay buenas razones procesales, legales, constitucionales, y hasta pragmáticas de política legislativa, que podrían erigirse en óbice para su valoración a estos efectos. Aceptar la relevancia de las dilaciones en fase de recurso invitaría a todo condenado a interponer siempre recurso: aunque no hubiese razones para ello, abrir un trámite de impugnación supondría siempre abrir también la posibilidad de lograr una atenuación si surgen retrasos que, paradójicamente, serían bienvenidos. Podría en algún caso convertirse en un acicate para recurrir; más en supuestos en que se rozaba el dintel inferior bien de la atenuación, bien de su cualificación. Para alcanzarlas bastaría un poco de "suerte" en la impugnación, suerte, que se concretaría en unos deseos -y buscados inconscientemente- retrasos. Ciertamente hay mecanismos para atajar esas estrategias (art. 11 LOPJ y no cómputo de los retrasos que sean reprochables al condenado). Pero esos correctivos no siempre son de fácil aplicación. En principio la interposición legítima de un recurso, por bajo que sea el pronóstico de prosperabilidad, no puede considerarse dilación descontable. Pensemos en este concreto caso: ¿le diríamos al recurrente que no tomamos en consideración el tiempo transcurrido desde el anuncio del recurso -finalmente desestimado- por ser él el causante último de los retrasos?

El doble escalón impugnativo -apelación y casación- existente desde 2015 multiplicaría las posibilidades de sumar tiempos para alcanzar los periodos necesarios para la atenuante o para su cualificación; más si se cuenta como involuntaria aliada en esa lucha con una maltratada administración de justicia cuyos engranajes parecen oxidados por falta de inversión y la penuria de medios materiales y personales. Si la atenuante tiene por finalidad reparar el padecimiento en un derecho fundamental (pena natural), resulta contradictoria su apreciación con la constatación (clara y evidente; o implícita) de que las dilaciones, lejos de provocar padecimientos o perjuicio, han reportado un beneficio, perseguido directamente o, por lo menos, interiormente deseado, ligado a la postergación del momento de ejecución de la sanción. No siempre la prontitud del castigo y el pasar página constituyen lo querido efectivamente por el infractor que, a veces (lo contrario es solo una presunción), prefiere que transcurra el mayor tiempo posible hasta la ejecución de la pena. Si la ratio de la atenuación radica en compensar un perjuicio, hay que ponderar la intensidad de ese daño o, su posible inexistencia en el caso concreto.

Junto a estas consideraciones que enlazan con el fundamento de la atenuante y, por tanto, están vinculadas a una interpretación teleológica (aunque sin que podamos mediante ella contrariar la dicción de la ley), se detectan también problemas de estructura procesal, basados en la misma arquitectura del proceso.

Se ha dicho que cierta contradicción in terminis anida en la casación (o, en su caso, revocación) de una sentencia por no apreciar una atenuante basada en hechos (dilaciones) que no se habían producido cuando el Tribunal a quo la deliberó y votó; como no sería correcto casar la sentencia por haberse condenado a quien falleció mientras pendía el recurso. Lo procedente en este último caso es una resolución ex novo: declarar extinguida la acción penal; pero no casar la sentencia para absolver por haber sobrevenido una causa de extinción de la responsabilidad penal. El argumento es proyectable a otros supuestos (por ejemplo, prescripción, por referirnos a una situación también ligada al transcurso del tiempo). La terminología que utiliza el recurrente -atenuante sobrevenida- aflora este germen de contradicción que encierra ese planteamiento.

Son concebibles atenuantes ex post facto como demuestran los números 4 y 5 del art. 21 CP (que, en todo caso, tienen como lógico último límite temporal el acto del juicio).

De hecho, la presencia de ese tipo de atenuantes en el Código Penal de 1995 fue argumento que alentó el cambio de postura de este Tribunal para la admisibilidad de la atenuante de dilaciones indebidas.

Pero construir atenuantes post iudicioes tesis con un andamiaje jurídico frágil, etéreo, salvo que sacrifiquemos o modulemos hasta casi deformarlos algunos principios sustantivos y procesales básicos (contradicción o prohibición de cuestiones nuevas), amén de traicionar la naturaleza revisora del recurso de casación.

Apreciando en casación la atenuante con la base de retrasos posteriores a la sentencia padecerá siempre -mucho o poco o todo- el principio de contradicción. En el momento del enjuiciamiento no se habían producido los hechos determinantes de esa pretendida atenuación. No habrá podido contradecirse la alegación que, solo si es invocada en casación, podrá ser rebatida. Y quedarán subsistentes muchas incoherencias y paradojas: ¿por qué no dar el mismo tratamiento a las dilaciones en la resolución de la casación, o de la previa apelación?; ¿por qué los retrasos en la sentencia de casación han de merecer una solución distinta?; ¿acaso si se insta la atenuante en un incidente de nulidad propiciando la contradicción ya claudicaría ese obstáculo para esa apreciación de la atenuante basada en que la casación se tramitó con agilidad pero luego se postergó en demasía el señalamiento?; el retraso al redactar la sentencia de casación ¿debiera dar lugar a reabrir la deliberación para debatir si se aprecia la

atenuante? ¿precedida de una audiencia previa para propiciar la contradicción, trámite que, además, acrecentaría paradójicamente las dilaciones?

Y, extremando la cuestión, llevándola casi al paroxismo, ¿no producen los mismos presuntos trastornos en principio los retrasos en la ejecución?; ¿qué razones hay para negar la atenuante a quien ve cómo se tarda, sin razón alguna, en ejecutar la sentencia dictada contra él?; ¿No estaríamos ante una posible causal de revisión: hechos sobrevenidos que determinarían una pena inferior (art. 954 LECrim)?

La afectación del derecho al plazo razonable del proceso es sustancialmente idéntica tanto si se retrasa la sentencia de instancia, como si lo que se retrasa indebidamente es su firmeza como consecuencia de un recurso lentamente tramitado o una ejecución indebidamente postergada. No existen diferencias ontológicas respecto de los retrasos en el comienzo de la ejecución de penas impuestas: son también dilaciones indebidas. Y en todo caso, es afirmable la violación de ese derecho de rango constitucional y consagrado también a nivel supranacional que obliga a la máxima celeridad en todo el proceso; no solo en la fase declarativa. Otra cosa es la atenuante como mecanismo que no pretende dar solución legal a todos los casos de dilaciones indebidas sino solo a las que operan en un proceso penal en perjuicio del condenado y con ciertos condicionantes. Hay dilaciones compensables por esta vía y otras que no lo son. El diferente tratamiento no es argumento para asimilarlas todas.

En ocasiones se ha dicho que el tope cronológico indubitado e indiscutible de la atenuante ha de ser el momento de alegaciones en fase de recurso. Más allá de ese momento procesal no sería posible la atenuación al no haber sido introducida contradictoriamente en el proceso. Pero la afirmación no puede ser tan global. Esa falta de contradicción, si nos paramos a meditar, podría ser subsanada mediante una petición expresa de la parte afectada o promoviendo una nulidad (art. 241 LOPJ).

Es controvertido, según lo expuesto, que pueden computarse los retrasos posteriores al juicio y aún los producidos en fase de recurso. ¿Constituyen esas fases periodos de tramitación de la causa a los efectos del art. 21.6 CP? El interrogante queda abierto; aunque no podemos dejar de constatar la posición en ese punto de la jurisprudencia vigente.

Esta Sala Segunda, manejándose tanto con la atenuante analógica, anterior a 2010, como con la típica (art. 21.6 CP) no ha visto en esas objeciones un obstáculo infranqueable, a veces de modo un tanto inercial, otras a regañadientes, y, en otras incluso con entusiasmo, para dotar de eficacia atenuatoria a unas dilaciones producidas después del juicio oral e incluso después de la sentencia. Son muchas las sentencias recaídas asumiendo ese criterio (SSTS 204/2004, de 23 de febrero, 325/2004, de 11 de marzo, 836/2012, de 19 de octubre ó 610/2013, de 15 de julio) aunque algunas van acompañadas de una opinión discrepante (STS 932/2008, de 10 de diciembre) o de indisimuladas reticencias (STS 204/2022, de 8 de marzo (...)). Por consiguiente, pese a que el procedimiento en sus fases de investigación y enjuiciamiento se ajustó a parámetros temporales de cierta normalidad, la segunda instancia implicó una paralización absolutamente injustificable en el término ordinario para dictar sentencia, lo que por sí solo haría procedente la apreciación de una circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP.

La cuestión suscitada por el recurrente es susceptible de diferentes perspectivas. De entrada, todas las atenuantes señalan una referencia cronológica que actúa, sin excepción, como obligado límite temporal. Así, mientras que la de confesión a las autoridades ha de producirse antes de que el procedimiento judicial se dirija contra el culpable (art. 21.4 CP), la reparación del daño causado a la víctima puede verificarse en cualquier momento del procedimiento, pero con anterioridad a la celebración del juicio oral (art. 21.5 CP). Esa exigencia cronológica no es, desde luego, caprichosa. Entronca con la necesidad material de que los presupuestos fácticos de la atenuación -de aquélla y de cualesquiera otras- sean objeto de discusión y debate en el juicio oral. En efecto, la apreciación de una atenuante, cuyo hecho desencadenante se ha producido después de la formalización del objeto del proceso, superada ya la fase de conclusiones definitivas, encierra un entendimiento excesivamente audaz de los límites cognitivos de esta Sala al resolver el recurso de casación.

Pese a todo, en anteriores resoluciones hemos puntualizado, en una jurisprudencia que puede ya considerarse plenamente consolidada y que se ha visto reforzada por la reforma introducida por la LO 5/2010 -que amplió el ámbito de aplicación de la atenuante al relacionar la dilación indebida con "...la tramitación del procedimiento..."- que la duración injustificada que ha podido generarse durante el tiempo legalmente previsto para el dictado de la sentencia, puede ser reparada mediante la aplicación de la atenuante prevista en el art. 21.6 del CP. Así lo hemos reconocido en la STS 134/2005, 18 de noviembre (22 meses para dictar sentencia); STC 178/2007, 23 de julio (21 meses); STS 1165/2003, 18 de septiembre y 1445/2005, 2 de diciembre (15 meses); STS 217/2006, 20 de febrero (13 meses); STS 600/2008, 10 de octubre (10 meses); STS 681/2003, 8 de mayo (9 meses)".

La reiteración de pronunciamientos jurisprudenciales que han conferido trascendencia a estos efectos a los retrasos tramitadores posteriores al juicio oral (además de las ya citadas y como más reciente STS 22/2021, de 18 de enero) roturan el camino para no negar radicalmente la valoración de ese lapso de tiempo posterior a la sentencia, a efectos de la estudiada atenuante.

Lo hacemos, aunque sin desdeñar estos razonamientos que alientan a ser especialmente cautos y restrictivos a la hora de basar una atenuante de dilaciones (o su cualificación) en los lapsos temporales posteriores al juicio oral. En el momento del visto para sentencia parece que debiera quedar clausurada la posibilidad de aportar

elementos fácticos. Lo que suceda después no habría de ser relevante para el enjuiciamiento. Podrá tener incidencia excepcionalmente el acopio de pruebas novedosas sobre hechos anteriores a la sentencia; pero no el acaecimiento de nuevos hechos. El objeto del proceso penal -el hecho justiciable con todas sus circunstancias- cristaliza definitivamente en el instante en que se pronuncia esa fórmula quasi sacramental ("visto para sentencia").

Concluimos señalando que "la regla general es la valoración del tiempo transcurrido hasta el enjuiciamiento. Los retrasos en el dictado de la sentencia pueden ser tenidos en cuenta, pero siempre con mayores prevenciones. Los tiempos invertidos en la tramitación y resolución de los recursos solo excepcionalmente han de manejarse a estos efectos, sin perjuicio de que puedan ser tomados en consideración a otros fines (vid art. 4.4 CP)".

2.2. En nuestro caso, la causa ha tenido una duración de cerca de seis años. Sin embargo, no parece que la dilación haya producido al recurrente un especial perjuicio. Después de relacionar de forma muy genérica determinados hitos del procedimiento, omite hacer mención especial de las razones que permiten calificar esos espacios temporales de excepcional duración. Igualmente elude cualquier referencia a las consecuencias gravosas que la dilación ha supuesto para él.

Ahora bien, el Ministerio Fiscal apoya el motivo, no puede desconocerse que las actuaciones carecen de complejidad y no se justifica que su tramitación haya sido dilatada en exceso, especialmente en la fase de tramitación y resolución del recurso de apelación.

Por ello, y en atención también a la petición formulada por el Ministerio Fiscal, puede considerarse que nos encontramos en uno de esos supuestos excepcionales a los que hacíamos referencia en la sentencia transcrita.

Procede por ello la estimación parcial del recurso, apreciando la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas interesada por el recurrente, pero únicamente como atenuante simple, con la repercusión punitiva que plasmaremos en la segunda sentencia.

Quinto.

La estimación parcial del recurso formulado por D. Cosme conlleva la declaración de oficio de las costas de su recurso. Todo ello de conformidad con las previsiones del art. 901 LECrim.

FALLO

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

1) Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Cosme, contra la sentencia núm. 434/2021 de 20 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Apelación núm. 24/2019, en la causa seguida por delito contra la seguridad vial.

2) Declarar de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso.

3) Comunicar esta resolución y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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.

RECURSO CASACION NÚM.: 6911/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Andrés Palomo Del Arco
D. Pablo Llarena Conde
D.ª Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto la causa con origen en las Diligencias Previas núm. 912/2015, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Igualada, seguida por delito contra la seguridad vial contra el hoy recurrente en casación D. Cosme, mayor de edad, con DNI núm. NUM003, nacido el NUM004 de 1975, hijo de D. Prudencio y D.ª Ascension, el Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona dictó sentencia condenatoria el 7 de noviembre de 2018, que fue recurrida en apelación y confirmada por la sentencia núm. 434/2021 de 20 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Recurso de Apelación núm. 24/2019, que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y reproducen los antecedentes de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior sentencia de casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

Segundo.

El fundamento cuarto de la sentencia rescindente estimó parcialmente el primer motivo de casación formulado por D. Cosme, en el sentido de declarar que concurre la atenuante simple de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP en el delito contra la seguridad vial por el que viene condenado.

Por ello, no apareciendo motivos que deban llevar a la exacerbación de la pena más allá de su mínima extensión legal, procede imponer D. Cosme las penas de multa de seis meses con cuota diaria de doce euros, y de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un año y un día.

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

FALLO

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

1) Declarar que concurre la atenuante simple de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP en el delito contra la seguridad vial por el que viene condenado D. Cosme imponiéndole las penas de multa de seis meses con cuota diaria de doce euros, y de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un año y un día.

2) Confirmar, en lo que no se oponga a lo expuesto, la sentencia núm. 434/2021 de 20 de septiembre, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Apelación núm. 24/2019.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.