

Id Cendoj: 28079120012010100363
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 10055/2010
 Nº de Resolución: 379/2010
 Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
 Ponente: JOAQUIN DELGADO GARCIA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

* Necesidad de protesta en tiempo oportuno para recurrir en casación por denegación de prueba: art. 659 LECr.* La condena respetó el derecho a la presunción de inocencia.* Hubo estafa agravada por la importancia de los perjuicios a las víctimas: art. 250.1.6ª.* Penas acordes con la gravedad del hecho.* No cabe acordar la expulsión del condenado extranjero ordenada por el art. 89 CP: sentencias del TS y TC que interpretan esta norma de modo flexible. En todo caso era preciso un debate que no existió.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil diez.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por el acusado **Carlos Antonio** representado por el procurador Sr. Martín Gutiérrez contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2009 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que le condenó por un delito de estafa, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han reunido para su deliberación y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente Joaquin Delgado Garcia.

I. ANTECEDENTES

1. - El Juzgado de Instrucción número 36 de Madrid incoó procedimiento abreviado con el nº 3755/2008 contra **Carlos Antonio** que, una vez concluso, remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Capital que, con fecha 24 de septiembre de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

"Probado, y así se declara, que: PRIMERO.- El día 18 de enero de 2008, respondiendo a un anuncio de la empresa Residencial San Sebastián, S.L. con Sede en la c/ Alcocer nº 47, 2º D de esta Capital, dedicada a la promoción inmobiliaria, de la que eran administradores Andrés y Bienvenido , y socia la esposa de este último, Verónica , un individuo que se identificó como Mr. Gines se puso en contacto por medio de un SMS enviado a su teléfono móvil con Bienvenido , interesándose por un solar que la empresa tenía a la venta en la localidad de Getafe, en la c/ Depósitos nº 13.

Tras diversos contactos entre las partes, tanto por correo electrónico como por teléfonos móviles, ambas partes acordaron citarse en el Hotel Convención, sito en la c/ O'Donnell de Madrid el día 14-03-2008, asistiendo a a cita quien se identificó como Rosendo , que en realidad era Carlos Antonio , nacido en Macedonia, mayor de edad, sin antecedentes penales y en situación administrativa irregular en España, el cual dijo dedicarse al comercio de joyas y gemas y que acudió con Andrés y Bienvenido a ver el solar en venta, visita tras la cual el acusado y aquéllos acordaron la compra-venta del solar por un precio de 3065162 euros, a abonar en tres pagos de 330.000 euros, debiendo verificarse el primero de ellos en París el día 9-04-2008, fijando para el abono de la cantidad restante, de 2075.162 euros, la entrega de un cheque bancario a la firma de la escritura.

El acusado manifestó a los socios de Residencial San Sebastián, S.L. que, dado que necesitaba dinero en efectivo en Madrid para efectuar el pago del IVA de la operación y que residía en Bélgica, deberían entregarle la cantidad de 150.000 euros en Madrid a otra persona el mismo día en el que

entregaría al Sr. Andrés y al Sr. Bienvenido en París el primer pago de 330.000 euros más 150.000 en concepto de devolución de la cantidad que se entregaba en Madrid, es decir, un total de 480.000 euros.

El día 8 de abril de 2008 el acusado se puso en contacto con los socios manifestándoles que les había reservado una habitación, cuyo pago correría por su cuenta, en el Hotel Meridien Montparnasse de París.

A su llegada a dicha ciudad el Sr. Andrés y el Sr. Bienvenido concertaron una cita con el acusado para el día siguiente a las 9 horas de la mañana. Una vez reunidos, el acusado indicó que tenía que desplazarse a otro lugar a por el dinero y que le acompañara sólo uno de los socios, trasladándose con el Sr. Andrés a unos apartamentos cercanos, donde, en presencia de un tercero, el acusado hizo entrega de 480.000 euros que el Sr. Andrés contó con una máquina que al efecto portaba, dinero que el acusado empaquetó, precintó e introdujo en un maletín que cerró con llave, trasladándose a continuación ambos al Hotel, donde el acusado indicó al Sr. Bienvenido que contactara con su esposa, la Sra. Verónica, que se encontraba en la confluencia de las C/ Serrano y Ortega y Gasset de Madrid.

El Sr. Bienvenido llamó a su esposa por su teléfono móvil y le pasó con el acusado, quien le describió físicamente a la persona que pasaría a recoger el dinero, con el que la Sra. Verónica se había trasladado al lugar. Dicho individuo, tras contactar por el teléfono móvil de la Sra. Verónica con el acusado y ésta, a su vez, con el teléfono móvil de aquél, con su marido, recogió los 150.000 euros que le dio la Sra. Verónica, al tiempo que el acusado entregaba a los Sres. Andrés y Bienvenido el maletín y las llaves, firmando en ese momento los tres un contrato de arras.

Una vez solos el Sr. Andrés y el Sr. Bienvenido comprobaron, al abrir el maletín, que los billetes del mismo, de 500 euros, eran meras fotocopias con la leyenda "specimen", ante lo cual llamaron por teléfono al acusado, que les manifestó que él era un simple intermediario, que había sido una equivocación y que les efectuaría el ingreso de la cantidad el día 15-04-2008, ingreso que no se produjo nunca.

SEGUNDO.- Por estos hechos Carlos Antonio se encuentra en prisión preventiva desde el día 20-01-2009, tras haber sido extraditado por las Autoridades Italianas tras su detención, efectuada el día 20.11.2008, y su entrega a España, efectuada el día 16-01-2008, en virtud de la Orden de Detención Europea cursada el día 04-08-2008."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS** : Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Carlos Antonio como autor criminalmente responsable de un delito de estafa ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de tres años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria civil de un día de prisión por cada dos cuotas insatisfechas, debiendo indemnizar a la empresa Residencial San Sebastián S.L., en las personas de Bienvenido, Andrés e Verónica en la cantidad de 150.000 euros, siéndole de abono el tiempo de prisión preventiva sufrida en la causa y debiendo, asimismo, abonar las costas procesales causadas en esta causa, incluidas las causadas por la Acusación Particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley y de precepto constitucional por el acusado **Carlos Antonio**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación **del acusado** Carlos Antonio, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION** : **Primero**.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida aplicación del art. 248, 249 y 250.1.6ª del CP. **Segundo**.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia indebida inaplicación del art. 89 del CP. **Tercero**.- Al amparo del art. 852 LECr en relación con el art. 24.1 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.2 CE relativo al derecho de defensa. **Cuarto**.- Al amparo del art. 852 LECr en relación con el art. 24.2 CE, presunción de inocencia. **Quinto**.- Al amparo del art. 850.1 LECr, por denegación de pruebas. **Sexto**.- Al amparo del art. 852 LECr en relación con el art. 24.1 CE relativo al derecho a la tutela judicial efectiva y 9.3 y 102.3 CE.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó los motivos del mismo, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento sin celebración de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la deliberación y votación el día 21 de abril del año 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida condenó a Carlos Antonio como autor de un delito de estafa con la agravación específica 6ª del *art. 250.1*, en consideración a la importancia de la cantidad defraudada, 150.000 # que consiguió le fueran entregados en efectivo en Madrid por Verónica, al tiempo que sus dos socios, Bienvenido y Andrés, creían haber recibido en París 480.000 # dentro de una maletín en el cual se sustituyeron los correspondientes billetes auténticos de 500 # que inicialmente allí se introdujeron, habiendo comprobado incluso su autenticidad y cuantía mediante una máquina de contar que habían traído estos de Madrid, por otros sin valor alguno, todo ello en cumplimiento de lo acordado en un contrato relativo a la compraventa de un solar sito en Getafe.

Se le impusieron las penas de tres años de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de 6 # y ahora recurre en casación por seis motivos que hemos de rechazar.

SEGUNDO .- Comenzamos examinando unidos los motivos 3º y 5º, relativos a quebrantamiento de forma, en los que se denuncia haber sido inadmitidos, en el correspondiente auto dictado por la Audiencia Provincial, una serie de pruebas que había propuesto la defensa del acusado en su calificación provisional.

El motivo 3º se acoge al *art. 850.1º*, mientras que el 5º lo hace con base en el *art. 852 LECr* (infracción de precepto constitucional) con referencia al derecho a la tutela judicial efectiva y al de utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa (*art. 24.1 y 2 CE*).

Es cierto que hubo un auto, el de señalamiento para juicio oral que abarca también en su contenido la resolución sobre admisión de prueba (folios 29 y 30 del rollo de la Audiencia Provincial), en el que se rechazaron muchas de las propuestas en el escrito de defensa del acusado (folios 531 y ss. de las actuaciones del Juzgado de Instrucción).

Pero han de desestimarse estos dos motivos porque en ambos faltó el requisito exigido en el *párrafo penúltimo del art. 659 LECr*, que dice así:

"Contra la (parte del auto) en que fuere rechazada o denegada la práctica de las diligencias de prueba podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta".

Es decir, hay un importante requisito de forma, en estos casos de recurso de casación contra las inadmisiones de prueba, que consiste en la protesta en tiempo oportuno.

Tal protesta es la reclamación previa a la que se refieren los *arts. 855 y 884.5º de la misma ley procesal*, que consiste en la manifestación expresa de no conformidad con lo resuelto por el órgano judicial.

En el caso presente, como bien dice el escrito de recurso, esa protesta existió; pero se hizo en su escrito de 22 de septiembre de 2009, cuando el auto de denegación de pruebas antes referido había sido notificado el 16 de julio de 2009, es decir, había transcurrido más de un mes (excluyendo agosto por ser inhábil), entre tales notificación y protesta: no se había preparado oportunamente el recurso de casación.

El citado *art. 659* no señala plazo para este trámite de la protesta. En una jurisprudencia antigua (sentencias de esta sala de 3 de febrero de 1951 y 6 de marzo de 1953) se dijo que había de hacerse al realizarse la notificación de la resolución denegatoria o en el mismo día, es decir, sin dilación, a fin de que pudiera ser subsanado en su caso el defecto procesal correspondiente. No obstante, en dos sentencias más recientes, la 1595/1999 de 16 de noviembre y la 760/2001 de 7 de mayo, se ha señalado el plazo de cinco días para tal formalidad de preparación, que es el mismo expresado en el *párrafo II del art. 212* para la preparación, propiamente dicha, del recurso de casación.

Conviene resaltar aquí algo que estas dos últimas resoluciones ponen de manifiesto. Ese trámite de la protesta no es solo un requisito de mera formalidad. Entendemos que quien no protesta en breve plazo es

porque consiente con la denegación. Por eso aparece en tal *art. 659* como condición sin la cual no cabe el posterior recurso de casación.

Rechazamos estos motivos 3º y 5º.

TERCERO.- 1. A fin de examinar antes las cuestiones de hecho que las de derecho, tratamos aquí del motivo cuarto, en el cual, con base en el *art. 852 LECr*, se alega otra vez infracción de precepto constitucional, en concreto del derecho a la presunción de inocencia del *art. 24.1 CE*.

Se dice que no hay prueba de que Carlos Antonio fuera el autor de los hechos por los que se le condena, pues -añade- se encontraba en Roma cuando tales hechos ocurrieron en París. Insiste aquí en la coartada aducida en la instancia.

2. Veamos en primer lugar qué papel le corresponde a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando se alega esa infracción de precepto constitucional en un recurso de casación, sobre la base de que, en principio, hemos de respetar la valoración que de la prueba hizo el órgano judicial de instancia.

Ante todo hemos de resaltar aquí la obligación de cada juzgado o tribunal de expresar en su resolución condenatoria la prueba de que se vale como respaldo de los hechos probados que ha de fijar como base de sus pronunciamientos. Ha de existir en estas sentencias una **motivación fáctica**. Si no la hay, se infringe el *art. 120.3 CE* y el derecho a la tutela judicial efectiva, así como también el relativo a la presunción de inocencia. El respeto a esta presunción exige como premisa fundamental tal motivación, a no ser, lo que es raro en la jurisdicción penal, que no se haya discutido la materia de la prueba y la defensa haya aceptado los hechos por los que se acusa, quedando reducido entonces el debate exclusivamente a temas de calificación jurídica o aplicación de la norma.

Si tal motivación existe, y afortunadamente ya es esto la regla en el funcionamiento de nuestros tribunales penales, esta sala del Tribunal Supremo, en casación, de modo similar a lo que ha de hacer el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo relativos a esta misma cuestión, se ve obligada a realizar un examen profundo de lo que respecto al análisis de la prueba nos dice la sentencia recurrida, para realizar una triple comprobación:

1ª. Comprobación de que la prueba utilizada para condenar se encuentra en las actuaciones procesales practicadas (***prueba existente***).

2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada a tales actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas procesales aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (***prueba lícita***). Si existe infracción de norma *constitucional*, *hay prohibición de valoración de tal prueba en los términos del art. 11.1 LOPJ*. Si la infracción lo es de norma de rango inferior, en cada caso habrá de valorarse su eficacia en cuanto a la validez como elemento de cargo: a veces hay meras irregularidades procesales que a estos efectos han de considerarse irrelevantes.

3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada al proceso, ha de considerarse ***razonablemente suficiente*** como justificación de los correspondientes pronunciamientos condenatorios penales. Mínima prueba de cargo, nos decía el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, a partir de la primera de todas, la 31/1981 de 28 de julio. Después se ha tornado a este otro concepto, sin duda más exigente y más adecuado a su propio contenido: una suficiencia de tal prueba para condenar, sometida al criterio de la racionalidad. Conceptos muy abiertos, pero necesarios para poder controlar la observancia de este derecho fundamental, el relativo a la presunción de inocencia, que es fundamental no solo por venir consagrado en nuestra Constitución, sino por ser eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y, en definitiva, el funcionamiento de todo el procedimiento penal. Serán en cada caso las reglas de la sana crítica, o del sentido común, o de la experiencia, o como queramos llamar a este conjunto de criterios asequibles a las personas no profesionales del derecho, lo que hemos de tener en cuenta aquí, en estos recursos de casación, para apreciar si existió o no suficiencia en esas pruebas de cargo que la sentencia de instancia nos ha señalado como base de sus condenas. Lamentamos no poder ser más precisos en este punto.

3. En el caso presente la sentencia recurrida, en parte de su extenso fundamento de derecho 1º, cumple con ese deber de motivación fáctica al que acabamos de referirnos haciendo una adecuada exposición de los medios de prueba utilizados para condenar a Carlos Antonio.

La existencia en sí del delito, prescindiendo de lo alegado a propósito de los pretendidos errores en la

calificación jurídica que luego examinaremos, no es objeto de impugnación en este motivo 4º, que se refiere exclusivamente al hecho de la intervención de Carlos Antonio en los hechos en esa mañana del 9 de abril de 2008 en que se produjo la maniobra fraudulenta a caballo entre París y Madrid; en base a la coartada pretendida por el acusado, que dijo siempre haber estado en Roma, hospedado del 8 al 10 de ese mes de abril en dos hoteles sucesivos, con motivo de la celebración de la boda de un hijo suyo que transcurrió en esas dos fechas, según costumbre de la etnia gitana a la que pertenece la familia.

Nos referimos aquí, por tanto, solo al hecho de la prueba de cargo en relación al tema aquí debatido: la autoría de Carlos Antonio :

A) Existieron como prueba al respecto los dos reconocimientos en rueda practicados por Bienvenido y Andrés conforme a lo dispuesto en los *arts. 368 a 370 LECr* , en este caso con asistencia de la letrada del imputado, según consta a los folios 261 y 262.

A raíz de la denuncia inicial se practicaron en comisaría dos diligencias de identificación por medio de exhibición de diferentes fotografías a dichos Andrés y Bienvenido con resultado positivo (folios 19 a 24), de modo que el que se había relacionado con tales dos denunciados utilizando el nombre de Rosendo quedó reconocido como Carlos Antonio . Y al final ambos perjudicados en el juicio oral declararon haciendo ver que la persona acusada era quien les había defraudado los 150.000 #.

La realidad de tales diligencias no ha sido impugnada en este recurso.

B) Las mencionadas actuaciones fueron practicadas en el trámite de instrucción y luego aportadas al juicio oral a través de las mencionadas testificales de estos dos denunciados. Tampoco se ha puesto en duda la licitud de tales pruebas.

C) Lo que se ha impugnado ha sido la suficiencia de dichos medios probatorios. Entendemos que en este punto también hemos de manifestar nuestro juicio positivo.

Respetamos la valoración hecha en el referido fundamento de derecho 1º de la sentencia recurrida al que nos remitimos haciendo las siguientes precisiones:

a) Aun admitiendo como cierta la boda del hijo del acusado y la estancia en sendos hoteles de Roma en esas fechas de 8 a 10 de abril de 2008, como bien se dice en ese fundamento de derecho 1º, esto no impide que el acusado llegara a trasladarse en avión o en otro medio de transporte a París, ausentándose de las celebraciones de la boda, de modo que pudiera estar en esta última ciudad en esas tres o cuatro horas de la mañana de ese día 9 de abril en que se consumó su defraudación. El propio acusado aportó al procedimiento un documento (folio 317 -tomo II-) referido a su estancia en el hotel Eurostars de Roma donde consta una entrada (check-in) y una salida (check-out) de los días 7 y 9.4.2008 respectivamente, al final del cual aparece una nota manuscrita en la que se hace constar que este documento no constituye certeza sobre el hecho de que el cliente haya estado presente en el hotel en todo ese periodo indicado.

b) Por otro lado, entendemos que resta credibilidad a las manifestaciones del acusado lo siguiente: al folio 273 consta que Carlos Antonio declaró en el Juzgado de Instrucción el 20.1.2009 que era "albañil que está en lista de espera para trabajar en una empresa italiana". Luego en el juicio oral declara un hijo del recurrente, Eduardo , que había sido propuesto y admitido como testigo al inicio de tal acto, y a la pregunta sobre si su padre había sido albañil "dice que nunca".

En conclusión, entendemos que la sala de instancia dispuso de prueba contra Carlos Antonio con la que justificar su condena como autor de la estafa objeto de este procedimiento.

No hubo vulneración de su derecho a la presunción de inocencia.

Desestimamos este motivo 4º.

CUARTO - Examinados ya los motivos relativos a quebrantamiento de forma y a cuestiones de hecho, pasamos ahora a tratar de los relativos a la aplicación de la norma jurídica.

Comenzamos con el examen del motivo 1º, amparado en el *art. 849.1º LECr* en el que se alega infracción de ley por aplicación indebida de los *arts. 248, 249 y 250.1.6º CP* .

Es doctrina reiterada de esta sala que, cuando se usa esta norma procesal (849.1º) para recurrir en

casación, el recurrente tiene el deber de respetar los hechos probados de la sentencia recurrida y los magistrados de esta sala el de atenernos a los mismos para argumentar sobre la pretendida infracción de ley, por lo dispuesto en el nº 3º del art. 884 LECr.

Con esta premisa contestamos a las cuestiones aquí planteadas por el recurrente:

A) En primer lugar, hay que decir que hubo **engaño**, elemento básico en la definición que de la estafa ordinaria nos ofrece el art. 248.1 CP.

Actuó Carlos Antonio de modo falaz haciendo creer en París a Andrés y Bienvenido que lo que contenía el maletín eran billetes de 500 €, los mismos que Andrés vio meter en dicho recipiente tras haberlos contado y comprobado su autenticidad mediante la máquina que ambos habían traído de Madrid a París. Quedó cerrado el maletín con llave en poder de Carlos Antonio, siendo este o alguien con su connivencia quién cambió tales billetes auténticos por meros papeles que carecían de valor. Carlos Antonio entregó ese maletín a los dos referidos tras haber conseguido que la otra perjudicada, Verónica, en Madrid, previos los correspondientes contactos telefónicos, entregase a la persona que le indicaron una bolsa con 150.000 € auténticos, que es la cantidad defraudada.

B) Tal engaño fue **bastante**, en cuanto que, dados los antecedentes del contrato de compraventa del solar de Getafe que Carlos Antonio dijo tener intención de adquirir, que no es necesario concretar aquí, tal entrega de los 150.000 € era parte de esos 480.000 que creían tener en su poder Andrés y Bienvenido, siendo el resto el primer plazo del pago del precio de tal compraventa. Les hizo creer el acusado que, como él no tenía dinero en España y aquí tendría que pagar el IVA y otros gastos, necesitaba dinero en efectivo en Madrid para cubrirlos.

Entendemos que no cabe hablar aquí de negligencia de los perjudicados, como causa de exclusión del delito de estafa, fuera de que ciertamente corrieron unos riesgos importantes, los propios de quienes, necesitados de dinero por sus negocios inmobiliarios -ya en crisis en aquellas fechas de abril de 2008-. La causa de tal negocio ilícito desde luego estuvo en la ingeniosa trama urdida por Carlos Antonio y sus colaboradores, no en la falta de diligencia de las víctimas. No cabe comparar estos hechos con otros en que tal negligencia se apreció en el perjudicado por incumplimiento de deberes, incluso legales o mercantiles, que propiciaron la eficacia del engaño para el éxito de la defraudación. Caso, por ejemplo, del empleado del banco que no comprobó que en la cuenta correspondiente al cheque librado por el estafador no había fondos.

C) Se dice en el escrito de recurso que no se ha acreditado la preexistencia de esos 150.000 €. Basta decir al respecto que, también puede cometerse delito de estafa para aprovecharse del **dinero negro** que alguien pudiera tener, sin que, al parecer, sea este el caso aquí examinado.

Desestimamos este motivo 1º.

QUINTO .- En el motivo 6º, por el cauce del art. 852 LECr, se alega infracción del art. 24.1 en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, 9.3 (seguridad jurídica) y 120.3 (sentencia motivada), todos de la CE.

Se dice que faltó en el caso algo que ciertamente venimos exigiendo como parte importante del deber genérico de motivación jurídica de las sentencias condenatorias penales, en concreto la necesidad de razonar sobre la duración o cuantía en concreto de la pena impuesta.

La sentencia recurrida en los dos penúltimos párrafos de su fundamento de derecho 1º nos dice por qué ha impuesto las penas de tres años de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de 6 euros. Así pues, le agrade o no a la defensa del acusado, hubo motivación y no podemos calificarla de irrazonable; a tales dos párrafos nos remitimos.

Por otro lado, en cuanto al art. 66 CP, citado en el desarrollo del presente motivo, al no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes, ha de aplicarse su regla 6ª, que permite recorrer las penas impuestas en toda su extensión; en este caso (art. 250.1), prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

La multa se acerca mucho al mínimo legal permitido y se acordó la cuota diaria de 6 €, que es la habitual en los casos en que, sin existir indigencia, no se conoce, como aquí, la situación económica del condenado. Por ello no es necesaria una motivación expresa.

Y en cuanto a la prisión:

a) De los dos criterios de individualización de la pena que se citan en tal regla 6ª, el de las circunstancias personales de nada nos sirve, pues las pocas que conocemos (etnia, edad, tener hijos, nacionalidad, carencia de antecedentes, etc.), ningún criterio nos pueden ofrecer para tal concreción de la pena.

b) Y en cuanto al otro criterio, la gravedad del hecho, ya se refiere a esto el mencionado fundamento de derecho 1º de la sentencia recurrida. Baste añadir ahora que la cuantía de 150.000 # excede en mucho del límite mínimo de 36.000 #, a partir del cual venimos considerando aplicable, cualquiera que sea la situación económica en que el delito haya dejado a la víctima o su familia, esta agravación específica 6ª del *art. 250.1 CP*. Tan importante diferencia justifica subir la pena desde ese mínimo de un año hasta los tres impuestos en la sentencia recurrida.

Desestimamos este motivo 6º.

SEXTO .- Solo nos queda por examinar el motivo 2º, en el cual, por la vía del *art 849.1º LECr*, se alega infracción de *ley por no haberse aplicado al caso el párrafo primero del art. 89* que dice así:

"Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España".

Nos dice la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 1º párrafo último que no se acuerda la expulsión del acusado, al haber solicitado expresamente el Ministerio Fiscal que no se procediese a la misma y no haberse suscitado en el acto del juicio oral el debate contradictorio correspondiente, como exige la más reciente jurisprudencia sobre el tema".

El recurrente pretende, en base a la literalidad de esta norma legal, que la resolución impugnada tenía que haber acordado de modo forzoso la expulsión de España del acusado, algo que ignora la doctrina del TC (sentencia 242/1994 de 20 de julio) y la de esta sala (véase nuestra sentencia 949/2009 de 28 de septiembre, citada en el propio escrito de recurso, y las muchas que en la misma se señalan), las cuales obligan a la no aplicación de tal norma en sus términos literales, en base a valores y bienes de rango constitucional como el arraigo del extranjero en España o la unificación familiar que encajan en los amplios términos del *art. 30 CE*. Ha de ampliarse, pues, esta excepción a la expulsión que prevé el propio texto del citado *párrafo primero del art. 89*, haciendo en cada caso un estudio de sus circunstancias concretas.

Por ello es obligado conocer el caso a través de un debate que ponga de relieve esas circunstancias para poder determinar si procede o no acordar la sustitución de la pena de prisión inferior a seis años, pues tal medida siempre ha de ser objeto de motivación específica; motivación que no pudo existir en el presente supuesto, al no haberse suscitado en el acto del juicio oral el oportuno debate contradictorio, como nos dice la sentencia recurrida en ese párrafo último de su fundamento de derecho 1º que acabamos de transcribir.

Si no hubo debate, cualquiera que fuera su causa, y por tanto no se pudieron concretar las circunstancias del caso, no cabe acordar la medida de expulsión. Conforme consta al folio 511, el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación manifestó su oposición a la sustitución de la pena a imponer por la medida de expulsión. Dicho Ministerio Público alude a los importantes perjuicios causados por estos hechos a la sociedad limitada de la titularidad de los tres referidos perjudicados, por importe de 150.000 # a cuyo pago condena la sentencia recurrida.

Frente a la petición concreta del Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, la parte contraria, en su escrito de defensa, nada solicitó (folios 531 a 533), escrito que fue elevado a conclusiones definitivas en el acto del juicio oral (folio 104).

SÉPTIMO .- Por lo mandado en el *art. 901 LECr*, hay que condenar al recurrente al pago de las costas de esta alzada.

III. FALLO

NO HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por el acusado Carlos Antonio contra la sentencia que le condenó por delito de estafa, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de

Madrid con fecha veinticuatro de septiembre de dos mil nueve, imponiendo a dicho recurrente el pago de las costas de su alzada.

Dada la situación de prisión en que al parecer se encuentra dicho condenado, comuníquese por fax el contenido del presente fallo a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos. En su día se devolverá la causa con certificación de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Jose Manuel Maza Martin **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro** Joaquin Delgado Garcia

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquin Delgado Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.