

Boletín de Jurisprudencia
Penal



Asociación Profesional
De la Magistratura

Nº 1 - Mayo 2016

SUMARIO

STS 371/2016, de 3 de mayo

Prevaricación omisiva (diferencias con la conducta activa que exige el Código Penal).
Falsedad (no predicable de las opiniones, pues no son en sí mismas afirmación de “hechos”)

STS 377/2016, de 3 de mayo

Dilaciones indebidas. La atenuante diseñada en el art. 21.6 CP cristalizando lo que era doctrina jurisprudencial se refiere a dilaciones durante la tramitación del procedimiento. No hay tramitación mientras no hay procedimiento.

STS 384/2016, de 5 de mayo

Protección de testigos.- Doctrina sobre la obligación del Tribunal de desvelar la identidad de los testigos protegidos a solicitud motivada de la defensa (Art 4 3º LO 19/94).-

STS 421/2016, de 18 de mayo

Revisión de sentencias absolutorias. Ámbito de revisión para la modificación condenatoria de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado. La doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

STS 433/2016, de 19 de mayo

Hechos acreditados y datos o hechos probatorios. En la sentencia solo deben constar como hechos probados los que, preciso objeto de la acusación, lo hayan sido efectivamente.

STS 435/2016, de 20 de mayo

Apropiación indebida y administración desleal (antiguos arts. 252 y 295 CP): cabe la agrupación de ambas infracciones en un único delito continuado dadas sus patentes semejanzas

STS 438/2016, de 24 de mayo

Principio de contradicción. Derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo en algún momento de la causa.

STS 444/2016, de 25 de mayo

Valoración de la identificación visual a efectos de prueba de cargo. Cuando la prueba de cargo relevante sea una identificación visual cuestionada, el Tribunal sentenciador debería analizar una serie de factores que afectan a la exactitud y fiabilidad de la identificación.

STS 371/2016, de 3 de mayo

Prevaricación omisiva: la cuestión es si la omisión es de aquellas que equiparable a una acción tipificable como prevaricadora al ser equivalente a una resolución positiva.

El comportamiento omisivo de no incoar procedimiento sancionador o de reposición de orden, o sea, tolerar la construcción ilegal, en ningún caso es equiparable a la omisión sancionada en el artículo 408 del Código Penal. No es admisible la equiparación, a los efectos del artículo 408 del Código Penal, entre la omisión de perseguir un delito con la que consiste en no perseguir una infracción administrativa. No cabe duda que tal extensión de la tipicidad del artículo 408 es contraria al texto del precepto y perjudicial por ampliar el catálogo de lo penado.

Parece aún más inaceptable que esa omisión, que no merece la pena del artículo 408, pueda considerarse constitutiva de la omisión equiparable a acción prevaricadora del artículo 404 del mismo Código Penal. Sería absurdo que la no persecución de una infracción administrativa, como prevaricación del artículo 404, fuese sancionada con pena más grave que la de no persecución de delito del artículo 408. Tal asimetría en la sanción ya predica bien a las claras que el legislador no incluyó en el artículo 404 la omisión de persecución administrativa como equivalente a la de no perseguir delitos.

Pero, en todo caso, es claro que ese no hacer que se imputa al acusado en ningún caso puede entenderse constitutivo de una "resolución" administrativa en los términos en que nuestra Jurisprudencia viene admitiendo que la omisión es tipificable como acción o resolución prevaricadora, a que se hace referencia en la misma cita de que se hace mérito en la sentencia recurrida (STS 23 de octubre de 2013): Este delito, con arreglo a reiterada jurisprudencia puede cometerse por omisión, "concretamente en aquellos casos especiales en que el imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la ley 30/92, de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas".

Falsedad: si bien de las opiniones cabe predicar corrección y acierto, o por el contrario incorrección o desacierto, nunca puede atribuírseles la condición de falsas ni de verdaderas. Esta cualidad solamente cabe predicarla de aquellos enunciados que constituyen asertos o negaciones de hechos, siendo verdaderos cuando lo dicho y lo existente en la realidad coinciden y falsos en caso contrario. Cabe recordar el axioma aristotélico: decir de lo que es, que es y de lo que no es que no es, es verdadero, y decir de lo que no es que es y de lo que es que no es, es falso.

Por ello debemos ahora aplicar este rigor de lenguaje a los documentos que se erigen en objeto del delito imputado para compararlos con el lenguaje empleado por el legislador al describir el tipo penal de la falsedad.

Y observamos entonces que lo que el acusado lleva a cabo en los citados documentos pretende ser un informe. Es decir una opinión acerca de la situación en que se encuentra su cuñada respecto a la norma que releva de la exigencia de previa licencia el suministro de agua y electricidad. Opinión o dictamen según el cual "no existe inconveniente administrativo al efecto". El documento no describe nada que pueda considerarse un hecho. En consecuencia la emisión del documento puede ser fruto de un error, o su emisión puede ser plenamente consciente de la incorrección. Pero en ningún caso su contenido es verdadero ni falso. Y lo que el tipo penal (artículo 390.1.4º) exige es "faltar a la verdad en la narración de los hechos".

STS 377/2016, de 3 de mayo

Dilaciones indebidas. La atenuante diseñada en el art. 21.6 CP cristalizando lo que era doctrina jurisprudencial se refiere a dilaciones durante la tramitación del procedimiento. No hay tramitación mientras no hay procedimiento.

El tiempo transcurrido entre la comisión de los hechos y la incoación del procedimiento tiene relevancia en cuanto a la prescripción pero no en relación a esta atenuante. No es computable a estos efectos. Ningún reproche puede hacerse a la administración de justicia. La atenuante no es una especie de "sanción procesal" al perjudicado por no haber denunciado antes los hechos. Eso no guarda relación alguna con el fundamento de la atenuación. El tiempo a tener en cuenta es el de duración de la tramitación del proceso penal, sin que sea computable el tiempo del procedimiento civil previo o el tiempo transcurrido hasta que el perjudicado reaccionó ante los hechos. Es más, el tiempo que pasó hasta la incoación de la causa penal ha beneficiado a la recurrente pues ha supuesto la procedente absolución por el delito de falsedad que se le imputaba que habría prescrito. Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre).

STS 384/2016, de 5 de mayo

Protección de testigos.- Doctrina sobre la obligación del Tribunal de desvelar la identidad de los testigos protegidos a solicitud motivada de la defensa (Art 4 3º LO 19/94).-

Aparentemente el tenor literal del art 4.3 impone al Tribunal (“deberá”) desvelar la identidad de los testigos protegidos, siempre que lo solicite motivadamente la defensa, aunque con ello pueda comprometer la seguridad o la vida de quien racionalmente se encuentre en situación de peligro grave por el conocimiento de su identidad. Esta interpretación no resulta razonable. En primer lugar la norma exige que la solicitud sea motivada, por lo que obviamente el Tribunal tiene que valorar la petición y deberá denegarla cuando carezca de motivación. Y, en segundo lugar, la valoración del Tribunal no puede limitarse a la mera existencia de motivación, sino que debe necesariamente extenderse a la suficiencia y razonabilidad de la misma, pues la exigencia de motivación que se establece en la norma no puede constituir un requisito puramente formal, y una motivación insuficiente o arbitraria no es válida.

El Tribunal debe realizar una ponderación entre los intereses contrapuestos (seguridad del testigo-derecho de defensa del acusado) que exige valorar la razonabilidad y suficiencia de la motivación expuesta en la solicitud, atendiendo por un lado a las razones alegadas para sostener que en el caso concreto el anonimato afecta negativamente al derecho de defensa, y por otro a la gravedad del riesgo apreciable para el testigo y su entorno, en atención a las circunstancias del caso enjuiciado.

Como se deduce de los principios generales del proceso penal y de la propia normativa legal, el anonimato del testigo debe limitarse a supuestos muy excepcionales, pues como ha recordado el TEDH (caso Kostovski vs. Holanda, sentencia del TEDH, del 20 de noviembre de 1989) “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda”.

Motivación y resolución de la solicitud de revelación de identidad de testigos protegidos.- Esta Sala ha señalado reiteradamente que una simple alegación genérica de indefensión, sin precisar en que se ha perjudicado en concreto el derecho de defensa, no constituye motivación suficiente.- Es cierto que no se pueden establecer criterios rigurosos en las razones motivadoras de la solicitud, pues el desconocimiento de la identidad del testigo impide a la defensa conocer, y en consecuencia expresar al Tribunal, las razones concretas por las que el testigo anónimo puede ser parcial o carecer de credibilidad, por lo que no se pueden imponer exigencias que originen una indefensión que sería responsabilidad del Tribunal. Pero en la práctica ha de tenerse en cuenta que el conocimiento del contenido de la declaración realizada durante la instrucción permite ordinariamente al afectado inferir ciertos datos sobre la personalidad del testigo, que pueden servir de base para la alegación de indefensión. Debiendo distinguir los supuestos en que se trata de agentes policiales o personas que carecían de la menor relación extraprocesal previa con el recurrente, es decir que intervienen desinteresadamente en el proceso, de aquellos otros en los que el testigo tuvo una relación previa con el afectado

por su testimonio. En el primer caso la identidad es irrelevante para la defensa, pero en el segundo ha de tenerse en cuenta que esas relaciones previas pudieron generar hostilidad o enemistad, de manera que el testimonio puede estar afectado en su credibilidad subjetiva por motivos espurios, y el derecho de defensa exige que el acusado pueda cuestionar la credibilidad del testigo con conocimiento de su identidad, por lo que en estos casos no se puede desestimar la pretensión simplemente por falta de precisión.

STS 402/2016, de 11 de mayo

Delito contra la salud pública: la indicación del lugar donde se puede adquirir droga sin connivencia con el vendedor no es punible.

STS 421/2016, de 18 de mayo

Revisión de sentencias absolutorias. Ámbito de revisión para la modificación condenatoria de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado. La doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Especial consideración de los elementos subjetivos.- El Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.

Si la absolución se fundamenta en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual es suficiente para la condena. O cuando se califica por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico, sin reconsideración probatoria adicional alguna ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia funda su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considera necesario para integrar el tipo, si esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el

tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

STS 433/2016, de 19 de mayo

Hechos acreditados y datos o hechos probatorios. En la sentencia solo deben constar como hechos probados los que, preciso objeto de la acusación, lo hayan sido efectivamente.

Se trata, pues, de aquellos —de existencia probatoriamente acreditada— que merezcan la consideración de *principales*, por ser *jurídicamente* relevantes a la luz de algún precepto penal. Distinto es el caso de los hechos *secundarios*, es decir, de los que, resultando acreditados, sean *lógicamente relevantes* como punto de partida o premisa de una inferencia, pero que, en sí mismos, no merezcan jurídicamente aquella otra calificación, al no estar tipificados. Por eso, si resultan fijados con certeza, tendrán valor como datos o hechos *probatorios*, pero no accederán a la condición de “hechos probados” en sentido estricto. Y no porque no lo estén, sino por no ser subsumibles, no estar comprendidos en el título de imputación. No es cierto que dentro del apartado de “hechos probados” de la sentencia deba figurar (siquiera) una referencia a todos los que hubieran sido objeto de acusación; sino que el espacio propio para discurrir sobre los no probados y sobre el porqué detenerlos por tales es el área de los fundamentos de la resolución.

STS 435/2016, de 20 de mayo

Apropiación indebida y administración desleal (antiguos arts. 252 y 295 CP): cabe la agrupación de ambas infracciones en un único delito continuado dadas sus patentes semejanzas

STS 438/2016, de 24 de mayo

Principio de contradicción. Derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo en algún momento de la causa. Declaración sumarial de la denunciante sin citación del acusado a quien no se había comunicado la existencia del procedimiento a pesar de ser conocida su identidad. Introducción en el plenario a través de su lectura (art. 730 LECrim). Y mediante la declaración de testigos de referencia.

Testigo fallecido sin que el acusado pudiera interrogarlo. Imposibilidad de valorar su declaración como única prueba de cargo por ausencia de posibilidad de contradicción no imputable al acusado. No es conforme a la Constitución ni a la ley impedir, directa o

indirectamente, al denunciado o querellado intervenir en las diligencias que se practiquen en la fase de instrucción, ya desde el primer momento en que su identidad esté establecida, pues desde ese momento debe comunicársele la existencia del procedimiento y las razones de su incoación.

Imposibilidad de valorar la declaración de los testigos de referencia cuando el testigo directo no pudo ser interrogado por el acusado por causa no imputable a éste.

STS 444/2016, de 25 de mayo

Valoración de la identificación visual a efectos de prueba de cargo.

Cuando la prueba de cargo relevante sea una **identificación visual** cuestionada, el Tribunal sentenciador debería analizar una serie de factores que afectan a la exactitud y fiabilidad de la identificación.

En primer lugar los factores intraprocesales, que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores. En segundo lugar los factores ambientales y personales que pueden afectar a la memoria de un testigo presencial durante la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención, como las condiciones de luz, el lugar donde se produce el hecho, la duración del suceso, el tiempo de exposición de la cara del autor, la distancia entre el autor y el testigo, el número de agresores, e incluso la raza, pues los testigos tienen ordinariamente una mayor capacidad de reconocer los rostros de sujetos de su propia raza o grupo étnico.

El análisis razonado de estos factores en un caso concreto sirve para que el Tribunal sentenciador valore el grado de probabilidad de que el testigo haya efectuado una identificación visual correcta, y para que el Tribunal "ad quem" aprecie si el Tribunal de instancia ha efectuado una valoración probatoria razonable.

Esta doctrina jurisprudencial, relativamente novedosa, aún no ha sido plenamente incorporada a la práctica jurisdiccional, por lo que lo que ha de analizarse en esta vía casacional si en el caso enjuiciado puede constatarse que el proceso de identificación fotográfica en fase policial cumple los parámetros de razonabilidad y fiabilidad exigibles, y si los factores ambientales y personales permiten confiar en la identificación. Como regla general, la comparecencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento fotográfico practicado con todas las garantías durante el sumario, y que ratifica en el juicio lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos y sobre el reconocimiento realizado, constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la

presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponda al Tribunal sentenciador.

Identificación fotográfica policial.- No se vulnera la regla de mostrar una pluralidad de fotografías obrantes genéricamente en los archivos policiales, o al menos de personas con características fisonómicas acordes con la descripción realizada por la víctima, cuando existe un indicio relevante que permite reducir el campo de sospechosos a un colectivo mas reducido y se dispone precisamente de una fotografía de los integrantes de dicho grupo que puede ser examinada directa y personalmente, sin sugestión alguna, por la propia víctima.

Nuevo régimen punitivo del concurso medial. Como ha señalado ya esta Sala en sus SSTS num. 863/2015, de 30 de diciembre y núm. 28/2016, de 28 de enero, entre otras, el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo.- Conforme a la norma anterior, la pena debería situarse en la mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, es decir en el caso actual de cinco a seis años de prisión, dado que la infracción mas grave es la detención ilegal, y la pena establecida en el art 162 va de cuatro a seis años. Mientras que con la regulación actual (nuevo art 77 3º), la pena iría de cinco años y un día de prisión (pena superior a la pena en concreto impuesta por la detención ilegal) a nueve años (suma de las penas en concreto impuestas por los dos delitos).

Abuso de superioridad.- La reciente doctrina de esta Sala admite, con matices, la compatibilidad entre el robo con violencia y la agravante de abuso de superioridad.- Habrá que examinar cada caso en concreto no solo para determinar si se ha usado violencia con una víctima que se encuentra en evidente desequilibrio de fuerzas, sino también para tomar en consideración los efectos que puede producir el hecho de que es la agresión personal y no la patrimonial la que justifica la agravación, con el fin de evitar la posibilidad de una aplicación redundante o duplicada de la agravación. Cuando se sancionan separadamente las lesiones, y se aplica la agravante en este delito, no procede aplicarla además en el robo agravación.