



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL
ORDEN PENAL

Nº 4 MAYO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



ÍNDICE

1.- Sentencia materialmente de conformidad aunque formalmente no lo es. Casación y nulidad de lo actuado, al superar la pena impuesta el límite de seis años de prisión.

STS Sala Segunda, de 7 de abril de 2016

Nº Sentencia: 1505/2016

Nº Recurso: 10692/2015

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MOLINA GIMENO, Magistrado del Juzgado de lo Penal nº 2 de Granollers.

2.- Casación de sentencia penal en delito de abusos sexuales con anulación parcial de la condena al no haber podido interrogar la defensa a las víctimas menores de edad.

STS Sala Segunda, de 28 de abril de 2016

Nº Sentencia: 366/2016

Nº Recurso: 2087/2015

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. JAVIER PÉREZ MINAYA, Magistrado del Juzgado de Instrucción nº 4 de Huelva.

1.- STS SALA SEGUNDA, DE 7 DE ABRIL DE 2016

Nº SENTENCIA: 1505/2016

Nº RECURSO: 10692/2015

FRANCISCO JAVIER MOLINA GIMENO

La referida sentencia de la Sala Segunda del TS casa y declara la nulidad de la SAP de Palma de Mallorca que condenaba al acusado como autor de un delito de agresión sexual a la pena de catorce años y tres meses de prisión, retrotrayendo las actuaciones al trámite de señalamiento del juicio oral, ordenando la celebración por diferente Sala de instancia que la que la dictó.

El TS estima el recurso interpuesto por la representación procesal del acusado en el que se denunciaba la infracción de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y de defensa(24 CE), razonando la estimación del mismo en que se ha infringido el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías al haberse vulnerado el principio de legalidad, dado que pese a que la sentencia recurrida formalmente no se dictó como una sentencia de conformidad, materialmente la misma sí que lo era, pues que se trataba de una “conformidad encubierta” y la pena impuesta rebasaba el límite penológico de seis años de prisión previsto en el art. 655 LECr.

COMENTARIO

En la reciente sentencia nº. 1.505/2016, de fecha 7 de abril de 2016, la Sala Segunda del Tribunal Supremo sintetiza su criterio sobre la recurribilidad en casación de las sentencias de conformidad y aborda la llamada “conformidad encubierta”.

La AP de Palma de Mallorca había condenado al recurrente a la pena de catorce años y tres meses de prisión, practicándose como única prueba el interrogatorio del acusado y habiéndose dictado sentencia conforme a las conclusiones del Ministerio Fiscal a las que se adhirió el Letrado de la

Defensa.

La argumentación de la resolución, parte del motivo del recurso residenciado en los arts. 852 y 5.4 de la L.O.P.J, que postula la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y de defensa (24 CE) y consiguiente indefensión. El recurrente entendía, entre otros alegatos, que la sentencia recurrida era una sentencia de conformidad (pues así constaba en el acta del plenario y en el F.J. Segundo de la sentencia recurrida y porque la misma recogió íntegramente las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal a las que se adhirió la defensa) y la misma se había dictado sobre un supuesto legalmente no admitido al superar en mucho el límite penológico de los seis años de prisión previstos para dictar sentencia de conformidad (arts. 655, 688 y 787 LECrim).

Para la resolución del motivo de recurso planteado el TS parte de una doble premisa: a) si las sentencias de conformidad son recurribles y b) si se ha dictado en un supuesto legalmente inadmisibile. Así en su F.J. Tercero el Alto Tribunal razona que como regla general las sentencias de conformidad no son recurribles, si bien sí que lo serían en aquellos casos en los que se alegue por el recurrente que se ha dictado en un supuesto no admitido por la ley en razón de la pena solicitada, cuando se alegue que no se han respetado las exigencias procesales establecidas o la inexcusable anuencia tanto del acusado como de su letrado, cuando se alegue un vicio de consentimiento que haga ineficaz la conformidad, o, cuando la pena impuesta no sea legalmente procedente conforme a la calificación de los hechos, sino otra inferior, vulnerándose el principio de legalidad.

En el F.J. Quinto de la STS 1.505/2016 estima el Alto Tribunal el recurso de casación interpuesto al entender que: *"(...)La cuestión no ofrece duda alguna. La sentencia dictada es una sentencia de conformidad, aunque se pretenda revestir de una cobertura diferente, utilizando una práctica "contra legem" para dotar de apariencia legal a una conformidad*

encubierta (...)". Sintetizando el razonamiento, estima el TS que la presunción de inocencia se ha desvirtuado únicamente en virtud de la *"plena confesión del acusado, con la aquiescencia de su Letrado defensor"*, por lo que en realidad no nos encontramos ante prueba alguna que forme parte de la celebración del juicio, sino ante la diligencia prevenida para la conformidad del acusado en el art. 655 de la Lecrim, que se ratifica seguidamente por el Letrado, expresando su criterio sobre la innecesaridad de continuar el juicio.

En consecuencia entiende el Tribunal de casación que la Sentencia de conformidad dictada *"contra legem"* en un supuesto no permitido por la ley, ha vulnerado el principio de legalidad, lo que determina la nulidad de la sentencia y del juicio por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Por último el F.J. Sexto, el Tribunal Supremo, aborda la cuestión del límite punitivo de la conformidad desde una perspectiva de *"legeferenda"*, volviendo posteriormente al prisma del principio de legalidad para resolver la estimación del recurso (...). *Es razonable defender que la limitación punitiva establecida por la Ley para las sentencias de conformidad pueda ser elevada o suprimida en una reforma futura. Lo cierto es que tanto el Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento criminal de 2011, como el Borrador de 2013, suprimieron esta limitación. Pero ésta es una decisión que corresponde al Legislador, pudiendo ir acompañada y compensada por mayores garantías proporcionales a la mayor gravedad de las penas que pudieran ser impuestas por esta vía.(...)*".

En cualquier caso, el principio de legalidad procesal no puede ser soslayado, máxime en una materia que puede fácilmente generar indefensión. La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se

sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales.

Ello no tiene porqué excluir, con carácter general, la práctica de aligerar la celebración de la prueba cuando el reconocimiento de los hechos por parte del acusado haga aconsejable evitar la sobrecarga del juicio con prueba redundante o innecesaria(...)”.

Entiendo que los razonamientos estimatorios unánimes del recurso interpuesto son acertados, pues sin perjuicio de las consideraciones que hace sobre el aligeramiento de la prueba en el caso de reconocimiento de hechos por parte del acusado, y de las consideraciones que el TS efectúa de “*legeferenda*” sobre el aumento penológico del límite de las sentencias de conformidad; lo cierto es que aborda el recurso desde un plano puramente material sin perjuicio de que la sentencia formalmente no contuviera una dicción expresa de que era de conformidad, consolidando la doctrina de que las conformidades encubiertas que superan los límites penológicos previstos en los arts. 855 y 787 para el procedimiento ordinario y abreviado, suponen una práctica “*contra legem*” contraria al principio de legalidad, que en todo caso debe ser respetado, como pilar del ejercicio de la potestad jurisdiccional (117.1 CE) y garantía del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Referencia CENDOJ: Roj: STS 1505/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1505

2.- STS SALA SEGUNDA, DE 28 DE ABRIL DE 2016

Nº SENTENCIA: 366/2016

Nº RECURSO: 2087/2015

JAVIER PÉREZ MINAYA

Acusado que había sido condenado como autor de un delito de abusos sexuales y un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Desarrollando su actividad como técnico de aire acondicionado, y al atender una reparación en un Colegio, aprovechó para acceder a los aseos de una clase donde en ese momento se encontraban dos menores de cuatro años de edad haciendo sus necesidades. Tras realizar tocamientos en los genitales de una de las menores, hizo fotografías con su teléfono móvil a los genitales de las dos; fotografías que posteriormente borró. El Tribunal Supremo casa y anula parcialmente la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a la condena por el delito de abuso sexual pues la defensa no tuvo oportunidad de interrogar a las menores. Se concluye además que si el testimonio directo ha sido invalidado, no cabe recurrir al testimonio de referencia. Inexistencia de concurso de leyes entre el delito de abuso sexual y el delito contra la intimidad.

COMENTARIO

La Sentencia comentada aborda detalladamente la problemática relativa al testimonio de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual en el proceso. Con invocación de la STS 598/2015 , se remarca que “*la concurrencia de una causa legítima que impida su declaración en el juicio oral otorgándose validez como prueba de cargo preconstituída a las declaraciones prestadas en la fase sumarial con las debidas garantías*” tiene carácter excepcional, especificando que la imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye “*los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin*

importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionarles daños psicológicos. Lo cual se ha vinculado con la existencia de razones fundadas y explícitas, generalmente contenidas en un informe psicológico”. A sensu contrario, resulta por tanto que no cabe preconstituir en fase de instrucción las exploraciones de menores por el mero hecho de que sean menores: es requisito imprescindible para tomar tal decisión que ese riesgo de victimización secundaria quede acreditado por medio (en la mayoría de los casos) de un informe pericial. La autoinvocada Sentencia 598/2015 enumeraba los presupuestos y requisitos para la validez de estos testimonios, presupuestos y requisitos que son los siguientes: “a) Materiales: que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) Subjetivos: la necesaria intervención del Juez de Instrucción; c) Objetivos: que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) Formales: la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim , o a través de los interrogatorios, o si la disponibilidad de medios tecnológicos lo permite, mediante el visionado de la grabación de la diligencia”. En el supuesto analizado, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia por no haberse garantizado la contradicción, ya que la defensa no tuvo oportunidad de interrogar, ni en fase de instrucción ni en fase de juicio oral, a las menores cuyo testimonio, a la postre, es piedra angular en que se fundamenta la condena del acusado. Y es que, adoptada (en los supuestos excepcionales en que proceda) la decisión de preconstituir el testimonio del menor, habrá garantizarse el derecho de contradicción cumpliendo lo prevenido en el artículo 448 LECrim, precepto que prevé que la diligencia se practique “a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente”. A mi juicio (y valorando una experiencia muy reciente), el problema en estos supuestos viene dado por la exigencia legal de presencia

del procesado, que en muchos supuestos, por el margen de penas aplicable, estará además en prisión preventiva. Ello puede suponer un problema de orden público (conducción del preso al centro donde vayan a ser exploradas las menores, que difícilmente estará preparado para custodia) e incluso de seguridad para los técnicos que hayan de practicar la diligencia y para los propios profesionales (juez, fiscal, abogados...). Por ello, cabría plantearse si no será más adecuado en estas situaciones que se haga uso en todo caso del sistema de videoconferencia, bien en fase de instrucción cuando fuere procedente preconstituir (art. 448 párrafo 3 LECrim.) o bien, en aquéllos supuestos en los que la exploración de los menores no sea precisa en fase de instrucción por existir ya indicios suficientes, o cuando no concurren los requisitos necesarios para preconstituir, en fase de juicio oral al amparo de lo prevenido en el art. 707 párrafo 2º de la LECrim.

Por último, la sentencia comentada descarta la existencia de concurso de leyes entre el delito de abuso sexual (art. 183-1 CP) y el de revelación de secretos (art. 197-1 CP), entendiendo que el primer delito no puede consumir o absorber al segundo puesto que ambos protegen bienes jurídicos distintos (la libertad e indemnidad sexual y la intimidad) y *“la sola aplicación de uno de ellos no abarca el desvalor total de ambas conductas”*.

Referencia CENDOJ: ROJ: STS 1810/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1810