

BOLETÍN DIGITAL PENAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 30
Abril 2019

EL TESTIGO ANÓNIMO Y EL TESTIGO OCULTO. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 706/2018, DE 15 DE ENERO DE 2019.

Luis Cáceres Ruiz
Magistrado - Doctor en Derecho
Juez de lo Penal nº 2 de Cáceres

EL DELITO DE USURPACIÓN DE INMUEBLE. PROBLEMAS DE PRUEBA.

Juan Javier Pérez Pérez
Magistrado-Juez
Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid

SENTENCIAS DEL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFERIDAS A LA NUEVA MODALIDAD DE CASACIÓN BASADA EN INTERÉS CASACIONAL FRENTE A SENTENCIAS DICTADAS EN APELACIÓN POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2015 DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. AÑO 2018

Manuel Jaén Vallejo
Magistrado
Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe

ISSN: 2605-2773



www.ajfv.es

Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín
Coordinación:
Juan Javier Pérez Pérez



RESUMEN VOCES

EL TESTIGO ANÓNIMO Y EL TESTIGO OCULTO.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA
SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO 706/2018,
DE 15 DE ENERO DE 2019.

Luis Cáceres Ruiz
Magistrado
Doctor en Derecho
Juez de lo Penal n°2 de Cáceres

RESUMEN: *La Sentencia recurrida declara probados los hechos basándose en testigos de referencia, declaraciones policiales y en instrucción y un testigo anónimo y oculto, así como las contradicciones del acusado. El Tribunal Supremo casa la sentencia y declara no probados los hechos, analizando ampliamente la jurisprudencia del testigo anónimo y oculto.*

PALABRAS CLAVE: *testigo anónimo, testigo oculto, declaraciones policiales.*

COMENTARIO

En la sentencia dictada en primera instancia por la AP de Badajoz se condenaba al acusado como autor de dos delitos de homicidio en grado de tentativa, al declarar probado que había disparado por la ventanilla de un vehículo en marcha a un grupo de personas, marchándose del lugar y siendo detenido al día siguiente. El TSJ de Extremadura desestimó el recurso de apelación interpuesto y ratificó la sentencia.

La Sala sentenciadora y el Tribunal de apelación analizan unos indicios que entienden acreditados y concluyen que los mismos son suficientes para declarar probados los hechos de la acusación. En concreto los citados indicios son los siguientes:

- Las contradicciones del acusado, que si bien negó siempre la acusación, declaró en instrucción que estuvo en el lugar

de los hechos y en el acto del juicio oral declaró que había estado en otra ciudad.

- La declaración de dos testigos que fueron conducidos de inmediato a comisaría y declararon que el acusado era el autor de los disparos.

- Declaración de varios agentes policiales que manifestaron que varios testigos dijeron en el lugar tras suceder los hechos que el autor de los disparos había sido el acusado.

- La declaración de un testigo anónimo, al que no tuvo acceso la defensa ni se le facilitó la identidad.

El TS casa la sentencia y dicta nueva sentencia absolutoria, al no quedar probados los hechos objeto de la acusación. Considera que no todos los indicios están acreditados

fehacientemente y los acreditados no gozan de una singular potencia acreditativa ni son de naturaleza inequívocamente incriminatoria contra el acusado.

1. CONTRADICCIONES DEL ACUSADO

Sobre las contradicciones del acusado entre sus declaraciones en instrucción y en el juicio se proclama que “el acusado no está obligado a declarar, y en el supuesto de que lo haga, la falta de credibilidad de sus declaraciones exculporias no constituye una prueba de cargo de su culpabilidad, pues también tiene el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo. Cuestión distinta es que existiendo prueba de cargo indiciaria de su culpabilidad, suficiente en sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, la escasa verosimilitud de sus afirmaciones no permita tomarlas en consideración como una explicación alternativa y razonable que desvirtúe la fuerza de convicción de la prueba de cargo”.

Las contradicciones en la declaración del acusado “no constituye prueba de cargo, ni es un indicio en su contra, sino que lo permitido, en su caso, es que sus manifestaciones, por no ser verosímiles, no se tengan en cuenta el tribunal si existen otras pruebas de cargo de suficiente entidad”.

2. TESTIFICALES ANTE LA POLICÍA

En cuanto a los testigos que en fase policial declararon que el acusado era el autor de los disparos, los mismos se desdijeron en el juicio oral, por lo que carecen de valor probatorio. Se cita el importante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del 3 de junio de 2015, en el que se establece como doctrina jurisprudencial que “las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio”; “no pueden operar como corroboración de los medios de prueba ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal ni como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron”.

3. TESTIGOS DE REFERENCIA

Respecto a las declaraciones de los agentes policiales se indica que “solo aportaron lo que recogieron a través de los testigos que no han mantenido su testimonio, por lo que conforme al citado Pleno no jurisdiccional, tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron”. No pueden tenerse en cuenta como indicio de cargo las declaraciones de los cinco agentes “que no están presentes en el lugar de los hechos, y a los que los testigos les manifestaron lo que había ocurrido”.

4. TESTIGO OCULTO Y TESTIGO ANÓNIMO

El recurrente alegaba la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ante la existencia de un testigo anónimo (se le denegó la identidad a la defensa) y oculto (la defensa no lo pudo ver ni oír en el juicio que oculto no contestaba a las preguntas por sí solo sino a través de una tercera persona, sobre la que también se desconoce su identidad; tampoco pudieron verlo ni oírlo los Magistrados).

En el fundamento jurídico segundo de la resolución, haciendo referencia a la STS 852/2016 de 11 de noviembre, se hace una amplia delimitación doctrinal y validez del testigo oculto y testigo anónimo, con constantes referencias a la doctrina del TC y del TEDH.

En los testigos protegidos distingue dos subcategorías:

4.1. El testigo oculto

Depone en el plenario con distintos grados de opacidad frente a la visión o control de las partes procesales. Modalidades:

- Que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído.
- Que deponga siendo visto por el tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público.
- Sistema de semi-ocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal, generalmente mediante el uso de mamparas y biombos.
- Otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o diferentes postizos).

Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.

Se considera que el testigo oculto (aquél que declara sin ser visto por el acusado) no vulnera el artículo 24 de la Constitución ni el artículo 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos al conocerse su identidad y al estar sometido el interrogatorio al principio de contradicción.

4.2. El testigo anónimo

Es aquel del que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales.

Modalidades:

- Supuestos en que debido a las contingencias o circunstancias particulares no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso.
- Supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes.

Sobre su constitucionalidad se hace referencia en principio a la STC 64/1994 de

28 de febrero, que a su vez hace un prolijo repaso de la jurisprudencia del TEDH.

Se estimaba que el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos exigía que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo, por lo que es contrario a la Constitución y el Convenio.

En la jurisprudencia posterior a 1994 del TC y del TEDH¹, si bien se mantiene que el acusado debe conocer la identidad de quien le acusa de modo que pueda cuestionar su fiabilidad y credibilidad², se da cierta eficacia como prueba a los testimonios anónimos cuando cumplan determinados requisitos.

Analizando dicha jurisprudencia del TEDH en las STC 75/2013 de 8 de abril y la STS 378/2009 de 27 de marzo, se admite el testigo anónimo siempre que concurren los siguientes requisitos:

1º que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión

motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto;

2º que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio;

3º que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

Esta validez muy limitada y en supuestos muy excepcionales es casi inexistente en la práctica, ya que, tal y como se recoge en la STS 852/2016 de 11 de noviembre, “no es fácil acudir a modulaciones valorativas de algo que aparece dañado de raíz, por lo que a lo sumo habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo”.

De dicha jurisprudencia se deduce que el testigo anónimo era considerado contrario al Convenio en la jurisprudencia hasta 1994. A partir de dicha fecha se admite en casos muy excepcionales, sólo como un elemento probatorio coadyuvante no decisivo, y siempre que los déficits de defensa puedan ser compensados con “medidas alternativas”, sin que en realidad se conozca cómo compensar dichos “déficits”, ya que, como dice el TS, el testigo anónimo es “algo que aparece dañado de raíz”.

5. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TESTIGO ANÓNIMO AL CASO

Concluye el TS que “la declaración del testigo protegido es una prueba ineficaz, ya que el déficit denunciado de identificación del testigo, así como de haber visto su imagen, y de la persona que declaraba por él, implica una obvia limitación del derecho de defensa, impidiéndole así verificar la credibilidad y fiabi-

lidad de las manifestaciones del testigo. Se trata por tanto de un testigo anónimo y oculto, con la doble limitación que ello implica para la validez y eficacia del testimonio”.

La consecuencia de ello no es la nulidad del juicio, sino que dicha prueba pierde su eficacia probatoria.

Perdiendo eficacia probatoria todos los indicios en que se había sustentado la prueba de los hechos en la sentencia de la Audiencia Provincial, el TS dicta nueva sentencia absolutoria.

6. CONCLUSIONES

Se ratifican los criterios jurisprudenciales relativos a la prueba de testigos. Los testigos de referencia carecen de valor probatorio si contradicen la declaración del testigo directo. Y dentro de las declaraciones del testigo directo, la que vale es la declaración en el juicio oral. Las declaraciones policiales tienen validez

para la investigación, adopción de medidas cautelares y, en su caso, dar lugar a la apertura del juicio oral. Una vez celebrado el juicio, las declaraciones previas sólo han de ser tenidas en cuenta para valorar la declaración dada en la vista, ponderando si ha existido reiteración o contradicciones.

El testigo protegido es anónimo en principio, pero tal y como fija la Ley de protección a testigos y peritos en causas criminales, la defensa tiene derecho a conocer su identidad antes del juicio oral si así lo solicita de manera motivada³.

No existen obstáculos legales para el testigo “oculto”, es decir, que se utilicen biombos u otros medios en los cuales el acusado no ve al testigo durante su declaración.

En la sentencia comentada, numerosos testigos in situ ante la policía señalan a una persona como presunto autor de los disparos; la policía identifica a cuatro de dichos testigos; dos de esos testigos

declaran ante la policía identificando a esa persona; sólo uno de los testigos mantiene su identificación ante el juez instructor; y no se mantiene la identificación por ese testigo en el acto del juicio oral. Por otra parte, sí mantiene la identificación un testigo anónimo, que carece de validez por su propio anonimato. Por tanto, del elenco de declaraciones producidas, ninguna tiene entidad suficiente para enervar la presunción de inocencia por ser testigos de referencia, declaraciones ante la policía, declaración en instrucción modificada en el juicio oral o un testigo anónimo y por tanto no válido.

No puede obviarse el problema de que los testigos puedan cambiar su testimonio en el acto del juicio oral si son amenazados o tienen miedo a declarar contra delincuentes peligrosos.

Tal vez habría que plantearse la conveniencia de una reforma legislativa, permitiendo que ante determinadas situaciones de peligro debidamente

constatadas o la posibilidad de intimidación a testigos, éstos pudieran declarar como prueba anticipada, con todos los requisitos legales para hacer prueba válida: contradicción, asistencia del investigado con letrado, grabación de la declara-

ción y reproducción de la grabación en el acto de la vista.

STS, Sala 2ª, 706/2018, de 15/01/2019

Recurso casación 10679/2017

Roj: STS 38/2019 -ECLI: ES:TS:2019:38

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).
Sentencia núm. 706/2018 de 15 de enero.

Tribunal Constitucional (Sala Primera).
Sentencia núm. 64/1994 de 28 de febrero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).
Sentencia núm. 852/2016 de 11 de noviembre.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Caso Hümmer contra Alemania. Sentencia de 19 julio 2012.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).
Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 3 de junio 2015.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido. Sentencia de 15 diciembre 2011.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).
Sentencia núm. 378/2009 de 27 de marzo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Caso Taal contra Estonia. Sentencia de 22 noviembre 2005.

Tribunal Constitucional (Sala Primera).
Sentencia núm. 75/2013 de 8 de abril.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Caso Birutis contra Lituania. Sentencia
de 28 marzo 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Huma-
nos. Caso Wisser contra Países Bajos.
Sentencia de 14 febrero 2002.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Caso Van Mechelen contra Países Bajos.
Sentencia de 23 de abril 1997.

Tribunal Europeo de Derechos Huma-
nos. Caso Doorson contra Países Bajos.
Sentencia de 26 marzo 1996.

1. SSTEDH 26 marzo 1996, 23 abril 1997, 14 febrero 2002, 28 marzo 2002, 22 noviembre 2005.

2. SSTEDH 15 diciembre 2011, 19 julio 2012.

3. “Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley (artículo 4.3 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales).

EL DELITO DE USURPACIÓN DE INMUEBLE.
PROBLEMAS DE PRUEBA.

Juan Javier Pérez Pérez
Magistrado-Juez
Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid

RESUMEN: *La consideración como delito leve de la usurpación de inmueble del art. 245.2 del Código Penal supone la ausencia de fase de instrucción. Ello, en esta clase de delitos, genera con frecuencia dificultades probatorias que pueden dar lugar a resultados injustos: por una parte, pueden causar indefensión; y, por la otra, pueden suponer condenas por no acreditar determinadas circunstancias que una investigación*

previa pudiera dejar de manifiesto y que pudieran suponer una absolución. Sería aconsejable una reforma que devolviera a este delito el carácter de menos grave.

VOCES: *Delito leve. Art. 13.4 del Código Penal. Usurpación de inmueble. Dificultades de prueba. Estado de necesidad.*

COMENTARIO

El art. 245.2 del Código Penal castiga, como una de las modalidades de los delitos de usurpación de inmueble, la ocupación de los mismos sin autorización debida, o el mantenimiento en ellos contra la voluntad de su titular. Dada la pena señalada en el tipo, multa de tres a seis meses, se trata de delito leve, conforme a los arts. 33.4 y 13.3 del Código Penal, y por aplicación del art. 13.4 del mismo texto legal, pues la extensión mínima, multa de tres meses, corresponde a la penalidad de carácter leve.

Antes de la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, este delito era de carácter menos grave y, por tanto, objeto del Procedimiento Abreviado. En consecuencia, su tramitación conllevaba la preceptiva fase de instrucción para

la investigación de los hechos, identificación de sus autores, y esclarecimiento de cualquier circunstancia que pudiera ser relevante para decidir sobre el eventual enjuiciamiento o sobreseimiento de la causa. La citada Ley Orgánica 1/2015 derogó las faltas e introdujo la figura del delito leve; algunas de las antiguas faltas pasaron a ser delitos leves, pero al modificar el citado art. 13.4 del Código Penal, también pasó a ser delito leve el de usurpación de inmueble del art. 245.2, que era hasta ese momento delito menos grave, aunque su pena no varió con la reforma.

La ausencia de fase de instrucción supone que el juzgado, una vez recibida la denuncia o el atestado policial, deba señalar el juicio oral y citar al mismo a las partes, conforme al art. 965 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal, absteniéndose de realizar diligencias de investigación propias de la fase sumarial; por el contrario, la realización de esa clase de diligencias podría suponer la concurrencia de la causa de abstención o recusación 11ª del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, consistente en *“Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.”*

Con frecuencia, en la denuncia no se identifica a los ocupantes del inmueble, por lo que en tal caso la actuación judicial debe limitarse a la mera identificación de quien se halle en el mismo, y su citación a juicio como encausado; actuaciones que usualmente se encomiendan a la policía judicial. Por lo tanto, sea cual sea el cuerpo policial o el funcionario judicial actuante, su función debería quedar limitada a las citadas, y ello con la exclusiva finalidad de permitir la celebración del juicio oral, estableciendo el ámbito subjetivo del procedimiento. Es asimismo habitual que el juzgado cite al juicio oral, como testi-

gos, a los agentes policiales que realizaron la identificación de los ocupantes del inmueble y su citación al juicio.

No parece compatible con la ausencia de instrucción judicial que el juzgado pueda encomendar a la policía judicial actuaciones de investigación añadidas, que supondrían actos de instrucción vedados en el procedimiento de Juicio sobre Delito Leve.

No obstante, puede ser necesaria la realización de otras actuaciones judiciales, indispensables para determinar el procedimiento a seguir; actuaciones de las que la jurisprudencia considera neutras, y por ello, no integran causa de abstención o recusación: por ejemplo, si se hubieran causado daños materiales, será necesaria su tasación por perito judicial, para determinar su cuantía inferior o superior a 400 euros, que pudiera afectar a la decisión de optar por el Juicio sobre Delito Leve o Diligencias Previas.

Lo que no cabe en el Juicio sobre Delito Leve es la realización de investigaciones

añadidas que no afecten a la estricta determinación del procedimiento, o a la identificación de las personas contra las que se dirige la denuncia. Ir más allá supondría una verdadera instrucción judicial de la causa, inexistente en esta clase de procedimiento, con afectación de la necesaria neutralidad e imparcialidad del juzgador, que podría dar lugar a la citada causa de abstención o recusación, e incluso a la nulidad del juicio oral celebrado por el juez que hubiera acordado verdaderas diligencias de investigación, sin abstenerse ni ser recusado.

La ausencia de fase instructora casa mal con la especial idiosincrasia de este tipo penal. Para que concurra el delito, la ocupación debe revestir una cierta entidad temporal, con exclusión del acceso temporal u ocasional. En este sentido, y resumiendo los criterios jurisprudenciales, la Sentencia nº 213/2015 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de mayo de 2015 ¹ declara:

“Del mismo modo tampoco serían punibles con arreglo a este tipo penal las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales, como pueden ser las meras entradas para dormir (SAP de Málaga (Sección 2ª) de 9 de octubre de 2000), o sin vocación de permanencia (SAP de Barcelona (Sección 5ª) de 14 de mayo de 2003 (LA LEY 2793/2003) y Valencia (Sección 4ª) de 9 de mayo de 2001). En el mismo sentido, la SAP de Granada (Sección 1ª) de 29 de mayo de 2000, entiende que el hecho punible ha de consistir en un apoderamiento físico del inmueble que ocasione una desposesión continuada, permanente y estable en el tiempo del titular.”

Obviamente, será en el juicio oral donde deban probarse los presupuestos del delito, incluida la permanencia en la ocupación. No obstante, dicha prueba será especialmente difícil cuando solo se disponga de la declaración testifical de los policías que identificaron y citaron a las personas a las que hallaron en el inmueble. Su testimonio solo podrá probar que en un

día y momento determinado esas personas se hallaban en el inmueble, pero no la permanencia en la ocupación. No puede asignarse valor probatorio a las manifestaciones que esas personas hubieran realizado a los policías, al no ser ratificadas en sede judicial, conforme a la reiterada jurisprudencia que excluye valor probatorio de cargo a manifestaciones espontáneas de encausados a agentes policiales, no ratificadas en una declaración judicial con todas las garantías procesales, incluida la asistencia letrada. Los agentes policiales no tienen en estos casos la condición de testigos de referencia del art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo tanto, incluso aunque las personas identificadas hubieran manifestado a los agentes que realmente estaban ocupando el inmueble, o que residieran en él, tales manifestaciones carecen de valor probatorio, no pudiendo acreditar el citado requisito de la permanencia.

La presunción de inocencia hace recaer en la parte acusadora la prueba del hecho delictivo y sus presupuestos. La mera cita-

ción del Ministerio Fiscal al juicio oral excluye de hecho la posibilidad de que el ministerio público aporte al juicio oral pruebas que no hubieran sido propuestas o aportadas por las demás partes. Por lo tanto, recae sobre la acusación particular, si está personada en la causa, la prueba de todos los presupuestos típicos, incluida la permanencia.

Ello, de entrada, limita seriamente las posibilidades probatorias si el perjudicado, titular o usuario del inmueble ocupado, no se persona; o si, personado o presente en el juicio, no realiza actividad probatoria alguna. Esta limitación se agrava cuando el perjudicado no es una entidad financiera, sino una persona física lega en derecho, que no tiene por qué personarse en la causa, ni contratar un abogado, pero puede sufrir las consecuencias de la falta de actividad probatoria.

Es frecuente en estos casos que el inmueble ocupado pertenezca a entidades bancarias o financieras, que se personen en la causa con asistencia letrada. Es asimis-

mo frecuente que estas entidades tengan contratado el mantenimiento o gestión de su cartera de inmuebles con empresas dedicadas a estos menesteres. En todo caso, corresponderá al denunciante o acusador particular aportar al juicio oral los medios de prueba de sus alegaciones. Sería pues, conveniente, que se aportaran los testigos que hubieran tenido contacto directo con los ocupantes de sus inmuebles, o la documentación acreditativa de tales contactos (identificación del titular ante los ocupantes, manifestación de su voluntad contraria a la ocupación, requerimiento de desalojo, etc.); tanto si esos testigos son personal de la entidad propietaria o de la gestora utilizada al efecto.

No siempre ocurre así, y en numerosos casos la entidad propietaria se limita a formular la denuncia por ocupación, contra los ocupantes desconocidos, asumiendo en adelante un papel pasivo y limitándose a recibir la citación judicial y a comparecer al juicio oral sin pruebas añadidas.

Si al juicio son citados asimismo los policías que realizaron la identificación o citación, éstos solo podrán acreditar la presencia del encausado en el inmueble en una única ocasión, no la permanencia.

Por exclusión, y si se dan los demás presupuestos citados (y se dan con frecuencia), la permanencia en la ocupación solo podrá, quedar acreditada si la reconoce el propio encausado. Ello supone la paradoja de que, en estos casos, puede ser conveniente para el encausado la ausencia al juicio oral; también le favorecería acogerse a su derecho a no declarar; o, simplemente, declarar y negar la permanencia, manifestando, por ejemplo, ser un mero visitante del ocupante real, sea ello o no cierto.

En definitiva, en determinados casos, frecuentes en la práctica, todo lo que no sea la admisión por el encausado de una ocupación permanente del inmueble, supone la falta de acreditación de un presupuesto del delito que, por ello, debería suponer la absolución; con la consi-

guiente impunidad de verdaderas conductas delictivas.

Puede citarse un ejemplo ilustrativo, del que conoció el autor de este artículo, que celebró el Juicio sobre Delito Leve 91/2016 del Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid. Se trataba de la ocupación de todo un edificio por un colectivo de personas que lo utilizaban para habitar en él y para la realización de diversos actos de carácter alternativo, como exposiciones, conferencias, talleres de teatro, etc. El juzgado ordenó a la policía identificar y citar a los ocupantes, lo que supuso que el juicio oral se celebrara contra las 14 personas que fueron identificadas. De ellas, solo una compareció al juicio oral, admitiendo que vivía en ese edificio y participaba en las actividades citadas. Los agentes policiales solo manifestaron que identificaron y citaron a todos a quienes hallaron allí. Ninguna prueba permitía establecer si los otros trece encausados, ausentes al juicio oral, eran ocupantes permanentes del inmueble o meros visitantes o usuarios de alguna de sus actividades. Consiguientemente,

la Sentencia de 12 de julio de 2016, condenó al encausado confeso, absolviendo a los otros trece. Recurrída solo por el condenado, la sentencia fue confirmada por la nº 260/2017, de la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de abril de 2017 ².

Este resultado, consistente en la condena de quien comparece al juicio oral y la absolución de quienes no lo hicieron, no parece ajustado a postulados de justicia material. Ello es, en buena parte, consecuencia de la consideración de la usurpación de inmueble como delito leve, excluyendo una fase de instrucción que pudiera constatar la posible participación real en los hechos de cada inculpado. El ejemplo expuesto es un caso extremo, debido a la pluralidad de ocupantes y sus distintas actuaciones procesales, pero la misma conclusión, con posible impunidad real, afecta a numerosos asuntos de ocupaciones de inmuebles en los que la prueba de la permanencia se revela verdaderamente difícil sin haber procedido a una investigación judicial previa, que no permite este proceso.

La ausencia de instrucción no solo puede generar impunidad real, favorable al encausado. También puede ser perjudicial para el mismo, en caso de condena, a la hora de apreciar posibles eximentes o atenuantes, especialmente, el estado de necesidad. Para su aplicación en esos casos la jurisprudencia menor suele exigir que el ocupante del inmueble acredite no solo su situación de penuria económica, sino el hecho de haber agotado todos los medios lícitos de subvenir a su necesidad, demandando la intervención de las instituciones públicas competentes en la materia. Así, por ejemplo, puede citarse la Sentencia nº 210/2016 de la sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de marzo de 2016 ³, que analiza la eximente de circunstancia eximente de estado de necesidad, del art. 20.5º del Código Penal en relación con el delito de usurpación de inmueble. Declara esta sentencia:

“Por lo que se refiere a la eximente de estado de necesidad prevista en el art. 20.5 del Código Penal (LA LEY 3996/1995),

y en relación al delito de usurpación, precisamente, se ha desarrollado ya en numerosas resoluciones el análisis de la circunstancia invocada. Entre otras muchas podemos citar la Sentencia de 02-03-2015, de esta Audiencia Provincial (Sección 15. ROJ: SAP M 2735/2015), que señala que: "la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquéllos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito". Complementando lo dicho ha sostenido también, por ejemplo, la SAP M de 12-03-2015 (ROJ: SAP M 3997/2015) que no pueden ser los propios interesados quienes decidan sobre los límites de su "estado de necesidad".”

Si bien la carga de la prueba de una eximente corresponde a la parte que la alega,

según declara reiterada jurisprudencia, no es menos cierto que la fase sumarial debe constatar “todas las circunstancias que puedan influir en su calificación (del delito)”, conforme al art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que en estos casos, también los datos configuradores del estado de necesidad podrían ser objeto de la instrucción de la causa, si esta existiera. Al no existir, serán el encausado y su defensa quienes deban acreditarlo, pero la realidad muestra de nuevo con frecuencia que en el juicio oral a menudo se producen meras alegaciones de situaciones que pudieran configurar verdaderos estados de necesidad, pero sin prueba alguna que los acredite.

De igual modo, tampoco es inusual la alegación por los encausados de hechos que pudieran excluir su responsabilidad penal (por ejemplo, una previa autorización, siquiera temporal de uso del inmueble; el engaño por quien afirmaba ser titular del inmueble y se lo alquiló de forma espuria, etc.), pero sobre los que no se aporta prueba alguna en el juicio oral.

En estos casos, una fase sumarial previa sería especialmente útil para poder comprobar estas versiones de descargo, pero su ausencia lo impide, dejando a la mayor o menor actividad de las partes, o de sus letrados, no solo la acreditación del hecho delictivo, sino también de las circunstancias que excluirían el delito.

En definitiva, se sostienen aquí las siguientes conclusiones:

1º.- El delito de usurpación de inmueble del art. 245.2 del Código Penal, aun no siendo un delito complejo, debería requerir una previa instrucción judicial que el Juicio sobre Delito Leve no permite.

2º.- En consecuencia, el resultado final puede ser materialmente injusto, aunque ajustado a las reglas procesales, por quedar, en buena medida, en manos de la mayor o menor actividad de las partes. Ello puede generar, por una parte, impunidad de hecho, en caso de una insuficiente actividad del denunciante o la acusación particular; y, por otra, conde-

nas, pese a la existencia de circunstancias reales, pero no acreditadas, que en caso de probarse hubieran supuesto la absolución. En suma, de sentencias materialmente injustas en ambos casos.

3º.- Sería por tanto aconsejable, en opinión de este autor, una reforma del art.

13.4 del Código Penal que devolviese al art. 245.2 la condición del delito menos grave, con la consiguiente fase sumarial que permitiera un esclarecimiento real de los hechos y un resultado final acorde con los mismos y más justo, en todos los sentidos.

1 (ROJ: SAP M 6773/2015 - ECLI:ES:APM:2015:6773)
2 (ROJ: SAP M 5534/2017 - ECLI:ES:APM:2017:5534)
3 (ROJ: SAPM 3678/2016 - ECLI:ES:APM:2016:3678)

RESUMEN VOCES

SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO REFERIDAS A LA NUEVA MODALIDAD DE CASACIÓN BASADA EN INTERÉS CASACIONAL FRENTE A SENTENCIAS DICTADAS EN APELACIÓN POR LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2015 DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. AÑO 2018

Manuel Jaén Vallejo

Magistrado

Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe

SENTENCIA NÚM. 677/2018, de 20-12. ROJ: STS 4353/2018. ECLI: ES: TS: 2018: 4353. Recurso de casación 1388/2018. Ponente: Magistrado D. Vicente Magro Servet. Estima el recurso. Voto particular.

VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA FAMILIAR

(art. 153.1 y 2 CP):

hipótesis de agresión recíproca entre hombre y mujer en relación de pareja o ex pareja; inexigencia del ánimo de

dominación o machismo en la conducta del hombre; apreciación objetiva del maltrato sin aditamentos de prueba subjetivos, imposibilidad de degradar los hechos de maltrato a delito leve del art. 147.3 CP cuando se trata de agresión mutua de hombre y mujer en el ámbito relacional previsto en el art. 153 CP; revocación de sentencia absolutoria y condena; viabilidad de la condena en casación por afectar tan solo a la subsunción del hecho probado en el tipo penal del art. 153 1 y 2 CP sin alterar la redacción de los hechos probados.

En el presente caso, el recurso de casación, formulado por el Ministerio Fiscal, se dirigía contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que desestimó recurso de apelación contra sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal por delitos de maltrato del art. 152.1 y 2 CP. Los hechos probados de la Sentencia eran los siguientes: “Queda acreditado que los encausados, Pablo Jesús y Palmira, pareja sentimental, el día 6 de diciembre de 2017, cuando se encontraban en la C/ DIRECCION001 junto a la disco-

teca “DIRECCION000 “, en un momento determinado se inició una discusión entre ellos motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira, sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro”.

La STS estima el recurso, casa y anula la sentencia de la Audiencia, dictando una segunda sentencia, en la que condena al hombre, como autor de un delito del art. 153.1 CP, a la pena de seis meses de prisión, y accesorias, y a la mujer, como autora de un delito del art. 153.2 CP, a la pena de tres meses de prisión, y accesorias.

Las conclusiones de la Sentencia, expuestas en esta misma, según transcripción literal, son las que siguen:

1.- Inexistencia de base legal para absolver.

No existe base ni argumento legal para degradar a delito leve del art. 147.3 CP una agresión mutua entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja de la que no se desprendan lesiones objetivables. Esta conducta está claramente tipificada en los apartados 1 y 2 del art. 153 CP.

2.- Inexigencia del ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar.

Ambos apartados del precepto no incluyen ni exigen entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. El “factum” solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal.

3.- La riña mutua no puede suponer un beneficio penal.

Degradar la conducta a delito leve del art. 147.3 CP, con la circunstancia de exigir en este caso denuncia supone un beneficio penal para cualquiera de los agresores que no está contemplado ni en el tipo penal, ni en la filosofía de la LO 11/2003, ni en las sucesivas reformas legales que han introducido modificaciones en el tratamiento de la violencia de género y doméstica.

4.- No degradación penal por el desvalor del resultado en la riña mutua.

Si se degrada la tipicidad por el desvalor del resultado, al no existir lesiones y derivarlo al art. 147.3 CP, se atenta contra la propia filosofía del art. 153 CP, que solo exige que entre los sujetos exista la relación fijada de forma objetiva y que el acto objetivo integrante del tipo penal sea de golpear o maltratar sin causar lesión. La aplicación del tipo solo exigiría la acreditación de la violencia, aunque sin lesión. Y esto es maltrato en ambas direcciones

si hay riña y agresión mutua sin legítima defensa.

5.- Tampoco puede degradarse penalmente la conducta antijurídica del sujeto activo del art. 153.2 CP por existir una riña mutua:

En el apartado 2º del art. 153 CP se remite a la conducta del apartado 1º, es decir, golpear o maltratar sin causar lesión y en este el sujeto activo puede ser la mujer y el pasivo el hombre, pero no degradando la conducta de la mujer que el hombre, además, antes o después, agrede también. En ambos casos, salvo en aquellos en los que concurren circunstancias modificativas de responsabilidad, como puede ser la legítima defensa completa o incompleta, el hecho exige para su tipicidad el comportamiento objetivable de la agresión. Cuestión distinta, como decimos, es que el sujeto se defiende ante el acometimiento del otro, aunque ello entraría ya en la apreciación, o no, de circunstancias eximentes o atenuantes, no en la concurrencia de conducta antijurídica que

encuentra su acomodo en el art. 153 CP, según sea el caso.

6.- La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 no es un tipo penal. No puede extraerse de la Exposición de motivos de la LO 11/2003 y trasladarse al tipo penal del art. 153.1 y 2 CP un elemento subjetivo del injusto que requiera de la concurrencia de la dominación o machismo en el ataque del hombre a la mujer cuando existe un acometimiento recíproco entre ellos, pero tampoco cuando existe solo un acometimiento del hombre a la mujer, ya que no lo exige el tipo penal, sino solo el objetivo de la agresión.

7.- Respeto al principio de tipicidad penal.

Si el hecho probado constituye un acto típico y antijurídico no existe razón legal alguna para dictar una sentencia absolutoria por la circunstancia de que el sujeto activo lo sea, al mismo tiempo, sujeto pasivo, por la agresión que le responde la persona a quien golpeaba o maltrataba, y

sin amparo legal alguno que cubra esa modificación.

8.- **El respeto al hecho probado.** No hay cobertura legal para amparar la modificación del tipo penal que sanciona la conducta declarada probada, por una circunstancia absolutamente ajena a la conducta antijurídica, cual es que exista una riña mutua y ambos sujetos se golpeen, aun sin causar lesión. Esta circunstancia no puede cambiar la tipicidad del hecho para pasarlo del art. 153.1 y 2 CP al art. 147.3 CP.

9.- **Posibilidad de aplicación del apartado 4º del art. 153 al caso concreto.**

Lo que sí es posible aplicar es la vía del art. 153.4 CP que señala que: 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. Ello permitirá graduar la respuesta penológi-

ca al caso concreto, pero no absolver por la circunstancia de que exista agresión mutua y no se haya probado por la acusación el ánimo de dominación o machismo en el hombre. Este tipo atenuado sería el marco adecuado para tener en cuenta, en su caso, algunas de las circunstancias que se valoran por los jueces y tribunales para excluir la aplicación del artículo 153.1 CP.

10.- **Posibilidad de valorar supuestos de legítima defensa.**

Dentro de la abierta posibilidad de valorar cada caso concreto sin encorsetamientos no deseados resulta viable que en caso de agresión recíproca pueda valorarse la opción de la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal de la legítima defensa, que podría dar lugar a una exención o atenuación de la pena, lo que queda al ámbito de la prueba de sus circunstancias en el juicio oral. Con ello, habrá que estar al caso concreto y su prueba.

11.- No existe una presunción de dominación *iuris et de iure*, pero ello no es elemento del tipo penal del art. 53 CP.

No es un elemento del tipo desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico. Cuestión distinta es el trasfondo sociológico del hecho. El hecho típico del art. 153 CP determina la objetividad del acto según la concurrencia de los elementos de la acción descrita en el tipo penal respectivo, lo que quedará en el ámbito del derecho probatorio. Incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo. Y su ausencia no permite degradar el hecho a delito del art. 147.3 CP.

La STS contiene el voto particular de un magistrado, al que se adhieren otros tres, en el que se concluye que el art. 153.1 se refiere solamente a la violencia de género, y que “existirá violencia de género cuando

la agresión (la violencia) tenga lugar en el marco de las relaciones de pareja, actuales o ya finalizadas, y cuando se produzca dentro de una pauta cultural, que puede identificarse como un contexto de dominación, en el que se atribuyen a la mujer unos roles personales y sociales que la sitúan en una posición de inferioridad y subordinación respecto a su pareja o expareja masculina, que con su actitud y forma de comportarse la cosifica tratándola como un objeto de su propiedad, incapaz como ser humano de adoptar decisiones libres que deban ser respetadas”, añadiendo que “la concurrencia del contexto de dominación, es decir, de las características y circunstancias de la conducta que provoquen la colocación de la mujer en aquella inadmisibles posición de inferioridad y de subordinación a su pareja o expareja masculina, no puede presumirse en contra del reo”, de manera que “debe ser acreditado por las pruebas de cargo, aportadas por la acusación, y debe figurar de forma expresa en los hechos probados de la sentencia condenatoria”.

En el caso concreto, a juicio del magistrado que emite el voto particular, no concurría en los hechos probados ningún elemento que permitiera entender que la agresión del varón a la mujer se produjo en el marco de una relación de dominación, humillación o subordinación de esta última respecto de aquel. “Por el contrario, del relato fáctico no es difícil deducir que las agresiones mutuas tuvieron lugar en un nivel de igualdad, en el que dos seres humanos, con independencia de los roles personales y sociales que cada uno pueda atribuir al otro, se enfrentan hasta llegar a la agresión física, teniendo como base una discrepancia sobre un aspecto intrascendente de su vida, discrepancia que pudiera haberse producido y tratado entre cualesquiera otras dos personas, sin implicar superioridad inicial de ninguna sobre la otra. En cualquier caso, aquel contexto no se declara probado en la sentencia impugnada”.

Por tanto, en tales condiciones, “la aplicación del artículo 153.1 al acusado varón, resulta automática y mecánica, e implica

una presunción en su contra relativa a la concurrencia del elemento objetivo que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, justifica que la sanción sea diferente y más grave que la que correspondería al otro miembro de la pareja que ejecuta hechos de idéntica relevancia penal. Partir de la base de que concurre el elemento que justifica el trato desigual es contrario a la presunción de inocencia. Y hacer que el acusado responda, de modo automático y mecánico, de una característica de la conducta, necesaria para justificar la desigualdad de trato, que no se ha probado en el caso, además, vulnera el principio de culpabilidad”, añadiendo además, que en el caso concreto no era de aplicación el art. 153.1 al acusado, y que ambos acusados debieron ser condenados como autores de un delito del art. 153.2 CP. Además, “dada la escasa gravedad de los hechos, en atención a la obtención de una reacción punitiva que, en su conjunto, pudiera considerarse más proporcionada, en mi opinión debió imponerse la pena inferior en grado, conforme al artículo 153.4 CP”.