

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Producido el hecho delictivo, e incoado el correspondiente procedimiento penal por delito, se está en la celebración del juicio y, por tanto, en el desarrollo de la prueba, posteriormente a la declaración de la única víctima (supongamos un robo en casa habitada, caracterizado por la ausencia de testigos y el aprovechamiento de la intimidad en la acción). Cuatro son los autores, amigos entre sí antes de los hechos, con amistad mantenida posteriormente hasta el día de la vista (manifestado en tal sentido en el juicio, a preguntas del fiscal y de su defensa). Se sobreentiende que los autores no son detenidos y que tan sólo han sido vistos por la víctima. Excluimos la diligencia de reconocimiento en rueda, porque pretendemos dar validez a la prueba, por lo declarado por los coimputados y la víctima esencialmente y admitimos ciertas precisiones, que no identificaciones en el acto del juicio, del perjudicado respecto de las intervenciones en concreto de cada uno de los acusados el día de los hechos, que obligan a la víctima a referirse a cada uno de los acusados, señalándolos. En el acto de la vista oral, reconocen su participación y la de los otros dos que niegan. La víctima declara de manera precisa y persistente. Las partes realizan el interrogatorio y las defensas de los dos acusados que niegan su intervención en los hechos, someten a contradicción, con reiteradas preguntas, a los dos acusados que admiten su autoría.

Todos ellos, antes de iniciarse el juicio oral consignan un dinero equivalente a la indemnización judicial, como responsabilidad civil dimanante del ilícito penal, a disposición del perjudicado.

La sentencia resulta condenatoria para todos ellos y entiende destruida la presunción de inocencia con base exclusiva en la declaración de la víctima y de los coimputados.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Declaraciones de los coimputados.
2. Declaraciones de la víctima.
3. Reparación del daño.

• **SOLUCIÓN:**

1. La primera de las cuestiones sugiere la posibilidad de dar crédito a la coimputación, aun cuando la prueba pudiera parecer escasa, en un delito de por sí con poca prueba, pues tan sólo se dispone de la víctima y de los acusados. La víctima ha visto a los autores y no se ha practicado el reco-

nocimiento en rueda. Por tanto, no quedaría vulnerado el principio de legalidad ni el de seguridad jurídicas si la sentencia fuera condenatoria, ni se quebrantaría el *in dubio pro reo*, si la convicción del juzgador se dedujera de los elementos a que vamos a referirnos, los cuales por sí solos desmontarían la presunción de inocencia.

Obsérvese, en consecuencia, que la razón de ser del caso práctico es ilustrar sobre lo necesario para dar crédito a unas declaraciones y a una prueba exigua en la cantidad, que no en la calidad de lo ilustrado al juzgador. Así, conviene precisar lo necesario a tales efectos: se podría alegar que la coimputación de unos respecto de otros, al ser exculpatoria en los primeros y perjudicar, por el contrario, a los segundos es inane y no ha de tenerse en cuenta, eludiéndose todo valor probatorio. Pero estaríamos lejos de la realidad jurídica si olvidáramos el fallo de la sentencia: condenatorio para todos ellos. No puede prosperar la alegación exculpatoria, pues como reitera la doctrina del Tribunal Supremo (TS) se valorará en estos casos un conjunto de elementos: la personalidad del delator y sus previas relaciones con el «designado como partícipe»; la existencia o no de móviles turbios e inconfesables o espurios y la ausencia de intención exculpatoria. Veamos cada uno de ellos con relación a lo expuesto en el supuesto fáctico: no puede hablarse de móviles turbios en quienes declaran así, pues la amistad se ha mantenido entre todos hasta el día del juicio, lo que demuestra la inexistencia de otros de los requisitos indicados, es decir, posibles venganzas, resentimientos, sobornos... que, en conjunto, restan verosimilitud a la declaración. Finalmente el fallo de la sentencia demuestra que la imputación no suponía la exculpación. Tampoco olvidamos la contradicción. Si en el juicio hubo distintos letrados, distintas defensas entre los dos que coacusan y los dos que niegan, la prueba de la espuria intención en su caso pudo quedar reflejada en el juego procesal de preguntas y repreguntas en su caso, que evidentemente existirían y sin embargo no persuadieron al juzgador de la inconsistencia de las declaraciones de los otros acusados.

Ni que decir tiene que la confesión judicial de un hecho en el acto de la vista «debe suponer una declaración fiel de lo realmente sucedido», debe trasladarse al juzgador el conocimiento real, eliminándose la dudas de lo mendaz. Incluso el silencio o la negativa (si fuere el caso) no eliminan la prueba de la culpabilidad, cuando hay un cúmulo de indicios alternativos que conducen al fallo condenatorio (STS de 29 de marzo de 1999). De haber existido retractaciones con arreglo a lo declarado en la fase de instrucción, las mismas podrían seguir fundamentando una sentencia condenatoria, en este caso de manera más simple, pues es en el juicio donde se inculpa; pero si se produjera una retractación en el sentido inverso (que se inculpara a los otros dos en fase de declaración ante el instructor, para, después, negarlo en el plenario), tampoco tal circunstancia excluiría, sin más, la condena. La jurisprudencia exige en estos casos que se examine la coherencia de dicha retractación. Si no es convincente y hay otros elementos de prueba puede no valorarse la retractación (SSTS de 9 de octubre de 1991). Una retractación no hace inexistente lo declarado anteriormente (José María Paz Rubio; pero sí conviene precisar que puesto que nos estamos refiriendo a lo declarado con anterioridad al juicio y a relevancia posterior en la vista en caso de retractación o desmentido, la jurisprudencia viene exigiendo algo más que un mera ratificación, no sólo en la instrucción sino en la vista, a fin de no convertir al Juez en mero sujeto pasivo paciente de lo anteriormente declarado, incluso en la comisaría.

2. La declaración de la víctima por sí sola puede bastarle al fallo de la sentencia. Por supuesto que el razonamiento de la misma debe cumplir con las exigencias del artículo 120.3.º de la Constitución Española, necesitando de una motivación que excluya la duda. En consecuencia, en el caso práctico se cuenta con las declaraciones de los acusados y la de la víctima. Se reconoce la dificultad de ener-

var la presunción de inocencia cuando existe una sola prueba consistente en una sola declaración; pero de la motivación de la sentencia se debe llegar a la conclusión inequívoca de la acción y de la autoría. No se condena por dudas sino por clara convicción de lo acontecido. Le sirve al supuesto práctico una manifestación clara de lo acontecido por la víctima que no ofrezca duda alguna para justificar el fallo. Y así, la jurisprudencia entiende la necesidad de la motivación más extrema si cabe en este tipo de hechos, cuando se producen en la intimidad, cuando no cabe encontrar más testigos, pues la propia naturaleza del delito acontecido hace inviable la presencia de otras personas en la escena que pudieran aportar más datos. En un delito de robo en casa habitada con un único morador, resulta extraño exigir más prueba, y si no se precisa del reconocimiento en rueda, basta la testifical de la víctima y basta el señalamiento inequívoco de los acusados, con distribución de actividades dentro de la vivienda y otros datos de interés para la causa, para conseguir persuadir al juzgador del hecho y de la autoría.

La jurisprudencia del TS nos dice que puede condenarse con la declaración de un solo testigo, incluso cuando su testimonio se encuentra con otros adversos; pues lo contrario sería como sancionar a la víctima porque el hecho delictivo se haya producido en la intimidad entre ella y el culpable. De ahí que se entienda superado el principio *tesis unus, tesis nullus*, dejando impunes los delitos producidos al amparo del secreto (SSTS de 23 de mayo de 1995).

Ahora bien, dicho cuanto antecede, convengamos en la necesidad de establecer unos requisitos legales para la condena en estos supuestos:

- La ausencia de incredibilidad subjetiva. La falta de relaciones de todo tipo entre los imputados y la víctima sugiere la inexistencia de móviles turbios, tales como el resentimiento o la enemistad, útiles para enervar la credibilidad del testimonio de la víctima. Importa decir que lo objetivamente considerado como resentimiento no es aplicable a la víctima, a quien no puede considerársela indiferente respecto de lo acontecido, bien en su persona, bien en su patrimonio. Por tanto, no puede establecerse una relación entre la declaración y la venganza por lo acontecido, sin que ello diga que no haya de valorarse el grado de fiabilidad de lo declarado.

- No es simplemente la verdad del testimonio, sino la constatación de la realidad del mismo, por la fehaciencia de la producción de un hecho delictivo y otros datos objetivos probados. Es decir, se prueba el robo, la prueba de los daños habidos en el domicilio para entrar, etc.

- La persistencia en la incriminación. O lo que es lo mismo, la ausencia de contradicciones a lo largo de todas las actuaciones.

3. La reparación del daño a la víctima, circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 21. 5.º del texto legal, podría justificar una disminución de la penalidad, por aplicación de lo establecido en el artículo 66, que no rebasaría el grado, es decir, estaríamos dentro de la mitad inferior de la pena base o tipo prevista para el delito. No se trata aquí de discutir acerca de la cuantificación de la pena, sino de la observancia de la circunstancia en el fallo, por haber procedido todos los culpables a la consignación de las indemnizaciones civiles en el órgano judicial antes de la iniciación de la vista oral. El tipo penal dice literalmente: «(...) haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral». Es obvio que las dificultades de apreciación o no de esta atenuante no radican en la temporalidad. El precepto es claro y la consignación del dinero antes del juicio oral no admite interpretaciones confusas. Por tanto, este requisito está cumplido. Ahora bien, conviene des-

granar la estructura del artículo 21.5.º para centrarnos en la palabra clave del mismo: reparación. ¿Qué entiende la jurisprudencia por reparación? No es un concepto estrictamente civil, va más allá del artículo 110 del Código Penal. No se trata de conseguir la restitución del bien sustraído, por ejemplo, además de la indemnización del daño producido. El mismo artículo 110 dice «reparación», y aunque su significación se haya trasladado al ámbito aparentemente jurídico-civil, se contemplan en dicha palabra todo acto indicativo de ayuda a la víctima. Es un artículo con un claro matiz de política criminal, que permite contemplar, como algo propio de la prevención especial, la reeducación del condenado, por colaboración con la víctima y la sociedad; colaboración que se premia, pues al perjudicado sí le importa la restitución de lo sustraído o la indemnización por lo dañado. Colaboración que tiene en cuenta las posibilidades económicas de quien restituye. Y si bien en este caso no tienen especial relevancia al devolverse el todo, no puede omitirse cómo en delitos de apropiación indebida o de alzamiento de bienes, la restitución de la parte por quien pudo devolver el todo obliga a atender a la capacidad económica de quien pretende obtener una rebaja de pena basada en la devolución parcial injustificada. Reproche que aumenta más el injusto, si cabe, del delito cometido por quien carece de indigencia económica que pudiera proporcionar cierta razón de ser del delito cometido por el agente.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS 16 de diciembre de 1986, 9 de marzo de 1988, 29 de abril y 29 de octubre de 1990, 9 de octubre de 1991, 13 de mayo de 1992 y 23 de mayo de 1993, 20 de enero y 23 de mayo de 1995, 12 de noviembre de 1997, 26 de mayo de 1998, 30 de enero de 1999 y 4 de febrero de 2000.**
- **ATC 293/1997, de 11 de marzo.**