

**TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 99/2012 de 27 febrero.**

**Resumen:**

**El Tribunal Supremo estima que las manifestaciones que constan en el atestado policial no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales y sostiene que las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECr., tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.**

## **I. ANTECEDENTES**

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado nº 6826/2004 contra Aurora, Mateo y Salvadora , por delito de estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 10 de mayo de 2010 en el rollo nº 88/2007, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Que en día no determinado del mes de marzo de 2004 Margarita conoció a través de una hermana de Mateo, mayor de edad, nacido en Colombia, con antecedentes penales no computables y en situación administrativa regular en España, a la que conocía a su vez por ser cliente de una peluquería que regentaba la citada hermana de Mateo, a Aurora, también cliente de la peluquería, mayor de edad y sin antecedentes penales.- Aurora era gestora administrativa, con nº de colegiada 2800, y tenía por entonces una Gestoría Administrativa en la Avenida de Valladolid nº 19 de esta Capital, que luego, con el nombre de Gestoría Sáez, se ubicó en la c/ Tomasa Ruiz nº 5 de esta Capital, si bien también compartió durante una temporada las instalaciones que Mateo tenía en un Ciberlocutorio sito en la c/ Mercedes Arteaga, nº 15 de esta Capital, en la que ambos desarrollaban funciones de gestores administrativos y Mateo , también de agente de seguros, contactando con ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular, en parte a través de la peluquería de la hermana de Mateo , en parte a través del locutorio.- Margarita entregó a Aurora un certificado de empadronamiento, el billete de avión del vuelo con el que llegó a España, una oferta de trabajo de un Abogado para repartir publicidad de su despacho, su tarjeta de la Seguridad Social, resguardos de envío de dinero efectuados a su país natal, Ecuador, así como 200 € en el despacho de la Avenida de Valladolid para que aquella gestionase su solicitud de permiso de residencia y trabajo en España.- Al cabo de un mes y medio, como no tenía noticias de dicha solicitud de permiso de trabajo y residencia, Margarita habló con Aurora , ya ubicada en la c/ DIRECCION000, pidiéndole que acelerase los trámites, pues deseaba ir a su país a la graduación escolar de su hijo. Aurora le pidió 5000 € para acelerar los trámites y Margarita los obtuvo de su entonces pareja sentimental (hoy su marido), Celso, entregándoselo Margarita a Aurora a finales de Junio de 2004. Como seguía sin recibir noticias de Aurora, la llamó con insistencia, haciéndole finalmente Aurora entrega de una solicitud de autorización de residencia y trabajo a su nombre, con un sello de la Jefatura Superior de Policía, Brigada Provincial de Extranjería y Documentación. Residencias y Estancias, estampado en la misma con fecha de entrada de 26-08-2004.- Dicha solicitud, que fue firmada por Margarita , fue presentada por

Aurora , sin la preceptiva presencia de Margarita , en la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, en la c/ Los Madrazo nº 9 de esta Capital, a Salvadora , mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionaria interina de la referida oficina en las fechas comprendidas entre el 3-10-2003 y el 20-10-2004, así como entre el 13-06-2005 y el 14-03-2007, que estampó el sello de entrada de la solicitud en las oficinas, sin que Margarita hubiese concertado una cita previa, ni, consiguientemente, ésta se hubiese anotado en el Libro de Citas, sin darle un número de registro a su solicitud ni grabarla en la aplicación informática de la Dirección General de Extranjería, contraviniendo así las funciones que tenía encomendadas y sin que le diese trámite, recibiendo Margarita la copia sellada en la creencia de que su solicitud había sido admitida a trámite.- Salvadora también conocía a Aurora de coincidir en la peluquería de la hermana de Mateo y recibió de Aurora y de Mateo la cantidad de 6.500 € a cambio de lo cual Salvadora se prestó a poner el sello de entrada en las solicitudes que le presentaran en la c/ Los Madrazo, aunque no hubiese cita para el extranjero al que se refería la solicitud, o éste no se personase en el lugar o no se adjuntase documentación alguna con la misma.- A finales del año 2004 Urbano encargó a Mateo , que se hacía pasar por gestor administrativo, que tramitase sendas solicitudes de trabajo y residencia para sí y para la madre de sus hijos, Bárbara , personándose para ello ambos tanto en la Gestoría de la c/ Tomasa Ruiz como en la de la c/ Mercedes Arteaga.- En la solicitud de Urbano , galerista de arte, Mateo hizo figurar datos falsos, como el de la identidad de su madre, pues hizo constar el nombre de una religiosa, Martina , y el del empleador, aportando una oferta de trabajo de Clemente , que nunca la formuló, para que Urbano trabajase como mecánico.- Del mismo modo, Mateo relleno la solicitud de Bárbara con datos falsos, recibiendo de Urbano la cantidad de 5000 € por cada una de dichas solicitudes, que fueron presentadas por Aurora a Salvadora , la cual estampó un sello de entrada de fecha 11-10-2004 en la de Urbano , que finalmente obtuvo su permiso, no así Bárbara , cuya solicitud no se tramitó, consiguiendo posteriormente Urbano de Mateo la devolución de 1500 € por la falta de tramitación del permiso de Bárbara ." (sic)

## SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Aurora y a Mateo como responsables en concepto de autores de un delito continuado de estafa y un delito continuado de cohecho y a Mateo como responsable en concepto de autor de un delito de falsedad en documento oficial, así como a Salvadora como responsable en concepto de autora de un delito continuado de cohecho y de un delito continuado de falsedad en documento oficial, concurriendo en todos ellos la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas como muy cualificada [...]

## CUARTO

Notificados los autos a las partes, se prepararon recursos de casación, por los condenados y por el Abogado del Estado, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos. [...]

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS**

Recurso de Aurora

PRIMERO

1.- En el primero de los motivos, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, **denuncia la vulneración de la presunción de inocencia por la sentencia recurrida al proclamar como hecho probado la entrega de 6500 euros a la coacusada D<sup>a</sup> Salvadora a cambio de que se prestase a poner el sello de entrada en las solicitudes que presentara en la oficina en que ésta trabajaba, como funcionaria interina. [...]**

3.- La sentencia recurrida pretende justificar en la fundamentación jurídica la afirmación de que los acusados D. Mateo y D<sup>a</sup> Aurora hicieron una entrega de dinero a D<sup>a</sup> Salvadora y de que obedecía a la finalidad de "corrupción de la función pública".

Es de resaltar que dicha fundamentación jurídica corrige lo que se declara como hecho probado. Como tal, en efecto, se declara la entrega del dinero, sin indicar más que la finalidad, y dejando sin especificar si era en concepto de préstamo, que es lo que luego se añade en la fundamentación jurídica.

Expone en ésta, **como prueba de dicha entrega de dinero, la declaración de D<sup>a</sup> Salvadora de quien dice la sentencia que "lo admitió ante la Policía"**. (Fundamento jurídico sexto).

**La existencia de esa declaración policial es puesta de manifiesto en el fundamento jurídico cuarto -al examinar la prueba del delito de falsedad- y se advierte que la imputada se retractó respecto a lo antes dicho, tanto en su declaración en el Juzgado como en el juicio oral. El Tribunal de instancia, no obstante, decide considerar que esas retractaciones "no son creíbles" y justifica la imputación con el contenido de la declaración en sede policial.**

**Afirma la Sala de instancia que las declaraciones de los testigos policiales corroboran la versión dada ante ellos por la imputada. Desde luego no es dudoso que la documentación de esa declaración responda al contenido de lo efectivamente declarado. Eso es lo que aquellos testigos pueden corroborar. No expone la sentencia recurrida qué otros datos acreditados por el testimonio policial corroboran la entrega del dinero a D<sup>a</sup> Salvadora.**

Es de subrayar que la sentencia de instancia, más que de valorar la prueba practicada, se limita a describir lo que los diversos medios probatorios produjeron en el juicio. Pero sin exponer el juicio crítico que desde ese resultado lleve a afirmar la veracidad de lo imputado.

Y, aún dentro de ese límite, la sentencia no da cuenta de si algún medio de prueba arroja algún resultado relativo a la entrega de dinero con fines de corrupción que proclama. Así, cuando describe, más que analiza, lo manifestado por la acusada recurrente D<sup>a</sup> Aurora, ni siquiera recoge si fue preguntada al respecto. Ese abrumador silencio sobre el soborno resalta también cuando la recurrida da cuenta de la declaración del otro imputado por cohecho, D. Mateo. Examinado el contenido del acta del juicio oral, al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se observa que ninguno de los acusados fue ni siquiera preguntado sobre la corrupción mediante esa entrega de dinero a la funcionaria interina acusada.

4.- Corresponde pues, conforme a la doctrina antes expuesta, examinar la validez de la utilización del medio probatorio que llevó al Tribunal de instancia a afirmar que se hizo una entrega de dinero a la funcionaria para ganar su voluntad a fin de que actuase falsariamente, tal como proclama el hecho probado.

**La cuestión que se suscita es si la presunción de inocencia puede ser enervada por estimar prueba suficiente lo que los acusados declararon ante agentes policiales, cuando esa declaración consta como efectivamente emitida, y si la asunción de tales declaraciones es compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías.**

Dada la naturaleza de la cuestión, contraída a garantías constitucionales, la doctrina vinculante incumbe institucionalmente al Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución.

[...]

Y no está de más reiterar aquí por transcripción algunas de las afirmaciones esenciales de la misma tal como se recogen en la Sentencia nº 68/2010. Partiendo de la determinación del objeto de la cuestión suscitada: la validez como prueba de cargo de la declaración inculpativa prestada en sede policial por la coimputada, testimonio del que se retractó posteriormente ante el Juez de instrucción, negándose a declarar en el acto del juicio. **En la Sentencia de instancia (fundamento jurídico tercero) se considera aplicable a tales declaraciones la doctrina relativa a las declaraciones sumariales y se afirma que su lectura en el acto del juicio, ante la negativa a declarar de ambas procesadas, garantiza la contradicción. Igualmente se afirma que tal declaración se encuentra corroborada por el testimonio de referencia de los agentes policiales que comparecieron al acto del juicio.**

Tras reiterar la conocida doctrina de que las únicas pruebas que vinculan a los tribunales penales son las practicadas en el juicio oral, sin que ello prive de toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales, de concurrir ciertos requisitos, advierte que **la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial.**

**Es verdad que salvo cierto contenido de lo actuado por la policía: datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción.**

**Pero, obsérvese, la salvedad no alcanza nunca a declaraciones personales.**

Y ahí ya se invoca por el Tribunal Constitucional una anterior consolidada doctrina: "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que **“las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales”** (STC 217/1989) (STC 79/1994).

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995 de 23 de febrero y 206/2003 de 1 de diciembre.

En el caso de la STC 51/1995 se concedió el amparo frente a la condena fundada en la declaración de un coimputado ante la policía. Y se advirtió: dichas declaraciones prestadas ante la policía tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de

los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECr., por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, **las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECr., tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.**

**Ciertamente se hizo allí una referencia obiter dicta a la eventual incorporación de la declaración policial mediante la intervención de los policías que la recibieron declarando enjuicio como testigos. Dicha posibilidad ha de ponerse en relación con la excepción admitida en algunos casos para los supuestos en que no es posible obtener la reiteración de la declaración ante el juez. No cuando existe retractación precisamente en esa segunda oportunidad de declaración judicial por quien antes declaró ante la policía.** Basta para entender esto con leer atentamente la STC 7/1999 que también invoca la mayoría de la que discrepamos: A) En cuanto a la validez probatoria de las diligencias policiales, la STC 36/1995, recogiendo numerosa jurisprudencia anterior, dejó establecido con claridad que tales diligencias sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo, válida para destruir la presunción de inocencia, cuando por concurrir "circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad" (fundamento jurídico 2º, con cita de las SSTC 303/1993, 283/1994 y 328/1994, entre otras). De otro modo, dichas diligencias no pasarán de constituir un mero medio de investigación que permite iniciar las averiguaciones del hecho perseguido, pero no constituirán por sí mismas prueba válida acreditativa de la comisión y autoría del hecho delictivo. B) Asimismo, en cuanto a la validez probatoria del testimonio de referencia de los funcionarios policiales que presenciaron la identificación fotográfica del hoy recurrente tiene igualmente establecido este Tribunal que sólo será admisible en supuestos de "situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal" (STC 79/1994, fundamento jurídico 4º), siendo medio de prueba "poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso" (STC 217/1989).

En el caso de la STC 206/2003 no se concedió el amparo porque la declaración considerada -emitida por un menor- fue emitida, si no ante un Juez, sí ante el Ministerio Fiscal en el ámbito propio de la jurisdicción de menores. Pero cuidando el Tribunal Constitucional de advertir: por lo que respecta a las declaraciones prestadas ante la policía, la anterior conclusión resulta de la mera aplicación al caso de nuestra doctrina, ya que no concurren las circunstancias excepcionales que hicieran imposible la práctica de la prueba en la fase instructora o en el juicio, sino que, por el contrario, el menor comparece y declara tanto ante el Juez de Instrucción como en el acto del juicio, si bien retractándose de sus iniciales manifestaciones. En tales circunstancias, las iniciales declaraciones inculpativas prestadas ante la policía no podían erigirse en prueba

suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ni mediante su lectura en el acto del juicio, ni aunque su resultado se hubiera introducido en dicho acto a través del testimonio de referencia de los funcionarios policiales. Nada más alejado de la tesis de la mayoría de la que discrepamos en este voto particular.

Estas dos resoluciones ratifican de manera inequívoca que **"a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial.**

La doctrina del Tribunal Constitucional es tan tajante, y afortunadamente inequívoca, que se ocupa de tapar toda coartada para la discrepancia: Puesto que no pueden contribuir a enervar la presunción de inocencia, se veta su acceso al juicio oral." tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim , por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase 'preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que , obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía.

Por eso el Tribunal Constitucional en el año 2010, como antes en los años 1989, 1994, 1995 y 2003, concluye: Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente.

Pero en el amparo resuelto por la STC 68/2010, también se había debatido si dicho testimonio de la persona coimputada ha sido o no debidamente corroborado por otros datos objetivos y, en concreto, si a tales efectos podía ser válido el testimonio de referencia de los agentes policiales.

También en el caso que juzgamos se ampara el Tribunal de instancia en la recuperación de lo declarado por la co-imputada en sede policial, con fundamento en datos supuestamente corroboradores de aquella declaración policial.

Pues bien, al respecto debemos concluir con el Tribunal Constitucional que: En la medida en que dicho testimonio (el de agentes policiales que acudieron como testigos al juicio oral) es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar.

5.- En consecuencia procede, excluida aquella declaración policial de D<sup>a</sup> Salvadora, examinar si la sentencia recoge algún elemento de cargo que justifique la entrega del dinero a la coacusada de la recurrente con la finalidad que se proclama.

El examen de la sentencia no pone de manifiesto que la argumentación de la misma sobre esa imputación cuente con otro respaldo probatorio. Y, en todo caso, la absoluta falta de datos, entre los que se proclaman probados, sobre las circunstancias de dicha entrega impiden, no ya concluir que tenía por finalidad ganar la voluntad de la destinataria para que realizase actos injustos, sino, incluso, si la entrega se hizo en atención al cargo desempeñado por la receptora.

Es muy significativo que la falta de matices en el hecho probado se supla en la fundamentación jurídica con la advertencia de que la entrega era en calidad de préstamo. A lo que ha de añadirse que nada se dice sobre la gratuidad o retribución de éste. Ni la fecha en que tal supuesto negocio de mutuo tuvo lugar.

Ha de convenirse en que tal escasez descriptiva, aunque se prescinda de la argumentativa, deja sin justificación la proclamación de los elementos del tipo de los diversos cohechos imputados. Los artículos 419 y 420 del Código Penal, que se aplican en la recurrida, por vigentes al tiempo de los hechos, exigían en el corruptor y en el corrupto una finalidad específica, relevante para dicha tipificación, que la ausencia de aquellas especificaciones históricas del comportamiento atribuido a los acusados impide proclamar de manera fundada.

Por ello debe ser estimado este motivo del recurso de D<sup>a</sup> Aurora, además de los correspondientes también formulados por los coacusados respecto a esos tipos delictivos

[...]

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR parcialmente a los recursos de casación interpuestos por Aurora y Mateo, y debemos declarar y declaramos HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por Salvadora y por la Abogacía del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 10 de mayo de 2010, por delitos de estafa, cohecho y falsedad en documento oficial. Sentencia que se casa y se anula, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. [...]

Que debemos condenar y condenamos a Aurora y a Mateo como autores criminalmente responsables cada uno de ellos de un delito de estafa con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas [...]

Debemos absolver y absolvemos a Mateo de otro delito de estafa y de los de falsedad y cohecho por los que venía condenado, y a Aurora le absolvemos de otro delito de estafa por el que venía penada y por el de cohecho, así como del delito de falsedad del que ya había sido absuelta en la instancia. Y absolvemos a Salvadora de los delitos de falsedad en documento oficial y cohecho por los que había sido condenada. También absolvemos al Estado de la responsabilidad civil que le había sido impuesta con carácter subsidiario. [...]