

**Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 5 Mar. 2010, rec. 2209/2009**

Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, Juan Ramón.

Nº de Sentencia: 160/2010

Nº de Recurso: 2209/2009

Jurisdicción: PENAL

Tipo de recurso de la resolución: CASACION

DELITO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Inexistencia de prueba de cargo suficiente. La víctima no fue advertida en sede policial de su no obligación de denunciar al acusado (su compañero sentimental), y en su declaración ante el juzgado instructor el día siguiente, ratificando aquella, tampoco se le advirtió de su derecho a no declarar contra el mismo. Por último, en el acto del juicio oral, se acogió a su derecho a no declarar contra el procesado. Por tanto, aquella denuncia inicial y primera declaración judicial no fueron ratificadas en el acto del juicio oral conforme a los principios de oralidad, inmediación y contradicción y no pueden servir como prueba válida para enervar la presunción de inocencia. Tampoco puede concluirse que los partes facultativos que refieren un politraumatismo y el informe del médico forense, ratificado dos años después por un segundo perito, corroboren lo manifestado por la denunciante sin posibilidad de duda razonable. Respecto a la referencia del auto de procesamiento a las lesiones, esta resolución carece de cualquier virtualidad probatoria en orden a desvirtuar la presunción de inocencia. PRUEBA DE PERITOS. Número de peritos necesarios para que el informe pericial pueda ser valorado por el Tribunal de instancia. Aunque es cierto que el art. 459 LECrim. establece que durante el sumario todo reconocimiento pericial se haga por dos peritos, la infracción de esta disposición no determina la prohibición de valoración de la prueba pericial realizada por un solo perito, dado que la duplicidad de informes no tiene carácter esencial.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a cinco de Marzo de dos mil diez



SENTENCIA

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Bernardo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, que condenó a los acusados, por un delito **violencia sobre la mujer**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Castro Rodríguez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Totana, instruyó sumario con el número 7 de 2006, contra Bernardo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, cuya Sección Primera, con fecha 5 de junio de 2.009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: Consta probado, y así se declara, que el acusado Bernardo mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 15/8/06, por la noche, se encontraba en su domicilio del Puerto de Mazarrón en compañía de su pareja, Marisol , y de los tres hijos menores de ambos, produciéndose entre dicha pareja una discusión al recriminar Bernardo a Marisol que le hubiese buscado en una discoteca, durante la que el primero la llamó puta y zorra, encerrándose con ella en el baño y propinándole seguidamente un golpe en la cara y otro en la parte trasera de la cabeza, sin deponer su agresiva actitud ante los ruegos de la mujer para que no le pegase más, presentando Marisol a consecuencia de tales golpes hematomas en región orbitaria izquierda y hematoma con edema en región occipital, así como hematoma en la cara posterior de la pierna derecha, lesiones de las que curó con solo una asistencia médica.

La perjudicada retiró la denuncia en 1/9/06, casándose con el acusado en 14/7/07.

Ha renunciado a cualquier indemnización que le pudiese corresponder.

No constan suficientemente probados los demás hechos narrados por el MF en su escrito de conclusiones, ya definitivas.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



FALLO: Que debemos condenar y condenamos al acusado, Bernardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, como autor responsable del delito de violencia sobre la mujer ya definido, a la pena de siete meses y diez días de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena durante ese periodo de tiempo, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante un año y un día, y a la satisfacción de 1/5 de las costas procesales.

Debemos absolver Y absolvemos Bernardo , de los restantes delitos por los que se ha formulado acusación, declarándose de oficio las 4/5 partes restantes costas procesales.

Sírvale de abono el tiempo que estuvo privado de libertad por esta causa.

Se levantan todas las medidas cautelares adoptadas contra el acusado en la presente causa.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción precepto constitucional e infracción de Ley, por Bernardo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Las representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ . por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 en relación con el art. 53.1 CE .

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1º LECrim . por aplicación indebida del art. 153.1 CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del segundo motivo y apoya el primer motivo por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día dieciocho de febrero de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Bernardo

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ . **por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . en relación con**



el art. 53.1 del propio Texto constitucional , por haberse basado la condena del recurrente única y exclusivamente en la denuncia inicial en dependencias policiales de la víctima (folios 3 y 4) de fecha 15.6.2006, olvidando que no se le advirtió de su derecho a no denunciar al que entonces era su compañero sentimental (art. 261.1 LECrim .), que en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, de fecha 16.8.2006 (folios 31 y 32) tampoco se le advirtió de su derecho a no declarar contra el que entonces era su compañera sentimental (arts. 416.1 y 707 LECrim .), que su comparecencia de 1.9.2006 (folio 76), esto es, 14 días después, retiró la denuncia, y que en el acto del juicio oral, no testificó, acogiéndose a su derecho a no declarar, al amparo del art. 416 LECrim ., sin que exista, por ello, prueba de cargo suficiente practicada con todas las garantías que permita enervar su derecho a la presunción de inocencia a tal efecto, valora los partes facultativos de los folios 14 y 15 que entiende acreditan la existencia de unas determinadas lesiones pero no el origen o el causante de las mismas y respecto a la ratificación del Médico forense el 16.8.2004 en el Juzgado de Instrucción nº 4 (folio 73), obviamente no pudo hacerlo dado que los ocurrieron el 15.-8.2006 -dos años después- ratificación que en su caso, se hizo en ausencia de las partes y con vulneración, por tanto, del principio de contradicción y del derecho de defensa. Además dicho informe está elaborado por un solo forense, D^a Daniela cuando en el sumario ordinario exige dos peritos (art. 59 LECrim .), defecto que fue denunciado por la defensa, hasta que finalmente y, a petición del Ministerio Fiscal (folio 11 Rollo Sala) se acordó nombrar un segundo perito que ratificó el informe pericial anterior por escrito de 16.5.2008 (folio 244), el acto del juicio oral, ante la impugnación por la defensa en su escrito de calificación provisional de los informes periciales, compareció sólo uno de los peritos, D. Santiago que reconoció expresamente no haber explorado a la paciente sin haber participado en la pericia, la otra perito D^a Daniela no compareció al acto del juicio por lo que no pudo ser interrogada, y finalmente respecto al auto de procesamiento no constituye prueba alguna en relación a la mención de las lesiones que contiene.

Previamente debemos recordar (SSTS. 728/08 de 18.11, 1322/2009 de 30.12 y 14/2010 de 28.1), que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).



Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada



disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dicto sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:



-en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

-en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

-en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, -SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.



Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas --SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

SEGUNDO: En el caso presente la sentencia de instancia después de reconocer que respecto al resto de los delitos de los que venía acusado el hoy recurrente (agresión sexual art. 179 , violencia habitual del art. 173.2 , amenazas art. 173.4 y 5) no existió prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, sin que en el plenario se haya podido ratificar la denuncia inicial, luego retirada, pues la perjudicada se acogió a su derecho a no declarar, en relación al delito de violencia sobre la mujer, art. 153.1 , entendió que si hay en autos "prueba suficiente para alcanzar inferencia sobre los malos tratos propinados a su compañera aquella madrugada, como lo evidencian los partes facultativos de esa fecha, que refieren un politraumatismo y como ratifica en 16.8.04, la medico forense del Juzgado instructor y recoge el auto de procesamiento en su primer apartado, siendo tales consecuencias físicas perfectamente compatibles con lo declarado por la denunciante por su propia voluntad y con la intención de que se persiguiese al denunciado por esos malos tratos, sin que en relación a esa denuncia sea aplicable el art. 416 LECrim . pues Marisol no disponía como testigo en ese momento sino precisamente como denunciante e interesada en la sanción legal que corresponde a episodio descrito.

Razonamiento que no puede aceptarse, la víctima acudió a las dependencias de la Guardia Civil a denunciar al hoy recurrente, su compañero sentimental y con el que tenía tres hijos comunes, por delitos de agresión sexual, violencia habitual y amenazas. Esta comunicación de hechos fue voluntaria y emitida por decisión e iniciativa propia: El art. 261 LECrim . -dice la STS. 28.1.2009 - determina que no están obligadas a denunciar las personas que en él se relacionan, y entre ellas "el cónyuge del delincuente"- si bien esta Sala, SS. 22.7.2007, 20.2.2008, 26.3.2009 , y la mayoría de la doctrina extiende tal dispensa a las parejas de hecho o personas unidas al acusado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge. La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de declarar testificalmente contra aquél establecida en el art. 416 de la LECrim ., no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos



delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares. De ahí que esa legal atribución del poder de decidir el conflicto a quien lo soporta se acompañe de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente (art. 416 de la LECrim).

Sobre las razones de la existencia de este derecho ha sido pacífica la doctrina y la jurisprudencia al señalar que el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio. Añade el Tribunal Supremo en sentencia de 22.2.2007 , que la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Advertencia que aunque no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 LECrim . ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos. Por tanto no hay duda de que en los casos de denuncia mediante declaración ante Agente policial contra parientes del art. 261 , ha de hacerse la advertencia referida.

La cuestión no ha resultado del todo pacífica en la jurisprudencia por cuanto el criterio aislado mantenido por la STS. 18.12.91 , que señalaba que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional, encontró cierto seguimiento en la STS de 6 de abril de 2.001 , que afirma que " cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado en la forma prevista en dicha disposición, se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una Prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima".

La muy conocida STS de 27 octubre de 2.004 , viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la obligación de declarar. Y razona que "En el presente caso no existe tal



presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan -folio 1- denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente.

Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que tras la declaración/denuncia inicial de la víctima, se le recibió en sede judicial -folio 21- en concepto de perjudicado, a presencia del Juez, Secretario y Letrado designado expresamente por el detenido. Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia."

En sentido coincidente con las resoluciones anteriores, encontramos el A TS de 29 de marzo de 2006, que reitera la doctrina expuesta en la Sentencia citada en último lugar, de que en una situación como la que se contempla, en la que la víctima, hija menor afín del acusado es la que, espontáneamente denuncia los hechos, poniendo en marcha el procedimiento penal, las prevenciones del art. 416 son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia.

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2.007 , avanza un paso más, al señalar que el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.

Abundando en este criterio, la STS de 20 febrero de 2.008 , a que antes hemos hecho referencia, por cuanto declaraba la nulidad de las declaraciones efectuadas por mujer testigo incluida en el ámbito del 416.1, sin que fuera advertida de su derecho, también viene a precisar, con meridiana claridad que "Esa dispensa es un derecho del que deben ser advertidos las personas que encontrándose en esa relación sean requeridas para participar a la indagación de hechos delictivos una manifestación sobre lo que tengan conocimiento y que contribuyan al esclarecimiento de lo que se investiga. Resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el *Juez* de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la "notitia criminis", se indaga el delito. En este sentido la policía y el *Juez* de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre



el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga.

No obstante este criterio jurisprudencial predomina en la actualidad el establecer la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial y dentro de ésta en cada una de los dos fases del proceso -instrucción y plenario- así como que los efectos de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador.

Planteamiento que se expresa, entre otras, en las SSTs. 28.11.96, 18.4.97, 17.12.97 y 26.5.99 que entendieron que es obligación del Juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentren dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula.

Criterio que se ha mantenido en sentencias como la de 10.5.2007 , en la que se señalaba que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416,1º LECrim alcanza no sólo al Juez, sino también a la policía , declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrea la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado.

La STS. de 20.2.2008 , declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

Igualmente la STS. 13/2009 de 20.1 declara, que cuando declaran como testigos los familiares a los que se refiere el artículo 416.1 de la LECrim , una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa advertencia de su derecho a no declarar contra el procesado, así como acerca de que la ley, aún no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas. En realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. Es cierto que si decide declarar debe ajustarse a la verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra.

Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley , que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de



declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416 , lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa.

Es claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECrim , en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley . En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.

En este sentido la STS. 129/2009 de 10.12 , en un supuesto de una testigo, hija del acusado, en el acto del juicio oral y aún cuando ya había prestado declaración durante la instrucción, optó por abstenerse de declarar, de acuerdo con los arts. 707 y 461.1 de la LECrim , vino a sostener que la "libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado de acuerdo con el art. 707 LECrim . en relación con el art. 416 LECrim . en el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial", e insistió en que "tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario".

En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase perjudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de "denuncia espontánea". Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim. y una tercera en el Plenario, el que a tenor de



lo dispuesto en el art. 707 , deberá también hacerse la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416 LECrim . no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe verificarse con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

TERCERO: En el caso presente -como ya se ha anticipado- en la denuncia formulada el 15.8.2006 por Marisol contra su pareja el acusado Bernardo , no se le advirtió de su no obligación de denunciar, art. 261.1 LECrim , y en su declaración ante el juzgado instructor el día siguiente, ratificando aquella, no se le advirtió de su derecho a no declarar contra el que era su compañero sentimental (art. 416.1 LECrim .). Asimismo consta que 14 días después, el 1.9.2006, por comparecencia en el juzgado, Marisol retiró la denuncia, reanudando la convivencia con el acusado con el que ha contraído matrimonio el 14.7.2007. Por último en el acto del juicio oral, se acogió a su derecho a no declarar contra el procesado -quien también hizo uso de su derecho constitucional a no declarar, art. 24.2 CE .).

Siendo así aquella denuncia inicial y primera declaración judicial no fueron ratificadas en el acto del juicio oral conforme a los principios de oralidad, intermediación y contradicción y no pueden servir como prueba válida para enervar la presunción de inocencia, no ya porque ninguna de las partes interesó su lectura al amparo de los arts. 714 y 730 LECrim . sino porque tal lectura sería, en todo caso, improcedente. Si la víctima es advertida de su derecho a no declarar en el Plenario y lo utiliza, aunque haya formulado denuncia y ratificara la misma ante el Juez instructor no es posible dar lectura a la declaración sumarial para elevar la declaración al plenario como si ocurre en el caso de que se produjeran contradicciones en las declaraciones de los testigos o acusados o de negativa a declarar por acusados que se autoinculparon en la instrucción. Así se ha declarado por esta Sala en SS. 17.12.97, 27.11.2000 , y por el Tribunal Constitucional en SS. 331/46 de 11.4 y 1587/97 de 17.12 , en orden a que no puede leerse una



declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del juicio oral, con razonamientos extensamente expuestos en la STS. 129/2009 de 10.2 , que pueden resumirse en:

- La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr , en relación con el art. 416 de la LECr , es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.

- Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversiÓN es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

- Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr . que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del art. 416 Lecrim que no está comprendido en el arto 730 LECrim. Llamar a la negativa a declarar "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende.

- Por irreproducible, a los efectos del art. 730 , debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye.

Argumentos a los que puede añadirse que la lectura de la declaración sumarial al amparo del art. 730 LECrim . presupone que ésta haya sido prestada con todas las garantías y de acuerdo con las prescripciones señaladas en la Ley, lo que en el caso presente no sucedería, al no haber sido advertida la testigo en aquella declaración sumarial de la dispensa del art. 416.1 LECrim .

CUARTO: Cuestión distinta es que el hecho de que no se pueda tener en cuenta la declaración del testigo-víctima pueda no determinar necesariamente que siempre se tenga que dictar sentencia absolutoria



porque podrían existir otras pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia en cuanto supongan que el contenido de aquella declaración de algún modo haya sido introducido en el Plenario de acuerdo con los principios del derecho probatorio.

En este sentido la sentencia de instancia hace referencia a los partes facultativos de esa fecha que refieren un politraumatismo, como ratifica la medico forense del Juzgado instructor y recoge el auto de procesamiento en su primer apartado.

Esta Sala no puede asumir estas conclusiones que no responden a un proceso deductivo, lógico y racional, siendo factibles otras hipótesis alternativas.

Así en relación a los partes facultativos obrantes a los folios 14 y 15 y al informe del medico forense (folio 73), ratificado dos años después por un segundo perito, aun cuando algunas de las alegaciones del recurrente no puedan ser acogidas por cuanto:

- a) la discrepancia en cuanto a la fecha del primer informe 16.8.04, es evidente que se trata de un mero error mecanográfico que se deduce del propio contenido del informe con expresa referencia a la fecha de los hechos, 15.8.2006, y por tanto carece de relevancia alguna.
- b) con referencia al número de peritos necesarios para que el informe pericial pueda ser valorado por el Tribunal de instancia.

Sabido es que las dos notas fundamentales que caracterizan la prueba pericial es la imparcialidad de los peritos, de modo que éstos, pueden ser recusados, en caso de parcialidad, conforme resulta del art. 468 LECrim y la segunda nota es la fiabilidad, cualidad que depende de la apreciación de su dictamen, y que se basa a su vez en razones de formación y cualificación profesional, derivada de su solvencia y titulación (STS. 618/2003 de 5.5).

Para el logro de un grado suficiente de objetividad hace que la ley exija la actuación de, al menos, dos peritos en todo reconocimiento pericial, con las excepciones, por una parte, que prevé el segundo párrafo del art. 459 LECrim . por razones de imposibilidad y urgencia (que en la actualidad en muy pocas ocasiones concurrirían, dado el avance de los medios de transporte), y por otra, lo dispuesto en los arts. 778.1 y 788.2 de esta Ley para el procedimiento abreviado, que consideran suficiente el informe emitido por un solo perito.

Sin embargo, como señalan las SSTs. 1076/2006 de 27.10, 779/2003 de 30.5, y 1076/2002 de 6.6 , entre otras, las previsiones de este precepto, art. 459 , que se entienden mejor si se tiene en cuenta la fecha en que fue redactado, demuestran que la dualidad de peritos se justifica en la búsqueda de una mayor



certeza y rigor técnico, pero no es condición inexcusable del informe pericial que puede ser válido, en algunos casos, aun prestado por un solo perito. Así la duplicidad de informantes no es esencial (SSTS. 935/2006 de 2.11, 1313/2005 de 9.11, 161/2004 de 9.2, 779/2004 de 15.6), señala la STS. 1313/2005 de 9.11, que la propia jurisprudencia, por ejemplo STS. 26.2.93 , tiene declarado que "es cierto que el art. 459 LECrim. establece que durante el sumario todo reconocimiento pericial se haga por dos peritos. Sin embargo la infracción de esta disposición no determina la prohibición de valoración de la prueba pericial realizada por un solo perito, dado que la duplicidad de informes no tiene carácter esencial. ello surge del propio texto del art. 459 LECrim . que establece que en determinadas actuaciones es suficiente con un solo perito y de la falta de una reiteración de esta exigencia entre las disposiciones que regulan el juicio oral. Pero además surge del hecho claro de que el tribunal contó de todos modos con un asesoramiento técnico" (SSTS. 161/2004 de 9.2, ATS. 50/2008 de 17.1).

La intervención de un solo perito no afecta a la tutela judicial efectiva si no produce indefensión, de manera que habrá de ser el recurrente quien argumente y razone que la irregularidad que aduce ha quebrantado el derecho de defensa y ocasionado un menoscabo real y efectivo de ese derecho en que consiste la indefensión (SSTS. 1313/2005 de 9.11, 31/2008 de 8.1). El mero hecho de que el informe pericial haya sido ratificado en juicio por un solo perito no implica por sí solo la nulidad del mismo, ni la existencia de dudas acerca de su contenido o forma de realización, no existiendo infracción de Ley ni se ha producido indefensión en el análisis de la prueba pericial.

En todo caso, en relación con esta cuestión, es preciso tener en cuenta también que en el procedimiento abreviado, la propia Ley establece que "el informe pericial podrá ser prestado por un perito" (art. 788.2 LECrim) y que las garantías del proceso penal alcanzan tanto al proceso ordinario como a las distintas modalidades del abreviado, por lo que el número de peritos no puede considerarse requisito esencial del proceso con todas las garantías a que todo acusado tiene derecho, art. 24 CE . (STS. 779/2004 de 15.6). En este sentido la STS. 376/2004 de 17.3 , señala que si para enjuiciar conductas susceptibles de ser castigadas con pena de prisión de hasta 9 años basta la intervención de un especialista, esta limitación numérica no infringe derecho constitucional alguno, pues las garantías fundamentales se extienden a todos y no cabría aceptar que por tratarse de procedimientos diferentes según la pena atribuida a los hechos objeto de enjuiciamiento a unos acusados se les garantiza la observancia del derecho y a otros no, pues por su propia naturaleza los derechos fundamentales y libertades básicas son universales (SSTS. 97/2004 de 27.1, 935/2006 de 2.11).



Asimismo la reciente STS. 510/2009 de 12.5, con cita de las SSTS. 537/2008 de 12.9 , y 106/2009 de 4.2, ha precisado que, pese al tenor literal del art. 459 LECrim, se hará por dos peritos", tal duplicidad de informantes no es esencial.

Conviene tener presente, en fin, que si la validez de una prueba pericial, su adecuación a las exigencias de un proceso justo, se explicará a partir de un entendimiento puramente cuantitativo, que atendiera exclusivamente al número de peritos que hubiera participado en la elaboración del informe, nos veríamos obligados a aceptar que el procedimiento abreviado se aparta de los requerimientos constitucionales, en la medida en que se acepta el dictamen pericial suscrito por un único perito (art. 778.1 LECrim .).

En definitiva, la validez de la prueba, su virtualidad para enervar la presunción de inocencia, mira más que a la concurrencia numérica de los expertos, al respeto de los principios de contradicción y defensa, verdaderas fuentes de legitimación del proceso penal.

Por tanto lo esencial será constatar si aquellos partes e informe forense corroboran lo manifestado por la denunciante sin posibilidad de duda alguna razonable y tal conclusión no puede sostenerse.

En efecto aquellos partes acreditarían que la víctima presentaba en el momento de la exploración las lesiones que se describen, pero no su etiología y menos aún su causación por el acusado, por cuanto, de una parte, el forense que compareció en el plenario, Santiago -que fue el que ratificó en la instrucción, dos años después de los hechos, el informe emitido por otro forense, Daniela -, si bien ratificó su informe, reconoció no haber explorado a la paciente ni haber participado en la pericia, y de otra el valor, en todo caso, de su testimonio en cuanto a la autoría de las lesiones vendría limitado a lo que se contó o narró la propia denunciante, por lo que en este extremo el informe tendría la consideración de testimonio referencia, sin valor en este caso, al estar condicionada su credibilidad a la que mereciera el testigo directo, que se negó a declarar ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley.

Respecto a la referencia del auto de procesamiento a las lesiones, esta resolución es un acto procesal del Instructor consistente en la declaración de la presunta culpabilidad de la persona contra quien en el sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, como probable participe del hecho punible. Por tanto solo recoge indicios, es provisional por cuanto puede dejarse sin efecto y carece de cualquier virtualidad probatoria en orden a desvirtuar la presunción de inocencia.

QUINTO: Consecuentemente el motivo deberá ser estimado dictándose segunda sentencia absolviendo al recurrente, sin que sea necesario el análisis del motivo segundo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim.

SEXTO: Estimándose el recurso las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim .



III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Bernardo** , contra sentencia de 5 de junio de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Primera, en causa seguida contra el mismo por delitos de agresión sexual, violencia familiar y otros, y en su virtud, **CASAMOS Y ANULAMOS** dicha resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre **D. Luciano Varela Castro** D. Jose Antonio Martin Pallin

En la Villa de Madrid, a cinco de Marzo de dos mil diez

SEGUNDA SENTENCIA

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Totana, y fallada posteriormente por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Murcia; y que fue seguida por delitos de agresión sexual, violencia habitual, violencia de genero y amenazas en el ámbito familiar, contra **Bernardo** , con DNI. nº NUM000 , nacido en Ecuador el 15.6.84, hijo de Mario Alfredo y María Luz, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa desde el día 28.3.2007; la Sala Segunda del *Tribunal Supremo* , integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, modificándose los hechos probados en el siguiente sentido: *Que el día 15.8.2006, Marisol presentó denuncia en las dependencias policiales contra Bernardo , compañero sentimental con el que tenía tres hijos menores comunes, acusándole de la comisión de diversos hechos que fueron calificados por el Ministerio Fiscal como constitutivos de delitos de agresión sexual, violencia habitual, violencia de género y amenazas. En dicha denuncia no fue advertida de su obligación de no denunciar. Marisol ratificó su denuncia a presencia judicial al día siguiente, sin que se le advirtiera de su*



derecho a no declarar contra quien era su pareja sentimental. El día 14.9.2006, retiró la denuncia mediante comparecencia en el juzgado, contrayendo el 14.7.2007 matrimonio con el acusado.

En el acto del juicio oral Marisol se acogió a su derecho a no declarar contra su marido quien también hizo uso de su derecho constitucional a no declarar.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente no se ha practicado en el juicio oral prueba válida y suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, procediendo su absolución.

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Bernardo del delito de violencia contra la mujer, por el que había sido condenado, con declaración de oficio costas y dejando sin efecto cuantas medidas se tomaron en su contra.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Luciano Varela Castro D. Jose Antonio Martin Pallin

PUBLICACIÓN

.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.