

ABUSOS SEXUALES * No procede hacer la advertencia a la ofendida prevista en el art. 416.1º L.E.Cr. para eludir la declaración. El supuesto no responde a una situación similar a la relación matrimonial estable

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Totana, instruyó Diligencias previas, P.A. con el número 977/2012, contra DON Víctor y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Tercera que con fecha 22 de septiembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:ÚNICO.- " Son hechos probados y así se declaran que Víctor , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento, sin antecedentes penales, entre los meses de marzo y agosto de 2012, aprovechando la relación de amistad que mantenía con Genoveva , nacida el NUM000 de 2000, y con su familia y la corta edad de ésta, de la que era conocedor, provocó en la menor una sensación de normalidad en comportamientos de índole sexual con la intención de realizar tocamientos y mantener relaciones sexuales completas con ella cuando aquélla contaba con 11 años de edad, para satisfacer sus deseos sexuales, consiguiendo su propósito en diversas ocasiones, pudiendo concretarse. El 4 de abril de 2012, miércoles de Semana Santa de 2012, en hora indeterminada, cuando la menor se encontraba en su hermandad, el procesado se ofreció a llevar a la menor a su domicilio en su coche, yendo finalmente a la zona del Polideportivo de Totana, donde comenzaron a besarse, indicándole Víctor que se colocase encima de él, intentó quitarle la ropa que llevaba para posteriormente bajarse el procesado los pantalones, hacer movimientos pélvicos y ofrecerle que viera su miembro, llevándola posteriormente a su casa.- En el verano del mismo año, aprovechando que la familia del procesado y de la menor compartían domicilio vacacional, quedaron una de las noches en la habitación de Víctor , donde éste la besó y le introdujo un dedo en su vagina.- Así mismo, en otros días indeterminados de los meses de mayo, junio y julio de 2012, mantuvieron encuentros sexuales en el domicilio de Víctor , sito en CALLE000 núm. NUM001 de Totana, concretamente en el sofá de la cochera, en la mesa de la cocina y en la habitación e incluso en el coche. En ellos el procesado le introducía el pene en la vagina hasta que provocaba dolor a Genoveva , pidiéndole ésta que lo sacase, a lo que aquél accedía, utilizando luego los dedos con la misma finalidad.- Por último, el día 27 de agosto, sobre las 13,30 horas, Víctor recogió a la menor de su domicilio y la llevó al suyo, en donde mantuvo relaciones completas con la menor, introduciéndole los dedos en la vagina primero y el pene después, practicándole también sexo oral " .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por quebrantamiento de forma y al amparo del artículo 850.1º L.E.Cr ., el recurrente en el motivo primero alega que la Sala enjuiciadora denegó realizar a la testigo principal, ofendida por el delito, Genoveva, las prevenciones legales establecidas en el artículo 416. 1 L.E.Cr .

1. Antes de iniciarse el interrogatorio de la perjudicada, testigo principal en el proceso, interesó el recurrente la meritada prevención ya que la menor mantuvo relación sentimental con el procesado durante varios meses, circunstancia que debió ser advertida por el Tribunal por si tenía a bien la menor hacer uso de la prerrogativa de no declarar.

El artículo 416.1º L.E.Cr. exime de esta obligación, entre otros, a la "persona unida al

acusado por relación de hecho análoga a la matrimonial".

Descalifica a su vez el primer testimonio evacuado por la ofendida, al no ser espontáneo, pues tuvo lugar conminada por su padre, que le advirtió que si no contaba la verdad sobre los graves hechos ocurridos la llevaría al hospital para someterla a una prueba de virginidad. A partir de ese momento las diversas declaraciones han resultado afectadas por la falta de libertad psicológica suficiente, para calificarlas de un testimonio libre y eficaz.

Además el recurrente no advierte ningún perjuicio por realizar tal advertencia.

2. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24. 2 C.E .) ha sido atemperado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, exigiendo unos condicionamientos para su prosperabilidad. Entre otros:

a) que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en tiempo y forma. En nuestro caso sería en el escrito de calificación provisional.

b) el derecho a la prueba no tiene carácter absoluto, ya que el Tribunal no está obligado a admitir todas las pruebas propuestas, sino las que sean pertinentes. Consecuentemente este derecho cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa lo que supone que la denegación:

- ha de partir del órgano judicial

- la prueba ha de ser determinante para el fallo

c) el solicitante ha de mostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y no practicadas, así como la incidencia que su práctica hubiera podido tener en la estimación de sus pretensiones.

3. Son varios los argumentos que dan al traste con el motivo. Entre otros:

1) No puede entenderse que exista una relación sentimental entre un adulto (31 años) y una niña de 11 años, ya que el consentimiento y validez del mismo requiere una voluntad libre y consciente, cuando en el caso de autos se hallaba totalmente viciada.

2) El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda del 24 abril 2013, ha declarado, con posterioridad a estos hechos, que de la exención de no declarar prevista en el artículo 416.1º L.E.Cr . se exceptúan los casos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso, y en este caso la ofendida, bajo la representación del padre, está personada en la causa.

3) La menor siempre declaró a lo largo de la instrucción sin que la defensa solicitase la realización de dicha advertencia.

4) Unas relaciones constitutivas de un delito de abuso sexual no pueden nunca estimarse relaciones análogas a las matrimoniales, y mucho menos posee esa analogía con el matrimonio, la relación con una persona, que por su edad no puede legalmente contraerlo.

5) Las relaciones análogas a las matrimoniales exigen una convivencia que en el caso concernido nunca ha existido.

6) Es necesario que el vínculo de la análoga relación matrimonial se halle vigente en el momento de declarar y en el caso de autos al declarar la menor las relaciones constitutivas de abuso sexual habían terminado (S.T.C. 164/2008 de 22 de febrero).

7) No constituye una postura procesal sostenible o congruente, alegar relaciones

análogas a las del matrimonio, cuando por otra parte está negando que hubiera relaciones sexuales completas entre el acusado y la menor.

Por último y frente a las supuestas intimidaciones en la voluntad de la menor hechas por el padre antes de declarar puede alegarse en su contra que el testimonio de la niña y el informe pericial de las psicólogas no advirtieron constreñimiento alguno para mantener la acusación.

Además, el padre no realizó ninguna presión, con advertirle que si no decía la verdad la sometería a pruebas de virginidad, ya que ello no es inducirle a faltar a la verdad, sino a descubrir un delito gravísimo del que podría estar siendo víctima su hija menor, respecto a la cual, como legítimo representante y obligado legalmente a ejercer funciones tuitivas, tiene el deber legal de protegerla de ataques, que pueden lesionar gravemente el normal desarrollo psicológico de su personalidad, con funestas consecuencias en la vida de la menor.

Por todo lo expuesto el motivo ha de rechazarse.

2.- STS, Penal sección 1 del 19 de mayo de Sentencia: 367/17| Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

«PRIMERO.- El procesado Juan Enrique, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental de pareja con Angelica, en la que convivieron en el mismo domicilio en la isla de DIRECCION000, y fruto de la cual tuvieron cuatro hijos en común. Unos de sus hijos es Felicidad, nacida el NUM000/1999. En fechas no determinadas, pero en todo caso entre el período comprendido de 2007 a 2009, el acusado, con el fin de satisfacer sus deseos sexuales, mantuvo relaciones sexuales con su hija Felicidad en varias ocasiones. Estos contactos sexuales consistían en tocamientos, felaciones y masturbaciones al padre, práctica de cunnilingüis del acusado a su hija, e introducción por parte del acusado de sus dedos en la vagina de Felicidad. El acusado aprovechaba las ocasiones en que se encontraba a solas con su hija en casa, o estaba al cuidado de sus hijos mientras Angelica no estaba en casa, y se iban a una habitación para estar a solas o se encerraban en el cuarto de baño. Incluso en una ocasión Felicidad tuvo que realizarle una felación a su padre en la despensa de la cocina. Y en otra ocasión mientras el acusado introducía sus dedos en la vagina de Felicidad, ante las quejas de dolor de su hija, paró, se cortó las uñas, y prosiguió.

Sobre el año 2009 tanto el acusado como la hasta entonces su pareja Angelica decidieron poner fin a la relación sentimental que mantenían. En el domicilio familiar se quedó Angelica con sus cuatro hijos mientras que el acusado primero abandonó el domicilio pero permaneciendo unos meses mas en la isla de DIRECCION000, y finalmente se marchó a vivir a Granada, posteriormente se rompió el contacto entre el acusado y Angelica y también de éste con sus hijos, hecho que hizo que el acusado solo viera dos veces más a sus hijos durante los dos años siguientes. En concreto y en lo que respecta a Felicidad la vio por última vez el verano de 2011 en un piso que habían alquilado en la localidad de DIRECCION001 (DIRECCION000). En esa ocasión el acusado volvió a mantener relaciones sexuales con su hija, en este caso con penetración.

SEGUNDO.- A consecuencia de este último encuentro sexual en el verano de 2011, el acusado contagió a Felicidad una enfermedad de transmisión sexual consistente en condilomas acuminados en región perineal, enfermedad que le fue detectada a Felicidad en 2012. Para su sanidad ha requerido de tratamiento médico consistente en tratamiento tópico

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el cauce del art. 5,4 LECRIM, se ha denunciado vulneración del derecho a la presunción de inocencia, debido a que la Audiencia no habría dispuesto de material probatorio de contenido incriminatorio bastante para fundar la condena. Esto, se dice, porque la fundamental prueba de cargo era lo manifestado por la menor que, en el juicio, se acogió al derecho a no declarar contra su padre, de modo que no ratificó allí todo lo que hubiera podido afirmar con anterioridad. Además, se argumenta, su testimonio no pudo en ningún momento ser sometido a contradicción efectiva; cuando se la entrevistó en la Clínica Médico-Forense no consta que fuera advertida de la dispensa prevista en el art. 416 LECRIM; y la defensa no tuvo oportunidad de intervenir, o presenciar directa o indirectamente por un medio audiovisual, en ese momento, el modo en que esa actuación se llevó a cabo. Asimismo se hace ver que, a pesar de su disposición expresa al efecto, no se realizó prueba clínica alguna dirigida a determinar si el acusado había siquiera padecido y pudo haber sido el agente transmisor de los condilomas acuminados detectados en la menor. Se señala la circunstancia de que la madre de esta, un año después de la separación del ahora recurrente presentó esa misma afección, que dijo sufría igualmente su pareja de entonces. Y se subraya lo afirmado por los forenses acerca de la elasticidad del periodo de incubación de esa enfermedad, que podría ser de uno a tres meses, pero también prolongarse y resultar incluso más corto.

Bajo el ordinal segundo, y en íntima relación con el asunto suscitado en el primer motivo, se postula la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por entender que el tribunal de instancia no tendría que haber considerado acreditados los elementos tratados por él como de cargo. Esto porque desde que en junio de 2012 se iniciaron las diligencias, las manifestaciones de la menor no fueron nunca sometidas a contradicción.

El Fiscal se ha opuesto a la estimación de los dos motivos.

Hay constancia de que, en efecto, la menor se acogió en la vista al derecho a no declarar contra su padre. Y también que en las anteriores manifestaciones en la causa Consta una primera comparecencia de ella ante el Fiscal y una exploración llevada a cabo por el Juez de Instrucción, únicamente con asistencia de aquel. Asimismo, es cierto que, según denuncia el impugnante, las entrevistas realizadas por el Servicio de Psicología de la Clínica Médico-Forense e incorporadas mediante informe de fecha 15 de septiembre de 2014, carecen de soporte audiovisual y no van acompañadas de las pruebas y tests que se le realizaron.

El tribunal sentenciador ha tomado en consideración algunos comentarios que la menor habría realizado en el colegio, atribuyendo a su padre tocamientos. Lo dicho en Fiscalía y ratificado en el Juzgado. También lo manifestado por la psicóloga Estibaliz en el sentido de que aquella le habría hablado de relaciones de carácter sexual con su padre. Y, asimismo, lo expuesto por las otras dos psicólogas que la examinaron a las que, se dice, habría relatado los abusos.

Por otra parte, se ha detenido en el examen de la información relativa a la presencia de los aludidos condilomas en la región perineal de la menor, detectados en 2012 y que, se infiere, la habrían sido contagiados por el padre, ahora acusado, cuando, ya separado de la madre y residente fuera de DIRECCION000, visitó la isla en 2011, manteniendo un último contacto sexual con aquella; condilomas asimismo padecidos por su madre, con lo que, se dice en la sentencia, serían dos personas relacionadas con el acusado quienes los sufrieron. Y se objeta que las muestras presentadas en juicio por la defensa, a fin de acreditar que este último no experimentó esa afectación se habrían tomado en febrero de 2015, esto es, en fecha muy posterior a los hechos.

El examen de la causa pone de manifiesto, en primer término, que la menor fue oída

sobre los hechos denunciados por la Fiscal (folio 14), por el Juez de Instrucción (folio 104), y por las psicólogas que la entrevistaron (folio 197 ss.), y resulta que en ninguno de los casos se le advirtió de que le asistía el derecho de acogerse a la dispensa de declarar, del art. 416,1 LECRIM, de donde se sigue que, de conformidad con lo resuelto en las SSTS de n.º 1421/2005, de 30 de noviembre, 385/2007, de 10 de mayo, y 209/2017, de 28 de marzo, y, en particular en la de n.º 1010/2012, de 21 de diciembre, con amplias referencias jurisprudenciales, las manifestaciones de carácter inculpatario vertidas de ese modo están afectadas de nulidad y no debieron ser utilizadas con fines de prueba.

Ocurre que es asimismo cierto lo afirmado por el recurrente en el sentido de que careció de cualquier oportunidad de interrogar, directa o indirectamente, a la menor en todo el curso del procedimiento. Siendo así, habría que estar con él en el sentido de que su derecho de defensa se ha visto restringido en términos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 27 de febrero de 2001, caso *Lucá c. Italia*) considera incompatibles con las garantías del art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Ciertamente es que la propia alta instancia (sentencia de 15 de diciembre de 2011, caso *Al Khawaja y Tahery c. Reino Unido*) ha admitido la posibilidad de que la falta de contradicción fuera contrapesada, si en el caso se hubieran dado medidas aptas para llevar a cabo una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración de cargo de que se trate, a partir de testimonios prestados fuera del juicio oral, como se expone en la sentencia de esta sala de n.º 686/2016, de 26 de julio.

Pero sucede que las declaraciones de la menor en el marco de la investigación, se produjeron en los términos que se ha dicho y son, por tanto, las que tendrían que contar con algún otro aval en garantía de su veracidad; algo aquí, por lo demás, imposible por la tacha de nulidad que las afecta.

De otra parte, hay que poner de relieve que los facultativos que examinaron a la menor han operado en la causa en la inadmisibles calidad de testigos de cargo de referencia, al haber aportado a la misma datos potencialmente incriminatorios, cuando resulta que -según sentencias de esta sala, como las de n.º 735/2015 y 470/2016- las manifestaciones de contenido inculpatario de la posible víctima de acciones como las de esta causa a psicólogos o psiquiatras, en cuanto prestadas sin las necesarias garantías, no pueden convertirse en "una confesión informal" de quien en ese momento y acto "es paciente y no investigado". Por eso, "son absolutamente inutilizables" y no tendrían que haber accedido al cuadro probatorio.

Así resulta que de los actos declarativos de la menor que tuvieron lugar en momentos anteriores al juicio oral no puede seguirse ningún elemento de cargo; como tampoco de este acto, en el que la misma no quiso declarar

3.- S TS 209/2017, de 28 de marzo, Ponente, Ana María Ferrer.

Dispensa del artículo 416 LECrim. Menor de 17 años de edad, derecho a ser oída y a que su opinión se tenga en consideración. Incidencia de su negativa a ejercitar la acción penal en relación a la acusación particular que en su nombre mantenía su madre como representante legal suya.

Dos son las cuestiones que se plantean. La primera, si la Sala de enjuiciamiento debió ofrecer a la menor la facultad de acogerse a la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim; y la segunda, las consecuencias de su decisión de guardar silencio.

Respecto al primer aspecto, la menor fue instruida a tales efectos por el Tribunal de enjuiciamiento, al apreciar que la misma, dada su edad, gozaba de suficiente madurez para decidir sobre este punto, siguiendo la pautas marcadas por esta Sala de casación, en

particular en la STS 699/2014 de 28 de octubre.

El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), invitan a entender, como dijimos en la sentencia que acabamos de citar, que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad. El menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tome en consideración en función de su edad y su madurez.

No es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez.

Dentro del marco general que delimitan el artículo 162 CC, que reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez; y los artículos 152 CC, 2 y 9 LORJM que proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez, el déficit de capacidad derivado de la minoría de edad no goza de un tratamiento unitario en nuestro sistema legal.

Así, con 12 años el menor no solo ha de ser necesariamente oído en los procedimientos de separación y divorcio de sus progenitores (artículo 700 LEC), sino que también a partir de esa edad biológica el menor ha de consentir su adopción (artículo 177 CC). Los mayores de 14 años pueden testar (artículo 663 CC), y el de 16 años se puede consentir la emancipación y el emancipado, a su vez, puede contraer matrimonio (artículo 317 y 46 CC).

El consentimiento previsto en el artículo 9 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, corresponde al mayor de 16 años que no tengan su capacidad modificada judicialmente y sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, salvo en caso de actuaciones de grave riesgo para su vida e integridad, supuestos estos en los que en todo caso habrá de manifestar su opinión.

Por su parte, el Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015 reconoce a los mayores de 16 años capacidad para consentir libremente relaciones sexuales, aunque en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual y los relativos a la prostitución, la explotación sexual y la corrupción de menores, el dintel cronológico de protección se eleva a la mayoría de edad.

Bastan los ejemplos expuestos para ilustrar por qué decíamos que la edad no recibe un tratamiento unitario en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, resulta incuestionable la obligación legal de oír a los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión «en función de su edad y madurez» (artículo 9 LORJM), lo que inevitablemente exige, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable.

Podrá discutirse cual sea ese límite de edad en los casos en que no esté expresamente previsto. Si cabe fijar un esquema más o menos rígido, o analizar en cada supuesto la edad recomendable en atención a la envergadura de la decisión. En cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del concernido.

Y cualquiera que sea la opción por la que nos decantemos, no cabe duda de que una joven de 17 años, cuya capacidad no está judicialmente modificada, que ha entendido el alcance de la advertencia que se le efectuó y sus consecuencias, reúne las condiciones no solo para ser oída, sino también para que su opinión libremente formada se respete en los

aspectos que a ella afectan. Y en lo que ahora nos atañe, a decidir acerca de la dispensa de declarar en contra del acusado que el artículo 416 LECrim reconoce por razón de parentesco.

En este caso la Sala sentenciadora no apreció déficit alguno en la capacidad de decisión de la joven, quien manifestó su interés en acogerse a tal dispensa, de manera «firme y categórica» y con plena comprensión del alcance de su decisión.

Ninguna prueba se ha practicado que permita sospechar fundadamente que la decisión de D^a Chaima El Hadi no se hubiera formado libremente; que, como sostiene el recurso, fuera fruto de la inseguridad derivada de los hechos enjuiciados. Ciertamente es que no se realizó ningún informe o estudio respecto a una eventual influencia de tales hechos en la evolución psicológica y el desarrollo madurativo de la joven. Sin embargo, ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la recurrente puede residenciarse en este punto, cuando la misma estuvo personada en la causa como acusación particular en nombre y representación de su hija, y no solicitó su práctica. Tampoco lo hizo el Ministerio Fiscal.

El que la joven se presentara al acto del juicio con burka, mientras que cuando ocurrieron los hechos solo usara hiyab (así lo acreditó la testifical), puede ser demostrativo de una cierta evolución en su inteligencia de la religión que procesa, pero no servir de base para sustentar un juicio ponderativo de falta de madurez.

Tampoco existen motivos para sostener, como pretende el recurso, que la actuación de Da Chaima El Hadi viniera motivada por un sentimiento de miedo hacia su progenitor, con el que no se comunica desde que se denunciaron los hechos objeto de estas actuaciones. En cualquier caso, en el plenario se adoptaron las medidas necesarias para que su intervención en el mismo, dada la minoría de edad de la testigo, se desarrollara sin confrontación visual con aquél.

En conclusión, ninguna objeción puede oponerse al comportamiento procesal del Tribunal sentenciador al ofrecer a la testigo víctima de los hechos enjuiciados la posibilidad de no declarar contra su progenitor, y al aceptar su decisión a acogerse a tal dispensa.

QUINTO.- La segunda cuestión planteada se proyecta sobre el efecto que debe producir el silencio de la víctima. El Tribunal sentenciador entendió, con apoyo en la interpretación que esta Sala de casación ha mantenido al respecto, que el mismo hacía decaer la posibilidad de ejercitar la acusación particular.

Conforme dispone el artículo 410 de la LECrim, los testigos tienen la obligación de declarar: «todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre los que les fuere preguntado...»; y el artículo 707 del mismo texto legal viene a reproducir esa obligación para el acto del juicio oral en términos semejantes: ««todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuera preguntado», con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La negativa del testigo a declarar puede llegar a tener consecuencias penales, conforme dispone el artículo 716 LECrim: «el testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto. Si a pesar de estos persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la autoridad».

Sin embargo, existen excepciones a la obligación de declarar sobre los hechos de los que se tenga conocimiento. La que ahora nos interesa es la que establece el artículo 416 LECrim en los siguientes términos:

«Están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas

directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del art. 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia».

Esta dispensa se reproduce en el artículo 707 de la LECrim para el juicio oral.

El artículo 24.2 segundo párrafo CE, contiene una referencia a la posibilidad de dispensar a algunas personas de la obligación de declarar como testigo en los siguientes términos: «la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Es decir, deja en manos del legislador ordinario el detalle del alcance de la dispensa sin establecer condicionamiento alguno.

El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de la dispensa de la obligación de declarar para algunos testigos que contienen diversas legislaciones nacionales y ha establecido que estas previsiones legales no son contrarias al derecho a un proceso equitativo establecido en el art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales CEDH, (Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 Sep. 1990; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990; caso Isgró, TEDH S 19 Feb. 1991 y caso Unterpeftinger, TEDH S, 24 Nov. 1986).

Por su parte, esta Sala de casación tradicionalmente ha interpretado que la dispensa que se analiza se fundamenta en el principio de no exigibilidad de una conducta distinta y la necesidad de preservar la solidaridad en los vínculos

familiares. En definitiva se reconoce a los testigos un derecho de autogestión de las relaciones familiares y de los conflictos surgidos en su seno. El testigo pariente se encuentra en una pulsión entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad, familiaridad, lealtad y afecto hacia una persona a él ligada por vínculos familiares. La finalidad de la dispensa contenida en el artículo 416 de la LECrim sería, en consecuencia, proteger las relaciones familiares, preservando la paz y la intimidad en las mismas, valores constitucionalmente protegidos en los artículos 18 y 39 CE.

Es evidente que esta cuestión resulta muy relevante en relación a la delincuencia de género, y ,especialmente, en lo que afecta a la víctima del delito.

La jurisprudencia de la Sala ha oscilado a la hora de pronunciarse sobre los efectos que se pudieran derivar de la negativa a declarar con apoyo en la del artículo 416 LECrim, y de los que este silencio proyecta sobre ulteriores comportamientos procesales.

Así las SSTS 1225/2004 de 27 de octubre, 625/2007 de 12 de julio, 160/2010 de 5 de marzo o 288/2012 de 19 de Abril, se inclinaron por dar validez a las declaraciones de la víctima que denunció espontáneamente los hechos para obtener protección, respecto a quien entendieron que no era aplicable la dispensa del artículo 416 LECrim. Otras, como las SSTS 101/2008 de 20 de Febrero de 2008, 31/2009 de 27 de Enero de 2009, 629/2009 de 10 de febrero, 160/2010 de 5 de marzo, 459/2010 de 14 de mayo o 1012/2012 de 21 de diciembre, negaron la posibilidad de rescatar las declaraciones inculpativas que en fase de instrucción o en el atestado hubiera prestado la víctima que en el plenario se acogió a la dispensa.

Por ello, y con la finalidad de fijar una doctrina clara en esta materia tan sensible, evitando diversas interpretaciones, y dando al sistema seguridad jurídica - que constituye la

Fiscal al apoyar parcialmente el recurso. A su criterio, la madre de la testigo se vio privada de la posibilidad de que se practicara su propia declaración como prueba, que considera ahora la Fiscal que sería relevante y gozaría de mayor proyección que la de simple testigo de referencia sobre algunos extremos que pudo directamente advertir, como el estado de su hija, el del acusado o el de otros miembros de la familia el día que eclosionó el conflicto y salieron a la luz los hechos.

No puede descartarse que la madre de Chaime pudiera aportar datos que directamente hubiera percibido sobre los extremos citados, aunque no en cuanto a unos hechos que no presenció. Es significativo el hecho de que el Fiscal en la instancia no propusiera como prueba su testimonio, por lo que ahora carece de apoyatura para esgrimir una supuesta vulneración de su derecho a la prueba, que tampoco ha pretendido. Y del mismo modo que no puede hablarse de indefensión desde la óptica de la acusación pública, tampoco respecto de quien no es parte en el proceso, y D^{ña} Amina El Wariaghli no lo era en nombre propio, ya que su personación lo fue expresamente como representante de su hija, que fue quien, en uso de su derecho, renunció al ejercicio de la acción penal, con todas las consecuencias inherentes a tal decisión.

Lo que se produjo en este momento fue una discrepancia entre la menor, suficientemente madura para que su opinión fuera tomada en consideración, y su representante legal, que en su caso otorgaba a ésta última la facultad de instar del Tribunal alguna de los pronunciamientos que posibilita el artículo 162CC. No consta que lo hiciera así, limitándose a formular protesta.

En cualquier caso, a la fecha de resolución de este recurso tal cuestión carece de trascendencia, cuando aquella menor, a la que el Tribunal sentenciador reconoció edad y madurez suficiente para tomar en consideración y reconocer efectos jurídicos a su decisión, es desde el pasado 19 de febrero mayor de edad.

También resulta intrascendente por el mismo motivo, cual pueda ser la legislación marroquí sobre en relación al régimen de representación legal de los menores.

El estatuto de parte en el proceso penal se rige por lo establecido en la legislación procesal española, en concreto la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 101 ss) y la Civil (artículos 5 y ss.) como supletoria.

Así, podrán gozar de la condición de parte como acusación particular el ofendido por el delito. El artículo 102 LECrim supedita el ejercicio de la acción penal al pleno goce de los derechos civiles. El déficit de capacidad de los menores de edad se suple con la intervención de sus representantes legales, que actúan en su nombre.

Las facultades de representación de los menores se integran dentro de la denominada responsabilidad parental. Respecto a cual sea su régimen jurídico, tras la reforma operada en el CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio (BOE núm 180 de 29 de julio) que afectó, entre otras aspectos, a algunas de las normas de derecho internacional privado contenidas en el título preliminar, el mismo remite ahora expresamente (artículo 9.4 párrafo segundo CC) a la ley que determine el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental

y medidas de protección de los niños³, ratificado por España en el 2010 (BOE núm 291 de 2 de diciembre de 2010) y en consecuencia, parte de nuestro ordenamiento jurídico desde ese momento (artículo 96.1 CE). Y el citado Convenio, que también fue suscrito por el Reino de Marruecos, país de procedencia de la menor, remite a éstos efectos a la Ley del Estado de residencia habitual del niño⁴ (artículo 17). Luego no cae duda que en el actual panorama normativo, también es este aspecto rige la legislación española.

SÉPTIMO: Por lo demás, una vez la testigo a la que nos venimos refiriendo y su hermano se acogieron a la dispensa del artículo 416 LECrim, como razona la sentencia recurrida en su fundamento tercero, la prueba sobre los hechos se limitó a la testifical de referencia. La de los dos Mossos d'esquadra que se personaron en el domicilio familiar el día que eclosionó el conflicto, y que pudieron entrevistarse con los miembros de la familia que allí se encontraron y testificar respecto a ello, pero que no aportan dato alguno obtenido por percepción directa sobre unos hechos que no presenciaron, que pudiera ser valorado como prueba de cargo.

Hemos de recordar que el posible vacío probatorio de cargo derivado del legítimo ejercicio de la víctima a no declarar contra su agresor, no puede ser suplido por los testigos de referencia a los que se refiere el artículo 710 LECrim, porque no se trata de un supuesto de inexistencia o imposibilidad de contar con la versión de la víctima, sino del ejercicio por parte de un derecho -STS 129/2009 de 10 de febrero, entre otras muchas-

4.- Nº de Resolución: 557/2016

Fecha de Resolución: 23/06/2016

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Resumen: El art. 416 LECriminal dispensa de la obligación de declarar a las personas citadas en dicho artículo. Obligación por parte del Juez de Instrucción y del Presidente del Tribunal de instancia de informar de tal derecho con anterioridad a que declare. Justificación de tal dispensa. Nulidad de la declaración de la persona concernida que declara sin haber sido instruida de tal derecho o dispensa. Cuestión diferente es cuando la persona con dispensa de declarar, es igualmente víctima del delito en cuyo caso la espontánea denuncia que efectúe es válida y no exige la previa información de su derecho de dispensa de declarar. Situación privilegiada y asimétrica en que se encuentra todo acusado en proceso penal en relación al resto de las partes.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO:

"Como tales se declaran los que integran el siguiente relato fáctico: El procesado Florentino, con DNI NUM000y antecedentes penales no computables a los efectos de reincidencia, y la procesada Irene, con DNI NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales, quienes convivían en el domicilio sito en la CALLE000, nº NUM002, NUM003, de la localidad de Moaña, en compañía de los menores Serafina(hija de Irene, nacida el día NUM007de 1997), Coro, Lucíay Donato(hijos de Florentinoy Irene, nacidos los días, respectivamente, NUM004de 1999, NUM005de 2001 y NUM006de 2005), cometieron los siguientes hechos: A) En el transcurso del año 2008 y cuando Serafinahabía cumplido la edad de once años, el procesado Florentino, en convivencia con su pareja Irene(madre de la menor), con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales llevaban uno u otro a Serafinaa la habitación de la pareja, donde Florentino, tratándola con brusquedad, agarrándola y empujándola, y, en todo caso, amedrentándola con la amenaza de que si no era ella lo haría con otro de sus hermanos, le efectuaba tocamientos en los pechos y en la vagina, por encima y por debajo de la ropa, obligándola a veces a hacerle masajes y otras a tocarle el pene para masturbarlo. En otras ocasiones los actos sexuales realizados por Florentino llegaban a ser completos, obligando a Serafina a desnudarse para, a renglón seguido, penetrarla vaginalmente con el pene o con los dedos, llegando a haber un intento de penetración anal.- Este tipo de actos, no obstante no poderse concretar número y fechas, tuvieron lugar muchísimas veces, puesto que si bien podían pasar dos o tres semanas sin que los procesados acudiesen a Serafina para satisfacer sus deseos sexuales, en ocasiones sí tenían lugar más de una vez por día. La mayoría de las veces en que Florentino mantenía relaciones sexuales con Serafina, Irenese encontraba presente y se mantenía impassible, observando,

llegando también a participar activamente tocando a Serafina, besándola y tocando a Florentino, todo ello con la voluntad de satisfacer sus deseos lúbricos.- Tras ser declarada su situación de desamparo por resolución de la Jefa Territorial de la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia, dictada el día 23 de Noviembre de 2009, Serafina, junto con sus hermanos, ingresó en el centro Príncipe Felipe de Pontevedra. Previa autorización de los servicios administrativos correspondientes, los menores salían del centro para acudir al domicilio familiar los fines de semana y en los períodos vacacionales, aprovechando esos momentos los procesados para repetir sus actos de naturaleza sexual sobre la persona de Serafina, hasta que las visitas domiciliarias se suspendieron en Enero de 2010.- B) Durante el año 2009, en fechas que no han podido ser concretadas, pero en todo caso contando Coro con menos de diez años, con unos meses de antelación al ingreso de los cuatro hermanos en el centro Príncipe Felipe, fue obligada en contra de su voluntad al menos en cuatro ocasiones por sus padres, Florentino y Irene, con ánimo por parte de éstos de satisfacer sus deseos sexuales, a acudir a la habitación de la pareja. Una vez allí, pegándole en ocasiones para lograr sus propósitos o amenazándole con pegarle si no accedía a ello, Florentino, agarrándola para evitar que se fuera, le besaba en la boca, metiéndole la lengua, y realizaba tocamientos por el pecho y las partes bajas de Coro, obligando a ésta a besarlo a él y tocarle por todo el cuerpo, incluida la zona genital, masturbándose Florentino mientras la menor le tocaba por el cuerpo. Todo ello en presencia de Irene, que, mientras Florentino realizaba actos sexuales con su hija, permanecía sentada, en la cama mirando y satisfaciendo así sus deseos lúbricos. En una ocasión, sin la presencia de Irene en la habitación, Florentino colocó a Coro contra la pared y consumó una penetración anal.- Por resolución de 8 de Febrero de 2012, la entidad pública acordó la suspensión de las visitas que los procesados venían manteniendo con sus hijos en el centro Príncipe Felipe, evitándose cualquier contacto con ellos.- Por auto de 3 de Junio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pontevedra, en el procedimiento reseñado con el número 1044/2012, acordó el acogimiento familiar permanente de los cuatro menores.- C) El día 26 de Octubre de 2010 se celebró en el Juzgado de lo Penal nº 1 de Pontevedra la vista del procedimiento abreviado 258/2010, por causa seguida contra el aquí acusado Florentino por un delito de maltrato en el ámbito familiar cometido contra la aquí también acusada Irene, en el curso del cual había de declarar como testigo la menor Serafina. Con anterioridad a la celebración del juicio, Serafina fue obligada por Florentino, con la aquiescencia de su madre, para, faltando a la verdad, cambiar la versión de los hechos que realmente había vivido. Tras la celebración del juicio se dictó sentencia de la misma fecha condenando a Florentino como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar". (sic)

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Su recurso está desarrollado a través de **seis motivos** .

El **motivo primero** , por la vía del derecho a un proceso con todas las garantías y con cita de los arts. 852 de la LECriminal , así como del error iuris del art. 849.1º LECriminal , estima que se vulneró el art. 416 de la LECriminal en relación al deber de instruir a los testigos Lucía y Donato, hijos de los condenados de su derecho a no declarar contra sus padres, por estar dispensados de ello en virtud del art. 416 LECriminal .

Efectivamente, el art. 416 de la LECriminal establece que estarán dispensados de declarar los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, y que el Juez de Instrucción advertirá al testigo comprendido en tal dispensa de que no tiene obligación de declarar contra el procesado, pero que pueda efectuar las manifestaciones que estime oportunas, las que serán recogidas.

No es difícil encontrar una justificación de esta dispensa de declarar, ya que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada tanto por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que dispensa el art. 39 de la Constitución , así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar . En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho *art. 416 LECriminal* .

De ello se deriva que con carácter vinculante, antes de proceder a la declaración de la persona que pueda estar protegida por tal dispensa, debe ser instruido precisa y concretamente por quien va a recibirle tal declaración, y ello se mantiene en todas y cada una de las declaraciones que pueda prestar , por tanto el deber de instruirle es predicable para la policía en fase de atestado policial , al Juez de Instrucción en fase de la encuesta judicial , y por el Presidente del Tribunal en relación a las declaraciones en fase de juicio plenario , siendo relevante recordar que el *art. 707 de la LECriminal* , así lo tiene expresamente reconocido.

La sanción en caso de omisión de tal deber de información es la imposibilidad de valorar tal declaración que como tal es nula .

Por ello la validez de la misma tiene como presupuesto la previa instrucción de la dispensa a que puede acogerse. Por ello tal artículo no es un derecho de la persona concernida a no declarar sino más limitadamente a no declarar contra el acusado con el que está unido por un vínculo familiar dentro del círculo marcado por el art. 416 LECriminal . Obviamente tal derecho a la dispensa es un derecho renunciabile, pero para renunciar a un derecho debe facilitársele a la persona concernida de tal derecho a la dispensa, y solo entonces, la renuncia a la misma, debidamente informada al respecto podrá ser válida, y solo, insistimos , en relación a lo referente a la persona con la que tiene el parentesco dentro del círculo familiar reconocido en el *art. 416 LECriminal* , respecto de las demás cuestiones extramuros de esa relación, es claro que tiene obligación de declarar.

En tal sentido se pueden citar las *SSTS de 27 de Octubre de 2004 , 12 de Julio de 2007 , 10 de Mayo de 2007 , 20 de Febrero de 2008, 13/2009 ó 129/2009* .

Cuestión diferente es cuando el testigo en quien concurra el derecho de dispensa sea al mismo tiempo víctima del delito en cuyo caso, la espontánea denuncia que efectúe de los hechos, en cuanto que es víctima no exige la previa instrucción del derecho de dispensa. En tal sentido, *STC 94/2010 de 15 de Noviembre* .Aplicando la doctrina al caso enjuiciado, nos encontramos con que los hijos de los condenados, Lucía y Donato, no fueron víctimas de la acción de sus padres, que se les recibió declaración en la instrucción previa instrucción del derecho a no declarar, y sin embargo de forma injustificada no se les informó de tal derecho antes de su declaración en el Plenario. Tal falta de información a ambos convierte en nula la declaración en el Plenario de los mismos , sin que tampoco se pueda "rescatar" la declaración que pudieron prestar en la instrucción porque de un lado, la misma no fue sometida a contradicción, y de otro lado no se introdujo tal declaración en el Plenario. Procede la estimación del motivo.

El motivo tercero que reitera la violación del art. 416 LECriminal , así como el derecho a un juicio con garantías en la medida que Coro , hija del recurrente no fue instruida del derecho a no declarar contra sus padres, y como segunda vía impugnativa dice que habiendo quedado demostrado que el recurrente es portador de hepatitis C y que las pretendidas relaciones sexuales, tanto con Coro como con Serafina, se efectuaron sin preservativo, queda sin respuesta el hecho de que las víctimas no quedaran contagiadas, lo que debería llevar --en opinión del recurrente-- a negar tales relaciones sexuales.

Dentro del motivo se cita el art. 849-2º LECriminal sobre el *error facti* y se cita -- simplemente se citan-- los folios 1456 a 1459 de la causa relativos al informe del forense que acreditaría tal error, alegándose que tal cuestión no ha quedado resuelta en la sentencia.

El motivo cuarto , también por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia violación del derecho a la presunción de inocencia en relación a los hechos que se le atribuyen al recurrente en la persona de su hija Coro, ya que de un lado la declaración de Coro en sede judicial durante la instrucción lo fue sin contradicción, y en el Plenario , al tener que suspenderse su declaración por el estado en que se encontraba, se solicitó por la defensa la suspensión de la declaración y el señalamiento de otro día para su continuación, lo que fue denegado por el Tribunal quien, además, vía art. 730 de la LECriminal introdujo en el Plenario la declaración sumarial, con la conclusión de que tampoco hubo contradicción en lo declarado en el Plenario.

También dentro de este motivo se cita el cauce del Quebrantamiento de Forma de los arts. 850.1 y 3 LECriminal , al denegarse tal continuación de la declaración de Coro.

Un examen directo de las actuaciones pone de manifiesto que :

a) A Coro, hija de los dos condenados, y víctima de agresiones sexuales imputadas a ellos, se le recibió declaración el día 24 de Septiembre de 2013 sin instrucción del derecho a la dispensa --folio 125--, declaración que no tuvo contradicción porque solo estaba presente además del Juez, el Ministerio Fiscal, pero sin presencia del letrado del recurrente , ni tampoco de la otra condenada.

b) En el acto del Plenario se le recibió declaración por videoconferencia .

Fue al inicio de su declaración, donde se observó que visto el estado de nerviosismo y angustia en que se encontraba, se suspendió tal declaración.....

En el presente caso, Coro no denunció, solo lo hizo su hermana Serafina. A Coro no se le instruyó de tal derecho de dispensa ni en fase de instrucción, ni en el Plenario.

Ya por esto solo, su declaración ofrece muy serias objeciones a su validez.

Pero hay más.

Sus declaraciones, la prestada en instrucción, y lo declarado en el Plenario no fue objeto de contradicción por parte de la defensa de los ahora recurrentes, ni de Florentino ni de Irene, lo que supone una vulneración del derecho a contradecir la prueba de cargo que tiene todo acusado.

En el presente caso es claro que a la declaración de Coro en sede judicial durante la instrucción incomprensiblemente no fueron citados los letrados de los ahora recurrentes, por lo que la misma no fue sometida a contradicción.

En su declaración en el Plenario, la interrupción lo fue al inicio de las preguntas del Ministerio Fiscal. Se suspendió con el acuerdo de los letrados de la defensa, pero es lo cierto que el juicio siguió en varias sesiones, y en concreto, la última, tuvo lugar el día 16 de Julio, es decir casi tres semanas más tarde de la primera sesión del Plenario que tuvo lugar el 23 de Junio donde se produjo la suspensión --fundada-- de la declaración de Coro, pero la razón del Tribunal para denegar la continuación --los informes de los psicólogos-- dada la generalidad de la cita no aparece razón aceptable, ni en cualquier caso vinculaban al Tribunal, porque la paradoja que se podía producir --y que a la postre se ha producido-- es la de no poder valorar tal declaración de la víctima por vulneración de los derechos del recurrente al no haber existido contradicción.

No hay ninguna incompatibilidad en proteger a la menor víctima y, al mismo tiempo no lesionar los derechos del procesado.

Lo que no es admisible es un debilitamiento de las garantías del acusado por odioso que resulte el delito investigado.

En definitiva procede declarar la nulidad de la declaración de Coro, tal y como se solicita por el recurrente, con la consecuencia de eliminarla del acervo probatorio, lo que en definitiva lleva a la absolución del recurrente Florentino del delito de agresión sexual continuado en la modalidad de violación en relación a Coro, lo que se efectuará en la segunda sentencia.

La nulidad de tal declaración hace innecesario entrar en el resto de cuestiones alegadas por el recurrente en relación a tal declaración.

Procede la estimación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

5.- Nº de Resolución: 486/2016

Fecha de Resolución: 07/06/2016

Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 2 de Valladolid incoó sumario ordinario núm. 1/2015, contra Pedro Antonio, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Cuarta) rollo: procedimiento sumario ordinario 6/2015 que, con fecha 14 de diciembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"PRIMERO.- Probado y así se declara que el acusado Pedro Antonio, de nacionalidad ecuatoriana y con residencia legal en España. mayor de edad y sin antecedentes penales, se divorció en el año 2013 de su esposa Penélopey se fue a vivir con otros familiares a la vivienda sita en el número NUM000 NUM001del número NUM002de la CALLE000de esta capital, donde tenía para uso exclusivo una habitación.

Sus hijos, que se habían quedado a vivir con la madre, acudían en ocasiones a visitar a su padre en dicho lugar.

En una ocasión durante el año 2014, en fecha que no se ha podido determinar, el acusado, aprovechando la visita de su hija pequeña (que acababa de cumplir 14 años de edad), Elisabeth, que ambos permanecían solos en la habitación que ocupaba en la vivienda, la diferencia de edad -en el momento de los hechos el acusado tenía 41 años- y la ascendencia que sobre la misma tenía como su progenitor, con evidente ánimo libidinoso, la bajó los pantalones y consiguió excitarse acercando su pene a la entrepierna de su hija hasta lograr eyacular sobre ella, manchando con su semen las prendas que vestía, incluida su ropa interior".

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

2.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

A juicio de la defensa, la infracción del derecho constitucional que se denuncia habría estado originada por la decisión de los testigos parientes de Pedro Antonio- Penélope, su anterior cónyuge; Alvaro, su hijo y Elisabeth, su hija y denunciante- de acogerse a su derecho a no declarar contra el acusado. Esta decisión impidió una adecuada defensa mediante su interrogatorio. Se quebrantó así el principio de contradicción, privando al acusado de hacer valer sus preguntas.

El motivo no es viable.

A) De entrada, el razonamiento impugnativo parte de un presupuesto que no concurre en la sentencia de instancia. Y es que, como apunta el Ministerio Fiscal en su dictamen, la Audiencia Provincial, acorde con el criterio mayoritario de la jurisprudencia de esta Sala, no integró en el material probatorio llamado a ser apreciado en conciencia, conforme ordena el art. 741 de la LECrim, el contenido de las declaraciones sumariales. Así se explica en el FJ 1º de la resolución cuestionada, en el que puede leerse lo siguiente: "... y ello enlaza con los elementos tomados en consideración por la Sala para fundar tal pronunciamiento condenatorio, entre los que no se cuenta con la declaración inculpativa de la víctima, Elisabeth, menor de edad, que, aunque en ningún momento durante la fase de instrucción se desdijo de la certeza de los hechos, en el plenario se acogió a su derecho de no declarar en contra de su padre, de conformidad con lo prevenido en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como tampoco ha podido tomarse en consideración las declaraciones de sus hermanos, Graciela, Sagrario y Alvaro, que de igual modo, se acogieron al derecho a no declarar contra su padre. Como también hemos de excluir el testimonio de la madre de la víctima, a la sazón exmujer del acusado, Penélope, que, no beneficiada de tal dispensa pues los hechos enjuiciados se habrían producido cuando el vínculo matrimonial ya no existía (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013)".

Tampoco admitió la lectura de las declaraciones sumariales al amparo del art. 730 de la LECrim, tal y como instó sin éxito el Fiscal en el plenario. Razonan los Jueces de instancia: " el Ministerio Fiscal pretendió la introducción de su declaración mediante la lectura de los folios sumariales donde figuraba pero para que pudiera otorgarse validez a dicha lectura como prueba apta habría sido preciso que no hubiera podido reproducirse la declaración en el plenario por causas independientes de su voluntad (artículos 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), cosa que aquí no ha sucedido pues la testigo compareció al

acto del juicio oral y voluntariamente se negó a someter su testimonio a las debidas condiciones de inmediación y contradicción".

En consecuencia, decae el núcleo argumental de la queja hecha valer en el motivo. La Audiencia no rescató el contenido de las declaraciones sumariales. Tampoco alteró el significado procesal que es propio de aquéllas. No transmutó unas diligencias de investigación en prueba generada en el plenario. La ausencia de contradicción respecto del mensaje incriminatorio que los testigos hicieron llegar al Juez de instrucción se limitó a lo que es el valor procesal de las declaraciones sumariales. Esas diligencias agotaban, su funcionalidad en la preparación del juicio oral. Se trata de "*actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas la circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*" (art. 299 LECrim).

Resolvió, desde luego, con toda corrección el Tribunal de instancia al prescindir de la valoración de esos testimonios que, a consecuencia del legítimo ejercicio del derecho de dispensa que confiere a los familiares del procesado el *art. 416 de la LECrim*, no pudieron ser filtrados por el principio de contradicción.

B) El tratamiento jurisprudencial de la exención del deber de declarar que concede aquel precepto ha sido tratado, no sin algunos matices, por la jurisprudencia de *esta Sala*. En la *STS 319/2009, 23 de marzo*, recordábamos que está fuera de toda duda que el legislador no puede imponer a cualquier persona una fidelidad ciega al interés público en el descubrimiento de los hechos delictivos. Los vínculos familiares pueden desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los delitos. El parentesco adquiere en el proceso penal una dimensión singular que hace de él algo más que una fría categoría jurídica. Los lazos de afecto que de ordinario laten en las relaciones familiares, exigen un tratamiento singularizado a la hora de fijar el verdadero alcance de la obligación de declarar. Este es el objeto de los *arts. 416.1 y 418 de la LECrim*.

La lectura de su contenido, por cierto, revela una descripción no actualizada, con arreglo a los valores constitucionales, de los lazos de parentesco que participan del mismo fundamento a la hora de justificar la exención. De ahí que esta misma Sala haya realizado una interpretación constitucional de ambos preceptos, integrando en su contenido la relación de pareja de hecho, incluso sin convivencia al hallarse el imputado en prisión (cfr. *STS 134/2007, 22 de febrero*).

En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el *art. 416 de la LECrim* tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el *art. 416.1* arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero

fundamento. El *art. 416.1 del CP* no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el *art. 416.1* protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría.

Es por ello indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho. Es fácil entender que el ejercicio de esa dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el *Juez instructor, sino también por la Policía (SSTS 385/2007, 10 de mayo y STS 1128/2004, 2 de noviembre)* recordando esta Sala que, en caso de renuncia, ésta ha de resultar "*concluyentemente expresada*", incluso en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (*STS 662/2001, 6 de abril*). Pero también hemos dicho que en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia "*advierde claramente su voluntad espontánea de declarar*" (*STS 326/2006, 8 de marzo*). Dicho en palabras de la *STS 625/2007, 12 de julio*, "*... cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECrim que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto*".

La sentencia de instancia se hace eco del acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala, fechado el 24 de abril de 2013: "*La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso*".

En desarrollo de ese acuerdo plenario, no han faltado precedentes de esta Sala que subrayan la importancia de no acudir a vías alternativas de introducción de las declaraciones sumariales en el material susceptible de integrar la valoración probatoria. Es el caso de la *STS 160/2010, 5 de marzo*. Razonábamos entonces 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 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 art. 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 ".

Este recuerdo del significado estructural del principio de contradicción está también presente en otros muchos pronunciamientos de esta Sala, de algunos de los cuales se hace eco el bien elaborado recurso de la defensa. Se trata de las SSTS 400/2015, 25 de junio y 459/2010, 14 de mayo , entre otras.

En consecuencia, ninguna vulneración del derecho constitucional que se dice infringido es detectada por la Sala.

6.- Nº de Resolución: 449/2015

Fecha de Resolución: 14/07/2015

Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Tipo de Resolución: Sentencia

I.- ANTECEDENTES DE HECHO:

"PRIMERO.- Resulta probado y así se declara expresamente que: El acusado, Abilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo, durante tres años, una relación de convivencia con Maribel.- En torno a la una de la madrugada del día 5 de julio de 2012 encontrándose la pareja en su domicilio, sito en la c/ DIRECCION000nº NUM000. NUM001puerta, NUM002de Oviedo, surgió entre ellos una discusión, en el curso de la cual el acusado le dijo a Maribel"tú me denuncias y yo primero te mato, nunca me voy a alejar de ti "degenerando en una agresión física en la que el acusado, con ánimo de menoscabar su integridad física la propinó varios puñetazos en la cara, por lo que tuvo que taparse con las manos continuando el acusado con los golpes en sus manos. A continuación Abilio tumbó a Maribel sobre la cama y le exigió tener relaciones sexuales, a lo que ésta se negó, y, ante su negativa, con ánimo lascivo, la agarró fuertemente e introdujo sus dedos en su vagina, para después penetrarla vaginalmente y eyacular dentro.- A consecuencia de los hechos Maribel, resultó con lesiones consistentes en hematoma en mano izquierda, erosión en hemicuello derecho y erosión en clavícula derecha y esguince leve en el dedo pulgar de la mano derecha, que precisaron para su sanidad una primera asistencia facultativa invirtiendo seis días en su curación sin secuelas objetivables.- SEGUNDO.- El Mº fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales calificando los hechos como constitutivos de: un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del Cº penal, un delito de amenazas del art. 171.4 y 5. 2º del citado texto legal y un delito de lesiones del art. 153.1 y 3 del Cº Penal, considerando autor de los mismos al acusado, Abilio para quien interesó por el delito de agresión sexual la imposición de la pena de 10 años de prisión con la accesoria legal correspondiente y prohibición de aproximarse a Maribela su lugar de residencia y de comunicarse con ella por tiempo de 10 años. Por el delito de amenazas postuló la imposición al acusado de la pena de 1 año de prisión con la accesoria legal correspondiente y privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años así como prohibición de aproximarse a Maribely de comunicarse con ella por tiempo de 3 años y por el delito de lesiones de genero la imposición de la pena de 1 año de prisión con la accesoria legal correspondiente, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años y prohibición de aproximarse a Maribely de comunicarse con ella por tiempo de 3 años; asimismo postuló que en concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Maribelen la suma de 210 euros por las lesiones causadas y en la cantidad de 2.000 euros por el daño moral inflingido, así como la imposición de las costas causadas.- TERCERO.- La defensa de Abilio elevó sus conclusiones a definitivas, negando los hechos de la acusación y solicitando la libre absolución de su patrocinado". (sic)

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Tercero.- El segundo motivo , por igual cauce que el anterior denuncia quiebra del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

En la argumentación del motivo se sostiene que la víctima, la ex pareja del condenado, Maribel, ni durante el atestado, ni en la instrucción, ni tampoco en su declaración en el Plenario se le instruyó de su derecho a no declarar según disponen los arts. 416 y 707 de la LECriminal , y que por tanto, su declaración no puede ser tomada en cuenta, debiendo ser eliminada del acervo probatorio de cargo, lo que lleva, según la tesis del recurrente a un vacío probatorio de cargo incapaz de sostener la condena contra el recurrente ya que los solos puntos de asistencia y los testimonios de referencia no tienen la consistencia suficiente para soportar y justificar la condena.

Hay que recordar que el *art. 416-1º de la LECriminal* declara exentos de la obligación de declarar, entre otras personas a "*la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial*" con el agresor. Exención que tiene naturaleza constitucional como se acredita con el *art. 24-2º, último párrafo, de la Constitución* .

La cuestión que plantea el recurrente se refiere, en definitiva, acerca de si la víctima de violencia de género puede acogerse a la dispensa de la obligación de testificar recogida en el *art. 416-1º LECriminal* --en el mismo sentido, el *art. 707 de la LECriminal* --.

Una variante de la cuestión a decidir, es si la víctima de violencia de género que ella misma ha iniciado con una denuncia de actuación judicial puede ampararse con posterioridad en la dispensa de la obligación de declarar tanto durante la instrucción como en el Plenario, y enlazado con ello, qué validez puede tener la declaración inculpativa de la víctima sobre su agresor sin haber sido previamente advertida de su derecho a no declarar.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala no fue uniforme, contabilizándose diversas sentencias que llegaban a resultados diversos que no es el momento de citar, porque con la finalidad de dar seguridad jurídica a través de una interpretación uniforme acerca de esta cuestión, el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013 en relación a la interpretación que deba dársele a la exención de declarar prevista en el *art. 416-1º de la LECriminal* , y partiendo de que la justificación de tal exención se encuentra en el conflicto existente entre el deber legal de decir la verdad y el derecho derivado del vínculo afectivo familiar o asimilado existente entre agresor y víctima, adoptó el siguiente Acuerdo que constituye la posición definitiva de la Sala en este aspecto, como último intérprete de la legalidad penal y procesal ordinaria.

"La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416-1º LECriminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto" . Se exceptúan:

A) *La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del*

matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

B) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso .

Las SSTS 304/2013 de 26 de Abril y 854/2013 de 30 de Octubre aplicaron la doctrina que se derivaba de tal Acuerdo siendo de señalar, que en caso de omisión de la información de la dispensa de declarar, ex. *art. 416-1º LECriminal*, a la persona concernida, ello no llevaría *sic et simpliciter* a la nulidad del juicio, y sí solo a la de la declaración concernida por lo que la condena podía ser mantenida de existir otras pruebas de cargo suficientes.

De acuerdo con esta decisión, y trasladando la misma al caso presente, con el examen de los autos verificamos los siguientes datos :

1- Maribel denunció en la Comisaría Provincial de Oviedo el día 6 de Julio de 2012 a su pareja, al recurrente Abiliopor malos tratos y por delito contra la libertad sexual. Allí no fue informada de su derecho a no declarar contra su pareja, lo que por otra parte sería contradictorio con la clara y libre iniciativa de Maribelde ser denunciante.

2- Al folio 70 y siguientes se le instruyó a Maribelde sus derechos en sede judicial, con ocasión de su comparecencia para ser oída en declaración el 7 de Julio de 2012. En dicho momento no se le instruyó del derecho de eximirse de declarar de acuerdo con el *art. 416-1º LECriminal* .

3- En virtud de petición de parte --folio 100--, por Decreto de 18 de Julio de 2012 se solicitó de los Colegios de Procuradores y Abogados la designación de turno de oficio en favor de Maribelpara ejercer la Acusación Particular .

4- De acuerdo con la petición efectuada, los Colegios Profesionales concernidos nombraron abogado y procurador a Maribelpara actuar como Acusación Particular en el proceso contra su ex pareja --folio 105--.

5- Por Diligencia de Ordenación de 20 de Julio de 2012, se tuvo por hecha la doble designación de procurador y abogado para el ejercicio de la Acusación Particular por parte de Maribel--folio 106--.

6- Obran en la fase de instrucción diversas peticiones de la Acusación Particular ejercida por Maribelen relación con la causa que se estaba instruyendo, y asimismo,

resoluciones del Sr. Juez Instructor resolviendo peticiones de la Acusación Particular, --folios 112 y siguientes, 175 y siguientes, 179 y siguientes, 186 y siguientes y 240 y siguientes--.

7- Obra comparecencia llevada a cabo por la propia Maribela el día 26 de Septiembre de 2013 -- un año después de haber estado ejerciendo la Acusación Particular-- en la que se retira del ejercicio de las acciones penales y civiles .

8- En el Plenario, antes de su interrogatorio fue preguntada por el Sr. Presidente de las Generales de la Ley, y en concreto sobre la existencia de cualquier clase de relación con el procesado manifestando, quedando recogido en la grabación, que la respuesta de Maribela fue "*ahora nada, era su compañera sentimental*" .

El Tribunal sentenciador valoró la declaración de Maribela en el Plenario --f.jdco. segundo de la sentencia-- en los siguientes términos:

"...Tales declaraciones resultan coincidentes con las vertidas en el Plenario y si bien en su actitud se refleja una tendencia de no perjudicar al acusado en correspondencia con la renuncia que formuló en la instrucción, mantuvo la ausencia en el relato fáctico consignado..." .

En este escenario debemos declarar que en la medida que la víctima, Maribela, ejerció la Acusación Particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013 .

Ciertamente renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al Plenario como testigo / víctima, pero en la medida que con anterioridad había ejercido la Acusación Particular, ya no era obligatorio instruirle de tal derecho de no declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la Acusación Particular . Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

En consecuencia , y si bien es cierto que en el inicio de la causa penal, no se le informó de su derecho a no declarar ex art. 416-1º LECriminal con motivo de su declaración en sede judicial el día 7 de Julio de 2012. El posterior ejercicio de la Acusación Particular, --y durante un año--, le novó su status al de testigo ordinario, el que mantuvo, aún después de que renunciara al ejercicio de la Acusación Particular , por lo que su declaración en el Plenario tuvo total validez aunque no fuese expresamente instruida de un derecho del que ella misma había renunciado al personarse como Acusación Particular.

No hubo vacío probatorio de cargo, y la declaración de Maribelen el Plenario, junto con el resto de probanzas a las que se refirió el Tribunal en su sentencia, constituyó prueba de cargo suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

Procede la desestimación del motivo.

7.- Nº de Resolución: 400/2015

Fecha de Resolución: 25/06/2015

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Ponente: FRANCISCO MONTERDE FERRER

I. ANTECEDENTES

Hechos : " ÚNICO.- Que se considera expresamente probado y así se declara el acusado Raimundomayor de edad y sin antecedentes penales, habiendo manteniendo una relación sentimental de pareja desde hace unos 14 años, los últimos años ya como matrimonio, con Camila, teniendo tres hijos en común Herminiade 14 años, Marí Luzde 6 años y Ezequiasde 4 años. A lo largo de dicha relación, en los 12 años desde que llegaron a España, acentuándose en los dos últimos, en ocasiones en las que no ha quedado determinado ni el número ni las fechas, cuando se encontraban todos los miembros de la familia en el domicilio familiar, y coincidiendo con la ingesta de bebidas alcohólicas por parte del acusado, éste se pone violento, dirigiendo hacia Camilaexpresiones como "zorrra, puta, arrastrada, perdida, regalada", e igualmente propinando a la misma puñetazos, empujones, tortazos y arrastrándola, pero sin que conste que le hubiese causado a Camilaherida alguna, sin acudir ésta a recibir asistencia médica, ni haber interpuesto denuncia.

Siendo una de dichas ocasiones, en fecha 15 de Diciembre de 2.013 cuando el matrimonio con sus hijos se encontraban en el domicilio familiar sito en CALLE000nº NUM000; piso NUM001 NUM002de Burgos, estando el acusado bajo los efectos de la ingesta de bebidas alcohólicas, en el curso de una discusión, motivada porque su hija Herminiasalía con un chico, al intervenir Camila, tiró a ésta al suelo, donde le dio patadas y le puso el pie sobre el cuello, sin haber quedado acreditado si con ello causó a la misma lesiones, no acudiendo ésta a recibir asistencia médica.

El día 21 de Febrero de 2.014 sobre las 00'07 horas, previo aviso telefónico por parte de Camilaal ver al acusado agresivo, por la ingesta de bebidas alcohólicas, acudieron al citado domicilio familiar, los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, entre ellos el agente nº NUM003, y observan al mismo bajo los efectos de dicha ingesta, sentado en la cama y bebiendo de una botella de un litro de cerveza. Requiriendo los agentes a éste para identificarse, siendo reticente al principio hasta que señaló el mueble donde se encontraba,

así como siendo el mismo detenido, quien al ingresar en calabozos dijo "esta hija de puta, cuando salga la voy a poner fina".

Por otro lado, el acusado desde que su hija Herminiatenía 7 años de edad (contando actualmente con la edad de 14 años), aprovechado que su esposa y madre de la niña no estaba en casa, y sus hermanos en otra habitación, (aunque sin determinación del número de ocasiones ni de fechas), igualmente bajo los efectos de la ingesta de bebidas alcohólicas, con ánimo libidinoso, al principio procedió a meter la mano por debajo del pijama de su hija (subiéndola al parte superior) tocando la zona de sus pechos y besándola, así como posteriormente al ir creciendo (contando con doce años) la obligaba a desnudarse, el acusado se tumbaba a su lado, la tocaba y besaba, y la obligaba a ponerse encima o debajo, (nunca llegó haber penetración), diciéndole que en otro caso no iba a salir con sus amigos, y que la estaba preparando para cuando fuese mayor en cuanto a su relación con los hombres.

Y, con ocasión de un viaje realizado a Barcelona a mediados del mes de Agosto de 2.013, yendo Herminia con su padre, en el camión que éste utilizaba para su trabajo, el mismo cuando ambos se encontraban por la noche en el interior de la cabina del vehículo para dormir, la obligó a desnudarse, a ver una película porno, y la realizó tocamientos por el cuerpo, (mientras que la niña se hacía la dormida). Y al regreso le enseñó una caja de preservativos.

Ante lo cual, en el mes de Octubre de 2.013 la menor le contó a su madre que su padre abusaba de ella desde los 7 años. Igualmente, en fechas próximas a las Navidades la menor también le hizo ese mismo comentario a Noelia (coordinadora de convivencia del Centro Escolar al que acude), quien a su vez se lo comunicó a la dirección del centro y se concertó una entrevista con la madre. Como consecuencia de lo cual, ésta última se lo comunicó al acusado y le advirtió que no se iba a volver a quedar solo con sus hijos, lo que impidió desde entonces.

El acusado prestaba sus servicios laborales para la empresa "Félix de Miguel e Hijos S.L.", realizando transporte nacional e internacional, con una jornada de trabajo a tiempo completo, de lunes a domingo, dependiendo del servicio a realizar, respetándose los descansos laborales de 45 horas, (coincidiendo con fines de semana, que el mismo pasaba en su casa).

Tras su ingreso en prisión provisional por esta causa por Auto de fecha 21 de Febrero de 2.014, a través del Centro Penitenciario en fecha 31 de Marzo de 2.014, ha entrado en el programa llave de Proyecto Hombre de Burgos, (Fundación Candeal) adaptándose al tratamiento y manteniendo adherencia al mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-El primer motivo se articula, al amparo del art. 852 de la LECr , y 5.4 LOPJ por infracción de precepto constitucional y del art 24 CE , relativo a la **presunción de inocencia**, y al **principio pro reo** .

1. Para el recurrente es aplicable el *art 24.2 CE*, en concordancia con el *art 416 de la L.E.Criminal* que establece que "están dispensados de la obligación de declarar, los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261".

Y es en esa conexión normativa y en la aplicación e interpretación de este *artículo 416 de la L.E.Criminal* en conexión con el *artículo 24.2 de la Constitución* en que postula la absolución solicitada del acusado.

Así, en relación con el artículo 416 invoca la aplicación de la doctrina incorporada por la reciente *Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 703/2014, de 29 de octubre* que entre otras cosas en su fundamento de derecho tercero afirma: "pero a su vez, el uso de dispensa en cuanto evita que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra, las declaraciones anteriores de quien legitima y voluntariamente hacen uso de esa dispensa no podrán integrar prueba de cargo". Y "incluso no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien se puede sustituir o plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio oral"

Destaca el recurrente la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial que no tiene carácter de actividad probatoria y la que es propia de la testifical en el juicio oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia y la diferente manera de usar la dispensa de declarar.

Y señala que la presunta víctima Herminia, denunció y prestó declaración como testigo ante la Audiencia Provincial de Burgos durante la celebración del juicio oral, y su declaración fue exculpatoria frente al acusado, manteniendo una versión argumentada y diametralmente opuesta a la que tuvo ante el Juzgado de Violencia de Género nº 1 de los de Burgos, a lo primero que argumentó ante la Sala era que quería decir la verdad, manifestando no sentirse atemorizada ni coaccionada frente al acusado. Esta declaración de la testigo víctima, de carácter exculpatorio y prestada en el acto del juicio oral bajo las advertencias legales correspondientes, sin duda forma parte del ejercicio a su derecho a la dispensa a declarar y en consecuencia a no declarar contra el acusado mediante un acto positivo de declaración.

Entiende el recurrente que en este caso, tal como recoge la *Sentencia del TS 703/2014*, ese uso de la dispensa a declarar se hace de manera positiva y activa, exculpando directamente a su pariente, al acusado. Se ha plasmado en una actitud positiva de desmentir y retractarse de lo dicho en el momento de la denuncia explicando en la fase oral cual era la verdad de los hechos, y lo hace durante la celebración del juicio no pudiendo olvidar que esta es la fase del proceso penal en la que tienen pleno valor probatorio las declaraciones.

Sostiene el recurrente que así hay una falta de prueba de cargo válida de la que quepa concluir que ha existido una enervación de la presunción de inocencia y, por ende, se pueda mantener la culpabilidad del recurrente respecto del delito continuado de abusos sexuales. El único dato inculpatario proviene de testimonios de referencia que son del todo insuficientes por sí solos para destruir la presunción de inocencia del acusado, por lo que la Sentencia no es ajustada a derecho.

En definitiva, entiende que no puede considerarse prueba de cargo la declaración de la víctima en tanto que es exculpatoria, siendo hija del acusado y se puede acoger a la dispensa del *artículo 416 de la L.E.Criminal* . La interpretación que la Sala realiza de esta actuación exculpatoria respecto a la aplicación doctrinal que se mantiene por la Sala 2ª del TS con la *Sentencia 703/2014* , nos parece del todo incorrecta y no ajustada a derecho y ello porque como se mantiene en el voto particular en la Sentencia recurrida *"no puede tener peor tratamiento la declaración positiva del testigo parental que el silencio"*.

2.

3. En el caso sometido a nuestra revisión casacional, con arreglo a los parámetros jurisprudenciales expuestos, ese principio de presunción de inocencia ha quedado desvirtuado - al menos por lo que se refiere a los delitos de violencia habitual y de maltrato de género- por una serie de pruebas que valora la Sentencia recurrida como son las declaraciones del propio acusado, las de su esposa Camilay las de su hija menor de edad Herminia(unida a la pericial psicológica sobre su credibilidad), a pesar de que estas dos testigos rectificaron sus anteriores manifestaciones inculpatorias hacia su marido y padre, adoptando una postura distinta para con el acusado.

Y así, la Sentencia, siguiendo la postura asumida por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, estima que son suficientes para destruir la presunción de inocencia las declaraciones de testigos contenidas en el sumario, retractadas en el juicio oral, siempre que el tribunal haya comparado y comprobado la existencia de tal retractación en la declaración, y estime más creíble la anterior. Y siempre que la que se toma en consideración tenga capacidad de acreditar un extremo fáctico por su realización ante un órgano jurisdiccional; es decir, con posibilidad de producir prueba ; y que se proceda con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 714 de la Ley procesal* , es decir, poniendo de manifiesto el contenido de una declaración retractada, indagando sobre el motivo de la retractación.

En efecto, una reiterada doctrina jurisprudencia l recuerda la validez de la convicción judicial pueda ser formada sobre las declaraciones testificales producidas en el sumario cuando el testigo se retracta de ellas en el juicio oral, procediendo conforme al *artículo 714 de la L.E.Criminal* , esto es, reproduciéndolas en el juicio oral e indagando sobre la retractación, actividad que se realiza en el juicio oral y con vigencia de los principios básicos de la regularidad de la prueba (*SSTS 510/2008, de 21 de julio y 1187/2005, de 21 de octubre* , entre otras).

Es por tanto una sólida doctrina jurisprudencial , tanto del Tribunal Constitucional (*STC 8/2003*) como de la Sala Segunda del Tribunal Supremo , que el Tribunal de instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la

fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquélla se haya practicado judicialmente con las debidas garantías y se haya sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral (*STC 137/1988* y *SSTS de 14 de abril de 1989* , *22 de enero de 1990* y *1207/1995* , de 1 de diciembre). Y esto es lo que ha ocurrido en el presente caso, -al menos en cuanto a los dos primeros delitos- explicando la sala de instancia minuciosamente cuáles son los motivos que le han llevado a semejante decisión.

4. Partiendo de esta base, de ningún modo pueden ser acogidas las pretensiones del recurrente, en el sentido de considerar infringido el *artículo 416 de la L.E.Criminal* , que dispensa de la obligación de declarar a los parientes del procesado en línea directa ascendiente y descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los parientes a que se refiere el *nº 3 del artículo 261*. Y *no puede ser acogida la tesis del recurrente, porque tanto su esposa como su hija (y así lo reconoce el recurrente en su recurso) fueron advertidas del derecho a no declarar que les otorgaba el artículo 416 de la L.E.Criminal* , y que si lo hacían se podrían tener en cuenta sus declaraciones, y aun así optaron por declarar. Luego se respetó el contenido del *artículo 416 de la L.E.Criminal* .

Lo que no es aceptable es pretender, como pretende el recurrente, que una declaración exculpatoria -o semi exculpatoria- sobre el acusado , declarando su inocencia, tenga la consideración de un "silencio", y pretender basar esa interpretación "sui generis" del artículo 416 en jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La *Sentencia de la Sala Segunda nº 703/2014, de 29 de octubre* , que reiteradamente menciona el acusado, no dice eso. Esta resolución sí refiere que si el testigo hace uso de la facultad que le otorga el artículo 416 de la norma procesal y no declara en el juicio oral , no se puede dar lectura a sus declaraciones en el sumario, que se permite cuando la declaración prestada en el sumario no sea en lo sustancial conforme con lo prestado en el juicio oral. También se afirma que las declaraciones anteriores de quien legítima y voluntariamente hagan uso de la dispensa no podrán integrar prueba de cargo. Incluso que el no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior, en el juicio oral. Pero en ningún momento afirma, que la declaración activa y voluntaria de exculpación del acusado deba ser asumida como un silencio al que se acoge el testigo.

5. El caso, recogido en la *sentencia mencionada de esta Sala Segunda 703/2014* , no es similar a lo ocurrido en el supuesto que nos ocupa, ya que en aquél caso el testigo directo compareció y se negó a declarar ante el tribunal, ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su marido. En aquélla se ventiló principalmente el valor de la prueba referencial que es la única que existió.

Por el contrario, en el caso objeto de nuestro recurso, ninguna de las testigos directas y principales se acogió al derecho a no declarar que le otorgaba el *artículo 416 de la L.E.Criminal* (pese a serles ofrecida dicha posibilidad), aunque su declaración fue -parcialmente- exculpatoria del acusado. No se puede argumentar que no se les advirtió de que si declaraban a favor del acusado exculpándole las consecuencias podrían no ser iguales que si guardaban silencio pues los resultados podrían ser diferentes, ya que con ello el tribunal estaría adelantando la valoración de la prueba.

Por lo tanto, al no acogerse ninguna de las testigos a la posibilidad que le otorgaba el *artículo 416 de la L.E.Criminal*, pese a serles ofrecida dicha posibilidad, no se infringió dicha norma procesal y el Tribunal actuó conforme con lo que imponía la legalidad vigente.

Y el examen de la grabación de la Vista (cuya diligencia desgraciadamente no incluye el menor índice), pone de manifiesto que tanto la madre (vídeo 1, minutos 31 a 57:16), como la hija (vídeo 1, minuto 58:23 a vídeo 2, minuto 13:38), previamente advertidas de manera expresa por el Presidente del tribunal de su respectivo derecho a no declarar, en virtud del contenido del art. 416, y que, si declaraban, lo que dijeran "podría ser tenido en cuenta, tanto a favor como en contra del acusado, marido y padre respectivo", manifestaron que sí que querían declarar, contestando de este modo a las preguntas ,tanto de la representante del Ministerio Fiscal, como de la Letrado de la Defensa del acusado.

6. Por otra parte, también ha indicado esta Sala (*Cfr. STS 12-7-2007, nº 625/2007*), "que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal, no es aplicable el art. 416.1º LECr ., que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto. En suma: no se presenta aquí el problema, que ha ocupado últimamente a la teoría y la práctica, del valor de la declaración de una persona que pudiendo haberse abstenido de declarar como testigo, efectúa no obstante una declaración ante la instrucción, pero ejerce en el juicio el derecho que le acuerda el *art. 416,1º LECr* . Por lo tanto, no corresponde invalidar todo el proceso, como pretende la Defensa, por incumplimiento de la advertencia a la víctima del derecho de negar un testimonio que no le fue requerido".

Y el *Auto de esta Sala de 3-11-2011, nº 1829/201*, recuerda que: "El *artículo 416.1º de la LECr* . dispensa del deber de declarar a " los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261 ". Interpretando dicho precepto procesal y adecuándolo a la realidad actual, esta Sala ha señalado en diversas sentencias (víd. *SSTS num. 164/2.008, de 8 de abril*, *num. 164/2.008, de 8 de abril*, *num. 101/2.008, de 20 de febrero*, y *num. STS 385/2.007, de 10 de mayo*) que entre las personas amparadas por la dispensa, las que ha de incluirse hoy en día a aquéllas que mantienen vínculos de afectividad análogos al matrimonio, dispensa que constituye un derecho del que deben ser advertidas las personas que, encontrándose en esa relación, sean requeridas para participar en la indagación de hechos delictivos y cuya manifestación sobre lo que tengan conocimiento pueda contribuir al esclarecimiento de lo que se investiga .La jurisprudencia de esta Sala en reiteradas ocasiones ha establecido que la dispensa de declaración que se recoge en el *artículo 416 de la LECr* ., sólo juega, en los casos específicamente, en que el familiar, -tratándose del cónyuge o persona afectivamente unida por relación similar al declarante-, mantenga ese vínculo y, consiguientemente, la convivencia. Así, la *STS 164/2008, de 22 de febrero* señala que al dispensa del conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada, pero que, en consonancia con tal argumento, se supedita la dispensa a que

la situación de pareja persista al tiempo del juicio -así aparece claramente en la *sentencia del 22/2/2007*".

En conclusión, en el supuesto que nos ocupa, dadas las declaraciones voluntariamente prestadas por la madre y por la hija del acusado, tras ser concienzudamente advertidas de sus derechos, incluido el de guardar silencio, en el propio juicio oral, y dado su propio contenido, hay que concluir que existió prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia del ahora recurrente, al menos en lo que se refiere a los delitos de violencia habitual y maltrato en el ámbito de la violencia de género, por los que fue condenado.

8.-Nº Sentencia: 699/2014, de 28 de Octubre. Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Delito de abuso sexual, consistente en acceso carnal de padre, sobre hijo que contaba con 4 años de edad en la fecha de los hechos.

Fundamentos de derecho.-

SEGUNDO.- Interpone también recurso de casación el condenado articulando seis motivos. El primero de ellos cuestiona la validez de la principal prueba de cargo: las declaraciones de la víctima, el menor Modesto, hijo del acusado. En el momento de los hechos contaba con cuatro años de edad. En el momento del juicio, once. Su testimonio sería invalorable según el recurrente por cuanto no fue advertido de la facultad que brinda el *art. 416 LECrim* a los testigos para excusarse del deber de declarar contra determinados parientes entre los que se cuentan los ascendientes, en este caso su padre. La jurisprudencia ha declarado que la omisión de esa advertencia al testigo amparado por la dispensa impide valorar sus declaraciones. Si prescindimos de ellas - argumenta el recurrente- el resto del material probatorio (testimonios de referencia) carecería de fuerza suficiente para desmontar por sí solo la presunción constitucional de inocencia.

El motivo se desestima.

Varios órdenes de razones confluyen para llegar a esa conclusión.

En primer lugar conviene proclamar como punto de partida que la previsión del *art. 416 LECrim* es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de *boomerang* que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado.

Late esa idea detrás del razonamiento que llevó a la *STC 94/2010, de 15 de noviembre* a otorgar el amparo reclamado por la víctima de un delito atribuido a su cónyuge

"... es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim . En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim , lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, **difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim .**

A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el ius ut procedatur del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad".

Aquí el menor, dada su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: un niño, ni con cuatro ni con siete (folio 206), ni con ocho (folio 289), ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella.

No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador. Los arts. 162.1 Código Civil y 2 y 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento.

Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) **(i)** ; ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad **(ii)**; y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿ doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, *art. 770 LEC*) **(iii)** .

No ostentando capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento *ex art. 162 Código Civil*) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el *art. 416 LECrim* , aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico). Cuando se aprecia un conflicto de intereses con uno de los progenitores (es patente que estamos ante uno de esos casos), será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (*art. 163 del Código Civil*).

A través de este camino aparece la solución desestimatoria: la madre estaba personada como acusación particular en representación de su hijo. Es obvio que no consideró procedente, ni prudente, ni conveniente para el menor sustraerlo a esa declaración. En todo caso sería ella la que debería haber sido advertida (lo que en este caso era innecesario: no solo era testigo suyo, sino que también materialmente era parte como acusación particular: recordemos la citada *STC 94/2010* y el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda de 24 de abril de 2013 que excluye del ámbito del *art. 416 LECrim* los supuestos en que el testigo está personado como acusación en el proceso).

Ha de rechazarse enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al "encarcelamiento" de un pariente cercano; aquí, su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situársele de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio.

No sobra recrear con algunos matices más esta idea.

En términos generales puede decirse que el menor es un testigo; pero es un testigo singular. Lo demuestra, entre otras peculiaridades, la admisibilidad de pruebas periciales sobre su testimonio, periciales en principio difícilmente concebibles cuando estamos ante testigos adultos sin características especiales (valorar la credibilidad de los testigos ordinarios es contenido de la función judicial que no puede ser delegada en psicólogos o en agentes no jurisdiccionales disfrazando esa labor de prueba pericial). Esas singularidades llevan al legislador a modular en algunos pasajes su vocabulario: se habla de *exploración* en lugar de *declaración* (vid. *art. 770 LEC*). También por eso la *Ley Procesal Civil excluye como testigos a los menores de catorce años salvo que posean el discernimiento necesario* (art. 361). Y, por supuesto, no se exige juramento o promesa a los testigos menores de edad penal (

arts. 365 LEC y 433 LECrim). Cuando estamos ante menores de edades tan bajas (cuatro, siete, ocho u once años), no puede hablarse en rigor de una *obligación jurídica que se le imponga* que es de lo que dispensa el art. 416 LECrim .

En definitiva no ha menoscabado derecho alguno del recurrente la valoración de los testimonios del menor víctima (primero en la fase de instrucción; luego en el plenario). No era procedente efectuar al menor ni en uno ni en otro momento la advertencia que contempla el art. 416 LECrim por carecer de la madurez que se exige para decidir de forma personal y responsable cómo afrontar ese conflicto. La decisión había de ser tomada en todo caso, y lo fue aquí de forma inequívoca, por su representante legal: su madre, progenitora con la que no concurrían intereses contrapuestos.

Otras resoluciones sobre la cuestión:

.- STS 703/2014, de 29 de Octubre. Andres Palomo. SIGUE LA DOCTRINA CLÁSICA

.- STS 854/2013, 30 de Octubre. Juan Saavedra. Compañera sentimental del acusado, sigue la doctrina clásica.

.- STS 1010/2012, 21 de Diciembre, Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. La víctima formaliza la denuncia, no cabe acudir a la dispensa.

.- STS 1016/2012, de 20 de Diciembre, Ponente Francisco Monterde Ferrer. Denuncia el padre del menor, en Comisaría, posteriormente en Instrucción se acoge a su derecho a no declarar, tras ser informado de la dispensa.