



Roj: **STS 307/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:307**

Id Cendoj: **28079120012018100058**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/02/2018**

Nº de Recurso: **897/2017**

Nº de Resolución: **67/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 67/2018

Fecha de sentencia: 07/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Número del procedimiento: 897/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Procedencia: Audiencia Provincial de Burgos

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: CPB

Nota:

*Quebrantamiento de forma como pretensión subsidiaria de la absolución

*Congruencia: No concurre exceso sobre el objeto de la acusación.

*Presunción de inocencia: Testigo-víctima.

Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata y más si es uno y única prueba, no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y desde luego de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas. La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos.

*Preclusión proposición medio de prueba.



Es ya bien conocido el criterio, reiteradamente sancionado por este tribunal, favorable a la extensión de la posibilidad reconocida en el art. 786 Lecrim . a ese procedimiento: por su racionalidad, y porque al estar al alcance de todas las partes, no colisiona con principio alguno de los rectores del proceso penal.

RECURSO CASACION núm.: 897/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 67/2018

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 7 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 897/2017, interpuesto por D. Ezequiel , representado por el procurador D. Manuel Álvarez-Buylla Ballesteros, bajo la dirección letrada del Sr. Morales Sánchez, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, con fecha 14 de febrero de 2017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida Dª **María Luisa** , representada por la procuradora Dª Elena Yustos Capilla, bajo la dirección letrada de Dª Helena Ibáñez Langa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 1 de Burgos, instruyó Sumario nº 1/2015, contra **D. Ezequiel** , por delitos de agresión sexual, amenazas en el ámbito de la violencia de género e injurias leves, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Burgos que en la causa nº 2/2015, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**PRIMERO.-** Apreciadas en su conjunto la totalidad de las pruebas practicadas y examinadas en conciencia, con la unanimidad de la Sala se considera probado, y expresamente se declara: Que el acusado Ezequiel , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en el año 2011 contrajo matrimonio en Marruecos con María Luisa , trasladándose posteriormente a España, residiendo en la localidad de Burgos, en el ' - PASEO000 nº NUM000 , NUM001 , donde convivían con la madre de María Luisa , Micaela y su hermano Luis Manuel .

Que María Luisa se quedó embarazada del acusado en el mes de abril del año 2013, sin embargo la convivencia entre los mismos era escasa, puesto que aquél trabajaba en Francia, y solamente cada tres meses regresaba a España para tramitar su solicitud de empleo ante el INEM. Que la convivencia entre los cónyuges se fue deteriorando, porque el acusado deseaba que le acompañase a Francia, entre otras desavenencias, y reiteradamente aquél la decía a María Luisa que la iba a matar que la iba a quitar el hijo cuando naciese, y lo iba a llevar a Marruecos para que lo cuidase su madre, llamándola puta bajita y menospreciándola.

SEGUNDO.- Que alrededor del día cinco de diciembre de 2013, el acusado Ezequiel , llegó al domicilio, donde residía María Luisa , permaneciendo en el mismo durante unos días durmiendo, como era costumbre cuando regresaba a España, en la misma habitación y en la misma cama de su esposa, a la cual, estando ya embarazada de ocho meses, le solicitó mantener relaciones sexuales anales, negándose la denunciante, procediendo el acusado a cogerla por el cuello, desnudarla, arrojarla sobre la cama, taparle la boca para que no gritase, y penetrarla analmente, provocando en aquella dolor por dicha práctica sexual. Que María Luisa , conforme a la religión musulmana tiene prohibida esa modalidad de relación, y al día siguiente no se lo comentó a ningún miembro de su familia, por la indignidad que ello suponía, el temor de que su hermano atentase contra la vida de su esposo, por ello se colocó un pañuelo tapando las marcas que le habían surgido en el cuello como consecuencia de la agresión sufrida.



Que María Luisa cuando nació el hijo a primeros del año 2014, se trasladó a Bilbao para formalizar su pasaporte en el Consulado de Marruecos. Que María Luisa posteriormente solicitó el divorcio del acusado, en Marruecos, el cual le fue concedido por resolución judicial dictada por Órgano de dicho país, otorgándole la custodia del hijo y estableciendo una cantidad en concepto de pensión alimenticia a cargo del acusado, sin que conste que el mismo la haya satisfecho. **TERCERO.-** Que en el mes de agosto del año 2014 María Luisa , puso en conocimiento del personal de la Cruz Roja de Burgos su situación y el temor que sentía hacia su ex-esposo y la aconsejaron que denunciase lo ocurrido, formulando la correspondiente denuncia, y adoptándose una orden de protección respecto del acusado, dictada por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Burgos en fecha 29 de agosto de 2014.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

« **Fallamos.-** Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Ezequiel , como autor criminalmente responsable un **DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL**, con la agravante de parentesco; **AMENAZAS EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO**, y un delito **LEVE DE INJURIAS**, anteriormente definidos a las penas de:

NUEVE AÑOS Y UN DÍA por el delito de agresión sexual, así como **LIBERTAD VIGILADA POR DICHO PERIODO**.

Por el delito de amenazas leves en el domicilio **NUEVE MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN**.

Y por el delito de injurias leves la pena de **DIEZ DÍAS DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE**.

La privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas y privación de la tenencia y porte de armas durante dos años y seis meses, **PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN** a María Luisa , su domicilio, lugar de trabajo, o donde se encuentre a una distancia de 500 metros, y comunicación durante un periodo de **DIEZ AÑOS**, pago de las costas procesales y una indemnización en su favor por cuantía de 6000 € devengando los intereses legales previstos.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación, conforme a lo dispuesto en los arts. 212 y 847 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .»

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

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la LECRIM ., en relación con el artículo 24.1 de la Constitución , por Vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

2º y 3º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la LECRIM ., en relación con el artículo 24.2 de la Constitución por Vulneración del Derecho a un Procedimiento con la Debidas Garantías, del Derecho a Utilizar los Medios de Prueba Pertinentes para su Defensa.

4º.- Por vulneración del precepto constitucional del art. 24.2 de la Constitución española , por infracción del derecho a la Presunción de Inocencia

5º.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 120.3 y 24 de la Constitución , por Vulneración del Derecho a obtener una Resolución Debidamente Motivada.

6º.- Por quebrantamiento de Forma al amparo del art. 850 y 851 de la LECRIM .

7º.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 º y 2º de la LECRIM .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 14 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente estructura la impugnación en tres grupos de motivos.

1.- El primero de los grupos (infracción de preceptos constitucionales) al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , a través de los submotivos B, C, y E, denuncia vulneración del derecho a un proceso



con todas las garantías, del derecho a utilizar los medios de prueba y del derecho a la motivación de las resoluciones. Y ello en relación a la falta de práctica de prueba testifical que había sido admitida, a la admisión de prueba documental propuesta en el momento del juicio oral, y a la justificación de la valoración de la prueba practicada.

El segundo de los grupos, al amparo de los artículos 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia deficiencias de procedimiento que, por quebrantamiento de las formas debidas, conduciría a la solución de anulación con reposición de actuaciones al momento de la infracción (petición C del suplico del recurso). Las quejas en este grupo reiteran las formuladas en los apartados B y C del grupo anterior. Es decir la denegación de la prueba documental propuesta en el acto del juicio oral y la no práctica de la prueba testifical admitida.

Hasta aquí ambos motivos coinciden en su fundamento, por más que difieran en el contenido de la norma infringida. De contenido constitucional -grupo primero- o de legalidad ordinaria -grupo segundo-, pero con final idéntica pretensión: anulación de procedimiento con reposición de las actuaciones al momento de la infracción.

En tal pedimento coincide también el submotivo C del grupo segundo que denuncia defecto de forma por «falta de concreción en los hechos que se declaran probados».

2.- Pues bien, todas esas quejas conducen al recurrente a formular la pretensión anulatoria pero, según se especifica en el suplico del recurso, tales pretensiones son subsidiarias de la principal en la que lo instado es que se dicte en casación segunda sentencia absolviendo al acusado.

Aunque ciertamente conforme a los artículos 901 y 901 bis, a y b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiera resultar prioritario el examen de estas quejas, la formulación de éstas con carácter subsidiario de la principal, a la que pasaremos a referirnos, nos conduce a la postergación de su examen. E incluso a prescindir del mismo en la medida que la estimación de la pretensión formulada como principal deja esta otra pretensión anulatoria sin objeto. Lo que no será óbice para la apreciación de sus fundamentos a los efectos de resolver la solicitud formulada en primer lugar en el suplico del recurso.

SEGUNDO.- 1.- La pretensión principal del recurrente se desdobra en dos submotivos del grupo primero a través de los cuales se denuncia como vulnerados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

La vulneración del derecho a la tutela judicial (apartado A del grupo primero) por indefensión derivada de la tardanza en denunciar los hechos, no haber concretado los acusadores el tiempo de los mismos, y haber desbordado la sentencia el contenido de la acusación al incluir «hechos y conceptos nuevos» decisivos para la condena.

2.- Basta para rechazar la primera queja con advertir de que, pese a la insistencia en proclamar que esa supuesta *tardanza* causó indefensión, o debilidad de la posibilidad de defensa, es lo cierto que no acredita la realidad de ésta. Ciertamente se hace referencia a la pérdida o dificultad de la posibilidad de aportar pruebas, pero no se acierta a indicar ni una sola de las pruebas funcionales a la defensa que se habrían perdido.

Por otra parte la indefensión, en su contenido constitucional, exige una entidad y naturaleza de efectiva y material, que aquí no consta. Menos aún si, como veremos, en definitiva y pese a dicha tardanza, la defensa abordada por el acusado conducirá a su libre absolución.

3.- La queja de *inconcreción* en la acusación nos obliga a recordar la constante doctrina del Tribunal Constitucional de la que es muestra entre muchas la Sentencia 299/2006 de 23 de octubre cuando establece que: «*forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación*», derecho que encierra un «contenido normativo complejo» cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC 12/1981 de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3 a); 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2.). Esta exigencia se convierte así en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan. Hemos señalado también que, a efectos de fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener «los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito», que es lo que ha de entenderse «por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa» (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6). Por eso no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1; 163/1986, de 17 de



diciembre, FJ 2 ; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7 ; 358/1993, de 29 de noviembre, FJ 2 ; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5 ; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5 ; y 33/2003, de 13 de febrero , FJ 3).

En el caso juzgado la acusación no eludió los datos esenciales por lo que no cabe estimar excluidas las posibilidades de defensa, que además, resultó exitosa. La inconcreción de la fecha fué enmendada en términos que redundaron en el fortalecimiento de las tesis del recurso, como veremos.

4.- Finalmente tampoco merece acogida la pretensión de vulneración de contenido constitucional a partir de la denuncia de una supuesto desbordamiento de la sentencia en relación al contenido de la acusación.

Tiene establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 283/2006, de 9 de octubre el fundamento de esta exigencia de congruencia entre acusación y fallo ha sido puesto en relación directa, principalmente, con los derechos a la defensa y a estar informado de la acusación, con el razonamiento de que si se extralimitara el juzgador en el fallo, apreciando unos hechos o una calificación jurídica diferente a las pretendidas por las acusaciones, se privaría a la defensa de la necesaria contradicción (por todas, SSTC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3 , ó 40/2004, de 22 de marzo , FJ 2). Sin embargo, este deber de congruencia también ha encontrado su fundamento en el derecho a un proceso con todas las garantías, en el sentido de que el enjuiciamiento penal se ha de desarrollar con respeto a la delimitación de funciones entre la parte acusadora y el órgano de enjuiciamiento (por todas, SSTC 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2 ; ó 35/2004, de 8 de marzo , FJ 7), puesto que, en última instancia, un pronunciamiento judicial más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación supone que el órgano judicial invada y asuma competencias reservadas constitucionalmente a las acusaciones, ya que estaría condenando al margen de lo solicitado por los legitimados para delimitar la pretensión punitiva, lo que llevaría a una pérdida de su posición de imparcialidad y a la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. (FJ 4).

En todo caso, desde cualquiera de las perspectivas convergentes en el análisis relativo a la diferencia entre los hechos de la acusación y del fallo, la relevancia constitucional exige que **no se trate de cualquier alteración, sino de una alteración esencial** , y que no tenga un carácter meramente formal, sino que constituya una **verdadera novedad en el debate procesal** . «A este respecto este Tribunal ha señalado que no toda variación del relato de hechos probados en relación con el relato de hechos atribuidos a los acusados por parte de la acusación está vedada al órgano judicial de enjuiciamiento, de modo que éste resulte estrictamente constreñido a asumir o no el relato de la acusación en todo o en parte, pero sin posibilidad de matizar o precisar dicho relato. Los derechos a la defensa y a ser informado de la acusación exigen que no se alteren los aspectos esenciales de tal relato con la inclusión de datos nuevos que **no hayan sido objeto de debate y de discusión en el juicio y de los que, por lo tanto, no quepa afirmar que se dio oportunidad plena de contradicción**» (SSTC 145/2005, de 6 de junio, FJ 3 , y 247/2005, de 10 de octubre , FJ 2).

En el caso aquí juzgado no concurre extralimitación respecto de lo que fue imputado.

TERCERO.- 1.- El submotivo D del grupo primero de los formulados en el recurso que estamos examinando invoca como vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Alega el recurrente penado que la sentencia se funda en la declaración de la denunciante pero que ésta:

a) No debió merecer **credibilidad** ya que *mintió* cuando dijo desconocer a D. Norberto y negó la deuda que aquella tenía con el padre del acusado; porque la relación con éste se enmarcaba en la *crisis matrimonial*, por la citada deuda y por otros motivos; porque la esposa *solicitó el divorcio alegando como causa precisamente la agresión a que se refiere esta causa* , a la que añadió el *secuestro del hijo* por el acusado, dato falso ya que éste nunca tuvo bajo su poder al hijo sin presencia de la madre, lo que evidencia que la denuncia obedece a claro resentimiento.

También cuestiona el recurrente esa credibilidad al alegar los desmentidos de la versión de la testigo que derivan del testimonio del hermano de ésta cuando afirma que la denunciante mantenía constante contacto telefónico con el acusado y que aquella conocía perfectamente donde trabajaba su esposo y que incluso fue a visitarle.

b) Insiste en la misma línea de descrédito del testimonio de la víctima la falta de **verosimilitud** de su versión. Así no se explica que *encontrándose en la vivienda de los hechos otras personas, éstas no se percataran* en absoluto del hecho, no obstante narrarse en al denuncia forcejeos, gritos etc. A lo que se añade el muy avanzado estado de *embarazo* de la agredida.

c) El *posterior comportamiento* de la víctima abundaría en esa falta de credibilidad según el acusado. Muy especialmente que, pese al riesgo para el embarazo de unos hechos como serían los denunciados, no se buscara la asistencia de un ginecólogo, o que aceptase viajar -febrero de 2014- en compañía del denunciado, yendo solos a Bilbao tras recogerla el acusado en Burgos, o que en fechas posteriores -marzo de 2014-



pasearan juntos fotografiándose en pareja, mantuvieran constante contacto telefónico o se convocara una reunión familiar en agosto de 2014 para tratar los problemas de la pareja.

d) La **tardanza en denunciar** no resulta justificada por el alegado temor de la víctima al esposo ya que vivían separados en Burgos y Francia, estando juntos esporádicamente (cada tres meses), no siendo compatible ese temor con el persistente contacto telefónico.

e) Abundaría en la debilidad del testimonio como única prueba de cargo la ausencia de elementos de **corroboración**. Y ello pese a que éstos serían de esperable acaecer dado que el lugar y tiempo de la acción denunciada es el de una vivienda en que cohabitaban con varias personas -madre y hermano de la denunciante- presentes en tal momento y lugar. La actitud de la denunciante eludiendo el reconocimiento médico, excluye la constatación de aquellos elementos normalmente acompañantes a tal delito cuando se acompaña de agresión física.

2.- Garantía esencial de la presunción de inocencia es que el juzgador parta de la posibilidad de la no veracidad de la imputación. Si rechaza esa hipótesis, excluyendo incluso la mera posibilidad, sea causa de la gravedad del hecho juzgado, sea por las circunstancias personales de la víctima, como las relativas a su género, ideología, etnia o religión, la **igualdad de las partes y la imparcialidad del juzgador** se habrán desvanecido. Y con ellas la legitimidad de la decisión.

Esa garantía de presunción de inocencia exige someter a crítica la justificación expresada por la sentencia de condena a fin de constatar si la existencia de los medios probatorios permiten razonablemente (por su sentido incriminatorio) afirmar los enunciados de hechos que son declarados probados.

2.1.- La justificación de la conclusión probatoria establecerá los **datos de procedencia externa** aportados por medios cuya capacidad persuasoria será tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado.

Cuando estamos ante una **prueba directa** -aquella que suministra afirmaciones relativas al hecho imputado, sin necesidad de construcciones inferenciales- la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere es en buena medida tributaria de la percepción inmediata de la práctica de la prueba por el juzgador.

Pero ello no releva de la exigencia de que la *impresión* que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos.

Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata y más si es **uno y única** prueba, no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas *sentidas* por el receptor de la prueba. Y desde luego de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas.

La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos.

Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia.

Ahora bien el control de la valoración no puede consistir en una revisión o «vuelta a ver (y en su caso oír)» la documentación del acto de deponer el testigo en el juicio oral. Ni siquiera cuando ésta consiste en una total grabación de dicho testimonio.

El control ha de ser de **la valoración** -reflejada en la justificación expresada- por el juez y no ha de tener por objeto **lo que el juez valora**.

Y lo mismo cabe decir cuando se trata de otros medios probatorios personales, como la declaración del acusado o coacusado. O cuando el medio probatorio es el documental en sentido propio. La atribución de veracidad a su contenido reclama la misma exposición de razones asumibles desde la lógica y la experiencia.

2.2.- La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica, la ciencia o la experiencia, entendida como «una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y



apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes». Así deberá determinarse si la inferencia llevada a cabo desde aquellos datos puede avalar la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena. Tanto los elementos objetivos como los subjetivos. Y eso de manera que pueda calificarse la conclusión de coherente. Y también de **concluyente**, lo que implica, a su vez, la **exclusión de propuestas alternativa**s fundadas en justificaciones razonables desde esos mismos parámetros.

Solamente así se alcanzará el grado de **certeza objetiva**, más allá de la convicción subjetiva del tribunal que impone la condena. No importa tanto si el tribunal dudó como si debió dudar

Si bien la objetividad no requiere conclusiones absolutamente irrefutables, tampoco la duda razonable exige prueba de la falsedad incuestionable de la imputación. **Si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva.**

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Aunque la razonabilidad de la alternativa exige también una justificación más allá de la mera posibilidad imaginada de manera más o menos fantástica. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero, y de ahí la relativización antes mencionada, fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si *debió* dudar.

3.- La sentencia aquí recurrida admite paladinamente que ha tomado en consideración «fundamentalmente» el testimonio de la denunciante. A ello añade que «no existen datos que puedan servir para objetivar la agresión sufrida».

Partiendo de tales premisas asume el relato de la víctima exponiendo como criterios de su credibilidad: **a)** que la testigo depuso con «serenidad y contundencia»; **b)** que no aprecia motivos espurios en la testigo para formular la denuncia; **c)** en cuanto a la tardanza en formularse la denuncia la excluye como tacha de la testigo por que se explica, según la sentencia, por la creencia religiosa de la víctima (y familia, se entiende), atribuye tal indignidad al hecho denunciado que supuso provocaría represalias en su familia contra el acusado; y **d)** la falta de corroboración se explica porque la agresión se comete en la intimidad y la no percepción de signos del acto violento por quienes compartían la vivienda escenario del hecho «pudo» (ni siquiera lo afirma la sentencia) deberse a acciones del acusado para evitarlo, como taponarle la boca a la víctima.

Tal discurso se muestra débil para justificar la conclusión ya que apenas se reduce, como verificación de la tesis inculpativa, a la mera sensación experimentada por el Tribunal ante la escenificación del testimonio, lo que remite su convicción subjetiva más al ámbito de la intuición que al de la reflexión. Como débil es que, en esa misma línea de convicción a partir de la percepción, se confiera trascendencia a la guisa con que presentó su relato el acusado para negar la imputación y que la Sala tuvo la impresión de no ser demostrativa de suficiente «rebeldía». No solamente porque no nos describe esa manera de responder, por lo que no podemos valorar si la «impresión» del tribunal está justificada. Sino porque remite a los alegatos del acusado sobre una deuda de la denunciante con su familiar o la pretensión de custodia del hijo, que no se analizan como reveladoras de atisbo alguno de achantamiento del acusado con la imputación.

La debilidad se realiza cuando se excluyen en la sentencia los motivos espurios prescindiendo de toda referencia a que existió una proximidad temporal entre aquella denuncia y la demanda de divorcio fundada precisamente en buena medida en los hechos denunciados, según alega el recurso y no desmiente la sentencia.

Débiles son los argumentos de la sentencia impugnada para refutar los de la defensa sobre inexistencia de corroboraciones. Así cuando justifica la no percepción de ruidos por los convivientes -madre y hermano de la denunciante- aludiendo a que el acusado tapó la boca de la víctima. En efecto, aún en esa hipótesis, ni consta que todos los gritos fueron apagados desde el inicio, ni se dice cómo se logró insonorizar los ruidos de presumible acompañamiento a los actos violentos del acusado para reducir a la esposa que se resistía. De ahí la razonabilidad de la tacha por la defensa sobre la poca verosimilitud conferida al relato de la denuncia. Ni fortalece la justificación de la sentencia impugnada que prescinda del análisis y discusión de datos como



la persistencia después del hecho denunciado de una fluida relación entre los esposos. Como revela la existencia de frecuentes contactos telefónicos que el recurso afirma, y la sentencia no niega, proclamados por el testimonio del hermano de la víctima. Tampoco se muestra convincente la refutación de la tesis de la defensa sobre el valor indiciario de la tardanza en la renuncia. La recurrida la atribuye al temor a que el hermano de la víctima, dadas las convicciones religiosas que consideran lo denunciado como especialmente agravante, llevase a cabo represalias. Y no convence tal tesis en la medida que no consta en absoluto abandona tal situación cuando efectivamente se lleva a cabo la denuncia.

4.- La declaración de hechos probados resulta más injustificada por la valoración que hace del testimonio de descargo prestado por D. Abelardo . La sentencia, pese a la inconcreción en el apartado de hechos probados -donde dice que el hecho ocurre «alrededor» del día 5 de diciembre de 2013-, afirma en el fundamento jurídico cuarto que fue precisamente el día 5 cuando ocurrió el hecho denunciado. Lo afirma por estimar que la denunciante es fiable al respecto, ya que invoca como argumento de certeza que los hechos ocurrieron el día que acudió al ginecólogo, y el Insalud certifica que tal consulta tuvo lugar ese día.

No se entiende que la certeza de tal fecha permita tachar al testigo. Nada impide estimar que su testimonio sea compatible con la data de la consulta, si la marcha de viaje del acusado era en hora posterior del mismo día, como este afirma, a la práctica de aquella atención sanitaria. Pero anterior a la de los hechos denunciados, una vez ya en el domicilio, en la cama matrimonial en la que dormían juntos. En la impugnación del recurso la **acusación particular no discute tal orden cronológico** que sitúa la agresión como posterior a la visita al ginecólogo. De ahí la relevancia de la prueba documental ofrecida por el acusado que acreditaría la hora de emprendimiento del viaje y que enervaría la fuerza probatoria del testimonio de la víctima.

Lamentablemente el tribunal de instancia hizo una interpretación expeditiva de formalismo procedimental para privar a la defensa, y también a la acusación, del debate probatorio sobre ese esencial particular. En primer lugar no justificando la falta de práctica de la testifical de D. Abelardo . La importancia del testigo es notoria en la medida en que, como empleador del acusado, podía dar cuenta de la presencia de éste en España o en territorio francés en relación a la fecha exacta del hecho. Examinada la grabación del juicio al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se observa que la Presidencia reprocha a la parte no haber procurado constancia de su petición -cuya posibilidad no se excluye- de práctica de tal prueba por vídeo conferencia. Lo que obviamente justifica la protesta de la parte. Pero aún más relevante es que el Tribunal denegase al acusado la presentación en el acto del juicio oral del documento que se dice era el billete de viaje a Francia la tarde del día 5 de diciembre, bajo el pretexto de preclusión dado que el procedimiento seguido era el sumario ordinario. Con particular tino recuerda el Ministerio Fiscal en su impugnación del recurso que ya en nuestra STS 1060/2006 se admitía la posibilidad de rebasar la fecha de tal preclusión por las varias razones allí expuestas.

Más allá cabe reiterar aquí lo que también dijimos en nuestra STS nº 624/2014 de 30 de septiembre recordando que *es ya bien conocido el criterio, reiteradamente sancionado por este tribunal, favorable a la extensión de la posibilidad reconocida en el art. 786 Lecrim . a ese procedimiento: por su racionalidad, y porque al estar al alcance de todas las partes, no colisiona con principio alguno de los rectores del proceso penal.* Y a ello añadíamos que cabe acudir a lo dispuesto en el artículo 729.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues, si es acorde a la naturaleza de la diligencia, *podría perfectamente haber sido practicada por la propia iniciativa autónoma del tribunal sentenciador, de modo que, con cuánta mayor razón, una vez propuesta por una de las partes.*

Así en la STS nº 740/2013 de 7 de octubre , ponencia del Excmo. Sr. D. J.M. Maza, se legitimó por este Tribunal Supremo el recurso a tal iniciativa del Tribunal y ello pese a que había sido el Ministerio Fiscal quien presentó «una nota interna» de la policía con ocasión de la declaración testifical vertida en el acto del juicio oral por un agente de aquélla. Dijimos entonces que: *la facultad que otorga el referido artículo 729 de la Ley procesal ha sido reiteradamente validada no sólo por la doctrina de esta misma Sala (Ss. de 22 de Enero de 1992 , 1 de Diciembre de 1993 , 21 de Marzo de 1994 , 23 de Septiembre de 1995 , 4 de Noviembre de 1996 , 27 de Abril y 11 de Noviembre de 1998 , 15 de Mayo de 1999 o 16 de Julio de 2004 , entre otras) y la del Tribunal Constitucional (Ss 188/2000 , 229/2003 o 130/2005, por ej.) sino, incluso, por el propio TEDH (Sentencia de 6 de Diciembre de 1988 «caso Barberá, Messegué y Jabardo »), siempre que su utilización verse sobre un complemento, o elemento de confirmación, de las pruebas propuestas, tanto de cargo como de descargo, cuya iniciativa y carga compete, en exclusiva, a las partes.*

De modo que el Juzgador, lejos de perder con ello su carácter imparcial, no hace sino constatar la veracidad o no de una prueba ya practicada, recibiendo la información que al respecto le facilita un novedoso elemento del que no se tenía conocimiento anterior.



El documento versaba sobre un dato -dónde estaba el acusado a la fecha del hecho tal como se le imputa- que no podía ser objeto de contradicción con exactitud dado que hasta el momento del juicio no constaba precisado en la imputación. La referencia de la acusación, al impugnar este recurso, a que la víctima ya había invocado esa fecha en la declaración del 28 de agosto no es acertada. Vista esa declaración al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta que aquella declara que el hecho ocurre en diciembre pero no concretamente el día 5. Por lo que en modo alguno cabe tachar de deslealmente sorpresiva la propuesta del medio documental. Tanto más cuanto que podía ser asumido por el Tribunal y garantizar la contradicción por la acusación, todo ello al amparo del artículo 729.2, cuya facultad debió ejercitar el Tribunal para reforzar el derecho a la prueba precisamente cuando la que había sido dispuesta hasta ese momento se circunscribía exclusivamente a la manifestación de la víctima.

Desde luego la prevalencia del derecho fundamental a la tutela judicial, en su manifestación de derecho a la prueba, sobre el formalista límite preclusivo en la aportación del medio probatorio, debería haber llevado al Tribunal de instancia a admitir la propuesta de la parte ya que no constituía un fraude por deslealtad procesal traducido en indefensión para la otra parte. A lo que ha de añadirse la relevancia probatoria con trascendencia en el resultado de lo que habría de darse por probado y consiguiente sentido del fallo.

5.- Ciertamente lo anterior justificaría la pretensión de reposición del procedimiento al momento de la denegación de tal medio de prueba. Pero tal pedimento es subsidiario del que analizamos en este fundamento jurídico. Y, en cuanto a la denuncia de vulneración de la presunción de inocencia concluimos: **a)** que la prueba directa del hecho se ha limitado a la única del testimonio de la víctima; **b)** que la valoración que de ese medio efectúa la sentencia de instancia apenas cuenta con otro aval que la percepción subjetiva por el tribunal de la instancia de la testigo al declarar, pero sin que aquél aporte razones suficientes para desvanecer las dudas que surgen de los argumentos dados por la defensa, y **c)** la ausencia de toda huella del hecho y la exclusión de medios de prueba cuya aportación intentó la defensa, no solamente privan de corroboración a la imputación sino que hacen poco razonable rechazar la contrapuesta hipótesis alternativa que se formula por aquella defensa, de lo que deriva una duda, que estimamos razonable, sobre la veracidad de la declaración de la imputación.

Y esa duda no puede resolverse mediante contraposición probabilística entre las tesis de acusación y defensa a favor de la verosimilitud que se considere preponderante. Ni cabe prescindir de sus consecuencias constitucionales porque la alternativa que la suscita no sea concluyente hasta el punto de excluir las tesis contrarias. El contenido constitucional de la garantía de presunción de inocencia impide proclamar la culpabilidad en tanto sea razonable cuestionarla. Y consideramos razonable en este caso la cuestión suscitada no solo por la debilidad de los fundamentos de la imputación, y las inferencias sostenibles desde los datos objetados por la defensa, sino, muy concretamente por la indebida exclusión de la oportunidad de probar la coartada ofrecida por ésta.

En consecuencia estimamos el motivo con los efectos que se establecen en la segunda sentencia, sin dar lugar a ulteriores consideraciones sobre los demás motivos que, además de formulados como subsidiarios, quedan sin contenido. Lo que, por las mismas razones resulta extensible a las otras imputaciones de los delitos de amenazas e injurias leves.

CUARTO.- La estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Ezequiel , contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, con fecha 14 de febrero de 2017 . Sentencia que se casa y se anula para ser sustituida por la que se dicta a continuación.

Declarar de oficio las costas derivadas del presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 897/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero



TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 7 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto la causa rollo nº 2/2015, seguida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, dimanante del Sumario nº 1/2015, instruido por el Juzgado de Violencia contra la Mujer nº 1 de Burgos, por delitos de agresión sexual, amenazas en el ámbito de la violencia de género e injurias leves, contra **D. Ezequiel** con NIE nº NUM002 , en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 14 de febrero de 2017 , que ha sido recurrida en casación por el procesado y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la sentencia de casación no se estima probado ninguno de los tres hechos imputados al acusado tanto en relación con la agresión sexual, como respecto de las amenazas o expresión de injurias leves.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En consecuencia procede la libre absolución del acusado respecto de las tres infracciones por las que fue acusado y condenado en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Absolver a D. Ezequiel de los delitos por los que venía acusado, con declaración de oficio de las costas de la instancia y dejando sin efecto las medidas cautelares adoptadas por razón de tal acusación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.