

Roj: **STS 3166/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3166**Id Cendoj: **28079120012015100422**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **25/06/2015**Nº de Recurso: **10018/2015**Nº de Resolución: **400/2015**Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BU 798/2014,**
STS 3166/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil quince.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 10018/2015, interpuesto por la representación procesal de **D. Raimundo**, contra la sentencia dictada el 2 de Diciembre de 2014 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos, en el Rollo de Sala Nº 4/2014, correspondiente al Procedimiento Sumario nº 1/14 del Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de los de Burgos que condenó al recurrente, como autor responsable de un **delito de violencia habitual de género, un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género, y un delito continuado de abusos sexuales**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Raimundo, representado por la Procuradora D^a. Rosa Sorribes Calles; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Burgos, incoó Procedimiento Sumario con el nº 1/14 en cuya causa la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 2 de Diciembre de 2014, que contenía el siguiente **Fallo**: "**Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENO a Raimundo como autor penalmente responsable de un delito de violencia habitual en el ámbito de violencia de género y de un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género en la persona de su mujer Camila; y de un delito continuado de abusos sexuales en la persona de su hija Herminia, con la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal así la atenuante de actuar a causa de su grave adicción a las bebidas alcohólicas, a las siguientes penas:**

.- Por el delito de violencia habitual en el ámbito de la violencia de género las penas de 21 meses de Prisión con accesoria de Inhabilitación Especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años.

.- Por el delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género las penas de 9 meses de Prisión con accesoria de Inhabilitación Especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años.

Conforme al art. 57.1 en relación con el art. 48 la pena de **prohibición al acusado de aproximación a Camila a menos de 550 metros de la misma, de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en que se encuentre; y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un periodo de tiempo de 4 años.**

.- Y, por el delito continuado de abusos sexuales la pena de 5 años de prisión con accesoria de Inhabilitación Especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.



Y, conforme al art. 57.1 en relación con el art. 48 la pena de **prohibición al acusado de aproximación a Herminia** a menos de 550 metros de la misma, de su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar en que se encuentre; y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, todo ello durante un periodo de tiempo de **6 años** .

Debiendo el acusado de indemnizar Herminia en el importe de 3.000 € por daño moral, más el interés legal del art. 576 de la L.E.Cr .

Y con expresa imposición al acusado de las costas causadas por este procedimiento. "

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : " **ÚNICO** .- Que se considera expresamente probado y así se declara el acusado Raimundo mayor 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 Herminia de 14 años, Marí Luz de 6 años y Ezequias de 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 hacía Camila expresiones como "zorra, puta, arrastrada, perdida, regalada", e igualmente propinando a la misma puñetazos, empujones, tortazos y arrastrándola, pero sin que conste que le hubiese causado a Camila herida 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 CALLE000 nº NUM000 ; piso NUM001 NUM002 de Burgos, estando el acusado bajo los efectos de la ingesta de bebidas alcohólicas, en el curso de una discusión, motivada porque su hija Herminia salía 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 Camila al 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 Herminia tenía 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.



A su vez, por Auto de fecha 21 de Febrero de 2.014 se acordó dictar orden de protección de Camila y a la hija común Herminia , y respecto de Raimundo , en el contenido recogido en dicha resolución. Con duración de las medidas penales durante la tramitación del procedimiento y hasta que recaiga sentencia definitiva o resolución que le ponga fin. "

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Raimundo , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 23 de Diciembre de 2014, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 25 de Enero de 2015, la Procuradora Dña. Rosa Sorribes Calle, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECr ., en relación con el art. 5.4 LOPJ y con el art. 24 de la CE .

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr ., en relación con el art. 216 de la LECr ., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 10 de Febrero de 2015 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6.- Por providencia de 1 de Junio de 2015 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **18 de Junio de 2015** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

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 absolució*n 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. Hay que señalar que en cuanto a la *presunción de inocencia* , y en orden a su vulneración, la doctrina de esta Sala (por todas STS. 16.4.2003) precisa, que se debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si estas pruebas son de contenido inculpatario; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de presunción se trata.

Por tanto, cuando en esta vía casacional se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este tribunal verificar que, efectivamente, el tribunal "*a quo*" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, el Tribunal de casación debe comprobar que el de instancia ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional de las impugnaciones referidas a la vulneración de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la sentencia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que se desarrolla *en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece* , pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la injerencia realizada. y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 249/2004 de 4.3).

Y, por lo que se refiere a la *declaración de la víctima* , no ignorándose la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (STS de 12-2-2004, nº 173/2004), es doctrina reiterada la que tiene declarada la *aptitud de la sola declaración* de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS 434/99 , 486/99 , 862/2000 , 104/2002 , 2035/02 de 4 de diciembre 470/2003 ; SSTC 201/89 , 160/90 , 229/91 , 64/94 , 16/2000 , STS nº 409/2004, de 24 de marzo entre otras), siempre que concurren *ciertos requisitos* -constitutivos de meros *criterios* y no reglas de valoración- como:

- a) Ausencia de incredulidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza.
- b) Verosimilitud, que se da cuando las *corroboraciones periféricas* abonan por la realidad del hecho.
- c) Persistencia y firmeza del testimonio .



Como recuerda la STS nº 1033/2009, de 20 de octubre, junto con la reiteración de esa posibilidad que ofrece la declaración de la víctima para ejercer como prueba de cargo sustancial y preferente, hemos venido reforzando los anteriores requisitos, añadiendo además la ineludible concurrencia de algún dato, ajeno y externo a la persona del declarante y a sus manifestaciones; que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de *ratificación objetiva* a la versión de quien se presenta como víctima del delito

Todo lo cual no supone suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador.

Por otra parte, son innumerables los precedentes de esta Sala (Cfr STS 14-7-2004, nº 793/2004), que ponen de manifiesto que la cuestión de la veracidad de la prueba testifical sólo puede ser objeto de revisión en el marco del recurso de casación en lo que se refiere a la observancia por el Tribunal de los hechos de las "*reglas del criterio racional*" (art. 717 LECr). Por el contrario, la decisión sobre si la declaración refleja la verdad, tal como la apreciaron los jueces *a quibus*, es en sí misma dependiente de la percepción directa que del testimonio han tenido los mismos y, en consecuencia es ajena al recurso de casación.

Por otra parte, la significación del principio "*in dubio pro reo*" en conexión con la presunción de inocencia equivale a una norma de interpretación dirigida al sentenciador que debe tener en cuenta al ponderar todo el material probatorio y tiene naturaleza procesal (STS. 15.5.93 y 30.10.95 por lo que resultará vulnerado cuando el Tribunal determine la culpabilidad del acusado reconociendo las dudas sobre la autoría del mismo o sobre la concurrencia de los elementos objetivos del delito, pero no resulta aplicable cuando el órgano jurisdiccional en uso de las facultades otorgadas por el art. 741 LECr, llega a unas conclusiones, merced a la apreciación en conciencia de una bagaje probatorio de cargo conducente a afirmaciones inculpativas llevadas a la resolución. Como precisa la STS. 27.4.98 el principio "*in dubio pro reo*", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido inculpativo, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo. Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter inculpativo de las pruebas practicadas (SSTS. 1.3.93, 5.12.2000, 20.3.2002, 18.1.2002, 25.4.2003). Por ello no puede equipararse la duda externamente derivada de existir dos versiones contrapuestas -como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole- a la que nazca en el ánimo del Juez, cuando oídas por el directamente las personas que, respectivamente, las sostienen, llega la hora de acoger una u otra, ya que solo y exclusivamente en ese momento decisivo debe atenderse al principio *pro reo*, inoperante cuando el Juez ha quedado convencido de la mayor veracidad de una de las versiones, es decir, que a través del examen en que se constata esa situación de versiones contradictorias tan frecuente en el proceso penal, el Juez puede perfectamente valorar la prueba, esto es, graduar la credibilidad de los testimonios que ante él se viertan y correlacionar toda la prueba, sentando la culpabilidad de lo denunciado cual acontece en el caso que nos ocupa.

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* Camila y 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 inculpativas 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 5716), como la hija (vídeo 1, minuto 5823 a vídeo 2, minuto 1338), *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.

7. Sin embargo, otra cosa hay que decir, con relación al delito continuado de *abusos sexuales* respecto de la hija, igualmente atribuido al acusado.

En efecto, ya vimos que tanto la esposa del acusado (vídeo 1, minutos 31 a 5716), como la hija (vídeo 1, minuto 5823 a vídeo 2, minuto 1338), *previamente advertidas* de manera expresa por el Presidente, *manifestaron que sí que querían declarar*, contestando a las preguntas, tanto de la representante del Ministerio Fiscal, como de la Letrado de la Defensa del acusado. Lo que ocurrió es que el tenor de lo manifestado varió sustancialmente con relación al último delito al que ahora nos referimos. Así, mientras respecto de los malos tratos, las declarantes se limitaron a rebajar el tono de la imputación, llevándolo prácticamente al plano incidental en episodios de abuso de bebidas alcohólicas por parte del acusado, pero sin conseguir negar los hechos, en cambio con relación a los abusos la esposa del acusado afirmó que todo lo que supo fue a través de lo que contó su hija, y que finalmente esta le confesó -tanto lo que dijo acontecido en la casa familiar como en el camión- que todo era mentira, y producto de su contrariedad porque su padre se oponía insistentemente a que saliera con determinado chico.

Por su parte, la propia sentencia de instancia (FJ, primero B) no se basa en más prueba que las declaraciones de la esposa del acusado y de su hija vertidas ante el Juez de Instrucción, y con la única corroboración -que destaca como relevante- de la narración efectuada por la testigo de referencia Sra. Noelia , coordinadora de convivencia del colegio de la última, que sólo supo lo que Herminia a su vez le contó. E igualmente toma en consideración el tribunal de instancia el "Informe de Valoración Forense Integral de Violencia de Género, ratificado por sus autores, Médico Forense, Psicóloga Forense y Trabajadora Social, donde en definitiva -sólo- se concluye que la declaración era creíble y que no se habían observado indicadores clínicos de simulación.

Consecuentemente, la ausencia de prueba de cargo suficiente respecto del delito de abuso sexual, determina la no desvirtuación de la presunción de inocencia del acusado, con las correspondientes consecuencias absolutorias por este delito, como se precisará en segunda sentencia.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado en parte.

SEGUNDO .- El segundo motivo se formula buscando su apoyo en el **error de hecho en la apreciación de la prueba** , al amparo del art. 849.1 (sic) de la LECr .



1. El recurrente interpone el motivo al entender que existe un error en la valoración de la prueba que demuestra la equivocación del Juzgador por no aplicar correctamente la interpretación jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo respecto a lo regulado en el artículo 416 de la L.E.Criminal en relación con el artículo 714 del mismo texto legal respecto del derecho de *dispensa a declarar de los parientes del acusado*, que se regula en dicho precepto y en este caso por no tener en cuenta las declaraciones exculpatorias realizadas en el acto del juicio por las víctimas y parientes del acusado como plasmación plena del derecho a no declarar regulado en el citado precepto.

Y añade que las declaraciones de la víctima *en fase sumarial no se prestaron con las debidas garantías* por lo que no podrían ser consideradas como prueba preconstituida, pero además tampoco, ante la contradicción de la víctima por su exculpación, dichas declaraciones se incorporaron al juicio oral con las debidas garantías, puesto que no se dio lectura de las mismas en virtud del artículo 714 de la L.E.Criminal, por lo que no se podría haber llegado a la decisión condenatoria del acusado.

Y, más, adelante afirma que hay *datos que corroboran la veracidad de lo manifestado por la víctima* en el acto del juicio, de su reconocimiento sobre el alcance y las consecuencias de su mentira, lo que da lugar a comprender su arrepentimiento y a querer decir la verdad en el acto del juicio. Sin embargo debe darse una plena credibilidad a lo manifestado por los *testigos de la defensa* como el gerente de la empresa donde trabaja el acusado, que demuestra el carácter de trabajador y diligente del acusado de plena confianza en la empresa.

Finalmente, centrándose en el delito de abusos sexuales, viene a insistir en que no ha quedado enervada la presunción de inocencia del acusado.

2. Viene manteniendo esta Sala (Cfr. SSTS nº. 496, de 5 de abril de 1999; 14-10-2002, nº 1653/2002; nº1423/2005, de 25 de noviembre, 762/2004 de 14 de junio, 67/2005 de 26 de enero, y múltiples posteriores), que la invocación del motivo expresado, queda supeditada a la concurrencia de ciertos requisitos:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "....aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma....", quedan *fuera* de este concepto las pruebas de *naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito*, tales como declaraciones de imputados o *testigos*, el atestado policial y acta del Plenario, entre otras (STS 220/2000 de 17 de febrero, 1553/2000 de 10 de octubre, y las en ella citadas).

La justificación de alterar el "factum" en virtud de prueba documental --y sólo esa-- estriba en que respecto de dicha prueba el Tribunal de Casación se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

Y si de manera excepcional se ha admitido como tal el informe *pericial* (SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre, núm. 372/99 de 23 de febrero, sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre, así como, num 1200/2005, de 27 de octubre) como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia impugnada en casación, lo ha sido cuando el Tribunal ha estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

C) Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error demostrado por el documento, no esté a su vez, desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la Ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración --razonada-- en conciencia de conformidad con el art. 741 LECr. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes y que el Tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las conclusiones de aquellos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna. (SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre).



E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el Sumario o en el Rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser *trascendente* y con valor causal en relación al resultado o fallo del tema, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificar el fallo (SSTS 496/99 , 765/04 de 11 de junio).

G) A los anteriores, debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación, que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo – art. 855 LECr – esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02), pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo , es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del documento que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de Casación "adivinar" tales extremos."

3. El motivo, confusamente estructurado, tras insistir en lo ya planteado en el anterior, -por lo que habremos de remitirnos a cuanto allí dijimos sobre la regularidad y suficiencia de la prueba de cargo practicada, en cuanto a los dos primeros delitos, explicada por el tribunal de instancia con minuciosidad en su FJ 1º, fº 15 a 18-, no deja de ser una valoración subjetiva por el recurrente de la prueba existente y, por ello, tampoco puede prosperar. Es más, designa únicamente pruebas de carácter personal (declaraciones testificales), que, con arreglo a los parámetros jurisprudenciales antes expuestos, quedan *fuera* del concepto de los documentos susceptibles de demostrar el *error facti* del juzgador.

Y si, por la cita que el recurrente efectúa del art 849.1 de la LECr , pudiéramos pensar que, aquél lo que pretende plantear es un motivo por *error iuris* , habrá que rechazar el motivo, porque por lo que se refiere a la infracción de ley, ha señalado esta Sala en reiteradas ocasiones (SSTS. 8.3.2006 , 20.7.2005 , 25.2.2003 , 22.10.2002 ; ATC 8-11-2007, nº 1903/2007), que el motivo formulado al amparo del art. 849.1 LECr . es el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley, es decir, si los preceptos-sustantivos- aplicados son los procedentes o si se han dejado de aplicar otros que lo fueran igualmente, y si los aplicados han sido interpretados adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos, ni prescindir de los existentes. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr .

Ello no obstante, la deriva del motivo hacia la presunción de inocencia, y en concreto, con referencia al delito de abusos sexuales, determina que estemos a lo expuesto con relación al motivo anterior, y en este aspecto el motivo sea parcialmente estimado.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto procede **estimar en parte** el recurso de casación, formulado por infracción de ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de D. Raimundo , declarando de oficio las **costas** de su recurso, de acuerdo con las previsiones del art.901 de la LECr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **ESTIMADO EN PARTE** el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Raimundo contra la Sentencia dictada, con fecha dos de diciembre de dos mil catorce, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos , en causa seguida por delitos de violencia habitual y de maltrato en el ámbito de la violencia de género y abuso sexual. Y se declaran de oficio las **costas** ocasionadas por su recurso.

Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil quince.



En la causa rollo nº 4/14 seguida por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos, dimanante del Procedimiento Sumario nº 1/14, incoado por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, nº 1 de Burgos, por **un delito de violencia habitual de género, un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género, y un delito continuado de abusos sexuales**, contra D. Raimundo, 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 Magistrado Ponente D. Francisco Monterde Ferrer.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos en lo que no se opongan a lo que se señala en esta sentencia

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en los fundamentos jurídicos primero y segundo de nuestra sentencia rescindente, habiéndose estimado el motivo de infracción de precepto constitucional, formulado por no desvirtuación del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el delito **continuado de abuso sexual**, por el que fue condenado el recurrente, debemos absolverle del mismo, dejando sin efecto las penas de prisión, prohibición de aproximación y comunicación impuestas, así como la indemnización concedida a Herminia, con la reducción proporcional de las costas de la instancia.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles, tales como las condenas recaídas por los delitos de violencia habitual y de maltrato en el seno de la violencia de género.

III. FALLO

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS, a D. Raimundo del delito continuado de **abusos sexuales** por el que fue condenado en la instancia, dejando sin efecto las penas de prisión, prohibición de aproximación y comunicación impuestas, así como la indemnización concedida a Herminia, con la reducción proporcional de las costas de la instancia.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, que no resultaren incompatibles, tales como las condenas recaídas por los delitos de violencia habitual y de maltrato en el seno de la violencia de género.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.