

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 160/2010 de 5 marzo.

RESUMEN

El TS considera nula la declaración de una víctima de violencia doméstica por no habersele informado de su no obligación de declarar, absolviendo al acusado del delito.

[...]

I. ANTECEDENTES

Primero

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

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

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

Ha renunciado a cualquier indemnización que le pudiese corresponder.

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

Segundo

SEGUNDO La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: Que debemos condenar y condenamos al acusado, Bernardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, como autor responsable del delito de violencia sobre la mujer ya definido [...]

Debemos absolver Y absolvemos Bernardo, de los restantes delitos por los que se ha formulado acusación [...]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

RECURSO INTERPUESTO POR Bernardo

PRIMERO

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

relación con el art. 53.1 del propio Texto constitucional , por haberse basado la condena del recurrente única y exclusivamente en la denuncia inicial en dependencias policiales de la víctima (folios 3 y 4) de fecha 15.6.2006, olvidando que no se le advirtió de su derecho a no denunciar al que entonces era su compañero sentimental (art. 261.1 LECrim), que en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, de fecha 16.8.2006 (folios 31 y 32) tampoco se le advirtió de su derecho a no declarar contra el que entonces era su compañera sentimental (arts. 416.1 y 707 LECrim.), que su comparecencia de 1.9.2006 (folio 76), esto es, 14 días después, retiró la denuncia, y que en el acto del juicio oral, no testificó, acogándose a su derecho a no declarar, al amparo del art. 416 LECrim., sin que exista, por ello, prueba de cargo suficiente practicada con todas las garantías que permita enervar su derecho a la presunción de inocencia a tal efecto, valora los partes facultativos de los folios 14 y 15 que entiende acreditan la existencia de unas determinadas lesiones pero no el origen o el causante de las mismas y respecto a la ratificación del Médico forense el 16.8.2004 en el Juzgado de Instrucción nº 4 (folio 73), obviamente no pudo hacerlo dado que los ocurrieron el 15.-8.2006 -dos años después- ratificación que en su caso, se hizo en ausencia de las partes y con vulneración, por tanto, del principio de contradicción y del derecho de defensa. [...]

SEGUNDO

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

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

de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente (art. 416 de la LECrim).

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

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

La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima".

La muy conocida STS de 27 octubre de 2.004, viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la obligación de declarar. Y razona que "En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue Yolanda quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan -folio 1- denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente.

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

En sentido coincidente con las resoluciones anteriores, encontramos el A TS de 29 de marzo de 2006, que reitera la doctrina expuesta en la Sentencia citada en último lugar, de que en una situación como la que se contempla, en la que la víctima, hija menor afín del acusado es la que, espontáneamente denuncia los hechos, poniendo en marcha el procedimiento penal, las

prevenciones del art. 416 son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia.

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

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

En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga.

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

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

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

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

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

verdad, es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero también lo es que no está constreñido a declarar en su contra.

Por otra parte, con carácter más general, el artículo 418 de la misma Ley , que no se refiere directamente al procesado, exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, ya a la persona ya a la fortuna de cualquiera de los parientes a los que se refiere el artículo 416 , lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa.

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

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

En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase perjudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de "denuncia espontánea". Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim. y una tercera en el Plenario, el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707 , deberá también hacérsele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416 LECrim . no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que de dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En

todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe verificarse con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

TERCERO

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

Siendo así aquella denuncia inicial y primera declaración judicial no fueron ratificadas en el acto del juicio oral conforme a los principios de oralidad, inmediación y contradicción y no pueden servir como prueba válida para enervar la presunción de inocencia, no ya porque ninguna de las partes interesó su lectura al amparo de los arts. 714 y 730 LECrim . sino porque tal lectura sería, en todo caso, improcedente. Si la víctima es advertida de su derecho a no declarar en el Plenario y lo utiliza, aunque haya formulado denuncia y ratificara la misma ante el Juez instructor no es posible dar lectura a la declaración sumarial para elevar la declaración al plenario como si ocurre en el caso de que se produjeran contradicciones en las declaraciones de los testigos o acusados o de negativa a declarar por acusados que se autoinculparon en la instrucción. Así se ha declarado por esta Sala en SS. 17.12.97, 27.11.2000, y por el Tribunal Constitucional en SS. 331/46 de 11.4 y 1587/97 de 17.12 , en orden a que no puede leerse una declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del juicio oral, con razonamientos extensamente expuestos en la STS. 129/2009 de 10.2 , que pueden resumirse en:

- La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr , en relación con el art. 416 de la LECr , es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.
- Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversiÓN es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.
- Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr . que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del art. 416 Lecrim que no está comprendido en el arto 730 LECrim. Llamar a la negativa a declarar "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca

contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende.

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

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

CUARTO

Cuestión distinta es que el hecho de que no se pueda tener en cuenta la declaración del testigo-víctima pueda no determinar necesariamente que siempre se tenga que dictar sentencia absolutoria porque podrían existir otras pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia en cuanto supongan que el contenido de aquella declaración de algún modo haya sido introducido en el Plenario de acuerdo con los principios del derecho probatorio.

[...]

III. FALLO

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

[...]

SEGUNDA SENTENCIA

III. FALLO

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

[...]