



Roj: **STS 1629/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1629**

Id Cendoj: **28079120012018100209**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **231/2017**

Nº de Resolución: **205/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 231/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 205/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 25 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 231/2017 interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** contra sentencia de fecha 24 de noviembre de 2016 dictada por la Sección 27<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra Sixto seguida por un delito de maltrato habitual, maltrato familiar y delito continuado de agresión sexual. Ha sido parte recurrida Sixto representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Everilda María del Carmen Camargo Sanchez y bajo la dirección letrada de D. Jesús Báscones López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- El Juzgado de Violencia sobre la mujer nº 1 de Arganda del Rey instruyó Sumario con el nº 1/2015, contra Sixto . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27<sup>a</sup>) que con fecha 24 de noviembre de dos mil dieciséis dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

« Sixto , nacido el NUM000 .1976 mantenía relación de pareja sentimental con Sabina iniciada desde ya al menos 19 años, compartiendo como último domicilio el situado en c/ DIRECCION000 Bloque NUM001 - NUM002 NUM003 , de Arganda del Rey, en el que igualmente residían los hijos comunes Eusebio , nacido el NUM004 .1998 y Encarnacion , nacida el NUM005 .1999.

No ha resultado probado que desde el inicio de la relación sentimental el procesado viniera sometiendo a Sabina y a sus hijos a una situación de dominación a través de un trato humillante con constantes insultos, empujones, patadas y golpes, daños en muebles y agresiones en ambiente de permanente temor.



No ha resultado probado que a principios de agosto de 2006 el procesado propinara azotes a su hijo Eusebio ni que, al intentar Sabina evitarlo, el procesado le propinara un puñetazo en la cara a la altura de la oreja derecha que le ocasionara la perforación del tímpano.

No ha resultado probado que en una noche entre 2010 y 2013 el procesado agrediera sin resultado lesivo a Sabina .

No ha resultado probado que en torno a 2013 el procesado golpeará con la mano abierta, y en todo el cuerpo, a su hija Encarnacion al enterarse de su orientación sexual.

No ha resultado probado que en 2013, encontrándose en el domicilio familiar Sixto , agrediera a sus dos hijos y a su pareja por una discusión por cuestiones referidas a los estudios de Encarnacion .

No ha resultado probado que en 2014 Sixto golpeará sin resultado lesivo a su hijo Eusebio utilizando una cuchara de madera.

No ha resultado probado que Sixto desde que su hija Encarnacion contaba 6 años de edad de manera habitual y continuada, aprovechando que se quedaba a solas con ella en el domicilio familiar, procediera, con ánimo libidinoso, en unas ocasiones a masturbarle, en otras a tocarle la zona genital con los dedos y en otras a mantener con ella relaciones sexuales, ello con penetración anal, vaginal y bucal, llegando a eyacular en el interior del ano, como tampoco que se practicaran mutuamente sexo oral.

No ha resultado probado que un día de junio de 2015 sobre las 13:00 h cuando Encarnacion tenía 16 años, su padre Sixto le trasladara a un camino rural cercano a la rotonda de la Avenida del Instituto por la carretera M-313, sentido Morata de Tajuña, ni que, tras bajarle el pantalón, le penetrara por ano y vagina eyaculando fuera de ella, limpiándose Sixto una bayeta de color rosa, bayeta que fue intervenida por la Guardia Civil el 16.10.15 en un camino forestal.

No ha resultado probado que la mañana del 24.08.15 Sixto se encontrara a solas con su hija Encarnacion en el domicilio familiar ni que le propusiera que se sentara a su lado con fines sexuales, ni que le bajara el pantalón y le penetrara analmente.

Ni Sabina ni Eusebio ni Encarnacion formularon reclamación ».

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

« **FALLO .- Que DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Sixto con NIE NUM006 (F. 92), de los hechos por los que devino acusado en el presente proceso, declarando de oficio las costas devengadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, a las que se hará saber las indicaciones que contiene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Asimismo llévense a efecto las anotaciones, inscripciones, comunicaciones y/o remisiones, en el modo y/o en los términos normativamente establecidos, a las personas y/o a/en los órganos correspondientes, con arreglo a la normativa vigente ».

**TERCERO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.**

**ÚNICO.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 ° y 3° LECrim por denegación indebida de prueba, con vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del art. 24.1 CE , al amparo del art. 852 LECrim .

**CUARTO .-** La representación legal de D. Sixto se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, impugnándolo; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.-** Por auto de fecha 29 de junio de 2017 quedó suspendida la deliberación a la espera de un Pleno no jurisdiccional destinado a debatir y fijar criterio sobre alguno de los temas implicados.

**SEXTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 14 de febrero de 2018 se procedió a nuevo señalamiento para el día 6 de marzo 2018, fecha en que se celebraron la deliberación y votación prevenida en la ley.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** Se alza el Ministerio Público contra la sentencia absolutoria recaída en la instancia con un recurso de motivo único que se presenta, sin embargo, con una dual intitulación (850.1 y 3 y 852 LECrim y una doble vertiente argumentativa.

De un lado, exige que presten testimonio varios testigos a los que la Sala disculpó de declarar. Estima el Fiscal que la concesión de la dispensa prevista en el art. 416 LECrim no se ajustaba a la ley y a la jurisprudencia al tratarse de familiares que habían ostentado la condición de acusación particular.

De otra parte, reivindica la posibilidad de valorar la prueba preconstituida que recogía la testifical de una de esas parientes (la hija del acusado).

Son correctos ambos formatos casacionales: recogen las dos perspectivas -legal y constitucional- desde las que cabe fiscalizar las decisiones de la Sala de instancia. El derecho a la tutela judicial efectiva, que funda la invocación del art. 852 LECrim, es también esgrimible por el Ministerio Fiscal como ha afirmado una jurisprudencia bien conocida de esta Sala en cuanto que el Fiscal es parte procesal. Como lo sería también el derecho a hacer uso de los medios de prueba pertinentes ( art. 24.2 CE ) que comprende no solo el derecho a que se practique una prueba, sino también a que no sean expulsados del acervo probatorio injustificadamente medios probatorios. Entiende el Fiscal que así ha sucedido aquí en relación a determinada prueba preconstituida que la Sala no valora por entender que el acogimiento a la dispensa del art. 416 LECrim en el plenario de quien emitió esas declaraciones las neutraliza.

Analizaremos separadamente las dos líneas argumentales del Ministerio Fiscal.

**SEGUNDO.-** Aduce primeramente el Fiscal el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda de 24 de abril de 2013 a tenor del cual la dispensa prevista en el art. 416 LECrim no debe amparar a quien se ha constituido como acusación particular. En este caso tanto la pareja como los hijos comunes, actuando aquélla en nombre de éstos, habían estado personados como acusación, aunque se habían apartado de esa posición tiempo antes.

Decía tal acuerdo:

*«La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.*

*Se exceptúan:*

*a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto;*

***b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso».***

Lo controvertido es si la proclamada excepción solo alcanza al pariente que sigue ejercitando la acusación en el momento en que ha de prestarse la declaración, o se extiende a cualquiera que haya estado personado en tal calidad.

Esta cuestión es especialmente relevante en el ámbito de violencia sobre la mujer. El art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala que las víctimas de violencia contra la mujer contempladas en la ley tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia; así como a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. Por ello, es frecuente que la víctima actúe personada como acusación en el inicio del proceso. Y es situación en absoluto insólita que luego opte por no continuar con la acción.

El hecho de haber actuado como acusación en alguna de las fases procesales ¿implica la desaparición de la dispensa del deber de declarar?.

La STS 1010/2012, de 21 de diciembre, anterior al Acuerdo de Pleno de 24 de abril de 2013, declaraba la validez de la dispensa ejercida al amparo del artículo 416 LECrim, pese a que la víctima había comparecido en el juicio oral asistida de letrado.

La STS 449/2015, de 14 de julio, posterior ya al acuerdo e invocada por el Fiscal, analiza la denuncia por la valoración de la declaración de la víctima familiar pese a no haber sido realizada por el Presidente del Tribunal la advertencia de la dispensa a que podía acogerse, ( art. 416 LECrim ).

El Tribunal Supremo desestima el motivo en tanto que la víctima, en fase de instrucción, ejerció la acusación particular durante un año (aunque, ya no la ejercía al tiempo del plenario). Se la consideró de esa forma incluida en la excepción a que se refiere el punto segundo del Acuerdo de Pleno citado. Era innecesario realizar la advertencia:



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

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

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

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

El Fiscal, en sintonía con tal pronunciamiento entiende que la previa personación como acusación particular canceló de manera definitiva la posibilidad de acogerse a la dispensa regulada en el art. 416 LECrim respecto los testigos cuya declaración interesaba (ex-pareja e hijos).

No lo entiende así la Sala de instancia que niega, con cierto voluntarismo, que el supuesto sea totalmente equiparable al previsto en el precedente invocado.

**TERCERO.-** La controversia, así planteada, ha dado lugar a un nuevo Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda en el que se aprobó por unanimidad la siguiente conclusión:

"No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en esa condición".

El criterio obedece a una pluralidad de razones que convergen y se apoyan mutuamente.

El art. 416 LECrim supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional proclamado en el art. 24 CE. Es un derecho procesal atribuido - posiblemente sea el único supuesto-, a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.

Es un derecho que tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (vid STC 94/2010, de 15 de noviembre). Esta consideración es esencial para no desviarnos de la recta interpretación del art. 416 LECrim. Con lenguaje calderoniano apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973 el fundamento de la previsión: sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia. Con esa idea conecta una nutrida serie de pronunciamientos de esta Sala.

La dispensa -dirá la STS 134/2007, de 22 de febrero, - «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».

En el mismo sentido, leemos en la STS 292/2009, de 26 de marzo, «la razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución».

La STS 703/2014, de 29 de octubre, afirmará: «el TEDH, en sentencia de 24 de noviembre de 1986, caso *Unterpertinger c Austria*, se enfrenta a una norma similar a nuestro 416 LECrim (el art. 152&1, párrafo 1 del Código de Procedimiento Penal austriaco), igualmente en supuesto de denuncia de la esposa por agresión contra su marido, donde tanto la esposa como su hija hacen uso de la dispensa que el ordenamiento les concedía para no prestar declaración; resolución donde además de constatar que existen textos similares en el orden jurídico interno de varios miembros del Consejo de Europa, indica que la prohibición de interrogar a estos testigos en



la audiencia, no incumple el artículo 6.1 y 3 d) de la Convención, dados los especiales problemas que puedan surgir, confrontación entre el acusado y testigo de su propia familia, de modo que atienda a proteger al testigo y evitarle una cuestión de conciencia».

Por fin, la STS 486/2016, de 29 de octubre, observa que, «en cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento».

El hecho de ser un derecho de rango constitucional, (aunque necesitado de desarrollo legal para acotar sus perfiles) y, por tanto, del máximo valor axiológico, comporta consecuencias exegéticas no desdeñables. Sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente; y su contenido esencial ha de ser en todo caso respetado por la Ley (art. 53 CE), por más que ese núcleo esencial esté definido de forma mínima a nivel constitucional: casi todo se confía al desarrollo legal.

Caben indudablemente limitaciones efectuadas desde la legalidad. No es eso discutible. La propia LECrim prevé algunas (vid. art. 418). Pero esos límites han de venir impuestos en principio por la ley (bien expresamente, bien por deducirse natural e inmediatamente de ella) y merecen una interpretación restrictiva. En la duda hay que optar por la máxima amplitud del derecho, aunque sin dejar de ponderar el otro bien constitucional en conflicto, las exigencias de la justicia penal y del *ius puniendi*, lo que no constituye, sin embargo, un derecho fundamental (aunque también indirectamente algunos derechos fundamentales reclamen la actuación penal de lo que puede derivarse la relevancia constitucional- ligada a la misma protección del derecho fundamental de su eficaz tutela penal: entre muchas, SSTEDH de 9 de junio de 2009 - asunto *Opuz* contra Turquía, ó 2 de marzo de 2017 - *Talpiz* contra Italia-).

La dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aún provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distinciones según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art. 263 LECrim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art. 416 LECrim).

La jurisprudencia, no sin vacilaciones, ha introducido algunas modulaciones en la poco matizada regulación de la ley.

De una parte, interpretándola extensivamente al considerar que también acoge la norma a quienes han cesado en su relación conyugal o asimilada.

De otra parte, y tras dudas y zigzagueos, limitándola aparentemente al considerar que principios generales del derecho -no ir contra los propios actos- y la misma lógica excluyen, por contradictoria en sí misma, la figura de un acusador particular que se acoge a la dispensa. Quien ejercita la acusación reclamando del Estado una condena, no está legitimado para, al mismo tiempo, escamotear las pruebas que tiene en su mano, están a su alcance y son necesarias para que su pretensión pueda ser atendida.

Estas razones alumbraron el acuerdo de Pleno de abril de 2013 aludido que impide, por ser contrario a los propios actos y resultar contradictorio e incongruente, acogerse al art. 416 a quien simultáneamente enarbola una petición de condena por los hechos a cuyo esclarecimiento rehúsa contribuir. Es fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización. Puede ejercitar su derecho a reclamar la condena; pero en ese caso no puede regatear al Estado, cuya tutela impetra, los medios para poder acoger su pretensión. Esa postura esquizofrénica e incongruente es la repudiada por aquél acuerdo.

La formulación del acuerdo dejó subsistente la duda a que nos enfrentamos ahora y que muy pronto aparecería en la praxis de nuestros juzgados y tribunales: si era exigible para ese decaimiento de la dispensa del art. 416 la actualidad de la personación como acusación particular; o si, por el contrario, una vez personada, había que entender que la víctima había renunciado definitivamente a esa dispensa, para ese momento y para el futuro.



El precedente invocado por el Fiscal ( STS 449/2015 ) se inclina aunque con alguna dosis de ambigüedad por la segunda de las tesis. Las dudas han hecho conveniente un nuevo pronunciamiento del Pleno de esta Sala antes transcrito que se ha decantado por unanimidad por la primera de las tesis. Es la congruente con los argumentos esbozados.

De un lado, porque interpreta de la forma más amplia posible lo que es un derecho constitucional. No puede recortarse éste interpretativamente sin un fundamento claro, preciso e indiscutible. No significa esto que el legislador no pueda hacerlo en un futuro. El legislador cuenta con ciertos márgenes -bastante amplios dada la muy genérica formulación del art. 24 CE y su casi global remisión al legislador- si se plantea una reforma de este régimen, reclamada por muchos, para establecer limitaciones o modulaciones. Pero este Tribunal no puede erigirse en legislador inventando excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa *interpositio legislatoris* a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional: está permitido su desarrollo legal, también con limitaciones; pero no su limitación con la única base de criterios jurisprudenciales no anclados directamente en la ley sino en consideraciones de política criminal más o menos atendibles, pero no explícitamente asumidas por el legislador.

Por otra parte, este entendimiento enlaza de forma más natural con la filosofía que preside la excepción proclamada en el citado Acuerdo de 2016: es contradictoria la simultaneidad de una petición de condena ejercitada por quien al mismo tiempo esta privando al Tribunal del material probatorio necesario para concretarla: puede parecer una burla.

La situación es radicalmente diferente cuando esa persona, por las razones que sean (incluso por el deseo de no afrontar nuevamente la tensión de declarar en contra de su familiar), ha renunciado a esa pretensión desistiendo de su condición de acusación particular. No se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar): es un derecho renunciable, nunca una obligación legal, sin perjuicio de las consecuencias que en ciertos casos pudiera arrastrar (v.gr. costas procesales).

No hay razones plausibles para derivar de una personación como acusación particular en un momento dado la renuncia definitiva e irrevocable a acogerse a la dispensa. Podrá exigirse a quien se acoge a la dispensa que renuncie a ejercer una acusación a la que pone dificultades y trabas; pero no que por haber ostentado en algún momento la condición de acusación particular se vea ya despojado de ese derecho constitucional; al menos mientras que el legislador no prevea otra cosa.

Como tampoco sería aceptable una renuncia de futuro a ese privilegio. Puede hacerse uso *in actu* de la dispensa o no: en esa medida es un derecho renunciable. Pero no cabe la renuncia proyectada al futuro; por muy *informada* que sea esa renuncia.

Nótese además, en un plano más pragmático, como la legislación específica en esta materia, rodeada de una especial y elogiada sensibilidad hacia la víctima (art. 20 de la ley especial antes citada), empuja de alguna forma a la víctima a la personación para robustecer su posición. El Estado pone a su disposición los medios alentando esa decisión de constituirse en acusación. Significaría un exceso que, pasados esos momentos iniciales, la víctima se viese privada de la facultad de eludir ese conflicto -declaración contra el familiar *versus* falso testimonio-, viéndose abocada a la opción entre delinquir o traicionar los fuertes sentimientos surgidos de esa relación familiar.

Hay que dar la razón a la Audiencia y concluir que su decisión de permitir a las víctimas acogerse a la dispensa del art., 416 LECrim , pese a haber estado personadas como acusación particular, fue correcta en la medida en que habían abandonado ya esa posición procesal de parte acusadora. .

**CUARTO.-** En el caso de los dos menores confluyen todavía más razones para esa solución. La decisión de personarse en su nombre la adoptó la madre como legítima representante legal. Alcanzada la mayoría de edad o un estado de madurez suficiente para decidir personalmente sobre la posibilidad de acogerse o no a la dispensa, la previa opción de la madre no les puede privar de la capacidad de elegir por sí mismos si quieren o no acogerse a la dispensa. Incluso si la madre hubiese permanecido como acusación particular, los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía sobre la posibilidad de declarar o no. No se les arrebatara esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores.

La STS 209/2017, de 28 de marzo analizaba un supuesto parecido. De ella pueden extraerse conclusiones similares:



"... la menor fue instruida a tales efectos por el Tribunal de enjuiciamiento, al apreciar que la misma, dada su edad, gozaba de suficiente madurez para decidir sobre este punto, siguiendo la pautas marcadas por esta Sala de casación, en particular en la STS 699/2014 de 28 de octubre .

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

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

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

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

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

Y cualquiera que sea la opción por la que nos decantemos, no cabe duda de que una joven de 17 años, cuya capacidad no está judicialmente modificada, que ha entendido el alcance de la advertencia que se le efectuó y sus consecuencias, reúne las condiciones no solo para ser oída, sino también para que su opinión libremente formada se respete en los aspectos que a ella afectan. Y en lo que ahora nos atañe, a decidir acerca de la dispensa de declarar en contra del acusado que el artículo 416 LECrim reconoce por razón de parentesco.

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

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

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

..."si la testigo/víctima se persona en el proceso ejerciendo la acusación particular se sitúa fuera de las personas con derecho a la dispensa, y su status se equipara al de un simple testigo obligado a declarar. Incluso la STS 449/2015 fue más allá y entendió que la pérdida del derecho a acogerse a esa dispensa se perpetuaba aunque después la víctima se hubiera retirado del proceso.

La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa, en principio nos obligaría a concluir que, en la medida que la víctima de los hechos D<sup>a</sup>. Carmen estaba personada en las actuaciones como acusación particular, había decaído en su derecho a acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim . Sin embargo, tal afirmación exige sus matizaciones, porque dada su minoría de edad (15 años) al momento en que se denunciaron los hechos, la personación la decidió en su nombre su progenitora D<sup>a</sup>. Milagros , la hoy recurrente, a quien se hizo, como representante legal de aquella, el ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 110 LECrim .



Esta circunstancia determinó la conveniencia de que al momento de celebrarse el juicio oral, cuando a la testigo le faltaban escasamente nueve meses para alcanzar la mayoría de edad, el Tribunal sentenciador interesara su opinión al respecto. En la primera ocasión en que fue preguntada una vez había alcanzado la suficiente edad y madurez para que su opinión, no solo fuera escuchada sino también atendida, según relató la sentencia de instancia «respondió, firme y categóricamente, que no quería actuar contra su padre ni declarar en el juicio». Es decir, de manera inequívoca mostro su voluntad de no ejercitar acciones penales.

Esta voluntad libremente expresada por la menor víctima, por primera vez desde que alcanzó la suficiente madurez, es indudablemente relevante en relación a la pervivencia de una relación procesal como acusación que se ejercía en su nombre, y ahora contra su voluntad. Precisamente esa voluntad contraria, no solo a declarar respecto a unos hechos que involucraban a su progenitor, sino también a ejercitar contra él cualquier tipo de acción penal, fue la que determinó al Tribunal sentenciador a tener por apartada del proceso a la acusación particular que se actuaba en su nombre, aunque nominalmente encabezada por su madre. Decisión ésta que se sustenta en el mandato legal que obliga no solo a oír a los menores, sino también a tomar en consideración su opinión cuando gozan de madurez necesaria".

De este precedente podemos, así pues, deducir que el acogimiento a la dispensa es una facultad personalísima tanto del ya mayor de edad como del menor ya maduro. En ese caso estamos aquí (tanto en las declaraciones en fase de instrucción como en el momento del acto del juicio oral). En el caso de menores que no hayan alcanzado ese grado de madurez suficiente para decidir por sí mismos, la decisión habrá de ser adoptada por el progenitor con el que no existe interés contradictorio; y si se detecta esa contradicción de intereses con ambos, habrá de acudir a los mecanismos sustitutivos previstos en la legislación civil para adoptar la decisión adecuada y conveniente al interés superior del menor.

**QUINTO.-** El otro frente de ataque que abre el Fiscal a la sentencia se focaliza en el rechazo del Tribunal a *quo* tanto a reproducir la grabación de la prueba preconstituida de una de las testigos como a valorarla. La razón del rechazo: que en el acto del juicio oral expresó su voluntad de acogerse a la dispensa del art. 416. Esa decisión, según la Audiencia y según viene entendiendo esta Sala, neutraliza y abole la capacidad probatoria de la prueba preconstituida que no puede ser usada para burlar la voluntad de la víctima -familiar que libremente, exterioriza su negativa tanto a prestar testimonio como, por ende, a que testimonios precedentes puedan ser usados en contra del acusado, su padre en este caso.

La facultad contemplada en el art. 416 LECrim implica no solo que se respete la voluntad de no declarar, haciendo decaer una obligación que subsiste para el resto de ciudadanos; sino también que no se hagan valer las posibles manifestaciones previas de la testigo contra su explícita opinión.

Si bien algunos precedentes se apartaron de ella ( SSTS de 21 de septiembre de 2005 ó 3 de noviembre de 2006 ), esta doctrina es rocosa en la jurisprudencia de los últimos años, especialmente a partir de 2009 ( SSTS 135/2009, de 27 de enero y 629/2009, de 10 de febrero ).

A veces se cita una sentencia de 13 de noviembre de 1885 como primer y añejo hito de esa doctrina. Un erudito estudio ha puesto de manifiesto en fechas recientes que la referencia está tergiversada: las razones de aquella sentencia estaban ligadas a la falta de una advertencia previa al familiar en los términos impuestos por el art. 416 LECrim .

A esa última doctrina jurisprudencial se acoge con acierto la Sala de instancia. Habría procedido indebidamente si hubiese accedido a introducir en el juicio oral la declaración practicada al amparo del art. 448 LECrim . sin concurrir las circunstancias del art. 730 LECrim .

No existía verdadera imposibilidad, presupuesto necesario para activar la previsión del art. 730 LECrim . No es asimilable a esa imposibilidad la negativa a declarar consentida por la ley. El motivo de no declarar en el juicio *dependió de manera exclusiva de la* voluntad de la menor. No llegó a producirse el presupuesto, *sine qua non* en la semántica de la norma - art. 730 LECrim - al que se condiciona en términos imperativos el uso de la alternativa excepcional que en él se contempla. Es jurisprudencia inveterada, (entre muchas, SSTS 51/2015, de 29 de enero ó 64/2015, de 13 de febrero ) la que consigna, como la primera de las condiciones de acceso a la vía del art. 730 LECrim , la de que "el testigo se encuentre imposibilitado para acudir al juicio oral", precisando que la imposibilidad ha de ser del género de la que se sigue de circunstancias como "el fallecimiento" o la consistente en "sufrir extraordinarias dificultades procesales", que en otras sentencias, como la 167/2010, de 24 de febrero , se describe como imposibilidad de localización por desconocimiento del paradero.

Se entiende que la exigencia sea tan rigurosa, pues el derecho del imputado al examen del testigo de cargo en el enjuiciamiento con intermediación, que es *intermediación actual* , constituye factor esencial del derecho de defensa del imputado, inherente también al principio de contradicción.



**SEXTO.-** Introducir en el debate procesal la declaración anterior, supondría, en otro orden de cosas, soslayar o volatizar la dispensa del testigo/pariente y privarla de eficacia.

Cabe citar, en esa dirección interpretativa entre otras, algunas resoluciones de esta Sala:

1) STS 1885/2000, de 27 de noviembre

*«A este respecto en la sentencia de esta Sala 1587/97, de 17 de diciembre, con referencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 1986, se dice que "aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio de Roma, sin embargo, su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa. De manera que como al negarse tales testigos a declarar ante el Tribunal competente impidieron al demandante que "las interrogara o hiciera que se las interrogara" sobre sus declaraciones, y, no obstante, la sentencia se basó en dichas declaraciones, ha de concluirse que "se declaró culpable al Sr. Agustín fundándose en "testimonios" frente a los cuales sus derechos de defensa eran muy limitados. Por lo tanto, el demandante no contó con un proceso justo y se violó así el apartado 1 del artículo 6 del Convenio en relación con los principios inherentes al apartado 3. d) del mismo precepto" (...)*

*Señala la citada sentencia 777/2000, de 28 de abril, que esta postura "cuenta con precedentes jurisprudenciales incluso de época preconstitucional en los que se estableció la improcedencia de leer la declaración sumarial en el acto del juicio oral, y la ilicitud de utilizarla para fundar la sentencia cuando personas incluidas en los casos de los artículos 416 a 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hacen uso en el juicio oral de su derecho a no declarar ( sentencias de 13 de noviembre de 1.885 y 26 de noviembre de 1.973 )"».*

2) STS 459/2010, de 14 de mayo

*«Dicho lo anterior, procede ahora elucidar la posibilidad legal de otorgar virtualidad a las declaraciones prestadas por la denunciante ante la Policía, primero, y a su ratificación de las mismas ante el Juez de Instrucción, después.*

*Dejando al margen la posible discusión, suscitada por el recurrente en el Primero de sus motivos, acerca del valor de lo declarado en sede policial por no haberse realizado a la denunciante la advertencia legal de la inexistencia de la obligación de declarar, cuestión por demás polémica en nuestra doctrina como ampliamente se explica en el Fundamento Jurídico Segundo de la recientísima STS de 4 de Marzo de este mismo año, a la que resulta innecesario atender habida cuenta de que consta que dicha advertencia sí que fue correctamente formulada por el Instructor cuando la testigo declara ante él y se reitera en la versión de los hechos previamente ofrecida a la Policía, y teniendo en cuenta que los Jueces "a quibus" cumplieron con el requisito establecido en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de dar lectura pública en el acto del Juicio a las declaraciones precedentes, la cuestión se centra, por tanto, en determinar si concurre la condición habilitante para la posibilidad de introducción, en el acervo probatorio disponible para el enjuiciamiento, de ese material obtenido fuera del Juicio y, por ende, sin cumplir con plenitud los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, que requeriría su práctica íntegra ante el Tribunal que habrá de valorar finalmente el resultado probatorio.*

*En este sentido, prosiguiendo con lo que ya adelantábamos líneas atrás, hay que volver a mencionar ahora las repetidas Sentencias de 27 de enero y 10 de febrero de 2009, cuando en ellas se afirma que:*

*"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 LECrim 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. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediatez, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas -como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto, el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible a los efectos del art. 730 debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese*



*momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye. Este criterio que se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1973, ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001, en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar."*

*Pues, en definitiva, como la misma Resolución también sostiene, con criterio que plenamente se comparte:*

*"...admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra los acusados en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se trasmute 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."*

*Tesis que se han reiterado incluso en la última Resolución de esta Sala, la tan reciente STS de 5 de Marzo de 2010 ya mentada, que, a su vez, invoca otras Resoluciones semejantes como las SSTS de 17 de Diciembre de 1997 y la de 27 de Noviembre de 2000 o las del Tribunal Constitucional 331/96, de 11 de abril, y 1587/97, de 17 de diciembre, "...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...", a las que cabría, a su vez, añadir otras anteriores como la también STS de 11 de abril de 1996.*

*Por otra parte, y a los solos efectos de completar y consolidar una vez más esta doctrina, para evitar cualquier duda al respecto, habrá que insistir así mismo, de nuevo en los mismos términos en los que lo hacen las repetidas SSTS de 27 de enero y 10 de febrero de 2009, que:*

*"Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita 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."*

*Por consiguiente, resulta meridianamente claro, con base en todos los anteriores argumentos, que no es admisible la utilización de declaraciones sumariales prestadas por quien posteriormente hace uso, en el acto del Juicio oral, de la dispensa que la Ley le otorga según las previsiones de los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por la vía del artículo 714 (necesidad de aclaración de contradicciones) ni del 730 (imposibilidad de reproducción de la prueba) de ese mismo cuerpo legal, ya que no se dan los presupuestos legales (existencia de contradicciones o imposibilidad de práctica), de carácter excepcional e interpretación restrictiva, que justifiquen nada menos que el privar al acusado de la realización de las diligencias que le incriminan en presencia del propio Juzgador, con estricto cumplimiento de las garantías del procedimiento.*

*Ya que, de llegarse a la conclusión contraria, es decir, a la de afirmar la posibilidad de acudir al material sumarial para sustentar el pronunciamiento condenatorio, estaríamos negando a la Defensa, paradójicamente como consecuencia de una decisión adoptada por quien, en principio, abriga el deseo de no incriminar al acusado, la posibilidad del interrogatorio, contradictorio y a presencia del Tribunal, de un testigo esencial y, por ende, impidiéndole disponer de opción tan básica, para las garantías del enjuiciamiento, como la de intentar evidenciar ante los Juzgadores, por medio de sus preguntas, los posibles datos que pudieran desacreditar la credibilidad de la versión ofrecida en la denuncia (...).*»

3) STS 703/2014, de 29 de octubre

*«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 puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el Juicio Oral, entre otras razones porque 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 Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado.*



Por tanto, admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa, luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es 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.

Consecuentemente, 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 LECrim ».

4) STS 486/2016, de 7 de junio

«Consecuentemente, 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 LECrim .

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

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

En desarrollo de ese acuerdo plenario, no han faltado precedentes de esta Sala que subrayan la importancia de no acudir a vías alternativas de introducción de las declaraciones sumariales en el material susceptible de integrar la valoración probatoria. Es el caso de la STS 160/2010, 5 de marzo . Razonábamos entonces que "...la libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr , en relación con el art. 416 de la LECr , es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.

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

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

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

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

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

5) STS 733/2017, de 15 de noviembre



«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 LECrim, en relación con el art. 416 de la LECrim, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial.

Aún añadimos 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 Ley de enjuiciamiento criminal. Y también, que tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita 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».

Ese criterio ha cristalizado en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda antes citado en el que con una amplísima mayoría quedó fijado de esta forma: «**El acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 LECrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar- testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida**».

**SEXTO.**- Procede en consecuencia la desestimación del recurso del Fiscal con declaración de oficio de las costas procesales a la vista de la posición institucional del recurrente que justifica el tratamiento especial que en este punto le brinda la legislación ( art, 901 LECrim ).

## FALLO

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

**1.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra sentencia de fecha 24 de noviembre de 2016 dictada por la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid en causa seguida contra Sixto seguida por un delito de maltrato habitual, maltrato familiar y delito continuado de agresión sexual.

**2.- Declarar de oficio las costas** de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Antonio del Moral Garcia A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 231/2017 .

I.-

Mi discrepancia con la sentencia mayoritaria no me ha impedido su redacción acogiendo en el punto controvertido -valor de la prueba preconstituida- los criterios de los demás colegas que componen la Sala, criterios proclamados en los últimos diez años de manera reiterada por la jurisprudencia que en fecha muy cercana (23 de enero último), con solo dos opiniones discordantes, se refrendaron con un sintético acuerdo de pleno citado en la sentencia.

Plegarme, como es lógico, a ese criterio, ahora y en lo sucesivo, es compatible con no dejar pasar la ocasión de hacer constar las razones que me llevaron en el Pleno -y en la deliberación de este concreto asunto- a defender que una prueba preconstituida, practicada con todas las garantías (contradicción, intervención de las partes con sus respectivas direcciones letradas; presencia y supervisión por la autoridad judicial, advertencia al declarante de la posibilidad de acogerse a la dispensa del art. 416, grabación en medio audiovisual), no se convierte en material totalmente desechable por el hecho de que quien la emitió, llegado el acto del juicio oral,



manifieste su legítima voluntad de no declarar al abrigo de la lógica dispensa legal, con raíces constitucionales, que le otorga la ley ( arts. 416 LECrim y 24.2 CE ).

## II.-

La dispensa, según entiendo, viene a resolver un conflicto **actual** : que el familiar no se vea obligado a declarar contra su pariente so pena de incurrir en falso testimonio. Pero no se otorga a su beneficiario un poder de disposición sobre pruebas o actuaciones procesales ya producidas, aproximando así de *facto* las infracciones de que son víctimas esos familiares en delitos solo perseguibles a instancia de parte.

La decisión de acogerse a la dispensa proyección *retroactiva*; es decir, capacidad de "borrar" invalidar o retirar declaraciones ya producidas y realizadas con pleno respeto a la normativa (incluida la previa advertencia legal).

El conflicto **actual** queda solventado con la dispensa: jamás se puede obligar a un familiar a declarar en un proceso seguido contra alguno de los parientes mencionados en el precepto. Pero si ya lo hizo, si en un momento dado, advertido de que no estaba obligado, prescindió de ese privilegio y prestó declaración, sus manifestaciones quedan incorporadas a las actuaciones, escapan a su disponibilidad y tendrán el valor que se le quiera dar, un valor nunca sujeto a un poder dispositivo del testigo.

Esto vale para todos los supuestos (para el familiar que es víctima y para quien no lo es): no podemos interpretar el art, 416 LECrim solo desde la perspectiva del ámbito de la violencia intrafamiliar.

No es dato decisivo que el testigo que se acoge a la dispensa sea o no la víctima o un tercero. La solución ha de ser la misma. No es ese elemento diferencial relevante con arreglo a la norma hoy vigente, sin perjuicio de que el legislador ciertamente podría tomarlo en consideración. De hecho algún texto prelegislativo así lo hacía.

## III.-

El escenario al que se enfrentaba la Audiencia se identifica por tres coordenadas:

a) Contaba con una prueba personal preconstituida practicada con todas las garantías que deben rodear esa actuación: contradicción plena, documentación autenticada, intervención letrada sin limitaciones, presencia del imputado, carácter jurisdiccional. El letrado, además, conocía el carácter de prueba preconstituida de que se dotaba a la actuación.

b) Comprobó, a la postre, que ese testimonio anticipado podría ser reiterado en el acto del juicio oral al no confirmarse las circunstancias que hacían previsible o aconsejable su irreproducibilidad: la menor parecía en condiciones de declarar sin grave perjuicio. No constaba contraindicación psicológica o facultativa.

c) No se reiteró la declaración en el juicio por acogerse tal testigo a la dispensa del art. 416 LECrim .

Antes del desarrollo argumental, una pregunta retórica nada inocente: ¿ *quid* si la testigo se acoge a la dispensa pero manifiesta su anuencia a que se valoren sus anteriores manifestaciones?

Aquí creo que radica el *meollo* de la divergencia. La mayoría extrae de lo que es una concreta incidencia - posibilidad de no declarar- consecuencias de mayor fuste que llevan a tratar de *facto* a esos delitos como privados, poniendo, en manos de la víctima un poder de disposición sobre actos procesales con intervención judicial, poder que ni le atribuye la ley, ni se puede explicar, ni se compadece bien con la naturaleza pública del delito.

Tanto en los delitos públicos como en aquellos semipúblicos que han ido escapando de la virtualidad del perdón (entre ellos las agresiones sexuales: el legislador se ha hecho eco del progresivo interés social en su persecución), la actitud de la víctima, una vez denunciados los hechos, es irrelevante. Indirectamente puede influir mucho *de facto* en la decisión final del proceso, pero no porque sea dueña de la pretensión (*dominus litis*) , sino porque su testimonio puede resultar imprescindible. Sin ella, y a falta de otras pruebas de cargo, prevalecerá la presunción de inocencia.

Así sucede también en todos los delitos en que el testigo de cargo aún no siendo víctima, es decisivo o esencial. Si únicamente una persona ha presenciado la acción homicida o es testigo del cohecho y se niega a declarar; o no comparece ante los requerimientos judiciales, o se sitúa en paradero desconocido, la acusación carecerá de prueba y quedará intacta la presunción de inocencia. Eso no significa que la acción penal quede oficialmente a merced de la voluntad del testigo. Esa conclusión mezcla el plano probatorio con la naturaleza de la pretensión que se ejercita en el proceso penal en una rara mezcolanza que no puede alumbrar conclusiones coherentes.

La naturaleza pública de la acción penal se nutre de una idea: es la Sociedad (no la víctima, que puede estarlo o no) la interesada en el castigo de los autores de una infracción penal sustraída al poder extintivo del perdón de la víctima; tan interesada como lo está (la Sociedad) en la absolucón del acusado cuya culpabilidad no ha sido totalmente demostrada. En el modelo de proceso penal acusatorio esos intereses son defendidos en los



Tribunales por el Ministerio Fiscal. Las partes no son *víctima frente a acusado* ; sino *Ministerio Fiscal -Sociedad frente a acusado* .

Las cosas son idénticas, -nada cambia- cuando la víctima (o el testigo esencial o único) es uno de los familiares previstos en el art. 416 LECrim . La Sociedad no supedita el reproche penal a la voluntad del familiar víctima. Cosa distinta es que se le excuse del deber de declarar.

#### IV.-

Se trata de dilucidar no si una *parte* que rehúsa colaborar con amparo legal ( art. 416 LECrim ) puede disponer del proceso. Ese planteamiento desenfoca la cuestión. El problema estriba en indagar si la acusación pública y los legítimos intereses sociales a los que sirve pueden verse desatendidos por esa *decisión personal*. No ya por el hecho de que no se considere suficiente la prueba; lo que es otra cuestión (insuficiencia de una prueba no debe confundirse con inutilizabilidad de la misma que es lo que proclama la sentencia mayoritaria en relación al testimonio preconstituido), sino porque se dé el salto desde la dispensa en un momento dado para solventar un conflicto actual, al poder de disposición (como si se tratase de una exclusiva propiedad intelectual) sobre pruebas anteriores incorporadas legítimamente al proceso.

Si la prueba carece del mínimo de garantías exigibles serán indiferentes las razones que imposibilitan la declaración en el plenario: no puede usarse. Pero si está revestida de garantías se podrá utilizar aunque el testigo legítimamente no quiera colaborar. La actitud de la víctima (o testigo) no puede despojar a la acusación pública de la facultad de hacer valer la prueba preconstituida y realizada con plena calidad epistémica y óptimo nivel de garantías. Cosa diferente es que esa actitud (negativa a volver a declarar) sea también un factor a valorar que en ciertas circunstancias puede restarle credibilidad. Es un problema de suficiencia de garantías y no de actitud o razones del testigo.

La pregunta a contestar es si las actuaciones que el Fiscal intentó introducir como material probatorio reunían el nivel de garantías procesales exigibles para ser tomado por tal; es decir si se produjo con respeto a los estándares requeridos.

La prueba aquí se generó con plenitud de garantías: con contradicción y presencia del acusado. Se documentó en la forma prevista en el art. 448 LECrim . La grabación se podía reproducir en el acto del juicio oral con publicidad, y con una percepción (reproducción videográfica) que sin ser asimilable totalmente a la intermediación supera la que proporciona un acta escrita, con el inevitable efecto empobrecedor que es consustancial al traslado al papel de las palabras verbalizadas. No hay razones para arrojarla a la basura. Es una declaración realizada por la testigo pero no es propiedad particular suya.

#### V.-

La remisión al art. 730 que se contiene en el art. 777.2 LECrim no es de carácter material, sino procedimental. El art. 448 LECrim no exige para que la prueba preconstituida acceda al plenario que se den los presupuestos del art. 730 LECrim .

Además, sí concurren esos presupuestos bien entendidos. Ni las partes (no la víctima que no es parte; la acusación pública), ni el Tribunal tenían capacidad -posibilidad- para exigir esa declaración a la vista de lo establecido en el art. 416 LECrim . La razón de la irreproducibilidad escapa de su voluntad. Esto no es un habilidoso juego de palabras; es una realidad: supone tanta imposibilidad en relación al tribunal y a la acusación como la incomparecencia del testigo o una negativa material a declarar que se mostrase impermeable a conminaciones de pena (en caso de testigos terceros). La imposibilidad ha de referirse a las partes y al Tribunal, no al testigo. El art. 730 LECrim habla de causas *independientes de la voluntad de las partes* ; no del testigo. ¿También quedaría excluida la accesibilidad a través del art. 730 LECrim del testimonio prestado por quien en el juicio oral se niega sin amparo legal a declarar? .

#### VI.-

No se entiende muy bien por qué la solución habría de ser la contraria (posibilidad de valorar una previa declaración grabada y contradictoria) si la testigo se hubiese limitado a manifestar que *no se acordaba de nada* ; o sencillamente hubiese hecho caso omiso a la citación sin dar explicaciones; o se hubiese decretado por la Sala, como se estuvo debatiendo en las fechas inmediatamente anteriores, que no era precisa su comparecencia a la vista de la edad que tenía en la cronología en que se sitúan los hechos objeto de acusación.

Tampoco es fácilmente inteligible por qué si la menor hubiese declarado en el juicio negando los hechos y retractándose de sus declaraciones anteriores la Sala habría tenido capacidad para comparar las informaciones obtenidas en la prueba preconstituida con las introducidas directamente en el juicio oral y hubiere podido, siempre en un juicio que habría de estar presidido por la racionalidad, otorgar mayor valor a unas que a otras, o sencillamente mostrar sus dudas. Es muy fácil encontrar en la jurisprudencia ejemplos de



esa hipótesis nada infrecuente. La condena llega porque la víctima exculpó al acusado en el juicio. Si hubiese callado, la única solución sería paradójicamente la absolución (por todas STS 99/2018, de 28 de febrero).

Como finalmente se decidió citarla para el juicio oral (en decisión que pudo perfectamente haber sido otra), y se acogió a lo establecido en el art. 416, se declara abolida de forma poco explicable la posibilidad de valorar un material probatorio que goza de todas las condiciones procesales exigibles para llegar a formar una convicción judicial (no necesariamente condenatoria: que se pueda valorar no significa que haya que condenar). La *prueba del nueve* de la realidad de esa aseveración es que si no hubiese llegado a ser citada; o si hubiese manifestado no recordar nada; lo hubiese proclamado la mendacidad de la previa declaración habrían quedado abiertas las puertas para sopesar y ponderar el testimonio preconstituido.

No es esa consecuencia inteligible, salvo que se conciba la dispensa, como hace la sentencia mayoritaria, llevándola más allá de sus estrictos términos y convirtiéndola en una especie de derecho del pariente a que ninguna declaración suya -procesal o extraprocésal (no se entendería por qué estas sí cuando además se vierten sin advertencia alguna)-, ninguna actuación propia, ninguna actitud procesal o gesto puedan ser utilizados para condenar al pariente. Eso desborda la concepción correcta de la dispensa y propicia una cierta privatización de los delitos en que la víctima es uno de esos familiares.

Se le otorgará así a esa facultad un impropio doble contenido no parificable con otros supuestos análogos (derecho a no declarar del acusado). Uno negativo: no declarar. Otro positivo, potestad de invalidar con su exclusiva voluntad actos procesales previos por razones extrínsecas a ellos.

## VII.-

Se dice que esta interpretación vendría a reforzar la tutela de la víctima otorgando el máximo blindaje a esa facultad establecida en su favor.

Esa conclusión se me antoja, empero, solo aparente. La exégesis que cuestiono puede encerrar una vocación de *boomerang*, volviéndose en contra no tanto de las víctimas actuales -que también-, como de víctimas potenciales.

Esta línea de argumentación que paso a desarrollar -justo es señalarlo- atiende a un concreto aspecto del art. 416 LECrim. No será predicable de los casos en que el familiar testigo no es víctima (precisamente aquellos en que normalmente no se suscitan estos problemas).

Explico esto.

Entre las finalidades de las penas y, por ende, del derecho penal, resalta -aunque no sea la única- la preventiva o disuasoria. Lo importante -se ha dicho- del delito previsto en el art. 138 CP no es cuántos homicidas hay en prisión al haber sido condenados en virtud de tal norma; sino cuántas personas están vivas gracias a la presencia de ese precepto en nuestro ordenamiento penal. Esa norma imprime una idea en el imaginario colectivo: matar a alguien merecerá un castigo severo. Para muchos, probable y afortunadamente, eso no añade nada al respeto que profesan por la vida de los demás. A algunos, esa idea sí le supondrá, quizás ocasionalmente, algún freno; a otros, de forma consciente o inconsciente, eso es lo que les motiva para contener algunos impulsos esporádicos o más frecuentes; desgraciadamente, por fin, para algunos tampoco valdrá esa amenaza de pena. Desde este planteamiento incluso podríamos llegar a la desconcertante afirmación de que precisamente la aplicación del art. 138 CP (condena del homicida) es muestra de su parcial fracaso: no ha conseguido disuadir.

El efecto desincentivador o desalentador de la ley penal depende de tres factores, según recuerda la penalística: la magnitud del castigo (lo que es una obviedad aunque se resalte que no influye tanto como se cree), su inevitabilidad (en enunciado que aparece ya en los más clásicos penalistas) y finalmente la prontitud con que llega.

Pues bien, en los delitos en el ámbito familiar (que vienen constituidos no solo por la denominada violencia de género, sino también por otros supuestos y, significadamente, como revela la sociología criminalística, los abusos y agresiones sexuales), convertidos con razón en uno de los objetivos de política criminal prioritarios y más anhelados, el mensaje disuasorio que lanza la ley penal se ve peligrosa y notoriamente amortiguado con la interpretación que defiende la mayoría y que no comparto. Las cotas de *inevitabilidad* del castigo se ven menguadas. El mensaje al infractor no es tajante e inequívoco; queda parcialmente resquebrajado. *Demostrada la comisión del delito, vendrá una pena* es el mensaje deseable. Ese mensaje se ve debilitado por una apostilla, salvo que la víctima en uno u otro momento rehuse declarar.

Eso encierra una invitación a conseguir que la víctima se acoja a ese derecho agudizando su conflicto y colocándola en el trance de aparecer como la única responsable del castigo en cuanto que habría bastado



su pasividad en el plenario para eludir la condena; el Estado no contribuye a aliviarle esa carga emocional. Atribuyéndole capacidad de *borrar* su anterior testimonio redobla la presión.

No pienso en actuaciones delictivas (que podrían darse y que merecerán respuesta adecuada con preceptos como las coacciones o los atentados a testigos), sino principalmente en otro tipo de conductas que no pueden ser tildadas de delictivas y en muchos casos ni siquiera de ilegales (chantaje emocional; presiones psicológicas provenientes de la familia extensa o de sus propias vivencias...) que tratarán de erosionar la firmeza de la posición de la víctima o abocarla de nuevo al conflicto que el art. 416 LECrim quería resolver.

Estas consideraciones valen para las víctimas actuales.

Pero no podemos olvidar a las víctimas potenciales. El mensaje disuasorio del derecho penal se agrieta con esa interpretación de la norma lo que si atendemos a la lógica perjudicará a quienes hoy son solo víctimas potenciales incrementando la posibilidad de convertirse en víctimas reales. El deseo respetable de la víctima actual (*intentarlo otra vez*, o recuperar una relación que en otro caso romperá irremediamente una condena penal o preservar la libertad del padre de sus hijos) puede redundar en perjuicio de la víctima potencial y llevar a nuevos e indeseados *fracasos* del Derecho Penal.

Hay que buscar un equilibrio que no se alcanza en esa interpretación por relegarse en demasía a la víctima potencial.

Es secuela de esa concepción jurisprudencial amplificada de la dispensa una camuflada privatización de las infracciones en el ámbito intrafamiliar lo que discurre en sentido opuesto a las tendencias de política criminal plasmadas en convenios internacionales que obligan a España y que también deben orientar la interpretación.

En este sentido se me antoja muy pertinente recordar alguna de las exigencias plasmada en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE 6 de junio de 2014). En concreto la previsión contenida en su art. 55.1 : "*Las Partes velarán por que las investigaciones o los procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35 , 36 , 37 , 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y por que el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia*".

La norma, que es derecho interno en España, invita a interpretar el art. 416 LECrim , respetando su literalidad, pero desde esa clara orientación con la que armoniza bien la exégesis a tenor de la cual debe salvarse la valorabilidad de la prueba realizada con todas las garantías sin hacer depender su eficacia de la voluntad de la víctima de estos delitos.

La protección de víctimas potenciales jamás justificaría una relegación de las garantías del acusado. Pero no estamos hablando de eso.

La preconstitución ( art. 448 LECrim ) trata de conseguir que las fuentes de prueba de difícil o imposible práctica plenaria adquieran toda la dignidad que les habilita para ser tomadas en cuenta como prueba. Se procura que las condiciones de producción sean las más similares a las que, *prima facie* , regirán en la práctica de la prueba en el acto del juicio oral. Aquí se ha salvaguardado sobradamente en lo más esencial esas condiciones. No hay lesión del derecho de defensa.

### VIII.

Por último no puede dejar de observarse la discordancia apreciable entre la forma en que operamos en este punto y el tratamiento que damos a las declaraciones efectuadas en fase de instrucción y en sede judicial por el acusado que luego en juicio se niega a declarar: no se cuestiona su valorabilidad según una reiterada y más que razonable jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional que ahora sería ocioso rememorar (entre muchas SSTC 161/1990, de 19 de octubre 14/2001, de 29 de enero , 219/2009 y 220/2009, ambas de 21 de diciembre ). No se entiende la asimetría.

### IX.-

Una matización final para resaltar algo ya incidentalmente dicho: que sea valorable la prueba no significa que deba merecer fiabilidad. Decidir sobre ello corresponderá a la Sala de instancia

Por lo expuesto debía haberse estimado parcialmente el recurso de casación del Fiscal para, anulando la sentencia devolver la causa a la Sala de instancia para dictar otra valorando la prueba preconstituida y aquella otra realizada con las garantías imprescindibles (especialmente intervención judicial y contradicción) y con arreglo a ella, formar su convicción con libertad de criterio.

Antonio del Moral Garcia