Roj: **STS 3500/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3500**

Id Cendoj: **28079120012015100489**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **14/07/2015**
Nº de Recurso: **10127/2015**
Nº de Resolución: **449/2015**
Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**
Ponente: **JOAQUIN GIMENEZ GARCIA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil quince.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de **Abilio** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección III, por delito de agresión sexual, amenazas y lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la Votación y Fallo, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Joaquin Gimenez Garcia, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Alvarez Real.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Oviedo, instruyó Sumario nº 304/12, seguido por delitos de agresión sexual, amenazas y lesiones, contra **Abilio** , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección III, que con fecha 18 de Noviembre de 2014 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Resulta probado y así se declara expresamente que: El acusado, Abilio , mayor de edad y sin antecedentes penales, mantuvo, durante tres años, una relación de convivencia con Maribel .- En torno a la una de la madrugada del día 5 de julio de 2012 encontrándose la pareja en su domicilio, sito en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 . NUM001 puerta, NUM002 de Oviedo, surgió entre ellos una discusión, en el curso de la cual el acusado le dijo a Maribel "tú me denuncias y yo primero te mato, nunca me voy a alejar de ti "degenerando en una agresión física en la que el acusado, con ánimo de menoscabar su integridad física la propinó varios puñetazos en la cara, por lo que tuvo que taparse con las manos continuando el acusado con los golpes en sus manos. A continuación Abilio tumbó a Maribel sobre la cama y le exigió tener relaciones sexuales, a lo que ésta se negó, y, ante su negativa, con ánimo lascivo, la agarró fuertemente e introdujo sus dedos en su vagina, para después penetrarla vaginalmente y eyacular dentro.- A consecuencia de los hechos Maribel , resultó con lesiones consistentes en hematoma en mano izquierda, erosión en hemicuello derecho y erosión en clavícula derecha y esguince leve en el dedo pulgar de la mano derecha, que precisaron para su sanidad una primera asistencia facultativa invirtiendo seis días en su curación sin secuelas objetivables.- SEGUNDO.- El Mº fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales calificando los hechos como constitutivos de: un delitos de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del Cº penal , un delito de amenazas del art. 171.4 y 5. 2º del citado texto legal y un delito de lesiones del art. 153.1 y 3 del Cº Penal , considerando autor de los mismos al acusado, Abilio para quien interesó por el delito de agresión sexual la imposición de la pena de 10 años de prisión con la accesoria legal correspondiente y prohibición de aproximarse a Maribel a su lugar de residencia y de comunicarse con ella por tiempo de 10 años. Por el delito de amenazas postuló la imposición al acusado de la pena de 1 año de prisión con la accesoria legal correspondiente y privación a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años así como prohibición de aproximarse a Maribel y de comunicar con ella por tiempo de 3 años y por el delito de lesiones de genero la imposición de la pena de 1 año de prisión con la accesoria legal correspondiente, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 3 años y prohibición de aproximarse a Maribel y

de comunicarse con ella por tiempo de 3 años; asimismo postuló que en concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Maribel en la suma de 210 euros por las lesiones causadas y en la cantidad de 2.000 euros por el daño moral inflingido, así como la imposición de las costas causadas.- TERCERO.- La defensa de Abilio elevó sus conclusiones a definitivas, negando los hechos de la acusación y solicitando la libre absolución de su patrocinado". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que debemos condenar y condenamos a Abilio como autor penalmente responsable de: 1.- Un delito de agresión sexual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 años de prisión con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena así como la prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 mts, a Maribel , a su domicilio, centro de trabajo o cualquier lugar donde se encuentre, y de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de 10 años.- 2º.- Un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por plazo de 3 años y prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 mts a Maribel , a su domicilio, centro de trabajo o cualquier lugar donde ésta se encuentre, así como de comunicarse con ella por cualquier medio durante el plazo de 3 años.- Todo ello con expresa imposición al condenado de las costas causadas.- Al condenado le será de abono el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **Abilio** , 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.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECriminal .

SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECriminal .

TERCERO: Se renuncia.

CUARTO: Al amparo del nº 1 del art. 849 LECriminal .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, lo impugnó; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 7 de Julio de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 18 de Noviembre de 2014 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Oviedo , condenó a Abilio como autor de un *delito de agresión sexual,* sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad a la pena de seis años de prisión y como autor de un *delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género* a la pena de 10 meses de prisión, junto con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos, en síntesis , se refieren a que Abilio , que mantenía desde tres años antes una relación de convivencia con Maribel , en la madrugada del día 5 de Julio de 2012 cuando la pareja se encontraba en el domicilio que compartían, surgió entre ellos una discusión en el curso de la cual Abilio le dijo a Maribel *"tú me denuncias y yo primero te mato, nunca me voy a alejar de ti",* degenerando la discusión en una agresión física propinándole puñetazos en la cara, tratando ella de taparse la cara para evitar los golpes que continuaron por parte de Abilio .

Seguidamente, tumbó a Maribel sobre la cama y le exigió mantener relaciones sexuales a lo que ella se negó y ante la negativa la agarró fuertemente e introdujo sus dedos en la vagina, para seguidamente penetrarla vaginalmente eyaculando en su interior.

A consecuencia de los golpes recibidos, Maribel resultó con las lesiones descritas en el hecho probado en mano izquierda, hemicuello derecho y clavícula derecha y esguince en el dedo pulgar de la mano derecha que precisaron primera asistencia médica curando sin secuelas a los seis días.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El condenado, Abilio ha formalizado recurso de casación que desarrolla a través de ***tres motivos*** , a cuyo estudio pasamos.

Segundo.- El ***motivo primero*** , por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la *violación del derecho de defensa y de asistencia letrada, así como el del derecho a la tutela judicial efectiva* .

Anuda tal denuncia a que *en el inicio del juicio oral, el propio recurrente manifestó al Tribunal su voluntad de renunciar al letrado* que hasta ese mismo momento le estaba defendiendo, y que el Presidente del Tribunal, sin indagar en los motivos de la denuncia decidió continuar con el juicio por no ser momento procesal oportuno el que el recurrente renunciase a la defensa del letrado que le defendía.

En apoyo de la tesis de que se le privó de su derecho a defensa, cita la STS 127/2012 de 5 de Marzo , que -- dice el recurrente-- en un caso semejante, acordó la nulidad del juicio. En síntesis, se dice por el recurrente que la renuncia que efectuó no hubiera ocasionado dilaciones dado lo sencillo de la causa, y que el Presidente del Tribunal no indagó en las razones que pudiera tener el recurrente para tal renuncia, y, finalmente, que nada se dice en la sentencia en relación a tal incidencia.

El motivo no puede prosperar ya que la referencia jurisprudencial que cita -- STS 127/2012 de 5 de Mayo -- recoge un supuesto radicalmente distinto, ya que en dicho caso *fue el letrado el que alegó su deseo de renunciar* .

En el *presente caso* , el recurrente tuvo durante toda la tramitación de la causa *defensa de oficio* , se alega en el motivo que *"no estaba bien defendido por la letrada"* , y que por eso quería otro letrado.

Al respecto hay que decir que cuando se le nombra a la persona concernida una defensa de oficio, y no letrado de su elección --y por tanto a cargo del propio inculpado--, *tal defensa le es obligatoria* y no puede ser renunciada por la persona concernida *a no ser que ofrezca razones suficientes para justificar tal renuncia* , como pudiera ser la ausencia de toda relación personal entre el letrado y su cliente con anterioridad al juicio u otras semejantes. *No existe un derecho de defensa de oficio "a la carta"* , lo que solo es posible cuando se trata de abogado de elección de la persona concernida, y solo cuando no exista fraude procesal en tal decisión.

Además, en este caso, desde que el letrado de oficio formalizó su última actuación en el escrito de defensa, transcurrieron seis meses en absoluto silencio, y fue precisamente en *el inicio del Plenario cuando el recurrente manifestó su deseo de cambiar de letrado* y que se le nombrara otro. Con independencia de que el Presidente del Tribunal no indagara la causa de tal petición, *lo que debió efectuar* , es lo cierto que la misma, solo venía sustentada en la *propia manifestación del recurrente* , sin ninguna argumentación mínimamente admisible, y sin que tampoco aludiese a su voluntad de nombrar abogado de su confianza. En esa situación ofrecía y ofrece todos los caracteres de una *estrategia meramente dilatoria* dictada con la única finalidad de provocar la suspensión de la Vista. En tal sentido, la *STS 1007/2013 de 3 de Enero* declaró en un caso en el que *el inculpado comunicó por fax el día anterior* al señalado para el inicio del Plenario que se suspendiera el juicio hasta que se efectuase nuevo nombramiento de abogado, que tal actitud era una *"maniobra dilatoria"* que integraba un *"evidente fraude procesal"* al no existir mínima base razonable que pudiera justificar el porqué el inculpado demoró hasta la víspera del juicio tal petición.

No existió ninguna de las vulneraciones que se dicen.

Procede la desestimación del motivo .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6- Obran en la fase de instrucción diversas peticiones de la Acusación Particular ejercida por Maribel en relación con la causa que se estaba instruyendo, y asimismo, resoluciones del Sr. Juez Instructor resolviendo peticiones de la Acusación Particular, --folios 112 y siguientes, 175 y siguientes, 179 y siguientes, 186 y siguientes y 240 y siguientes--.

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

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

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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

En este escenario debemos declarar que en la medida que la víctima, Maribel , 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 instruirla de tal derecho de no declarar que *había definitivamente decaído con el ejercicio de la Acusación Particular* . Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

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

No hubo vacío probatorio de cargo , y la declaración de Maribel 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.

Procede la desestimación del motivo .

Cuarto.- Pasamos al ***motivo cuarto*** de los formalizados --el tercero fue renunciado--. Por la vía del *error iuris* del art. 849-1º LECriminal denuncia como indebidamente aplicados los artículos relativos a los delitos de agresión sexual y delito de lesiones por los que ha sido condenado el recurrente. Arts. 178 , 179 , 153-1 º y 153-3º y por inaplicación de la falta de lesiones del art. 617.1 y 2 Cpenal .

Alega que los hechos probados no expresan los indicios que permitan conocer el juicio de inferencia que sustenta la condena por agresión sexual, reitera los argumentos sobre la insuficiencia de la declaración de la víctima y los que denomina testigos de referencia, y concluye cuestionando la condena por delito de lesiones por ser necesario un comportamiento machista sobre la mujer, que según él no existió.

Hay que recordar que presupuesto indispensable del cauce casacional empleado es el respeto al *factum* o hecho probado, ya que el único debate que permite el cauce es el relativo a la subsunción jurídica de los hechos declarados probados por el Tribunal sentenciador.

El recurrente ignora la obediencia a tal presupuesto al cuestionar el hecho probado por lo que se incurre en causa de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación.

Es claro que se está ante una *situación de clara dominación* del condenado sobre su ex compañera sentimental, por lo que las lesiones causadas deben ser calificadas como constitutivas de delito como lo fueron por el Tribunal sentenciador.

Procede la desestimación del motivo .

Quinto.- De conformidad con el art. 901 LECriminal , procede la imposición al recurrente de las costas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de **Abilio** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección III, de fecha 18 de Noviembre de 2014 , con imposición al recurrente de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección III, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquin Gimenez Garcia Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Carlos Granados Perez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Joaquin Gimenez Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ