

LA DISPENSA DE DECLARAR DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Ana Montesinos García

Profesora contratada Ramón y Cajal
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción (breve resumen del estado de la cuestión). 2. La dispensa de la obligación de declarar como testigo. A) Ámbito subjetivo. B) La obligación de informar a las víctimas sobre su derecho a no declarar. C) ¿Puede la víctima que ha denunciado ampararse posteriormente en este derecho? 3. Posibles alternativas a la declaración de la víctima el día del juicio. A) Lectura de las diligencias practicadas en el sumario. a) Valor probatorio de la declaración sumarial. b) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 730 LECrim. c) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 714 LECrim. B) Otras pruebas: los testigos de referencia. C) El empleo de la videoconferencia. 4. Propuestas de reforma.

1. INTRODUCCIÓN: BREVE RESUMEN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Recientemente se ha publicado un estudio sobre violencia de género titulado: 'El silencio de las víctimas: un análisis jurídico y social', elaborado por la Cátedra de Estudios de las Mujeres Leonor de Guzmán de la Universidad de Córdoba con apoyo del Instituto Andaluz de la Mujer, que propone modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger mejor a las víctimas de violencia de género. Dicho estudio muestra que el 62 por ciento de las sentencias por violencia de género son absolutorias, frente al 38 por ciento que son condenatorias; de las sentencias absolutorias, en el 64 por ciento de los casos, la víctima no ha declarado en el juicio, principal razón por la que no hay condena¹.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal impone al testigo la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial y declarar cuanto supiere (arts. 410 y 707), pero exime de este deber a determinadas personas unidas con el presunto autor del delito por una relación de parentesco o análoga (art. 416). Este último precepto, el artículo 416 LECrim, ha cobrado gran protagonismo en los últimos años, a raíz del creciente número de procedimientos incoados por delitos de violencia de género, en donde la víctima es asimismo testigo directo de los hechos. Los Informes elaborados por el Consejo General del Poder Judicial así como las estadísticas de la Fiscalía General del Estado reflejan el elevado número de supuestos en los que la víctima de violencia de género se acoge a la dispensa de declarar en el acto del juicio oral².

En los procesos por delitos de violencia de género resulta extremadamente común que la víctima no mantenga una actuación procesal uniforme durante la completa tramitación de los mismos; incluso que actúe de manera obstaculizadora, lo que ocurre cuando retira la denuncia, no comparece ante el llamamiento judicial, altera el contenido de la declaración en aras a lograr la absolución del agresor, etc. Entre las principales razones de tales conductas, destacamos: los lazos afectivos existentes entre víctima y agresor, la presión a la que se ve sometida la víctima, falta de apoyo económico, dependencia psicológica frente al agresor, temor a las represalias que puede tomar hacia ella o hacia sus hijos, el perdón a su agresor, etc.³. A ello debemos añadir, las especiales circunstancias que rodean a la mujer víctima de violencia de género que provocan que en la mayoría de ocasiones su declaración sea la única prueba de cargo pues las agresiones se producen normalmente en el ámbito familiar, en un ámbito de privacidad y clandestinidad, sin otros testigos directos que los propios implicados: agresor y víctima, lo que conlleva que si la víctima no declara, quedará probablemente impune el delito. Además, cuando la violencia no ha sido física, sino psíquica, las dificultades probatorias se incrementan en gran medida.

Desgraciadamente resulta muy frecuente en el ámbito de la violencia de género que la víctima sucumba a los tradicionales sentimientos de resignación y sumisión, llevándola a retirar la denuncia o a desdecirse de ella en el acto del juicio, o incluso a acogerse a su derecho a no declarar contra su esposo o pareja, situación que alienta al presunto agresor a emplearse a fondo en su papel, incrementando sus amenazas o coacciones para que cambie su declaración o, simplemente adoptando el papel de compañero débil que pide perdón y que asegura que no lo volverá a hacer; de ahí que sea necesario que los tribunales extremen las cautelas para prestar a la víctima una adecuada protección, pues es evidente que no es plenamente libre, bien porque dependa económicamente, bien porque tenga ya muy mermada, por no decir anulada, su autoestima⁴. Paradójicamen-

te se encuentra en las manos de la persona que se acoge a la dispensa de declarar, la condena del presunto agresor o el sobreseimiento del proceso (según la fase en la que actúe la dispensa).

La Reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, modificó el ámbito subjetivo del artículo 416 LECrim, ampliando el mismo a “las personas unidas por relación de hecho análoga a la matrimonial”, despejando de este modo las dudas existentes al respecto, a pesar de que ya se venía comúnmente aceptando tal analogía⁵. Sin embargo, consideramos que se podría haber aprovechado esta reforma para aclarar las diversas cuestiones procesales que el artículo 416 LECrim plantea; a ellas vamos a dedicar el presente trabajo, por el protagonismo que ostenta en los juicios celebrados por causas de violencia de género.

Vamos a tratar de dilucidar la pugna con la que nos encontramos en este tipo de delitos entre la búsqueda de la verdad material de los hechos delictivos que han sido objeto de investigación y, en su caso, posterior enjuiciamiento y la consideración formalizada del proceso penal, presidida por los principios de legalidad procesal. Además de decidir entre promover la represión de una infracción penal o la conveniencia de respetar la voluntad de la víctima, que llegado el momento del juicio se acoge a su dispensa de no declarar y no quiere manifestarse en contra de su agresor⁶. Para ello, debemos tener en cuenta que estamos ante delitos públicos perseguibles de oficio, por lo que el Ministerio Fiscal, a pesar de que la víctima retire su denuncia, debe instar la continuación del proceso. El problema, por tanto, no lo encontramos en la renuncia, sino en el supuesto en el que la renuncia conlleva una negativa a volver a mantener ante el Juzgado la declaración inicial inculpativa hacia el agresor, especialmente cuando se acoge al derecho al silencio en el juicio oral que es donde se deben practicar las pruebas que van a servir al juez para condenar o absolver al presunto autor del delito, bajo los principios de oralidad,

contradicción, intermediación, concentración y publicidad.

La polémica generada en torno al artículo 416 LECrim en sede de violencia de género, nos lleva a plantearnos si, teniendo en cuenta las dificultades que existen para condenar estos delitos cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar, debe mantenerse este precepto. Para ello, vamos a estudiar los diferentes aspectos procesales del régimen jurídico de la dispensa, tales como su finalidad, ámbito subjetivo, efectos de la negativa de la víctima a declarar en el acto del juicio, el deber de información de las autoridades judiciales y policiales, el valor probatorio de las declaraciones prestadas en fase sumarial, los testigos de referencia y el posible empleo de la videoconferencia.

2. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR COMO TESTIGO

Los testigos que no se hallen privados del uso de la razón tienen la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 410 LECrim; obligación que se impone igualmente para el juicio oral en el artículo 707 LECrim. El testigo que no comparece a dicho llamamiento puede ser sancionado con una multa que puede ascender hasta los 5.000 euros e incluso, si persistiere en su resistencia, ser perseguido como autor de un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia grave a la autoridad judicial (art. 420 LECrim).

Comparecido el testigo, tendrá la obligación de prestar juramento o promesa, responder a las preguntas que le formulen las Defensas y decir la verdad. Sin embargo, la LECrim exime del deber de declarar a las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418 LECrim, en sus respectivos casos. La cobertura constitucional de esta dispensa viene prevista en el artículo 24.2 CE, que establece que la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de

secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, calificándose, por tanto, la dispensa de este deber como un derecho fundamental⁷.

Concretamente, el artículo 416 LECrim señala que están dispensados de la obligación de declarar: “1. *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.*

2. *El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido*⁸.

No se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une un vínculo familiar o análogo. Ahora bien, si decide declarar deberá ajustarse a la verdad; es decir, no está autorizado a mentir a favor del procesado, pero tampoco constreñido a declarar en su contra (STS de 20 enero de 2009⁹). La intención de este precepto ha sido analizada por nuestros Tribunales, planteándose si este derecho a no declarar contra el imputado está concebido como un beneficio del que goza el reo o imputado (tal y como han considerado las STS núm. 1062/1996, de 17 de diciembre y STS núm. 331/1996, de 11 abril¹⁰) o si, por el contrario, se trata de un derecho a favor del mismo testigo que incurre en alguna de estas circunstancias que le permiten no declarar. La opción mayormente acogida por la jurisprudencia ha sido la de estimar que se trata de un beneficio en favor del testigo en el

que se da el vínculo de parentesco o relación de hecho análoga a la matrimonial, ante la incómoda situación en la que se vería obligado a mentir, pudiendo incurrir en un delito de falso testimonio. La razón de su no exigencia se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, bien en relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, bien en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, ex artículo 18 de la Constitución¹¹. La salvaguarda de los vínculos de solidaridad existentes entre el testigo y el autor de los hechos y la protección de la intimidad del ámbito familiar prevalecen así sobre los propios del proceso judicial¹²; opinión que compartimos pero que, sin embargo, demostrará su flaqueza cuando ante víctimas de violencia de género nos encontremos, tal y como vamos a examinar a lo largo del presente trabajo.

A) ÁMBITO SUBJETIVO

Fruto de la reforma del artículo 416 LECrim operada por la Ley 13/2009, que recogió el criterio mayoritario del Tribunal Supremo, se incluyó en la enumeración de este precepto a la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial. Con anterioridad a la misma, si bien la jurisprudencia de nuestros Tribunales tendía a su asimilación con las relaciones conyugales¹³, fueron diversas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se pronunció en sentido contrario, basándose en el argumento de que, cuando el legislador ha querido establecer una equiparación entre unas relaciones y otras, así lo ha hecho (STS de 21 de noviembre de 2003¹⁴).

Despejada esta primera cuestión, otros interrogantes han surgido; fundamentalmente se ha discutido si podemos entender “relación de hecho análoga a la matrimonial” en el mismo sentido que el artículo 153 del Código Penal, que se refiere a una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia. Al respecto, el Tribunal Supremo ha declarado que los sujetos eximidos de la obligación de declarar del artículo 416 LECrim pueden acogerse a esta

dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado (STS de 26 de marzo de 2009¹⁵); en idéntico sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en su Auto de 6 junio de 2006¹⁶. Compartimos esta opinión, si bien debemos resaltar, que este derecho debe extenderse a relaciones de noviazgo o uniones de pareja con vocación de estabilidad y no a relaciones esporádicas¹⁷. A pesar de ello, no todas las posturas han sido uniformes y parte de la doctrina e incluso alguna jurisprudencia se ha pronunciado en sentido contrario. En esta línea, la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, ha manifestado que quedan fuera del artículo 416 LECrim las relaciones de noviazgo, limitándose la aplicación de la dispensa a aquellas personas que mantienen una relación matrimonial con el imputado o una relación *more uxorio* (de análoga afectividad con convivencia)¹⁸.

La siguiente cuestión que nos preguntamos es la relativa al momento en el que debe existir la relación matrimonial o análoga: si debe ser aquél en el que acontecen los actos de violencia de género o, sin embargo, aquél en el que la víctima debe declarar, pues tengamos en cuenta que puede suceder que en este último momento ya no exista ningún vínculo entre la víctima y el presunto agresor. La gran mayoría de la jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha decantado por este último momento, es decir, el del día del juicio en el que se debe prestar el testimonio. Dicho de otro modo, quien se acogió a la dispensa de declarar en virtud del artículo 416.1º LECrim, cuando depuso bien en sede policial o ante el Juzgado de Instrucción (en estos casos, Juzgado de violencia sobre la mujer), no podrá acogerse a tal derecho si en el acto del juicio oral este vínculo ya no existe. A título de ejemplo, entre muchas otras¹⁹, destacamos la STS de 26 de enero de 2010, que manifiesta que la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar

y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado²⁰.

En esta línea se pronuncia HURTADO YELO, quien opina que existen razones de peso para considerar el momento de la declaración como fecha *a quo* para determinar si existe o no la relación que da lugar a este derecho, y éstas son: a) El principal motivo para justificar este precepto es el conflicto que existe en el testigo entre declarar en contra de su pareja o faltar a la verdad. Este motivo ya no existe en la fecha de la declaración si la relación de pareja ya no existe; b) La protección de la intimidad, como finalidad secundaria de éste, debe ceder en favor de la averiguación de la verdad material en el caso de delitos tan importantes como los de violencia de género, donde los intereses de protección de la víctima y de su integridad llevan a considerar prevalente esta última finalidad, y aplicar el artículo 416 LECrim sólo en el caso que continúe la relación familiar en el momento de la declaración y, por último c) El derecho regulado en este precepto es un derecho de la víctima-testigo, no del imputado; de tal forma que, si el vínculo que da lugar a la aplicación de este precepto ha desaparecido, no debe aplicarse²¹. Esta ha sido la tesis adoptada por la Circular 6/2011 de la Fiscalía, en donde se proclama que quedan excluidos de la dispensa quienes ya no mantienen una relación conyugal o de pareja de hecho, distinguiendo los supuestos de ruptura de la convivencia en el caso de las parejas de hecho, del de los cónyuges. En el primero de los casos, si bien debe ser inaplicable la dispensa, la ruptura de dicha convivencia ha de obedecer a la voluntad de poner fin a la misma por las partes, porque si la convivencia resulta interrumpida como consecuencia de haber ingresado en prisión el imputado o por la imposición de una medida cautelar de prohibición de aproximación acordada a petición del fiscal y con la oposición de la víctima, subsiste el vínculo de afecto de la testigo con el imputado, por lo que ha de ser advertida de su derecho a no declarar. Mientras que en el segundo supuesto, es decir, en caso de ruptura

de la convivencia entre cónyuges, existen dos posturas: a) aquella que entiende que, efectuada la separación, desaparece cualquier deber de solidaridad y lealtad y, por tanto, la testigo tienen la obligación de declarar, y una segunda postura, b) que se inclina por considerar que pese a la separación de los cónyuges subsiste el vínculo conyugal y, por tanto, la dispensa a la obligación de declarar²².

En íntima conexión con lo anterior, nos preguntamos qué ocurre en aquellos supuestos en los que la víctima en el momento de prestar su declaración se encuentra en trámites de separación o divorcio del imputado. La ruptura del nexo conyugal (tanto en los casos de divorcio como de anulación matrimonial) o de la relación análoga a la matrimonial (supuestos en los que resultará más dificultoso probar la ruptura, debiendo ser el juez quien, en caso de conflicto, la determine), quebranta el nexo que justifica el reconocimiento de este derecho, por lo que éste no debe mantenerse. Más cuestionable resultan los supuestos de separación de los cónyuges que aún no han decidido divorciarse, en los que todavía no se ha roto el vínculo existente entre ellos, pues siguen permaneciendo unidos por el nexo matrimonial, no pudiendo por tanto ser, sin más, excluidos del concepto de cónyuge del artículo 416 LECrim.

A pesar de lo dicho en las líneas anteriores, el Tribunal Supremo ha matizado en su Sentencia de 26 de marzo de 2009²³ que no se pueden establecer criterios apriorísticos y, por tanto, habrá que estar a las circunstancias concretas, señalando expresamente: *“Por lo que respecta al momento en que debe darse ese vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar, se ha reconocido especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416.1º LECrim. Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como*

testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento²⁴. En definitiva, se admite que, a pesar de haberse roto el nexo que vincula al testigo y al presunto autor del delito, éste se acoja a la dispensa del artículo 416 LECrim. En esta línea, otros pronunciamientos del Tribunal Supremo parecen asimismo apuntar que este derecho no debe vincularse con la subsistencia de los lazos de afectividad (Sentencia de 14 mayo de 2010²⁵).

Nuestra postura inicial se decantaba por considerar que la dispensa sólo debe resultar operativa en los casos en los que el vínculo personal continúa vigente en el momento de la declaración, pues únicamente en esos supuestos se le puede eximir de pronunciarse en contra de su pariente y, de este modo, no someterle a la difícil tesitura moral del deber de declarar. Ampliar este derecho a otras personas que tuvieron el vínculo exigido por el artículo 416 LECrim, pero que no lo mantienen en el momento de declarar, ha sido considerado por algunos autores, incluso contraproducente sobre todo en materia de violencia de género, donde el testigo puede verse obligado a mantenerse en silencio por otros móviles distintos a la concurrencia de un conflicto moral²⁶. Sin embargo, consideramos conveniente flexibilizar —al igual que ha hecho el Tribunal Supremo— nuestra postura y manifestar que se trata de una cuestión que no debemos predicar *a priori*, sino una vez somos conocedores de las circunstancias que rodean el caso, pues nada impide que en algunos supuestos excepcionales, a pesar de no existir ya la relación entre el testigo pariente y el autor del delito, la relación entre ellos siga siendo extremadamente estrecha y, por tanto, debería permitirse al testigo acogerse a este derecho.

Al respecto, debemos mencionar que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal otorga un nuevo tratamiento a la dispensa de la obligación de declarar en su artículo 570, manifestando en su primer apartado que: “*Están dispensados de la obligación de declarar los ascendientes y descendientes consanguíneos o afi-*

nes del acusado, sus colaterales consanguíneos o dentro del segundo grado de afinidad, así como su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, aun cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva”. En caso de aprobarse esta norma, se despejaría la duda relativa a si debe mantenerse o no el vínculo entre el testigo y el acusado en el momento del juicio para poder acogerse al derecho previsto en el artículo 416 LECrim.

Por último, resulta ineludible la reflexión que vamos a exponer a continuación. Hemos partido en todo momento del hecho de que la víctima de violencia de género puede acogerse a esta dispensa, pues el artículo 416 LECrim no distingue los casos en los que el familiar o análogo ha sido víctima o no del delito cometido. Sin embargo, una interpretación lógica de dicho precepto nos podría llevar a concluir que la razón de la existencia de la propia “dispensa” se sostiene cuando el testigo es un familiar del procesado en el que no concurre la condición de víctima/perjudicada²⁷. A pesar de ello, gran parte de la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales ha sido rotunda al entender que no se establece ninguna diferenciación entre el testigo y el testigo-víctima, siendo la dispensa igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado²⁸.

Ha de reconocerse que la aplicación del artículo 416.1 LECrim produce serias anomalías en los procesos por delitos de violencia de género, en los que la víctima suele acogerse a esta dispensa, por miedo o por otras razones ajenas al fundamento de aquélla. A ello se une que la víctima, por norma general, es la única prueba de cargo, quedando prácticamente en su poder el resultado del proceso, pues su silencio conlleva en la mayoría de ocasiones una sentencia absolutoria. Es por todo ello, que diversos operadores jurídicos, entre los que destacamos, el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, han propuesto una suerte de excepción en el artículo 416.1 LECrim, cuando nos hallemos ante casos de violencia de género²⁹,

además de plantear de manera alternativa, caso de no prosperar, la introducción de un artículo 730 bis en la LECrim, que veremos en el último capítulo de este trabajo.

Autores como MAGRO SERVET, consideran que la víctima de violencia de género no es el testigo al que se refiere el artículo 416 LECrim, por lo que no se le puede aplicar de forma literal la dicción contenida en este artículo ni en el artículo 707 LECrim. Además, manifiesta que se trata de un testigo privilegiado, lo que le distingue del resto de testigos unidos por una relación familiar con el acusado respecto de los que se ha instaurado de manera lógica una posibilidad de dispensa, pues son testigos que intervienen en el proceso penal como auténticos terceros extraños a los hechos que se enjuician en el acto. La víctima no interviene en el proceso como un tercero ajeno a los hechos, sino que su posición para declarar sobre ellos tiene ese carácter privilegiado, por cuanto ha sido la víctima de la propia agresión que está siendo objeto de enjuiciamiento. Por razones de sentido común, aunque la normativa no los distinga, no se podrá hacer uso de estos artículos, cuando el testigo sea a su vez víctima, pues no están pensados ni configurados para las mismas³⁰.

Han sido muchas otras las voces que se han alzado en el sentido de eliminar a las víctimas de violencia de género de este precepto³¹. Sin embargo, existe otro sector doctrinal, que considera que la supresión de esta facultad por el mero hecho de haber presentado en su momento una denuncia, o suprimirla sin más en todos los procesos penales por violencia de género, exigiría, previamente, tener en cuenta los aspectos siguientes:

1) Que tal determinación podría llegar a suponer en algunos casos romper definitivamente, sin posibilidad de recomposición, los vínculos afectivos en contra de la voluntad de la víctima, cuando su voluntad se manifiesta libremente.

2) Que no falta quien entienda que tal modificación supondría coartar la libertad de la víctima.

3) No debe olvidarse, tampoco, que semejante decisión podría llegar a provocar la imputación bien por delito de desobediencia, bien por falso testimonio; pues, en relación al último delito aludido, es evidente que un porcentaje de víctimas que se puede llegar a presumir significativo, declararían en falso para proteger a su agresor³².

En nuestra opinión, somos partidarios de una pronta reforma del artículo 416 LECrim, que indique expresamente que esta dispensa no puede alcanzar a quienes han sido víctimas respecto de delitos cometidos por quienes ostenten alguna de las relaciones de parentesco que se citan en este precepto, pues creemos que si la dispensa obedece a la consideración de no imponer a los familiares más directos la carga o deber jurídico de realizar como testigos manifestaciones que pudieran perjudicar a su pariente acusado, ese fundamento, desde luego, desaparece enteramente cuando son los parientes mismos quienes han denunciado los hechos³³. Por ello, aclamamos un cambio legislativo que excluya expresamente a las víctimas, aunque debemos reconocer que hasta entonces —de *lege data*—, no podemos negar con rotundidad su inclusión en el ámbito subjetivo del artículo 416 LECrim, pues nuestros Tribunales así lo están interpretando.

B) LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR A LAS VÍCTIMAS SOBRE SU DERECHO A NO DECLARAR

Partiendo de que la realidad es la mencionada en las líneas anteriores, y de que hoy por hoy las víctimas de violencia de género no están excluidas expresamente del artículo 416 LECrim, vamos a analizar a continuación el deber de información que ostentan, tanto la policía como los jueces, de informar a la víctima testigo de la dispensa de la que goza, que le permite no declarar contra su agresor.

Cuando declara como testigo la víctima de un delito de violencia de género (o cualquiera de los familiares del artículo 416.1 LECrim), una de las garantías que deben ser observadas en sus declaraciones reside en la previa

advertencia por parte del Juez de su derecho a no declarar en contra del procesado con el que mantiene alguna relación de parentesco o análoga; así como acerca de que la ley, aun no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas; el secretario judicial consignará la contestación que diere a dicha advertencia. En consecuencia, si el testigo no conoce o no es informado de este derecho, su versión inculpativa carecerá, en principio, de virtualidad probatoria³⁴.

Este deber de información no sólo alcanza al juez sino también a la policía, tal y como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 6 de abril de 2001 y 5 de marzo de 2010, en donde manifiesta expresamente que la finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la policía de las obligaciones que se imponen expresamente al juez de instrucción³⁵. La omisión de tal advertencia por parte de la policía podrá determinar más tarde la nulidad de la declaración.

Nos preguntamos si este deber de instrucción debe realizarse bajo toda circunstancia o existen algunos supuestos en los que no resulta absolutamente necesario. Vamos a ver a continuación cómo gran parte de nuestros Tribunales han exceptuado este deber en los supuestos en los que por los propios actos del testigo se pueda inferir que se renuncia a tal derecho; soluciones jurisprudenciales sobre las consecuencias de la falta de información policial o judicial de esta dispensa que difieren en los casos en los que la denuncia o declaración es espontánea, de aquéllos en los que la víctima responde a las preguntas que le formulan.

El problema radica en que, a diferencia de lo que ocurre con la declaración testifical, cuando la LECrim regula la exención de la obligación de denunciar en el artículo 261 LECrim, nada dispone sobre la necesidad de que la policía o el juez deban advertir al denunciante de dicha dispensa legal. Lo que ha provocado que se hayan alzado voces al respecto que sí que exigen el mismo requisito al previsto para la validez del testimonio, a pesar de que nada contemple la

ley, mientras que otros autores entienden que si la víctima de violencia de género (o cualquier otra persona que se encuentre en alguno de los supuestos previstos en el artículo 416 LECrim), acude a denunciar, no será necesario que la autoridad que reciba tal denuncia deba advertirle del derecho que ostenta a no declarar contra su agresor, pues el mismo hecho de acudir a denunciar refleja su voluntad de declarar contra él (lo que no impide que la autoridad correspondiente se lo comunique)³⁶.

Debemos ser conscientes de los efectos perniciosos que para las propias víctimas de violencia de género podría representar el que, en el estado de ánimo en que generalmente se encuentran, y tras el esfuerzo realizado para llevar adelante su acción, se les invitase a reconsiderar como previa determinación a su declaración, la disyuntiva de tener que afrontar la ya de por sí penosa declaración o verse liberada de tal trámite³⁷. Por lo que consideramos que, cuando la víctima denuncia libre y espontáneamente los hechos, no resulta imprescindible que se le deba instruir de su dispensa del deber de declarar contenido en el artículo 416 LECrim; sin embargo, sí será necesaria dicha instrucción en un momento posterior cuando la denunciante sea llamada a declarar como testigo para ratificar su denuncia o declarar como tal. En esta línea, volvemos a destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 abril de 2001, previamente mencionada, que se pronuncia expresamente sobre la cuestión de la espontaneidad, manifestando al respecto que: *“Cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado..., se presente espontáneamente ante la Autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad acordada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima”*³⁸.

Sumamente ilustrativa resulta la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009³⁹ en donde se distinguen claramente

dos posibles situaciones que deben perfilarse: a) Aquella del testigo que acude decidida y voluntariamente a denunciar de una manera espontánea, relatando los hechos libremente, en donde el citado deber de información por parte de las autoridades no resulta en modo alguno imprescindible y, b) Aquellos otros casos en los que se limita a mencionar su voluntad de denunciar, pero procede a responder a las preguntas que sobre los hechos le formula la Autoridad judicial o policial, que extrae información más allá de lo que podría considerarse que el testigo tiene intención de exponer, asimilándose a un auténtico interrogatorio de hechos en donde sí debe cumplirse la obligación de instruir del derecho a no declarar en contra del pariente.

Al respecto, el Tribunal Supremo manifiesta que, cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente; es decir, que no necesita que se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar. Señalando a continuación que *“la innecesariedad de la información sólo se puede referir a los hechos que se quieren denunciar voluntariamente. Pero no puede utilizarse la declaración policial sobre esos concretos hechos, para, a través del interrogatorio sobre ellos, hacer pesquisas sobre otros diferentes y provocar del denunciante de los primeros una segunda denuncia sobre los segundos. No es que no se pueda interrogar sobre ellos. Es que para interrogar es inexcusable advertir a la compareciente que sobre esos otros, distintos de los que por iniciativa propia quería denunciar, no tiene obligación de hacerlo. La comunicación de esos diferentes hechos, pertenece a la iniciativa del agente interrogante que pregunta sobre ellos y su comunicación por el declarante no es ya iniciativa suya previamente decidida libremente, sino respuesta a la averigua-*

*ción iniciada por la Policía; que necesita hacer la previa advertencia de la dispensa legal*⁴⁰.

Por tanto, podemos concluir que en las situaciones en las que la denunciante cónyuge o asimilado actúa como consecuencia de un acto espontáneo por su libre decisión voluntaria, no podrá exigirse la necesaria advertencia de su dispensa de declarar por parte de la Autoridad. A diferencia de lo que ocurre en aquellos supuestos en los que los hechos hayan sido relatados sin esa espontaneidad; es decir, a excitación o en respuesta a una indagación policial o judicial, en donde sí consideramos debe exigirse como requisito de validez de la denuncia, la previa información de la previsión legal que le dispensa del deber de denunciar.

Situación distinta será aquella en la que, tras interponer la denuncia, la víctima es llamada a declarar ante el juez de instrucción o incluso ante el juez enjuiciador el día del juicio, en donde sí que consideramos que se le debe informar de su derecho, por lo que las declaraciones prestadas sin la previa advertencia del artículo 416 LECrim, en cuanto que no han sido proporcionadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no podrán utilizarse válidamente como prueba de cargo, ni podrán ser tenidas en cuenta para fundar una sentencia condenatoria⁴¹. Las únicas declaraciones válidas serán las prestadas una vez ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado (STS de 20 de enero de 2009)⁴².

En resumen, tal y como ha manifestado expresamente la STS núm. 160/2010, de 5 de marzo⁴³, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 LECrim, salvo en algunos casos de “denuncia espontánea”. Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del artículo 416 LECrim y una tercera en el Plenario, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 707 LECrim, deberá también hacersele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no

declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo han ido más lejos, señalando que el incumplimiento de este deber de información debe ser considerado no simplemente un vicio o defecto procesal, sino una transgresión de derechos fundamentales al que le sería de aplicación la consecuencia jurídica de su expulsión como medio de prueba, en virtud de lo establecido en el artículo 11.1 LOPJ; así lo han entendido, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2001 y de 28 de enero de 2009⁴⁴. Además, en el supuesto en el que el juez conmine a la víctima-testigo a declarar, a pesar de que ésta manifieste su voluntad de no hacerlo acogiéndose a la dispensa del artículo 416 LECrim, por lo que presta su declaración ante el desconocimiento de los derechos que le asisten, las declaraciones han sido obtenidas de manera ilícita por lo que no deben ser consideradas⁴⁵.

C) ¿PUEDE LA VÍCTIMA QUE HA DENUNCIADO AMPARARSE POSTERIORMENTE EN ESTE DERECHO?

Nos preguntamos qué sucede en aquellas situaciones tan comunes en las que la víctima de violencia de género denuncia voluntariamente a su agresor, pero en una fase posterior del proceso judicial desea acogerse al derecho del artículo 416 LECrim. Recordamos al respecto que la declaración de la misma, aun cuando actúe como acusación particular, se introduce en el proceso penal como una prueba testifical. Nos cuestionamos, pues, si la interposición de la denuncia podemos entenderla como un rechazo al derecho a la dispensa de declarar.

Si tenemos en cuenta las circunstancias que rodean a la víctima —agravadas en muchas ocasiones tras la interposición de la denuncia—, aunque sería deseable entender que la víctima que ha denunciado ha rechazado tácitamente al derecho que ostenta en virtud del artículo 416 LECrim, hoy por hoy, *de lege data*, esta afirmación no es posible. La LECrim

no exceptúa de manera expresa a la víctima que declara como testigo y que ha denunciado, por lo que, si se dan los requisitos previstos en este precepto, se le debe aplicar la dispensa. Por tanto, cuando la víctima denuncia contra un familiar, no significa que renuncie a este derecho; por lo que no se le debe impedir que, en un momento posterior, por diversas razones, decida no declarar contra su agresor. Si se permite que cualquier testigo no se ratifique posteriormente en su denuncia, no encontramos razones suficientes que justifiquen que no se tolere que la víctima decida no declarar contra el imputado, aunque previamente lo haya denunciado. La víctima, como testigo que es, tiene los mismos derechos que el resto de testigos, por lo menos actualmente, con la regulación legal existente, lo que conlleva el deber de que se le advierta de la dispensa⁴⁶. No podemos equiparar denunciar a renunciar a la dispensa de declarar, porque son dos cosas distintas. Por el contrario, consideramos que la testigo puede acogerse cuantas veces considere su derecho a no declarar contra su marido o pareja, a pesar de haber optado por declarar previamente. En definitiva, la víctima tiene derecho a no declarar pese a que sea la denunciante.

Al respecto, CASTILLEJO MANZANARES afirma con rotundidad que en la actualidad, y mientras no se produzca la modificación anunciada por el legislador, de *lege data*, la facultad de abstenerse de declarar que ostenta, entre otros, el cónyuge del imputado se extiende de modo irrestricto a los supuestos de violencia de género, y con ella el deber de los órganos de instrucción y de enjuiciamiento de advertir al testigo en quien concorra tal condición de la posibilidad de hacer uso de la excusa legal y la consiguiente inhabilidad probatoria del testimonio inculpatario obtenido sin dicha advertencia previa⁴⁷. Mantiene esta misma postura BARRIENTOS PACHO, quien considera que la denuncia válidamente interpuesta por el cónyuge o asimilado no implica renuncia alguna ni altera el derecho del denunciante a no declarar como testigo en el juicio ulterior seguido contra el denunciado, de tal forma que la eficacia en juicio de su denuncia inicial

dependerá del uso que haga en el juicio oral de ese derecho; pues, si lo ejercita y se niega a declarar, ninguna eficacia probatoria podrá seguirse para los hechos denunciados, aunque, al haber sido válidamente interpuesta en origen, esos mismos hechos denunciados podrían resultar acreditados a partir de otros elementos de prueba⁴⁸.

Los pronunciamientos de nuestros Tribunales no han sido excesivamente claros a la hora de determinar si efectivamente quien ha iniciado un proceso por denuncia contra el procesado se puede acoger al derecho a no declarar en su condición de testigo-víctima. Si bien la mayoría de las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo, como la de 23 de marzo de 2009⁴⁹, se han pronunciado al respecto, admitiendo que el testigo-pariente sí puede acogerse al derecho a no declarar en fases del procedimiento posteriores a su denuncia, otros Tribunales han considerado que, en aquellos casos en los que la víctima acudió voluntariamente a denunciar ante la Autoridad quien, le informó de su derecho a no denunciar o declarar en contra de su marido o pareja, ha existido una “renuncia concluyente” de la víctima a la dispensa de declarar; renuncia que debe ser “concluyentemente expresada”. Tesis que parece seguir la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2007⁵⁰, que indica que la expresión concluyente de la renuncia se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo ha sido víctima.

Esta tesis que equipara la denuncia a la renuncia a declarar se fundamenta en la idea de que la víctima que se retracta, acogiéndose a la dispensa del deber de declarar contra su agresor, actúa de forma presionada por su agresor, o incluso por el propio entorno familiar, pronunciándose en ocasiones un sentimiento de culpabilidad. En esta línea, autores como MAGRO SERVET se han opuesto a que la víctima pueda acogerse a este derecho, manifestando que no tiene ningún sentido que quien ha puesto en marcha la maquinaria de la Administración de Justicia con la presentación de una denuncia contra su marido, pareja de hecho o persona de análoga relación sin

convivencia (noviazgo), pueda luego hacer uso de los artículos 416 y 707 LECrim para negarse a declarar en el acto del juicio oral, ya que en el hipotético caso de que admitiéramos que sería de aplicación en estos casos el artículo 416 LECrim, la propia presentación de la denuncia supondría una renuncia tácita al ejercicio del derecho reconocido, en su caso, en el citado precepto, concebido para evitar obligar a un testigo a declarar contra su pariente, pero no para permitir a la víctima que ha sido denunciante que no declare luego en el juicio cuando ha sido su denuncia la que ha dado inicio al procedimiento penal; porque sería tanto como legitimar la renuncia a la acción penal con efectos determinantes de la absolución por falta de prueba inculpativa, cuando la única existente es la declaración de la víctima denunciante⁵¹. Asimismo, MARTÍNEZ GARCÍA considera que, por el hecho de que la víctima denuncie, se entiende que existe una renuncia concluyente a acogerse a este derecho, y lo mismo ocurre si la víctima, aun no acudiendo voluntariamente a declarar, es advertida de su derecho a no hacerlo y lo hace⁵². En esta línea, cabe resaltar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 29 noviembre de 2004, que señala expresamente: “*Cuando la víctima —testigo—, comparece de forma espontánea ante la autoridad para poner de manifiesto unos hechos, desde que manifiesta su intención de denunciar a su pariente o persona ligada con vínculo afectivo análogo, con su acción muestra de forma inequívoca y concluyente, consciente, la renuncia a la facultad que le confiere aquel precepto, pues que otra manifestación más clara y directa puede hacer una persona que comparecer a interponer una denuncia contra éste por hechos presuntamente delictivos*”⁵³.

Ante tal disparidad de argumentaciones y posturas, compartimos la propuesta de DE LA FUENTE HONRUBIA, relativa a la inclusión en la regulación de la dispensa del artículo 416 LECrim, de la previsión siguiente: “*Quien inicie el proceso por denuncia, quien la ratifique ante la autoridad policial o judicial o quien se constituya como acusación particular tras el correspondiente ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 52*

LECrim, no podrá acogerse al derecho a no declarar contra el procesado con quien tenga ese vínculo personal, y que tal previsión deba ser advertida en sede policial o judicial con carácter previo a denunciar, ratificar la denuncia o personarse como acusación”, de forma que quien ejercite estas acciones sepa y conozca el alcance posterior de sus actos⁵⁴. Y en un sentido similar, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala en el párrafo segundo de su artículo 570: “*La exención no será aplicable cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior hayan aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informadas de su derecho a no hacerlo*”.

3. POSIBLES ALTERNATIVAS A LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EL DÍA DEL JUICIO

Nos preguntamos si el silencio de la víctima, ya sea en fase de instrucción o en el juicio oral, cuando se acoge a su dispensa de no declarar, debe respetarse en su totalidad, lo que implicará en la mayoría de ocasiones el sobreseimiento provisional o archivo de las actuaciones o, incluso una sentencia absolutoria; o si, por el contrario, se debe aprovechar su declaración inicial prestada ante la policía o juez de instrucción para instar la continuación del proceso y promover, en su caso, el postulado de una sentencia que pueda condenar al presunto agresor. Esta segunda opción se fundamenta en el principio general de indisposición del *ius puniendi* del Estado, y la persecución de un delito considerado público, con el fin último de la búsqueda de la verdad material, aunque suponga mermar el contenido de la dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECrim.

A) LECTURA DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS EN EL SUMARIO

Vamos a analizar en este apartado la validez probatoria de las declaraciones iniciales pres-

tadas por la víctima en fase sumarial ante la policía⁵⁵ o ante el juzgado de instrucción (juzgado de violencia sobre la mujer), en aquellos supuestos en los que posteriormente en el juicio oral se acoge a su dispensa a no declarar; cuestión que no presenta una solución pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina.

Para ello, debemos partir de dos premisas iniciales: a) Del hecho de que las diligencias llevadas a cabo durante la fase de instrucción del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad no es la fijación definitiva de los hechos para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral y, b) Como regla general, sólo pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral bajo los principios de publicidad, inmediación y contradicción. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha admitido expresamente que dicha regla general se pueda excepcionar, integrándose en la valoración probatoria el resultado de determinadas diligencias sumariales que se han practicado con las formalidades debidas, cuando se reproducen en el acto del juicio. En concreto, se admite esta posibilidad, a través de los artículos 714 y 730 LECrim, que permiten que se reproduzca el contenido de la diligencia sumarial en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal⁵⁶.

La cuestión más discutida en esta materia ha sido la de si, en el caso de que la mujer víctima de un delito de violencia de género se acoja a su derecho a no declarar contra el acusado en el momento del juicio, se podrían entrar a valorar sus declaraciones anteriores prestadas en fase de instrucción, y si resultaría posible la reproducción de las mismas en el acto del plenario. Tengamos en cuenta que puede suceder —y desgraciadamente así ocurre en gran

número de ocasiones— que el testimonio de la víctima sea la única prueba de cargo contra el agresor, de modo que si no declara, con un alto grado de probabilidad, la sentencia final será absolutoria. Se trata de debatir si en estos supuestos nos encontramos ante una fuente de prueba lícita, que puede ser introducida en el plenario mediante su lectura y, por tanto, puede fundamentar un fallo condenatorio en virtud de los artículos 714 y 730 LECrim.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado al respecto desde puntos de vista dispares. Nos encontramos con dos posturas nítidas: aquéllos autores⁵⁷ o pronunciamientos jurisprudenciales⁵⁸ que consideran que las declaraciones precedentes del testigo practicadas con todas las garantías sí pueden constituir prueba de cargo si son debidamente introducidas en el plenario, dándose lectura de las mismas; lo que resultaría sumamente útil cuando la testigo fuera víctima de violencia de género, en donde tan comunes resultan los silencios y contradicciones de sus declaraciones. Sin embargo, existe otra postura contraria que imposibilita la introducción en el juicio oral de las declaraciones sumariales que hubiere prestado el testigo dispensado de la obligación de declarar en aquellos casos en los que en el acto plenario decida hacer uso de tal derecho; lo que obliga a prescindir de las declaraciones que hubiere podido facilitar en fases anteriores del proceso, impidiéndose de este modo su lectura tanto a los fines del artículo 714 como del artículo 730 de la Ley procesal⁵⁹.

Para tratar de dar una respuesta a esta cuestión, vamos a estudiar el criterio mayoritario mantenido por la Sala II del Tribunal Supremo que acoge la segunda de estas dos posturas. Destacamos fundamentalmente las Sentencias de 27 de enero de 2009⁶⁰ y de 10 de febrero de 2009⁶¹ que impiden expresamente la lectura en el plenario de la declaración de la víctima prestada en fase de instrucción, razonándolo en tres motivos, que se corresponden con los siguientes tres apartados que vamos a analizar a continuación.

a) Valor probatorio de la declaración sumarial

En primer lugar, el Tribunal Supremo en las sentencias que estamos analizando, niega todo valor probatorio a las declaraciones de la víctima en fase sumarial cuando se acoge posteriormente a la dispensa del artículo 416 LECrim. Al respecto, señala expresamente: *“La libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con los artículos 707 y 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. 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 inculminatoria. 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”*.

Frente a este primer argumento de la Sala II del Tribunal Supremo que niega toda valoración de la declaración sumarial, compartimos con ESCOBAR JIMÉNEZ, que los artículos 416.1 y 707 LECrim reconocen al testigo el derecho a no declarar contra su cónyuge o pareja, y en dicho punto se detienen, sin otorgarle un poder para dejar desprovisto de valor probatorio sus intervenciones anteriores practicadas conforme a Derecho. Si el testigo no se acogió en la fase de instrucción a la dispensa y declaró, su testimonio no debe quedar afectado por posibles actitudes posteriores. Las declaraciones de una y otra fase procesal, gozan de absoluta independencia. De este modo, si el testigo depuso voluntariamente en la instruc-

ción con las debidas garantías, el hecho de que en el juicio oral decida no contestar es decisión que exclusivamente puede afectar a este concreto acto procesal y no a la valoración de lo válidamente actuado con anterioridad, teniendo en cuenta, además, que la regulación procesal no establece ningún efecto retroactivo⁶². Además, recordamos el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, adoptado en su reunión del día 28 de noviembre de 2006⁶³, en donde se declaró expresamente que: “*Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia*”.

En definitiva, el hecho de que un pariente —dispensable como testigo— haya querido rehusar en fase sumarial a tal dispensa, en modo alguno hace desaparecer tal diligencia como si no hubiere existido. Precisamente la misma, su reconocida virtualidad, será la que habrá inspirado la prosecución del proceso hasta el juicio oral, no pudiendo evitar que se utilice como bagaje probatorio, que sin duda existe (Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de abril de 2006⁶⁴). De modo que, por ejemplo, las declaraciones de la víctima ante la policía, si bien no puede afirmarse con rotundidad que, en todo caso, alcanzarán pleno valor probatorio, sí pueden ser traídas al plenario para que, sometidas a contradicción ante la inmediación judicial, decida el juez qué valor se les pueda otorgar. No compartimos, por tanto, la postura del Tribunal Supremo, pues una cosa es el respeto de no poder compeler a alguien para que no rompa su opción al silencio y otra, muy distinta, es que los Tribunales se abstengan de valorar todas las circunstancias que inciden en el juicio⁶⁵.

En esta línea, el Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer se manifestó a favor de una modificación del artículo 416 LECrim, al considerar que, estando en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, cuya única finalidad es la de conseguir la impunidad de los

presuntos autores de tan execrables conductas, deviniendo, por tanto, absolutamente ineficaz la protección integral a la víctima que con la nueva legislación se pretende. Manifestando expresamente que, “*Para el supuesto de que la modificación de los artículos 416 y 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se llevara a cabo, tal vez sería oportuno analizar otra posibilidad para solventar el problema de impunidad y de riesgo que, en la actualidad, se abre para la víctima cuando ésta no declara acogiéndose a esa dispensa en el acto del juicio oral, y es conceder valor y eficacia en el juicio y, por lo tanto, en la sentencia, a las declaraciones prestadas por la víctima en la instrucción, a presencia judicial y con la garantía de la contradicción, lo que, en su caso, requeriría conceder a esta prueba el carácter de prueba anticipada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”.

b) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 730 LECrim

El artículo 730 LECrim contempla la posibilidad de lectura a instancia de cualquiera de las partes de las diligencias sumariales cuando éstas no puedan ser reproducidas en el plenario por causas independientes a la voluntad de las partes. Por tanto, en los casos en los que estas diligencias sean de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, será lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituída, siempre y cuando se posibilite el ejercicio del principio de contradicción, solicitando su lectura en el juicio oral.

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado acerca de la posibilidad de introducir en el plenario las declaraciones prestadas por el testigo en fase de instrucción ex artículo 730 LECrim, en los supuestos en los que se acoge a la dispensa del artículo 416 LECrim. En las sentencias que estamos analizando (STS de 27 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009), ha manifestado de manera concluyente, que tampoco está legitimada la incorporación de esta declaración testifical, por la vía del citado artículo, porque este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial

excepcionando el principio de que la práctica de la prueba debe hacerse en el juicio oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción, señalando expresamente que *“Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el juicio oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas o 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 testimonial. Por tanto el artículo 730 LECrim 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 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 artículo 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 artículo 730 LECrim, 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 opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye”*.

Por tanto, el Tribunal Supremo fundamenta su postura en el hecho de que, cuando la víctima comparece en el plenario pero se niega a declarar amparándose en el artículo 416 LECrim, por una decisión personal exclusivamente, no puede equipararse a la imposibilidad material de declarar y por tanto, no resulta factible introducir su declaración prestada en fase de instrucción, ni siquiera por la vía de su lectura a petición de las acusaciones, tal y como también ha proclamado en sus senten-

cias de 21 de febrero de 2007⁶⁶, y 12 febrero de 2010⁶⁷.

Sin embargo, no toda la jurisprudencia de nuestros Tribunales se ha pronunciado en este sentido. Numerosas decisiones de diferentes Audiencias Provinciales, sí han consentido la incorporación de estas declaraciones sumariales, bajo argumentaciones coherentemente fundadas y motivadas, tales como: a) El derecho a la dispensa de no declarar del artículo 416 LECrim, está concebido no como un beneficio del que goza el reo sino que se trata de un derecho a favor del testigo pariente ante la incómoda situación en la que se vería obligado si tuviera que declarar, b) La dispensa no tiene efectos retroactivos respecto de la declaración que se depuso válidamente ante el juzgado de instrucción, c) La declaración inicial en fase de instrucción ante el juez se llevó a cabo con todas las garantías, cumpliendo el principio de contradicción y el derecho de defensa con la presencia del abogado y, d) Se introduce el testimonio de la víctima prestado en fase sumarial en virtud del artículo 730 LECrim (ó 714 LECrim).

Ciertamente, como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 17 octubre de 2006, si bien el artículo 730 LECrim parece referirse a supuestos de imposibilidad material de práctica de la prueba, no es menos cierto que en aquel precepto tan sólo se habla de “imposibilidad”, y pudieran entenderse comprendidos también los supuestos de imposibilidad por causas jurídicas como es el que nos ocupa. Si no se puede reproducir en juicio la declaración sumarial es por causa ajena a la voluntad de las partes, pues depende del testigo. A buen seguro que las partes, al acudir al juicio, tenían intención de interrogar a la testigo sobre las circunstancias que expuso en su denuncia y después en su declaración. Si no lo pudieron finalmente hacer fue por la utilización de la dispensa, pero ello no invalida la declaración anterior del sumario. El derecho de la testigo no alcanza a tanto⁶⁸. Avalan esta postura otros pronunciamientos del Tribunal Supremo pero que se refieren al acusado —no

al testigo— que se acoge a su derecho a no declarar⁶⁹.

Los pronunciamientos a favor de la lectura de las declaraciones sumariales de la víctima consideran que la disponibilidad del testigo pariente del artículo 416 LECrim para contestar o no a las preguntas que se le formulen en el acto del juicio, no alcanza a la posibilidad de hacer desaparecer sus declaraciones precedentes realizadas voluntariamente y previa instrucción de sus derechos. Entienden que dichas declaraciones, practicadas con las debidas garantías de contradicción y defensa del imputado, pueden constituir prueba de cargo si son debidamente introducidas en el debate del plenario si, no obstante la falta de intermediación del juzgador con respecto a la declaración sumarial, la misma ofrece mayor credibilidad, fundada en la propia verosimilitud objetiva de la misma, al estar corroborada por otras circunstancias periféricas y otros medios probatorios. Por lo que, estando la denuncia ya presentada y partiendo de una declaración sumarial inculpativa, practicada con todas las garantías, la propia seriedad del proceso y la configuración del delito como delito público, hacen que no se pueda atribuir al testigo víctima una completa disponibilidad sobre el objeto del proceso como la que se produciría caso de que no se atribuyera relevancia probatoria alguna a la anterior declaración inculpativa cuya verosimilitud objetiva se imponga de forma concluyente con todo el resto del acervo probatorio en los términos que hemos indicado.

Dicho lo anterior, conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho de todo acusado establecido en el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él en juicio público y con todas las garantías⁷⁰. Este Tribunal rechaza la incorporación como prueba en el juicio de la declaración en fase de instrucción del testigo que se acoge a la dispensa de declarar, al vulnerarse el principio de contradicción, en cuanto no se ha dado la oportunidad procesal ni al acusado ni a su letrado de estar

presente en las diligencias sumariales. A “sensu contrario”, consideramos que, si el óbice para utilizar la vía del artículo 730 LECrim es la falta de contradicción, en aquellos supuestos en los que se respeta la intervención del acusado y su letrado en la declaración testifical sumarial, permitiéndoles interrogar a la víctima en las debidas condiciones, no se produce ninguna indefensión proveniente de la falta de oportunidad de examinar al testigo, respetándose el ejercicio del derecho de defensa; por lo que puede otorgarse validez para que tal declaración sumarial sea valorada, a pesar de que la víctima mantenga su negativa a declarar⁷¹.

Son también diversos los autores que apoyan la incorporación en el plenario de estas declaraciones, afirmando que el artículo 730 LECrim no establece un *numerus clausus* de causas de imposibilidad, y el empleo de la dispensa, en realidad, es otra más, no apareciendo excluida en aquél⁷². Admiten esta posibilidad, —opinión que compartimos— manifestando que, si la víctima no declara en el juicio oral al acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim, se podrá hacer uso de su declaración mediante la lectura de la misma el día del juicio, siempre que en la declaración judicial de la instrucción se hayan cumplido los principios de contradicción y defensa⁷³. Por lo que propugnamos una reforma del artículo 730 LECrim que consienta expresamente la introducción en el plenario de tales declaraciones sumariales practicadas con todas las garantías.

c) Lectura de las diligencias sumariales en virtud del artículo 714 LECrim

Debemos recordar que, si bien las únicas pruebas aptas para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el plenario con observancia de los principios de igualdad, publicidad, contradicción efectiva de las partes e intermediación del Tribunal, también se ha declarado que el órgano judicial puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquélla sea

sometida en tal acto a contradicción, por traslucir una mayor verosimilitud y fidelidad⁷⁴; lo que viene regulado en el artículo 714 LECrim que contempla la posibilidad de lectura de la declaración del testigo en fase sumarial cuando ésta no sea conforme en lo sustancial con la depuesta en el juicio oral⁷⁵. Por tanto, el Tribunal que va a enjuiciar un delito puede confrontar en el juicio oral ambas manifestaciones, sin que se le impida utilizar el contenido de las declaraciones anteriores al juicio, siempre y cuando se hayan observado las formalidades y requisitos previstos en la Ley, no estando obligado a otorgar credibilidad a lo declarado por el testigo en el juicio; sino que tiene libertad para otorgar menos fiabilidad a unas declaraciones que a otras.

Presupuesto necesario, por tanto, será que el testigo declare en el juicio oral e incurra en contradicción respecto de lo manifestado en su declaración sumarial. Y es aquí, exactamente, donde nos encontramos con el problema en tanto que, en el supuesto que estamos analizando en el presente trabajo, la víctima de violencia de género, si bien declaró inicialmente ante la policía o juzgado de instrucción, el día del juicio se mantiene en silencio sin contestar a ninguna de las preguntas que le formulan, no pudiendo hablar de contradicción propiamente dicha; por lo que, en principio, debería negarse la posibilidad de introducir en el plenario su declaración prestada en fase sumarial, a través de su lectura.

Al respecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 27 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009 que venimos comentando, manifestando que: *“Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el artículo 714 LECrim 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 y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”. Por lo que no considera posible que se proceda a la lectura de la declaración sumarial por vía del artículo 714 LECrim, para que se pongan de manifiesto eventuales contradicciones, pues nada puede contradecirse si no se declara.

En esta misma línea se han pronunciado diversos autores. Entre otros, HURTADO YELO ha manifestado que lo contrario sería dejar de facto sin eficacia el artículo 416 LECrim y darle mayor validez a la declaración del testigo en instrucción que en el plenario, en este caso su silencio. El artículo 714 LECrim está previsto para contrastar la declaración del testigo en el plenario y en instrucción, no cuando en alguna de dichas fases el testigo no declara, como ocurre con la aplicación del artículo 416 LECrim⁷⁶. Al respecto, NAVARRO MASSIP, considera que nos encontramos ante una situación extrema en relación al derecho a la presunción de inocencia, así como al derecho de defensa; pues, al darse validez a la declaración prestada en fase de instrucción sin necesidad de la declaración de la víctima en el acto del juicio (máxime cuando es la única prueba de cargo), el órgano judicial incrementa el riesgo de condena y rebaja las garantías de un proceso justo; resultando sorprendente que se base la condena en la declaración de un testigo que no es examinado por el propio órgano judicial que dicta sentencia condenatoria y que no puede comprobar las posibles contradicciones y, sobre todo, se le veta al propio juzgador de apreciar directamente los elementos relativos a la credibilidad o verosimilitud del testigo. A lo que habría que añadir que aún más reprochable sería entender que acogiéndose a la dispensa y, por tanto, al no prestar declaración, de una forma intencionada se impide no sólo la posibilidad de una nueva contradicción por parte de la defensa sino también la inmediatez judicial. Por tanto, aceptar la mera lectura de la declaración de la testigo-víctima cuando pudo declarar y no estaba imposibilitada para

ello, supone limitar, incluso, la capacidad del órgano sentenciador⁷⁷.

Estos argumentos son base suficiente para considerar que la negativa de la víctima a declarar no debe ser suplantada por la lectura de la declaración que efectuó en su día ante el Juez de instrucción. Sin embargo, en el contexto de los delitos de violencia de género y ante el panorama que hemos expuesto, para indagar la verdad material de los hechos, debemos reconocer que resultaría sumamente útil la aplicación del artículo 714 LECrim, y que, en aquellos casos en los que en el juicio oral la víctima mantuviera su silencio, el juez pudiera entrar a valorar sus declaraciones sumariales. Por lo que no consideramos desacertada la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 14 junio de 2009 que manifiesta: *“La introducción en el acto del juicio de la declaración de la víctima (denunciante) de violencia de género, por la vía del art. 714 LECRIM, en nada perjudica el derecho de defensa, pues la misma respondió a las preguntas que le pudo formular el Letrado del imputado, garantizándose así el principio de contradicción. Y su silencio en el acto del juicio oral puede y debe ser valorado por el Juez o Tribunal como una forma de contradicción, aunque sea tácita, con su posición activa inicial, consistente en la interposición, voluntaria, de la denuncia, y teniendo en cuenta ambos (primera declaración y silencio posterior), así como el resto de pruebas practicadas en el acto del juicio oral, formar su convicción, absolviendo o condenado al acusado, según los casos”*⁷⁸.

Desde luego, nos encontramos ante dos situaciones diferentes en los casos en los que la víctima declara desdiciéndose o contradiciendo su declaración inicial, de aquéllos en los que, acogiéndose a su derecho legal del artículo 416 LECrim, se niega a declarar. Pero como ha manifestado GUDÍN RODRÍGUEZ, el silencio de la víctima no se puede erigir como un obstáculo insalvable para conocer la realidad, al igual que la dicción de las palabras, el silencio también desentraña un mensaje. Ningunear la primitiva declaración por la negativa a declarar significaría incidir en un grave agravio comparativo, pues, si en el caso

anterior, cuando la víctima declara y mancilla su propia versión inicial con otra versión, en ciertos casos compatible con los indicios y corolarios que ha dejado el delito, no se entiende por qué el silencio debe recibir una protección menor. En esta línea y frente a tantos obstáculos para poder conocer la realidad del delito de violencia de género, ha surgido una nueva línea jurisprudencial que tiende a ensanchar las posibilidades del juzgador para conocer de todo tipo de material probatorio, aunque no dimane directamente del juicio oral sino de la fase sumarial, pero en condiciones en que pueda ser sometido a debate contradictorio en el proceso judicial⁷⁹. Se busca apurar al máximo el conocimiento de la verdad material pues, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2008 *“no puede quedar al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del derecho penal”*⁸⁰. Así, diversas Audiencias Provinciales se han decantado por la posibilidad de introducir en el plenario, como prueba, las manifestaciones vertidas en fase sumarial, incluso manifestando que lo contrario podría suponer un verdadero fraude procesal, prohibido por el artículo 11.2 de la LOPJ, tal y como proclama la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 12 de abril de 2006⁸¹ (aunque debemos reconocer que esta misma Audiencia, como se desprende de, entre otras, la SAP núm. 232/2011, de 23 de mayo⁸², ya no mantiene esta tesis).

Otro argumento a favor de la concesión de valor probatorio a las declaraciones de la víctima-testigo prestadas en fase sumarial, puede ser la consolidada doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que concede excepcionalmente cierto valor de prueba a las declaraciones autoincriminatorias de los presuntos responsables de los hechos en fase sumarial del proceso, no ratificadas posteriormente en el juicio oral⁸³. Respecto del silencio del acusado se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre de 2007⁸⁴, declarando expresamente que *“el silencio del acusado si puede entenderse como contradicción a los efectos del artículo 714 LECrim, pues en principio hay*

que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una «contradicción» a los efectos del art. 714 LECrim”.

B) OTRAS PRUEBAS: LOS TESTIGOS DE REFERENCIA

Dado que gran parte de la jurisprudencia se inclina por la imposibilidad de valorar las declaraciones sumariales de la víctima-testigo que, llegado el juicio oral, se acoge a la dispensa del artículo 416 LECrim, en gran número de ocasiones, especialmente en aquellos supuestos en los que la víctima es la única testigo del delito, no contamos con otras pruebas de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del agresor. Pero no debemos confundirnos, pues la dispensa del artículo 416.1 LECrim no impide acudir a otro tipo de pruebas. Además de las que pueden constituir indicios acreditados por prueba directa, como pueden ser las lesiones examinadas por los facultativos que atendieron a la víctima, la descripción de su aspecto o de su estado anímico por los testigos que la vieron, los gritos, amenazas o golpes escuchados por los vecinos, etc., podemos encontrarnos con la testifical de aquellas personas a las que la víctima desveló su situación o los hechos delictivos y, fundamentalmente, por ser lo más frecuente, de los agentes de policía que recibieron su declaración. Esta clase de testigos son de referencia en cuanto que la información que aportan queda limitada a lo que la víctima les contó⁸⁵; a los testimonios de referencia vamos a dedicar las líneas siguientes.

A falta de prueba testifical directa, los testigos de referencia son admitidos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 710 LECrim, que proclama: “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido,

o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”. Con base en ello, el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus sentencias de 21 de diciembre de 1989⁸⁶ y 25 de octubre de 1993⁸⁷, ha admitido que la prueba testifical de referencia constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia; sin embargo, aunque sea un medio probatorio admisible y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse en cualquier caso en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

La duda que nos planteamos a la hora de admitir o no las declaraciones de los testigos de referencia en los supuestos que analizamos en este trabajo, radica en que la víctima sí comparece en el plenario, pero se limita a ejercitar su derecho a no declarar contra el agresor, en razón del vínculo de parentesco que le liga a él. Ante la negativa a declarar, la jurisprudencia de nuestros Tribunales tampoco ha adoptado una postura uniforme a la hora de pronunciarse sobre la admisión de este tipo de pruebas. Entre otras, se ha permitido la prueba testifical de referencia en la STS de 19 de abril de 2000, en donde la testigo se acogió a la dispensa de declarar en el juicio oral, admitiéndose como prueba inculpativa la testifical de referencia de la persona a la que contó lo que el agresor le había realizado⁸⁸.

Mayor es la jurisprudencia asentada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional que proclama la imposibilidad de que los testigos de referencia puedan suplantar al autor de la declaración si el mismo se encuentra a disposición del Tribunal; entre otras, destacamos las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009 previamente analizadas, que no admiten la valoración de los testimonios de referencia que declaren haber tomado conocimiento de los hechos a partir de las manifestaciones que hubieren realizado las personas

eximidas de la obligación de declarar, en el supuesto en el que ciertamente decidieron no declarar personalmente en el ejercicio de este derecho, pues no consideran que, cuando la víctima se acoge a la dispensa de no declarar, se trate de un supuesto de imposibilidad material que autorizaría el testigo de referencia.

Sin embargo, en la STS 821/09 de 26 de junio, del mismo ponente⁸⁹ que la de 10 de febrero de 2009, que acabamos de mencionar, se llega a resultados casi antagónicos. En ella se admiten los testimonios de los agentes de policía y de la médico que escucharon a la lesionada contar las agresiones de que fue víctima⁹⁰, manifestando expresamente al respecto que el posterior ejercicio por la lesionada de su derecho a no declarar en el juicio oral contra su pareja no impide en este caso que los testigos de referencia cuenten como tales lo que la agredida les contó y relató voluntariamente, por su iniciativa sin prestar una declaración policial o judicial en sentido propio. Considerando la sentencia que los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, constituye la prueba de cargo que justifica el hecho probado.

Merece un breve comentario la STS núm. 625/07 de 12 de julio de 2007⁹¹, en donde se aclara que es erróneo considerar a las personas que atendieron y auxiliaron a la víctima como testigos de referencia, pues son testigos directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos. En todo caso, sólo serán testigos de referencia en lo referido a la autoría de las lesiones. Pero, las circunstancias sobre las que declaran como percibidas con sus sentidos pueden, además, constituir la base de la prueba indiciaria⁹².

En lo que a la doctrina se refiere, ésta también ha expresado pronunciamientos dispares; autores como CABRERA GÁRATE, han se-

ñalado que, si no es lícito utilizar declaraciones sumariales para fundamentar la sentencia cuando la testigo se niega a declarar en el acto del juicio oral, menos lícito sería utilizar la testifical de referencia, relativa a lo que el testigo manifestó a terceros, para fundamentar la condena⁹³, mientras que autores como ORTEGA CALDERÓN sí admiten estas testificales⁹⁴, opinión esta última que compartimos por razones de justicia material que nos inclinan por la permisibilidad de los testimonios de referencia en estos supuestos.

Por último, no queremos dejar de manifestar que la declaración sumarial puede ser una fuente lícita de conocimiento de la que se pueden haber extraído diversos datos o informaciones claves que podrán utilizarse a la hora de valorar los hechos acaecidos. El mero hecho de que la víctima se acoja a su dispensa de declarar, en nada debe interferir en que de dichas declaraciones iniciales, por ejemplo, se citaron a unos testigos que pueden ser llamados a declarar el día del juicio. Sin embargo, la nulidad sí debe extenderse a aquellos casos en los que no se hubiere cumplido el deber de la policía o del juez de informar al testigo sobre su derecho a la dispensa que ostenta. El testimonio en este último supuesto carecería de valor probatorio y, por tanto, se verían afectadas las pruebas derivadas de dicha fuente de conocimiento⁹⁵.

C) EL EMPLEO DE LA VIDEOCONFERENCIA

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el uso de la videoconferencia en diversos preceptos, fundamentalmente en los artículos 306 LECrim, relativo a la intervención del fiscal por este medio; artículo 731 bis LECrim, a través del cual se permite que el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, y por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor,

pueda acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y, por último, en el artículo 325 LECrim, referido a la fase de instrucción. Asimismo la Ley Orgánica del Poder judicial en su artículo 229.3 de la LOPJ, prevé expresamente el recurso a la videoconferencia en diversas diligencias, tales como las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas⁹⁶.

Son fundamentalmente tres las razones por las que se admite su utilización en el proceso penal. Éstas son: a) De seguridad u orden público, b) De oportunidad y, c) De utilidad. Este último motivo es el que nos interesa en este trabajo, pues se fundamenta en la peligrosidad que puede conllevar para la persona, la concurrencia en la sala el día del juicio, incluyendo aquellos supuestos en los que, de lo que se trata, es de proteger a la víctima en el juicio oral.

Son numerosas las ocasiones en las que la propia intervención de la víctima en el proceso, el revivir el delito el día del juicio oral, etc., puede ocasionar graves perturbaciones a la víctima de violencia de género. Y ello, sin mencionar la posible influencia que puede provocar la presencia del imputado delante de la misma en el juicio, al verse intimidada, afectando con ello a la veracidad de sus declaraciones. Nos estamos refiriendo a lo que los psicólogos denominan “victimización secundaria”, cuando describen el estado psicológico en el que puede encontrarse la víctima del delito al enfrentarse, en sede judicial, ante su agresor o autor del delito. Ante el temor a la confrontación pública y a las posibles represalias, una de las demandas más comunes de la víctima es la de declarar de modo que se evite el enfrentamiento directo con el imputado. Estos trastornos pueden verse mermados con el empleo de la videoconferencia, al no tener que concurrir en la misma sala del juicio que su agresor, por lo que consideramos este mecanismo, el más idóneo y óptimo para lograr que la víctima de violencia de género —que suelen tener pánico

a declarar frente a su agresor— se atreva a hacerlo con mayor tranquilidad al no tener que estar a escasos metros del presunto autor del delito favoreciendo con ello; la prestación de un testimonio en mayor medida fidedigno y libre de tensiones o presiones. Lo que resulta sumamente útil como arma para erradicar los tan comunes temores de dichas víctimas a la hora de declarar en contra de su agresor, amparándose en el artículo 416 LECrim.

La experiencia práctica nos ha demostrado el lógico miedo de las víctimas a reproducir su declaración en el plenario; problema que debe tratar de solucionarse mediante la utilización de mecanismos adecuados que permitan evitar el contacto y la proximidad física no sólo de la víctima y el acusado, sino también, con relación a familiares y amigos del mismo que en muchas ocasiones se encuentran con los testigos en la antesala del Tribunal. Y ello, pese a que el artículo 704 LECrim recoge la “vieja aspiración” de que los testigos estén situados en un local sin comunicación con los que ya hubiesen declarado o con otra persona, pero todos sabemos que en la realidad judicial las cosas son distintas, y los testigos se entremezclan en el pasillo con otros testigos y con familiares y amigos de quien está sentado en el banquillo⁹⁷.

Consideramos que la videoconferencia presenta claras ventajas, al permitir que no se produzca un contacto físico que podría resultar perjudicial y dañino, evitándose de este modo en gran medida la estigmatización de la víctima al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, obviando asimismo las posibles rememoraciones de los hechos y sufrimientos padecidos, pudiéndose en estos casos utilizar un sistema de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido, es decir, de la sala virtual al declarante situado en la sala del juicio), o incluso nuevas aplicaciones tecnológicas, como puede ser el sombreado parcial de la imagen impidiendo la confrontación visual entre la víctima y su agresor. De esta manera, parece ser que se protege en mayor medida la espontánea declaración de

las personas, y por ende, una mayor probabilidad de éxito en sus declaraciones.

El empleo de la videoconferencia en las declaraciones testificales debe llevarse a cabo de la siguiente manera: en el juzgado donde se realice la vista, se encontrarán el juez y el resto de partes, que podrán efectuar al testigo que depone por videoconferencia las pertinentes preguntas con contradicción a través de esta tecnología. Para ello, el secretario judicial del juzgado remoto en donde se encuentre el testigo, dará fe de su identificación y corroborará que las preguntas que le ha formulado el tribunal, el Ministerio Fiscal o las partes presentes en el acto, han sido correctamente escuchadas con las debidas garantías por el testigo, así como de las respuestas a tales preguntas en unidad de acto, debiéndose cotejar con las preguntas y contestaciones de las que dé fe el secretario judicial que se encuentra físicamente en la sala del juicio.

Los diferentes principios que deben reinar en el proceso penal, tales como la inmediación, contradicción, publicidad y unidad de acto, no quedarán necesariamente afectados por la utilización de la videoconferencia; sino por la forma en que ésta se lleve a la práctica o se acuerde su ejecución, por lo que cuando se haga con las debidas garantías, no tienen por qué verse afectados tales principios. Las mayores críticas a este sistema se han referido al principio de inmediación. En nuestra opinión, este principio no se ve afectado por el mero hecho de la utilización de los nuevos medios de comunicación; la comunicación a través de la videoconferencia no perjudica el marco normativo exigido por este principio que posibilita una comunicación recíproca entre las partes conectadas, sin obstaculizar la percepción sensorial y donde no encontramos intermediarios en la comunicación, consiguiendo así un diálogo entre los sujetos conectados indudablemente directo, pues con esta tecnología se puede percibir todo lo necesario sin restricciones sensoriales relevantes.

4. PROPUESTAS DE REFORMA

Constatada la práctica diaria de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como en los órganos de enjuiciamiento, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, la frecuencia con que la víctima de violencia de género se acoge al derecho a no declarar en contra de su cónyuge o pareja, hemos podido comprobar a lo largo del presente estudio la manifiesta disparidad de criterios y pronunciamientos jurisprudenciales en relación con el artículo 416 LECrim, precepto sumamente polémico. Todas las cuestiones, lagunas y problemas que hemos ido analizando, han provocado que diversos operadores jurídicos promuevan la posibilidad de limitar o suprimir la dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género, mediante una reforma legislativa de este precepto.

Ya el primer “Informe anual del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer”, de julio de 2007, señaló que nos encontramos ante un problema que debe abordarse en las próximas reformas procesales, recordando que el fundamento de la dispensa que se recoge en el artículo 416 LECrim es respetar la solidaridad familiar del testigo respecto del imputado que comete un delito que no atenta a sus bienes jurídicos por tanto, del testigo que no es víctima y ha sufrido la agresión a manos de su esposo y pareja. Lo que ha motivado la reclamación desde diferentes instituciones, de una modificación de este artículo pues, estando en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, cuya única finalidad es la de conseguir la impunidad de los presuntos autores de tan execrables conductas, deviniendo, por tanto, absolutamente ineficaz la protección integral a la víctima que se pretende.

En esta línea, el “Informe del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley 1/2004, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica re-

lacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, de enero 2011, propone, entre otras medidas, que no se aplique la dispensa de declarar del artículo 416 LECrim a los testigos que sean víctimas y/o perjudicados por el delito que se persiga; planteando alternativamente, caso de no prosperar la modificación anterior, reformas que permitan la lectura en el juicio de las declaraciones que estas personas víctimas o testigos hayan hecho en la instrucción de la causa y que después se hubieran desdicho. A tal efecto, se plantea la introducción de un artículo 730 bis en la LECrim, que establezca: “*Podrán leerse, también, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos víctimas o perjudicados por el delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el artículo 416 LECrim*”⁹⁸.

Hasta que se lleven a cabo tales reformas, tratar de paliar este problema de manera aislada por la vía punitiva es un error, que conlleva numerosos fracasos⁹⁹. Consideramos de extrema importancia la formación en la materia que deben recibir todos aquellos que intervienen en un proceso por delitos de violencia de género, en aras a que se elaboren estrategias para que las víctimas que llegan a dar un primer paso consigan mantener su denuncia, con el apoyo psicológico necesario, si procede. Compartimos con CASTILLEJO MANZANARES, que lo deseable no es obligar a la víctima a declarar, no permitiéndole acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim, sino que las Administraciones competentes en esta materia incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su voluntad. Por ello, la atención a la víctima desde el mismo momento de su comparecencia en comisaría requiere de una ayuda psicológica y asistencial que evite que más tarde pueda tomar decisiones mediatizadas por su propia situación de víctima¹⁰⁰.

Nos encontramos intensamente preocupados por el silencio cómplice de muchas de las víctimas de violencia de género, basado fundamentalmente en el miedo, así como en la

carencia de recursos económicos y emocionales para independizarse de su agresor. Resulta criticable la postura de determinados Juzgados en los que, cuando la víctima se acoge a esta dispensa, no indagan acerca de las circunstancias que han provocado que la víctima adopte tal postura, desentendiéndose del asunto. Esta pasividad frente a eventuales supuestos de maltrato es peligrosa, pudiendo provocar en la víctima una peligrosa sensación de impunidad del Derecho penal y, en especial, la creencia por parte del agresor de que puede controlar la situación si sabe hacer callar oportunamente a su víctima¹⁰¹.

El acompañamiento por los servicios sociales integrales y multidisciplinares de atención a la víctima tanto en el momento inicial, cuando la mujer se plantea la interposición de la denuncia contra su agresor, como durante toda la tramitación del procedimiento judicial, tal y como prescribe la Ley Integral, contribuye significativamente a que la mujer tome conciencia de las consecuencias de la situación de violencia, reforzándole en su mantenimiento en el procedimiento¹⁰². Consideramos imprescindible la preparación de la declaración de la víctima, no solo por su abogado sino también por especialistas; es decir, psicólogos u otros profesionales que le aconsejen y atiendan. Para ello, tanto el Ministerio Fiscal como el Juez deben informar a la víctima sobre los medios que se encuentran a su disposición para protegerla y preservar su integridad, de modo que permitan que la mujer tome una decisión libre. En todo caso, la actividad investigadora propia de la fase sumarial adquiere una especial relevancia en los delitos de violencia de género. Las diligencias que se practiquen deben realizarse meticulosamente con todas las garantías en previsión de una posible inclusión de las mismas en el juicio oral. Para ello, resulta imprescindible coordinar la actuación de todos los profesionales que intervienen en el proceso.

A modo de conclusión, queremos manifestar que dar respuestas a las dudas planteadas en este estudio *a priori*, puede no resultar conveniente. Lo deseable sería estar al caso concreto, que el juez pudiera asesorarse de las tan ne-

cesarias unidades de valoración integral de la víctima, y estar al corriente de la situación que rodea realmente a la víctima, cerciorarse de las causas que han provocado su silencio el día del

juicio, y con base en ello, tomar la decisión más apropiada: unas ocasiones será recurrir a las declaraciones de la víctima en fase sumarial pero, en muchas otras, tendrá que prescindir de las mismas.

NOTAS

1. “Un estudio andaluz pide modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger a las víctimas de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 7705, Sección Hoy es Noticia, 29 Sep. 2011, Año XXXII.
2. Vid. “Análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y las Audiencias Provinciales en el año 2007, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o ex pareja”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, julio 2009. Ya en el Seminario de Fiscales encargados de Violencia de Género del año 2006 se afirmó que el derecho de dispensa contemplado en el artículo 416 de la LECrim, dificulta extraordinariamente la consecución de una Sentencia condenatoria cuando la víctima se acoge a su derecho.
3. Vid. LARRAURI, ELENA, “¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?”, *Las Mujeres y sistema penal (violencia doméstica)*, Euroeditores, Buenos Aires, 2008, pp. 95-132.
4. Sentencia de la AP de Murcia núm. 24/2006, de 15 de marzo (JUR 2006/132679).
5. Además, se añadió que es el Secretario Judicial quien consigna la contestación que diere el testigo a esta advertencia; lo que consideramos que no resulta necesario, pues al Secretario ya le corresponden las funciones de documentación de las actuaciones judiciales.
6. ORTEGA CALDERÓN, “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, *Diario La Ley*, núm. 6820, 14 Nov. 2007, Año XXVIII, Ref. D-243, p. 1.
7. En un sentido similar, pero en una fase previa del proceso, la LECrim regula la obligación de denunciar a todo aquél que presenciare la perpetración de cualquier delito público (art. 259 LECrim), eximiendo con carácter excepcional a las personas contempladas en los artículos 260, 261 y 263 LECrim. Respecto de la dimensión constitucional de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente, recomendamos la lectura de RODRIGUEZ LAINZ, “Dispensa de declarar contra pariente: (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)”, *Diario La Ley*, núm. 7577, 25 Feb. 2011, Año XXXII, Ref. D-89.
8. A su vez, el artículo 418 LECrim señala: “Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416. Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor”.
9. STS núm. 13/2009 (RJ 2009/1383).
10. RJ 1996/9358) y RJ 1996/3698. Ambas sentencias han proclamado el dudoso principio de que este precepto está concebido para proteger al reo y presunto culpable.
11. STS núm. 292/2009, de 26 marzo (RJ 2009/2377).
12. Su fundamento es similar al que subyace en la excusa absolutoria regulada en el artículo 454 del Código Penal para el delito de encubrimiento.
13. Marcó un hito en este sentido la STS núm. 134/2007, de 22 de febrero (RJ 2007/1558) que equiparó la pareja de hecho al matrimonio, al considerar que se encuentra en la misma situación *more uxorio* y que el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos.

14. En la Sentencia núm. 1540/2003 (RJ 2003/9255), se afirmó que, cuando el legislador ha apreciado la conveniencia de asimilar los efectos de las uniones sentimentales estables con los del matrimonio, lo ha establecido así expresamente, como sucede por ejemplo en el artículo 23 del CP (circunstancia mixta de parentesco), artículo 153 del CP (violencia doméstica), artículo 424 CP (atenuación del cohecho) y artículo 454 CP (encubrimiento).

15. STS núm. 292/2009 (RJ 2009/2377).

16. Auto TC núm. 187/2006 (RTC 2006/187).

17. Autores como DE LA FUENTE HONRUBIA, consideran que no debe exigirse la convivencia en relación con la dispensa a no declarar, basándose en dos razonamientos: a) En primer lugar, porque es discutible que, desde el punto de vista de la antijuridicidad material, existan diferencias cualitativas entre el ataque a un bien jurídico personal de un pariente por el hecho de que exista convivencia o no con él. En una sociedad tan heterogénea como la actual, donde la concepción del núcleo familiar es tan distinta a la que existía en el momento de redactarse el artículo 416 LECrim vigente, la convivencia no puede erigirse como un factor determinante para convertir un hecho en delito o para tipificar como un delito más grave lo que antes era un delito menos grave o una falta y, b) En segundo lugar, porque precisamente lo que ampara el derecho a no declarar contra un pariente no debe ser la protección de las relaciones familiares, sino cuestiones estrictas de reprochabilidad individual al testigo, a quien no puede exigírsele declarar en perjuicio de la persona con quien mantiene un vínculo familiar en atención al conflicto moral que se le provocaría. “La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual”, *La Ley Penal*, núm. 68, febrero 2010, p. 3.

18. Respecto a las uniones familiares de hecho, se ha exigido una convivencia marital con voluntad de permanencia, una convivencia “*more uxorio*”, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio y una comunidad de vida estable y duradera, en donde el requisito de la convivencia “*more uxorio*” constituye el elemento determinante. Lo cierto es que el legislador en algunos tipos ha equiparado el matrimonio y relaciones estables de análoga relación de afectividad aun sin convivencia —arts. 153, 171, 172, 173, 148 del Código Penal— y en otros, como en los arts. 23 y 454 del Código Penal, no se ha añadido la mención “aun sin convivencia”, tal como sucede con la actual redacción del art. 416 de la LECrim. No puede extenderse la dispensa a las situaciones de noviazgo por no ser una situación análoga al matrimonio. *Conclusiones de Violencia de Género en el curso de formación del CGPJ: “Unificación de criterios en sede de enjuiciamiento”*, 30 de mayo a 2 de junio de 2010 (coord. MAGRO SERVET), conclusiones 24 y 25.

19. Vid. la STS núm. 164/2008, de 8 abril (RJ 2008/1726) en donde se supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio y la STS núm. 13/2009, de 20 enero (RJ 2009/1383).

20. STS núm. 17/2010 (RJ 2010/1270).

21. En sede de delitos, violencia de género, surgen problemas cuando la víctima ha solicitado en instrucción la orden de protección, ésta se concede, y luego en el plenario la víctima dice que sigue siendo pareja del imputado, no obstante la vigencia de dicha orden. En principio, en este caso ha de estarse a lo que diga la víctima pues, aunque haya pedido la orden de alejamiento en instrucción, dicha orden no significa la ruptura del vínculo afectivo existente, simplemente significa que durante la instrucción de la causa la víctima quiere estar alejada del imputado, pero puede ser que la víctima, no obstante ello, quiera seguir en el futuro con el imputado, y no dé por rota su relación de afectividad, por lo que el Juez debe advertir de este derecho a la víctima. “¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?”, *La Ley Penal*, núm. 76, noviembre 2010, p. 5.

22. Por su parte, en el V Seminario de Fiscales delegados en violencia sobre la mujer, de noviembre de 2009, se demostró que la aplicación del artículo 416 LECrim no es uniforme en los distintos juzgados y tribunales de nuestro país. A título de ejemplo, dentro del País Vasco, en Álava este derecho se atribuye a toda mujer que tenga vínculo matrimonial o de análoga afectividad con el agresor, con independencia de que el vínculo matrimonial o análogo se encuentre o no roto, mientras que en Vizcaya se concede este derecho a aquellas mujeres, ya sean esposas o parejas de su agresor, que convivan, cuyo vínculo no haya roto al tiempo de su declaración en el juicio oral. A su vez, en Guipúzcoa, la Fiscalía solo admite la dispensa cuando la relación al tiempo de prestar declaración, no se encuentra rota, es decir, exige que el vínculo esté vigente. En Andalucía, por regla general la víctima que denuncia puede acogerse al 416 LECrim en todas las provincias a excepción hecha de un Juzgado de lo Penal de Málaga y Sevilla, etc. Recomendamos la lectura del escrito de conclusiones de este Seminario, al que nos remitimos.

23. Sentencia núm. 292/2009 (RJ 2009/2377).

24. Recuerda esta sentencia, que a estas consideraciones se acercan soluciones como la italiana, en la que, junto a la discutible solución de que la exención se excluya en la ley cuando la persona testigo es denunciante o víctima, el artículo 199 del código procesal extiende la exención de la obligación de declarar al cónyuge o asimilado que lo es o lo ha sido en referencia a los hechos ocurridos durante la convivencia. O la francesa en la que, si bien la exención lo es solamente respecto a la obligación de prestar juramento (art. 448 del Código Penal), admite, no obstante, que se exija declarar si ninguna de las partes se opone, aquella exención rige aun después de la extinción del vínculo, de cualquiera de los acusados en el mismo proceso.

25. STS núm. 459/2010 (RJ 2010/5805).

26. DE LA FUENTE HONRUBIA, “La dispensa del deber de declarar por concurrencia...”, cit., p. 5.

27. MOLINA GIMENO, *Diario La Ley*, núm. 6818, 12 Nov. 2007, Año XXVIII, Ref. D-240, p. 7.

28. STS de 22 de febrero de 2007, núm. 134/2007 (RJ 2007/1558).

29. Ante la habitualidad con la que se acogen las víctimas de violencia de género a esta dispensa, este Grupo en su Informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley 1/2004, propuso la reforma de este artículo, alegando: “*Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal para los que, en determinados supuestos, se establece una dispensa legal al deber genérico de declarar. La víctima de la violencia de género, específicamente, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, éstos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima. Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que se ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto. Hacer uso de los arts. 416 LECrim y 707 LECrim podría suponer un auténtico fraude de ley. Así las cosas, para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECrim. que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto*”.

30. MAGRO SERVET, “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la Violencia de Género la dispensa de “declarar contra” sus agresores (art. 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, *Diario La Ley*, núm. 6333, 2005, p. 1702.

31. MONTALBÁN HUERTAS propone que se excluyan a las esposas que sean víctimas, manifestando que, cuando en el siglo XIX se aprobó esta norma, el legislador pretendía evitar un dilema familiar; la práctica era informar de este privilegio a las esposas llamadas para declarar en procesos seguidos contra sus esposos por terceros, como estafas o alzamientos de bienes. No cuando era ella la denunciante. “Un fantasma llamado dispensa”, *Diario El País*, de 2 de enero de 2008. Asimismo, CÁMARA MARTÍNEZ, proclama que es incuestionable que debe zanjarse de forma definitiva no sólo el verdadero alcance sino la existencia misma de la dispensa, uno de los principales escollos en la persecución de este tipo de delitos, “Sobre el alcance y futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género”, *Revista de Derecho y procesal penal*, núm. 20, 2008, p. 42.

32. Vid. Primer Informe anual del Observatorio estatal de violencia sobre la mujer, de julio de 2007.

33. Vid. SAP Cuenca núm. 54/2006 de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/206365).

34. El TS ha manifestado que cuando el testigo sea menor de catorce años, no resulta preciso advertirle del contenido del artículo 416 LECrim. STS núm. 1061/2009, de 26 octubre (RJ 2010/112).

35. STS núm. 662/2001 (RJ 2001/3350) y STS núm. 160/2010 (RJ 2010/4057).

36. Se manifiesta a favor de exigir para la validez de la denuncia, la advertencia legalmente prevista en el artículo 416.1 LECrim, la STS núm. 385/2007, de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/3261), que contempla un supuesto en que la denunciante es hermana del acusado y comparece en sede policial para entregar una determinada cantidad de droga que incrimina a su hermano, pero ésta no ha sido advertida por los agentes policiales de la exención legal de hacerlo, por razones de parentesco con el denunciado, entendiendo el Tribunal que no existió denuncia propiamente dicha, por ser

radicalmente nula, al contrariar el artículo 238 LOPJ, y determinar los efectos reflejos del artículo 11.1 de la misma, pues afectaba al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

37. En este sentido, *Propuesta de Modificación legislativa de los arts. 416 y 418 LECrim*, Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Federación de Mujeres Progresistas.

38. En sentido similar se pronunció la STS núm. 1225/2004, de 27 de octubre (RJ 2004/6857), en la que declaró espontáneamente ante la policía una hija sobre la violación que sufrió a manos de su padre y el Tribunal concluyó que la falta de advertencia de la dispensa de declarar contra su padre prevenida en el artículo 416.1º LECrim era superflua y ninguna indefensión provocó en el acusado.

39. STS núm. 294/2009 (RJ 2009/2816), que manifiesta que, aunque no se prevea expresamente, este deber de instrucción en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 LECrim, ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos.

40. En un sentido casi idéntico, se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 94/2010 de 15 noviembre (RTC 2010/94), en donde concluye que: “*A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad*”.

41. Al respecto, señala BARRIENTOS PACHO, debe ser tratado el defecto como un motivo de infracción formal, de un precepto procesal, con efectiva indefensión para la parte interesada en el testimonio, colocando al proceso en una situación equivalente a la de una testifical no practicada a pesar de haber sido propuesta y admitida para el juicio; lo que llevará aparejada la nulidad el juicio mismo y la retroacción del proceso al momento de la celebración del juicio, para su repetición completando todas las exigencias formales que deben rodear la práctica de esa prueba testifical. “Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la «dispensa» legal. Validez y eficacia en juicio”, *Diario La Ley*, núm. 7430, 23 Jun. 2010, Año XXXI, Ref. D-206, p. 3.

42. STS núm. 13/2009 (RJ 2009/1383). En este sentido viene ya pronunciándose el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencias tales como: Caso Kostovski contra Países Bajos, sentencia de 20 noviembre 1989 (TEDH 1989/21); Caso Windisch contra Austria. Sentencia de 27 septiembre 1990 (TEDH 1990/21); Caso Delta contra Francia. Sentencia de 19 diciembre 1990 (TEDH 1990/30) y, Caso Igrò contra Italia. Sentencia de 19 febrero 1991 (TEDH 1991/23). Señala el TEDH que en aquellas situaciones en las que se ha faltado a la advertencia en la instrucción, el acusado no ha sido procesado con un proceso justo, violándose por tanto el artículo 6.1 del Convenio sobre Derechos Humanos. Si bien ninguna de estas sentencias se refiere a testigos que se nieguen a declarar en juicio por razón de parentesco, sí fundamentan la tesis de que en el supuesto en el que el testigo pariente se niega a declarar en juicio, no será posible dar lectura y valorar las declaraciones en la instrucción si previamente no fue informado de su derecho a no declarar.

43. RJ/2010/4057.

44. STS núm. 662/2001 (RJ 2001/3350) y STS núm. 294/2009 (RJ 2009/2816), en donde se anula una diligencia de entrada y registro de un domicilio, derivada de la declaración de la víctima sin la debida instrucción mencionada, manifestando el Tribunal que: “*El conocimiento existe obviamente, pero no pertenece a una investigación policial lícita. Por tanto no puede servir esa investigación para sobre ella interesar una diligencia de entrada y registro. Esta diligencia exige resolución judicial motivada, sobre la base de indicios objetivos, fruto de una investigación*”.

45. Sentencia núm. 292/2009 de 26 marzo (RJ 2009/2377).

46. En este sentido, HURTADO YELO, “¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim...”, cit., p. 7. Al respecto, manifiesta este autor que si bien se dice que en estos casos la víctima está influenciada por el agresor, que le coacciona para que mantenga en declaraciones posteriores su silencio. Ello puede ser cierto en algunos casos, lo que debe probarse y después castigarse al imputado-agresor que actúa así. Pero, al margen de dichas apreciaciones, la víctima que es testigo de los hechos es una persona dotada de inteligencia y voluntad, no tiene privada su capacidad de discernimiento, ni la tiene mermada, y por lo tanto, tiene total autonomía para decidir si declara o no contra el imputado-agresor.

47. “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 26, 2009, p. 133.
48. “Denuncia y testimonio entre cónyuges...”, cit., p. 7.
49. Sentencia núm. 319/2009 (RJ 2009/3062).
50. Sentencia núm. 385/2007 (RJ 2007/3261). Vid. asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 644/2006 de 28 septiembre (ARP 2006/611) que declarar expresamente: “*La víctima de la violencia de género, quien, una vez que ha formulado una denuncia ante una comisaría o un juzgado de instrucción contra una persona que guarda con ella una relación de parentesco incluida en dicho precepto, con su acción muestra de forma inequívoca y concluyente la renuncia a la facultad que le confiere aquél precepto*”.
51. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de...”, cit., p. 1701 y 1702.
52. “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, *Violencia de género y sistema de Justicia penal* (coord. VILLACAMPA ESTIARTE), Tirant monografías, Valencia, 2008, p. 327.
53. SAP Lleida núm. 540/2004 (JUR 2005/35453).
54. “La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales...”, cit., p. 8.
55. Tengamos en cuenta que la declaración de la víctima ante la Policía ostenta el mero valor de denuncia pero, si se ratifica ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, ya estaremos ante una declaración judicial amparada por los artículos 714 y 730 LECrim.
56. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, de 1 diciembre (RTC 2003/206).
57. Entre otros, DE LA FUENTE HONRUBIA, “La dispensa del deber de declarar por concurrencia...”, cit., p. 6. Y HERRERO YUSTE, “Violencia de género y art. 416 de la LECrim”, *La Ley Penal*, núm. 24, 2006, p. 70.
58. Vid. STS núm. 1065/2005 de 21 septiembre (RJ 2005/7078).
59. Vid. STS núm. 1885/2000 de 27 noviembre (RJ 2000/9773), que recuerda 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 LECrim, hacen uso en el juicio oral de su derecho a no declarar (sentencias de 13 de noviembre de 1885 y 26 de noviembre de 1973 [RJ 1973, 4574]). Resulta asimismo interesante la SAP de La Rioja núm. 4/2007 de 12 enero (JUR 2007/81810) que distingue entre el supuesto de rectificación o retractación con el silencio; no permitiendo la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario cuando el testigo comparece en el juicio oral y se acoge a la dispensa legal.
60. Sentencia núm. 31/2009 (RJ 2009/1389).
61. Sentencia núm. 129/2009 (RJ 2009/446).
62. De hecho, esta declaración sería objeto de valoración si el testigo fallece con anterioridad al juicio oral aunque se hubiera propuesto hacer en él uso de la dispensa o, simplemente, se limita a no comparecer, o se ausenta convirtiendo su paradero en ignorado porque piensa que así favorece al acusado. ESCOBAR JIMÉNEZ, “La facultad de no «declarar contra» determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1º LECrim.)”, *Diario La Ley*, Nº 7301, 11 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-383, p. 10.
63. JUR 2007/11.
64. SAP de Castellón núm. 150/2006, de 12 abril (JUR 2006/262747).
65. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, “Retractación de una víctima en un caso de violencia de género: análisis de la sentencia TS de 25 de enero de 2008”, *La Ley Penal*, núm. 53, octubre 2008, p. 10.

66. STS núm. 159/2007 (RJ 2007/3182). Vid. asimismo, STS núm. 1587/1997, de 17 diciembre (RJ 1997/8770).
67. STS núm. 95/2010 (RJ 2010/1463), que afirma: “*La víctima es libre de mantener o no, sus declaraciones anteriores, y si no lo hace, ni existe una situación de imposibilidad de declarar (ex art. 730), ni de contradicción (ex art. 714) con lo ya declarado, por lo que no es la posible la “reintroducción en el plenario” por esa vía indirecta*”.
68. SAP de Castellón, núm. 391/2006 (JUR 2007/76488).
69. Como ocurre en la STS núm. 203/2007, de 13 marzo (RJ 2007/2139).
70. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1993, de 1 de marzo (RTC 1993/76). Vid., la Sentencia del TEDH, Caso Unterpertinger, de 24 noviembre 1986 (TEDH 1986/14), en donde el TEDH, para proteger a un testigo evitándole problemas de conciencia, considera que un precepto que le autorice a no declarar en determinados casos no infringe el artículo 6.1 y 3 d) del Convenio.
71. Así lo ha admitido la SAP de Lleida núm. 540/2004, de 29 de noviembre (JUR 2005/35453).
72. ESCOBAR JIMÉNEZ, “La facultad de no «declarar contra»...”, cit., p. 11.
73. FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, p. 145. Como ha manifestado RODRÍGUEZ LAINZ, la diferencia con el testigo en paradero desconocido o respecto del que hay importantes dificultades prácticas o jurídicas para ser citado o presentado no supone un abismo difícil de superar incluso en el seno de nuestro actual sistema procesal basado en la casi absoluta preponderancia de la prueba practicada con plenas garantías de oralidad y contradicción en sede de plenario. En ambos supuestos hay una razón justificada que impide la práctica de la prueba y que, en definitiva, se muestra como fundamento para permitir la reproducción en el plenario de una actuación de investigación que ya fue sometida a la garantía procesal de la contradicción y que puede entrar en el debate procesal con su sola reproducción. “En torno a la evolución normativa y jurisprudencia de la dispensa de declarar en contra de pariente”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, jurisprudencia, Legislación*, núm. 46, 2010, p. 54.
74. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1985, de 10 mayo (RTC 1985/62).
75. Así lo ha recogido nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en su STS de 4 de febrero de 1997 (RJ 1997/1380).
76. Le parece preocupante a este autor la proliferación de voces a favor de la lectura de la declaración en instrucción en estos casos; parece como si quisiéramos olvidar principios básicos del Derecho penal, con el fin de conseguir el castigo del, en ese momento, presunto culpable. “¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?”, cit., p. 10.
77. “La prueba testifical. Reflexiones sobre las garantías a la luz de la nueva corriente jurisprudencial: el artículo 730 en relación al 416.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2009 (BIB 2009/315), p. 20.
78. Sentencia núm. 165/2007 (RP 2007/637).
79. “Retractación de una víctima en un caso de violencia de género: análisis de la...”, cit., p. 9.
80. Sentencia núm. 58/2008 (RJ 2008/1563), que señala expresamente: “*No es posible una interpretación que posibilite la impunidad, por razones de un entendido rigor procesal, que bien mirado entraña en ciertas ocasiones un fraude procesal ex art 11 LOPJ urdido precisamente por el acusado, y que de paso posterga ciertas y auténticas posibilidades procesales (art. 714, art. 730 LECrim) de tener en cuenta el testimonio practicado un día en que la víctima se sintió con fuerzas para tratar de poner fin a su situación*”.
81. Sentencia núm. 150/2006 (JUR 2006/262747).
82. JUR 2011/312209.
83. Vid., entre otras, STS núm. 1106/2005, de 30 septiembre de 2005 (RJ 2005/7157). Al respecto, ORTEGA CALDERÓN, considera que, *mutatis mutandis* se trata de la misma posición del acusado que, autoincriminándose con asistencia de letrado en el atestado inicial, se retracta o simplemente se acoge con posterioridad a su derecho a no

declarar. En tales hipótesis por definición, al igual que en el supuesto que se analiza, el acusado está a disposición del Tribunal, procediendo a ejercitar su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a guardar silencio, consagrado en el art. 24 CE. Si la introducción de las declaraciones autoincriminatorias válidamente prestadas en el atestado se admite por los órganos jurisdiccionales, aunque implique vaciar de contenido un derecho fundamental con reconocimiento y formulación constitucional, debe admitirse la misma conclusión respecto de la dispensa a parientes de la obligación de declarar en tanto que derecho reconocido constitucionalmente pero remitido a su configuración legal ulterior. “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, cit., p. 11.

84. STS núm. 1276/2006 (RJ 2007/387).

85. ESCOBAR JIMÉNEZ, “La facultad de no «declarar contra»...”, cit., p. 13.

86. RTC 1989/217.

87. RTC 1993/303.

88. STS núm. 711/2000, de 19 abril (RJ 2000/3714). Vid. asimismo, la SAP de Cáceres núm. 64/2005, de 9 mayo (JUR 2005/113045), que se cuestiona si constituye el supuesto del art. 416 uno de los casos en que, a falta de prueba testifical directa, se puede acudir al testimonio de referencia como prueba susceptible de desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia. Concluyendo que la falta de voluntaria declaración en el plenario debe entenderse como un supuesto de imposibilidad a los efectos de considerar prueba suficiente el testimonio de referencia, sin perjuicio de su valoración como toda testifical única. También se proclama una sentencia condenatoria en un supuesto en el que la víctima se acoge a su dispensa a no declarar y se acude a los testigos de referencia en la SAP de Alicante núm. 584/2008, de 16 de septiembre (JUR 2009/28830).

89. Ponente: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.

90. En este caso, en las dos ocasiones la lesionada por sí misma contó voluntariamente la agresión sufrida a quienes estaban con ella. En la primera agresión, a la médico que la atendió y a los agentes de Policía que a petición de la doctora acudieron al centro de salud. En la segunda ocasión los agentes, acudieron al domicilio familiar, donde la solicitante del auxilio también narró lo que acababa de ocurrirle, al ser agredida por su compañero.

91. RJ 2007/5109.

92. El Tribunal estimó que las declaraciones testificales probaron la huida de la mujer del domicilio, las lesiones graves que presentaba, el pedido de auxilio en forma desesperada, el estado de pánico en el que se encontraba al abandonar precipitadamente el domicilio, etc. Todas estas circunstancias constituyen indicios que han sido constatados por prueba testifical directa. A ello se agrega que la presencia de la víctima durante varios días en el domicilio del acusado ha sido reconocida por éste. Estos indicios autorizan a inferir la autoría de las lesiones de la víctima y, sobre esta base, inculpar al acusado.

93. “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género”, *Revista jurídica de Canarias*, número 2, 2006, p. 27.

94. ORTEGA CALDERÓN, “La superación procesal del ejercicio por la víctima...”, cit., p. 11.

95. RODRÍGUEZ LAINZ, “Dispensa de declarar contra pariente...”, cit., p. 56.

96. Además, los artículos 448 y 707 LECrim, prevén que el menor de edad testigo pueda declarar a través de cualquier medio técnico o audiovisual en aras a evitar la confrontación visual con el acusado.

97. MAGRO SERVET, “La imposibilidad de conceder a las víctimas...”, cit., pp. 1699-1700.

98. Disponible en: <http://www.malostratos.org/images/pdf/011/011%20informe%20CGPJ.pdf>. Ya en el Seminario del CGPJ: “Balance de los cinco años de funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la mujer” se señaló: “La reforma legislativa en este punto se estima como estrictamente necesaria para evitar que, lejos de ofrecer una protección al testigo, se convierta en muchos casos en un nuevo recurso de presión hacia la víctima del que dispone el agresor para poner fin al

procedimiento seguido contra él. La víctima no sólo de la violencia de género, sino de cualquier delito, debería ser excluida de la dispensa de prestar declaración del precepto procesal citado. Estimándose conveniente, igualmente, que en tales supuestos, se exima a la víctima de la posibilidad de ser perseguidas por un delito de falso testimonio cuando declare a favor del acusado”.

99. Es por ello que MARTÍNEZ GARCÍA considera que hay un gran tanto por ciento de mujeres que quieren continuar la relación de afectividad denunciada, aunque es verdad que, habiéndose roto en ambos supuestos el equilibrio exigido entre hombre y mujer en la relación de pareja por la Constitución, la situación de ambas es enteramente distinta. Es aquí, en este margen, donde la mediación puede tener un sentido a la hora de resolver el conflicto real, a parte del jurídico. La mediación penal puede ser en estos casos una forma de evitar “victimizaciones reiteradas de esa mujer”, al ser una forma activa de participar en el proceso, trasladando al proceso sus inquietudes y necesidades, lo que ayuda a prevenir nuevos riesgos, facilitando su diagnóstico, evita nuevos episodios y se eligen medidas más adecuadas. “Mediación penal y violencia de género: ¿Es posible y/o adecuada su aplicación?, *Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Jornada con ojos de Mujer*, Aranzadi 2011.

100. “La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de...”, cit., p. 138.

101. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, “Retractación de una víctima en un caso...”, cit., p. 10.

102. Vid. Themis, Asociación de mujeres juristas, “Conclusiones Finales acerca del Tratamiento judicial Violencia de género en el ámbito de la pareja”, días 19 y 20 de noviembre de 2010.

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2011
Recibido con modificaciones: 5 de abril de 2012
Fecha aceptación: 26 de abril de 2011