

Victoria Gallego Martínez

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Socia de la FICP.

~Dispensa del art. 416 LECrim en delitos de violencia contra la mujer y respuesta jurisprudencial~

Resumen.- Frente a la obligación impuesta a los testigos de declarar existe también en nuestro ordenamiento, excepciones concretas por razones de parentesco. Las mismas son objeto de desarrollo por la jurisprudencia resultando de gran importancia en los supuestos tan frecuentes de la violencia de género. En este trabajo se intentará una aproximación práctica a la problemática que plantea dicha dispensa así como a su respuesta jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de violencia contra la mujer presentan una dificultad probatoria por cuanto, por regla general, tienen lugar en el ámbito de la intimidad de la pareja y por tanto sin terceros que los hayan presenciado. El testimonio de la víctima se erige en prueba necesaria y esencial para lograr una sentencia condenatoria. Por ello en aquéllos casos en los que la víctima se niega a declarar sobre los hechos acogiendo a la dispensa legal contenida en el art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prueba de los agentes que hubieran acudido en auxilio de la víctima, de los médicos que la hubieran atendido resulta totalmente insuficiente a aquél fin, al constituirse en meros testigos de referencia.

La práctica judicial¹ pone de relieve los innumerables supuestos en los que la mujer, víctima de violencia de género, si bien en un primer momento formula denuncia y se muestra parte en el proceso penal en calidad de acusación particular, con el paso del tiempo, transmuta su posición jurídica apartándose de la acusación en aras de no perjudicar al que había sido su pareja o ex pareja sentimental. Dicho cambio se produce con la finalidad de acogerse a la dispensa que le proporciona el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ello ha planteado no pocas dudas en cuanto al tratamiento procesal que debe otorgarse a dicha situación. En este artículo se intentará dar una aproximación a la dispensa legal de la obligación de declarar atendiendo en particular a la jurisprudencia

¹ En el segundo semestre de 2015, a nivel nacional y en el ámbito de la violencia de género, 2267 víctimas se acogieron a la dispensa y en ese periodo se dictaron en España 6109 sentencias absolutorias en esos procesos.- SÁNCHEZ ALFONSO, J.C.; La dispensa de la obligación de declarar como testigo de la víctima - denunciante en los delitos de violencia de género. Una perspectiva para la reforma del artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Diario La Ley, núm. 8778, Sección Doctrina, 8 de junio de 2016.

existente al respecto haciendo especial hincapié en la posición del testigo víctima que se constituye en acusación particular para posteriormente, acogerse a la dispensa así como a su incidencia en los delitos contra la violencia de género.

II. REGULACIÓN LEGAL

Prevé el art. 24 de la Constitución la regulación, mediante ley, de aquellos supuestos en los que no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, limitando dicha posibilidad por razón de parentesco o de secreto profesional. Y en uso de aquella previsión, el art.261 Ley Enjuiciamiento Criminal señala que tienen obligación de denunciar el cónyuge, no separado legalmente o de hecho, la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.

Por su parte, el art. 416 LECrim, ya en el seno de un procedimiento judicial, establece que están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como a los parientes a que se refiere el número 3 del art. 261². Cuando uno de estos testigos se encuentre ante el juez instructor, éste viene obligado a advertirle que no tiene obligación de declarar en contra del investigado pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas. La advertencia y la contestación deberán consignarse en el acta de la declaración.

La excepción a la obligación a declarar se reitera en el art. 707 LECrim para el momento del juicio oral así como en el art. 418 del mismo texto legal conforme al cuál incluso cuando el testigo está deponiendo, no tiene obligación de responder a aquellas preguntas que puedan perjudicar material o moralmente a su pariente³.

² Señalar que en virtud de la redacción dada al art. 261 LECrim por el apartado cuatro de la Disposición Final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito (BOE 28 abril), en vigor desde el 28 de octubre de 2015, el núm. 3 a que se hace referencia en el art. 416 LECrim ha sido suprimido.

³ La redacción literal de este precepto parece otorgar una facultad más amplia a la dispensa del testigo (los perjuicios materiales y morales exceden de las declaraciones inculpativas que darían lugar al ejercicio del ius puniendi), de difícil compatibilidad con el alcance constitucional de la misma en cuanto que derecho fundamental procesal. Lo lógico es interpretarlo de suerte que si un testigo está narrando ciertos hechos que no tienen por qué inculpar a su pariente, y no ha recibido la advertencia de los arts. 416 y 707 LECrim, por ejemplo, porque existen varios investigados o acusados o bien porque aquél no ostenta dicha cualidad, en el momento en el que surja esa posibilidad entre en escena el art. 418 LECrim. Según AGUILERA E PAZ, E , en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, T. III, Madrid 1912, p.

Advertir de la regulación anterior, que mientras para la fase judicial se prevé la necesidad de advertencia de la dispensa legal, debiéndose consignar en el acta de declaración, para la fase prejudicial, la de la denuncia, nada se contempla al respecto. Y de hecho, en la práctica se observa que los atestados, por regla general, no contemplan la advertencia a la víctima.

En relación con lo anterior debe señalarse que la jurisprudencia ha efectuado dos advertencias: la primera es que el art.261 LECrim no contempla una obligación de no denunciar, sino una facultad susceptible de renuncia de no formular denuncia contra determinados parientes (así STS 10729/2010, de 15 de febrero) y, la segunda, referida normalmente a delitos de violencia de género o delitos sexuales, que quien acude a denunciar por un acto voluntario y espontáneo, no puede ampararse en este derecho (así, STS 294/2010 de 28 de enero, por todas) pues el art. 416 establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos pero no de los denunciantes espontáneos respecto de los hechos que los han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección.

III. FUNDAMENTO

El fundamento de la dispensa ha sido determinado por la jurisprudencia del TS. Así en Sentencia de 26 de noviembre de 1973 señalaba como tal la necesidad de sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia.

Por su parte, la STS de 22 de febrero de 2007, señala que la dispensa tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado.

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

602, el precepto está previsto para cuando el pariente del testigo no está procesado y se atiende al concepto amplio de perjuicio.

La STS de 29 de octubre de 2014, por su parte, recuerda que el TEDH en sentencia de 24 de noviembre de 1986, caso Unterperthinger c Austria, se enfrenta a una norma similar al art. 416 LECrim (el art. 152& 1, párrafo 1 del Código de Procedimiento Penal austríaco), igualmente en supuesto de denuncia de la esposa por agresión contra su marido, donde tanto la esposa como su hija hacen uso de la dispensa que el ordenamiento les concedía para no prestar declaración; y constata la existencia de textos similares en el orden jurídico interno de varios miembros del Consejo de Europa, indicando que la prohibición de interrogar a estos testigos en la audiencia, no incumple el art. 6.1 y 3 d) de la Convención, dados los especiales problemas que puedan surgir, confrontación entre el acusado y testigo de su propia familia, de modo que atiende a proteger al testigo y evitarle una cuestión de conciencia.

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

IV. PROBLEMAS DIVERSOS

1. Momentos en que resulta aplicable

Como se ha indicado anteriormente, resulta obligado la advertencia al testigo pariente comprendido en el art. 416 LECrim de la ausencia de obligación de declarar. Conforme a la doctrina jurisprudencial, las advertencias deben efectuarse en los tres momentos en que el pariente incluido en el art. 261 o 416 LECrim puede declarar, por tanto en sede policial y en judicial (instrucción y plenario) pues aquél no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Se afirma que para renunciar a un derecho debe informársele que se dispone del mismo pues nadie puede renunciar a algo que desconoce. Y, en todo caso, el hecho de declarar no supone una

renuncia tácita a ese derecho para sus declaraciones posteriores. Por otra parte, el hecho de no haber hecho uso de la dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior pues no debe olvidarse la distinta naturaleza de las declaraciones en función del momento procesal en que tienen lugar; las declaraciones sumariales no se erigen en actividad probatoria y, la testifical en el plenario es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia.

En todo caso, la STS de 30 de enero de 2018⁴ diferencia al testigo o víctima familiar del investigado o acusado que acude a la policía o al juzgado a denunciar, personado como denunciante y posteriormente como acusador particular y, en este caso, señala que no es necesario informarle de la previsión contenida en el art. 416 LECrim mientras que respecto de las personas que hallándose en aquella relación de parentesco son requeridas para participar en la averiguación de los hechos investigados, la advertencia es obligatoria tanto en sede policial como judicial, tanto en la instrucción como en el plenario.

Para el caso de que no se haya efectuado la advertencia a la víctima de su derecho a no declarar, la consecuencia será la nulidad de su declaración, no la del juicio en sí⁵. Por ello resulta indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la aquella posibilidad. En caso de renuncia, la misma ha de resultar concluyentemente expresada, incluso en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima⁶.

2. Posibilidad de que un menor se acoja a la dispensa

Sobre dicha posibilidad debe señalarse que del estatuto jurídico del menor contenido en el Código Civil y en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y la posterior Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no puede concluirse que la posibilidad de

⁴ STS, Penal, Sección 1, del 30 de enero de 2018 (ROJ;STS 218/2018-ECLI:ES:TS;2018:218), Sentencia 49/2018, recurso 631/2017, Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁵ SSTs 28 de noviembre de 1996; 18 abril de 1997; 17 de diciembre de 1997, 26 de mayo de 1999 que entendieron que es obligación del juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentran dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado con la consecuencia de que la declaración prestada sin esa advertencia será nula, criterio mantenido por la STS de 10 de mayo de 2007 que señalaba que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416.1º LECrim alcanza no solo al Juez, sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrearba la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado.

⁶ STS 662/2001, de 6 de abril.

acogerse a la dispensa esté supeditado a la mayoría de edad. Por el contrario, el menor tiene derecho a ser oído y a que su opinión se tenga en consideración en función de su edad y de su madurez⁷.

Por ello la jurisprudencia⁸ concluye que el acogimiento a la dispensa es una facultad personalísima tanto del mayor de edad como del menor ya maduro. Y, en el caso de menores que no hayan alcanzado ese grado de madurez suficiente para decidir por sí mismos, la decisión ha de ser adoptada por el progenitor con el que no existe interés contradictorio y si concurre esa contradicción en ambos progenitores, hay que acudir a los mecanismos sustitutivos en la legislación civil para adoptar la decisión adecuada y conveniente al interés superior del menor.

3. Eficacia de la prueba preconstituida de un testigo que posteriormente se acoge a la dispensa

Tiene manifestado así mismo la jurisprudencia⁹ que acogiéndose el testigo víctima familiar en el acto del juicio oral a la dispensa legal, esa decisión neutraliza y abole la capacidad probatoria de la prueba preconstituida que no puede ser usada para burlar su voluntad por cuanto la dispensa supone su negativa tanto a prestar testimonio como a que testimonios precedentes puedan ser usados en contra del acusado. Por la misma razón tampoco puede incorporarse la declaración testifical prestada en fase de

⁷ El art. 162 Código Civil reconoce a los menores capacidad por sí mismos para los actos relativos a sus derechos de la personalidad en el momento en que adquieran suficiente madurez y, los arts. 152 CC y 2 y 9 de la LORJM proclaman el derecho de los menores a ser oídos y a que se tomen en consideración sus opiniones en función de su edad y grado de madurez.

⁸ STS, Sección 2ª 25 abril 2018

⁹ SSTS 135/2009, de 27 de enero y 629/2009, de 10 de febrero. Así la STS 1885/2000, de 27 de noviembre señala: "A este respecto en la sentencia de esta Sala 1587/97, de 17 de diciembre, con referencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 1986, se dice que "aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio de Roma, sin embargo su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa. De manera que como al negarse tales testigos a declarar ante el Tribunal competente impidieron al demandante que "las interrogara o hiciera que se las interrogara" sobre sus declaraciones, y, no obstante, la sentencia se basó en dichas declaraciones, ha de concluirse que "se declaró culpable al Sr. Agustín fundándose en "testimonios" frente a los cuales sus derechos de defensa eran muy limitados. Por lo tanto, el demandante no contó con un proceso justo y se violó así el apartado 1 del artículo 6 del Convenio en relación con los principios inherentes al apartado 2. d) del mismo precepto" (...) Señala la citada sentencia 777/2000, de 28 de abril, que esta postura "cuenta con precedentes jurisprudenciales incluso de época preconstitucional en los que se estableció la improcedencia de leer la declaración sumarial en el acto del juicio oral, y la ilicitud de utilizarla para fundar la sentencia cuando personas incluidas en los casos de los artículos 416 y 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hacen uso en el juicio oral de su derecho a no declarar (sentencias 13 de noviembre de 1985 y 26 de noviembre de 1973).

instrucción a la actividad probatoria del juicio oral por la vía del art. 730¹⁰ LECrim, por cuanto la negativa a declarar no constituye la "imposibilidad jurídica" a la que alude el precepto.

Por tanto, la facultad contemplada en el art. 416 LECrim implica no solo que se respete la voluntad de no declarar, sino también que no se hagan valer las posibles manifestaciones previas del testigo contra su explícita opinión. Este criterio cristalizó en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 23 de enero de 2018¹¹, fijado en los siguientes términos: *"el acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 LECrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida"* y más aún en el caso de que se trate de declaraciones en sede policial, cuyo valor ha sido precisado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 3 de junio de 2015 que adoptó el acuerdo conforme al cual las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de medios de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

4. Parientes incluidos y excluidos de la dispensa

Se encuentran limitados a los enumerados en el art. 416 LECrim y tratándose de una excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Así el TS ha excluido de la misma a los parientes por afinidad; como dice la STS 703/2014, de 29 de octubre, en un caso de hermana de la víctima, esposa del acusado, y por tanto cuñada del mismo, la exclusión de los parientes por afinidad de la dispensa de testificar, además del tenor literal del precepto, es cuestión pacífica en la doctrina (STS 62/2013, del 29 de enero - caso Marta del Castillo). Y en tal sentido debe recordarse que la exclusión de los parientes afines hasta el segundo grado que se recogía en el art. 261.2 LECrim, respecto a la obligación de denunciar, no resulta aplicable a supuestos de la dispensa de declarar pues la remisión que el art. 416 efectúa al art. 261

¹⁰ El art. 730 LECrim permite la lectura a instancias de cualquiera de las partes de las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquéllas no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral

¹¹ STS , Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 23 de enero de 2018, siguiendo la doctrina jurisprudencial recogida en SSTs de 27 de enero y 10 de febrero 2009, y 14 mayo de 2010.

solo se refiere al apartado 3 y la referencia a los afines ha sido eliminada en la redacción actual del art. 261.2 por la LO 4/2015, de 27.4 de Estatuto víctima del delito.

Al referirse el precepto no solo al cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, se incluye la relación de pareja de hecho incluso en este caso, sin convivencia, al hallarse el imputado en prisión¹². Están incluidos en la dispensa, así mismo, los cónyuges cuyo vínculo continúa en la fecha de los hechos pese a que exista separación legal o de hecho pues subsisten entre ellos los derechos y obligaciones civiles derivados de la existencia del vínculo matrimonial¹³.

5. Momento en que ha de concurrir la relación personal

Para la aplicación de la dispensa se requiere que en el momento de ocurrir los hechos por los que se declara concurra el vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar aunque en el momento en que deba testificar aquél vínculo se hubiera extinguido. Así resulta del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013, que estableció que la exención de la obligación de declarar alcanza a las personas que estén o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto exceptuándose la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

Sin duda alguna ello obedece al propio fundamento de la dispensa y, por tanto 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 enjuiciamiento.

V. LA APLICACIÓN DE LA DISPENSA AL ACUSADOR PARTICULAR

1. Pronunciamientos Jurisprudenciales

La STS de 21 de diciembre de 2012, declara la validez de la dispensa pese a que la víctima compareció en el juicio oral asistida de letrado y por tanto asumiendo la posición de acusación.

Posteriormente, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013¹⁴ que la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim no debe amparar a quien se

¹² STS 134/2007, de 22 de febrero.

¹³ Art. 66 Código Civil.

¹⁴ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013.

ha constituido como acusación particular aunque con posterioridad se aparten de esa posición. El acuerdo establecía:

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

Se exceptúa:

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

b) supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso"

Considera el acuerdo que es contrario a los propios actos y resulta contradictorio e incongruente, acogerse al art. 416 LECrim quien simultáneamente ejercita una petición de condena por los hechos a cuyo esclarecimiento rehúsa contribuir porque con ello priva al tribunal del material probatorio necesario para concretarla. Afirma que parece una burla y resulta fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización. "Puede ejercitar su derecho a reclamar la condena pero no regatear al Estado, cuya tutela impetra, los medios para poder acoger su pretensión"

Son varias las razones que apoyan tal criterio, así, el art. 416 LECrim supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional proclamado en el art. 24; es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.

Tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar¹⁵ consideración que resulta esencial en la interpretación del precepto.

El hecho de ser un derecho de rango constitucional comporta necesariamente que cualquier limitación al mismo ha de ser interpretada de forma restrictiva y, su contenido esencial ha de ser respetado por la ley que lo desarrolle (art. 53 CE). Por tanto ante cualquier duda debe optarse por la máxima amplitud del derecho.

La dispensa se prevé como una fórmula que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada,

¹⁵ STC 94/2010, de 15 de noviembre.

filiación, relación de consanguinidad) precisamente para evitar el conflicto entre esos vínculos y la posibilidad de perjudicar de alguna forma al pariente y la obligación legal de declarar la verdad sobre lo que se le pregunte bajo amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento y/o promesa. El legislador así lo considera conveniente y levanta en tales supuestos el deber general de todo ciudadano de declarar sin hacer distinciones según sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento.

Por otra parte insiste en la imposibilidad, por contrario a los propios actos, contradictorio e incongruente, de que quien se constituye en acusación particular pueda acogerse a la dispensa. Quien ejercita la acusación y reclama del Estado una condena, se afirma, no está legitimado para, al mismo tiempo, escamotear las pruebas que están a su alcance y son necesarias para que su pretensión sea atendida.

No obstante con la anterior doctrina, no se solventaba la totalidad de problemas que se plantean en la práctica discutiéndose si la excepción alcanza únicamente al pariente que sigue ejercitado la acusación en el momento en que ha de prestar declaración o se extiende a cualquiera que haya estado personado en tal calidad. La cuestión resulta especialmente relevante en el ámbito de la violencia sobre la mujer por cuanto el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala que las víctimas de violencia contra la mujer contempladas, tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia, así como a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. Precisamente por virtud de aquél derecho resulta habitual que la víctima actúe personada como acusación en el inicio del proceso, constituyéndose en tal condición en su primera intervención en sede judicial. El problema surge en aquéllos supuestos en los que con posterioridad la víctima decide no continuar con la acción, en los que cabe preguntarse si su actuación como acusación en alguna de las fases procesales supone la desaparición de la dispensa del deber de declarar.

En TS en sentencia de 14 de julio de 2015, ante la cuestión que planteamos reitera el acuerdo citado y analizando la valoración que debe realizarse de la declaración de la víctima familiar a quien no se ha realizado en el inicio de la causa penal ni

posteriormente en el plenario, la advertencia de la dispensa a la que puede acogerse en el proceso seguido contra quien fue su pareja, declara que se halla incluida en la excepción de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar, y por tanto era innecesario formularle la advertencia por cuanto en fase de instrucción la víctima había ejercitado la acusación particular lo que supuso la novación de su posición al de testigo ordinario y la consiguiente renuncia al derecho a no declarar. Y, aunque en el plenario renunciara al ejercicio de las acciones penales y civiles, aquél status no por ello desaparece. Señala que en caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

No obstante la controversia existente al respecto, el TS acogiendo una interpretación amplia del derecho de que tratamos, adopta un nuevo acuerdo de Pleno 23 de enero 2018¹⁶ que concluye que "*No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECrim) quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en esa condición*".

Parte de la base de que la situación es radicalmente diferente a la contemplada en el anterior acuerdo, pues aquí de lo que se trata es de una persona que por las razones que sean ha renunciado a la pretensión inicialmente sostenida, desistiendo de su condición de acusación particular. Supuesto en el que no se aprecia nada contradictorio sino una decisión que debe ser respetada por el derecho desde el momento en que no existe obligación legal del particular a formular acusación siendo un derecho renunciable no pudiendo, mientras el legislador no prevea otra cosas, despojar de ese derecho a quien haya ostentado en algún momento la condición de acusación particular. Significaría un exceso que, pasados los momentos iniciales, la víctima se viera privada de la facultad de eludir el conflicto -declaración contra el pariente versus falso testimonio-, viéndose obligada a la opción entre delinquir o traicionar los sentimientos surgidos de esa relación familiar.

2. Incidencia en delitos de violencia de género.

Vista la importancia de la declaración de la víctima testigo en los delitos de

¹⁶ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018.

violencia de género y la problemática que supone el alcance del art. 416 LECrim en los términos en los que ha sido interpretado frente a la política criminal proteccionista establecida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección frente a la Violencia Machista, son frecuentes las posiciones doctrinales que consideran que debe excluirse dicha dispensa a los testigos que ostenten la condición de víctima o perjudicados en este clase de violencia. No olvidemos que en un 11,99% de los casos, según datos del Consejo General del Poder Judicial¹⁷, se puso fin al proceso porque la víctima se acogió a este derecho.

El propio Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ¹⁸ ha propuesto varias reformas legales al objeto de posibilitar una mejor respuesta institucional frente a la violencia contra la mujer, señalando la necesidad de modificar el art. 416 LECrim, en el sentido de suprimir la dispensa de la obligación de declarar contemplada para las víctimas de violencia de género, siempre y cuando sean denunciantes o estén personadas en la causa para ejercer la acusación particular.

No obstante no falta quienes¹⁹ dudan de la constitucionalidad de excluir de la dispensa en estos supuestos por ir en contra del derecho garantizado en el art. 24.2 CE y propugnan como solución una modificación legislativa que permita la reproducción en el plenario de la declaración efectuada en aquéllos casos por la testigo víctima, siempre que se hubiera practicado en condiciones que garanticen su reproducibilidad. Solución acogida por el Magistrado Sr. Del Moral García en el voto particular a la STS de 25 de abril de 2018 recaída en el recurso de casación 231/2017 antes citado, y en el que, defiende que una prueba preconstituida practicada con todas las garantías (contradicción, intervención de las partes con sus respectivas direcciones letradas; presencia y supervisión por la autoridad judicial, advertencia al declarante de la posibilidad de acogerse a la dispensa, grabación en medio audiovisual), no se convierte en material totalmente desechable por el hecho de que quien la emitió, llegado el acto

¹⁷ La violencia sobre la mujer en la estadística judicial Anual 2016.- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2016>

¹⁸ MAGRO SERVET, V.; Propuesta de reforma de Violencia de Género ante el Senado, Comisión de Igualdad, Diario La Ley, núm. 8974, de 8 de mayo de 2017.

¹⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, J.S. ¿Sería constitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra del agresor, Diario La Ley, núm. 9014, Sección Doctrina, 5 de julio de 2017.

del juicio oral, manifieste su legítima voluntad de no declarar al abrigo de aquélla dispensa legal.

En todo caso como señala DE LA FUENTE HONRUBIA²⁰, si bien es complejo buscar el debido equilibrio entre el derecho a un proceso justo con las debidas garantías para el procesado y los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva de las víctimas y el derecho de igualdad de trato a los justiciables, este equilibrio no puede quebrar permanentemente por una cuestión de pura deficiencia técnica, de incorrecto desarrollo legislativo y de una dubitada interpretación jurisprudencial.

VI. CONCLUSIONES

Con el último pronunciamiento jurisprudencia, el TS ha hecho un flaco favor a las políticas contrarias a la violencia de género al permitir al testigo víctima que se erigió en acusación particular, acogerse en el posterior juicio, a la dispensa de la obligación a declarar impidiendo con ello, la utilización de las declaraciones sumariales del testigo advertido de aquél derecho y practicadas con contradicción.

Se hace necesario, en este extremo, una reforma legislativa, regulando tales supuestos en aras a facilitar la utilidad probatoria de la declaración de la víctima prestada con todas las garantías en momento anterior al uso del derecho a no declarar contra el cónyuge o pareja a fin de poner fin a esta lacra de la sociedad.

²⁰ DE LA FUENTE HONRUBIA, F. La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual, La Ley Penal, núm. 68, 1 de febrero de 2010.