

El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio

Sergio Herrero Alvarez

Abogado

Decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Gijón de 2005 a 2020

Diario La Ley, Nº 9693, Sección Tribuna, 10 de Septiembre de 2020, Wolters Kluwer

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada
Comentarios

Es patente la gravedad especial de los delitos de violencia de género en una sociedad democrática avanzada, como la española, dado que a la agresión a bienes personales individuales acumulan un atentado implícito contra valores morales y sociales de primer orden: la igualdad, dignidad y libertad de todas las personas. No debe olvidarse que el delito cometido en cada ocasión es realmente una materialización sangrante del riesgo que, por el mero hecho de ser mujer, padece la mitad de la población. Por ello, la adecuada y eficaz investigación judicial y el justo enjuiciamiento de esos delitos es una lógica preocupación pública y una ocupación importante de los operadores jurídicos.

Cualquier abogado que intervenga habitualmente en procesos penales por este tipo de delitos conoce bien la problemática que suscita en la práctica judicial el derecho a no declarar como testigo contra un pariente cercano, que otorga el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) (LECR).

Una parte de la misma se refiere a la conservación o pérdida de ese derecho en los casos en que la persona amparada por el mismo ejerce la acusación particular contra quien está encausado judicialmente por delinquir contra ella. Sobre ello, el Tribunal Supremo ha mantenido sucesivamente tres criterios. El primero fue analizado por mi parte en un artículo publicado en 2017 («La dispensa de declarar en violencia de género no es como el río Guadiana», *Sala de Togas, revista del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón, número 74, diciembre de 2017*). El segundo motivó la publicación de otro artículo al año siguiente («La dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género y los ojos del río Guadiana: el acuerdo del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018», *diario La Ley, número 9.194, 10 de mayo de 2018*). El tercero, plasmado en la reciente STS 389/2020, de 10 de julio (LA LEY 91109/2020), provoca las presentes líneas, que consisten, esencialmente, en una reescritura actualizada de los dos escritos precedentes, para recapitular ordenadamente el ajeteo recorrido jurisprudencial por la cuestión.

I. El punto de partida

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) (en adelante LECrim), en el precepto mencionado, dispone lo siguiente:

«Artículo 416 LECrim. (LA LEY 1/1882)- Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directas 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 LECrim. (LA LEY 1/1882)

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.

.....

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.»

En los asuntos de violencia de género se produce, con llamativa frecuencia, el acogimiento a esa dispensa legal de declarar por parte de mujeres que, tras denunciar inicialmente los hechos de que han sido víctimas, pierden luego todo interés en que se produzca la condena de su agresor y llegan, incluso, a contribuir a evitarla.

Su explicación está conectada con la peculiaridad de este tipo de violencia, que la hace esencialmente diferente y especialmente dañina, por la existencia de una relación íntima, presente o pasada, entre el agresor y la víctima.

En síntesis, puede decirse que la violencia de género es una violencia peculiar y distinta, que sume a la mujer que la sufre en una situación de pérdida marcada de su autonomía personal, cuyos rasgos intrínsecos pueden resumirse, apretadamente, en cuatro fundamentales:

- 1)** es una violencia ejercida por alguien conocido, cercano y, en algún momento, querido.
- 2)** se despliega muchas veces allí donde la generalidad de la población tiende a sentirse más segura: en el propio domicilio de la víctima.
- 3)** es una violencia instrumental para controlar a la mujer, que realmente busca someter a la misma, más que causarle daño, aunque recurra a esto último.
- 4)** responde generalmente a un ciclo, bien descrito en la literatura científica, que comienza con una fase de acumulación de tensiones, culmina explosivamente con actos de maltrato o agresión, y es seguida de otra fase de reconciliación, o «*luna de miel*», tras la cual, antes o después, se iniciará un nuevo ciclo de violencia.

Esas condiciones excepcionales del fenómeno violento provocan en la víctima una situación, también singular, de baja autoestima y sentimientos divididos hacia su agresor. Así, se manifiestan, no pocas veces, actitudes de las mujeres que sufren esta violencia insólitas en víctimas de otro tipo de delitos, tales como renuencia o negativa abierta a denunciar los hechos, preocupación por las consecuencias que la denuncia y el proceso subsiguiente puedan acarrear para su agresor, retirada o retractación de la denuncia, negativa a declarar en el proceso judicial y perdón expreso al responsable de la violencia padecida.

La consecuencia, en esas ocasiones, es que la dispensa, concebida legalmente para evitar obligar a una persona a propiciar, con su declaración como mero testigo, la condena penal de sus parientes y seres queridos, termina sirviendo para que algunas víctimas de delitos obstaculicen la condena de sus autores, ya que tal dispensa, al ser de carácter universal, despliega también su efecto en los casos en que quien usa ese derecho es quien ha sufrido el delito.

Como es obvio, cuando la mujer víctima de violencia de género se acoge, en algún momento del procedimiento penal, a su facultad de guardar silencio, se dificulta notablemente la existencia de prueba de cargo suficiente para justificar la condena del autor de la agresión.

II. La doctrina jurisprudencial

La jurisprudencia existente sobre el alcance y las consecuencias de la dispensa puede condensarse en las siguientes afirmaciones:

- a)** La dispensa ampara la negativa a prestar declaración de cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 416.1 LECR (LA LEY 1/1882) incluso cuando sea ella misma la víctima del delito cometido por su pareja o parientes.
- b)** En personas unidas por vínculo conyugal o relación análoga al matrimonio la dispensa se mantiene aunque se produzca la ruptura de la pareja, de forma que sobre lo ocurrido entre ambos durante su relación podrán siempre acogerse al derecho a no testificar.
- c)** La dispensa rige durante todo el proceso penal. Se encuentra establecida en el artículo 416 LECR (LA LEY 1/1882), que se refiere solamente a las declaraciones testificales de la fase de investigación judicial, antes denominada instrucción, pero es también aplicable a las que se presten ante la policía, además de que el artículo 707.1 LECR (LA LEY 1/1882) la reproduce expresamente para el momento del juicio oral.
- d)** La infracción de lo dispuesto en el artículo 416.1 LECR (LA LEY 1/1882) conlleva la nulidad de la diligencia practicada: las declaraciones que lleguen a realizarse, en cualquier momento del proceso, sin

advertir previamente a la persona que testifica de ese derecho a no hacerlo, resultan nulas de pleno derecho y, por tanto, no pueden ser tenidas en cuenta a ningún efecto.

e) Si en la fase de investigación judicial la persona que tiene derecho a la dispensa, informada debidamente de ella, decide declarar, pero después en el juicio oral se acoge a su derecho de no declarar, entonces esa previa declaración instructora no puede ser tenida en cuenta como actividad probatoria, porque no resulta aplicable en estos casos lo previsto en los artículos 714 (LA LEY 1/1882) y 730 LECR. (LA LEY 1/1882)

f) En esa coyuntura, no resulta admisible tampoco dar valor a la declaración como testigos de referencia de los policías que tomaron, con todas las garantías, la primera declaración a la víctima, para, mediante ese testimonio presentar ante el órgano enjuiciador su contenido y que pueda ser valorado como una prueba.

Lo anterior es jurisprudencia clara y consolidada. Sin embargo, a esas aseveraciones se han añadido en los tiempos recientes pronunciamientos nuevos del Tribunal Supremo que analizamos a continuación.

III. La ida

En el año 2013, el Tribunal Supremo establece, mediante su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24 de abril de 2013, lo siguiente:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECR (LA LEY 1/1882) alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.

Se exceptúan:

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

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

De su lectura brota, de inmediato, la pregunta: ¿qué ocurre con quien estuvo personada como acusación pero desistió antes del juicio oral? ¿puede en el juicio acogerse a la dispensa puesto que no «está» en ese momento personada? Dicho de otra manera, ¿la expresión «esté» personada incluye a quien «estuvo» personada si ya no lo está?

La cuestión presenta una enorme trascendencia práctica. Estar no es lo mismo que haber estado, por lo que, con estricto apego a la literalidad del acuerdo, quien estuvo, pero ya no está, ejerciendo la acusación particular sería beneficiaria, de nuevo, de la dispensa legal. En tal caso, como el agua en los ojos del río Guadiana, el derecho a no declarar habría nacido para amparar a la víctima en el momento inicial del procedimiento, antes de personarse como acusadora, habría desaparecido luego con tal personación, y reaparecería, al desistir de la acusación, para condicionar, finalmente, el desarrollo de la vista oral.

Al respecto, el Tribunal Supremo llegó a pronunciarse en dos resoluciones para negar esa operatividad intermitente de la dispensa legal.

La sentencia 449/2015, de 14 de julio de 2015 (LA LEY 102959/2015) (ponente Joaquín Jiménez García), se refería a un caso en el que la víctima había ejercido la acusación particular durante un año en la fase instructora, para luego renunciar al ejercicio de acciones penales y civiles antes del juicio. El Tribunal Supremo niega que en el juicio pudiera acogerse a la dispensa y considera, en su fundamento jurídico tercero, que la misma *«había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular. Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible»*.

La sentencia 209/2017, de 28 de marzo de 2017 (LA LEY 19113/2017) (ponente Ana María Ferrer García), en su fundamento jurídico quinto, ratificaba el criterio expresado en la anterior, afirmando que la pérdida de la dispensa queda perpetuada a partir de la personación como parte acusadora, aunque luego la víctima se retire de la acusación en el proceso. Ciertamente es que esta aseveración se efectuaba *obiter dicta*, porque no constituía realmente la razón de fondo de esta resolución, pero eran ya dos las ocasiones en que el Tribunal Supremo mantenía ese criterio.

La cuestión parecía entonces clara y ello me llevó, imprudentemente, a concluir, en la mencionada publicación de finales de 2017, que la duda quedaba resuelta y que podía decirse que la dispensa de la obligación de declarar, en

asuntos de violencia de género, una vez decaída no podía reaparecer de nuevo en el juicio oral.

IV. La vuelta

No mucho más tarde, se adopta por la Sala Segunda el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del 23 de enero de 2018, que, sobre la repercusión probatoria y el alcance temporal de la dispensa del artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882), concluye lo siguiente:

«1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM (LA LEY 1/1882), 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.

2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM (LA LEY 1/1882)) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.»

El contenido del primer párrafo ratificaba la postura jurisprudencial consolidada acerca de la ineficacia probatoria de las declaraciones previas prestadas por quien en el acto del juicio usa la dispensa legal, extendiéndolo, incluso, a las pruebas preconstituidas. El segundo punto del acuerdo introducía un nuevo criterio sobre la vigencia de la dispensa a lo largo del proceso.

Ambos extremos se plasmaron y aplicaron, a continuación, en la STS 205/2018, de 25 de abril de 2018 (LA LEY 40253/2018) (ponente Antonio del Moral García), de la cual merece una detenida lectura el brillante voto particular discrepante, en este caso formulado por el propio magistrado ponente de la resolución, tras expresar en ella la fundamentación sustentada por la mayoría.

Ahora sí, la cuestión estaba zanjada! La dispensa de la obligación de declarar, en violencia de género, puede nacer, desaparecer y volver a aparecer a lo largo del proceso penal, como ocurre en los ojos del río Guadiana. De esa forma lo expresé, resumidamente, en el segundo artículo antes mencionado, publicado en mayo de 2018. Pero no acabó ahí el viaje.

V. ¿El final?

El último paso en nuestra senda, y es de aventurar que supondrá el punto de llegada a una solución estable, es el dado por la STS 389/2020, de 10 de julio de 2020 (LA LEY 91109/2020) (ponente Julián Sánchez Melgar).

Esta resolución es adoptada por el Pleno de la Sala Segunda y cambia expresamente la jurisprudencia, ya que, con una prolija motivación, desgranada en seis detalladas razones, corrige el contenido del apartado segundo del Acuerdo de 23 de enero de 2018, declarando que *«no recobra el derecho a la dispensa del artículo 416.1 de la LECRIM (LA LEY 1/1882) quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma»*.

La nueva postura está clara y su consecuencia también: quien se persona como acusación particular en un proceso por violencia de género pierde con esa actuación, de forma irreversible, su derecho a no declarar contra el acusado y tendrá, por tanto, obligación de testificar sobre lo ocurrido en el acto del juicio oral, aunque en el momento de celebrarse el mismo su intención, voluntad o sentimientos sean contrarios a hacerlo.