

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

Sergio HERRERO ÁVAREZ

Abogado

Diario La Ley, Nº 9194, Sección Tribuna, 10 de Mayo de 2018, Editorial Wolters Kluwer

Normativa comentada
Jurisprudencia comentada
Comentarios

La violencia de género es un fenómeno delictivo de triste actualidad, que reviste una especialísima gravedad en una sociedad democrática avanzada por ser una materialización sangrante del riesgo que, por el mero hecho de ser mujer, afecta a la mitad de la población.

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 art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882) (LECrím.).

Las peculiaridades procesales de la aplicación de esa dispensa de la obligación de declarar fueron objeto de un análisis anterior por mi parte a finales del año pasado («La dispensa de declarar en violencia de género no es como el río Guadiana», artículo publicado en Sala de Togas, revista del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón, núm. 74, diciembre de 2017). Sin embargo, la conclusión a que entonces llegaba se ha visto radicalmente alterada por el contenido del reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 23 de enero de 2018 (LA LEY 4405/2018), así que estas líneas son, en buena medida, una reescritura a contrario de lo que antes sostuve.

Vayamos por partes y paso a paso.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el precepto mencionado, dispone lo siguiente:

«Artículo 416. - 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 art. 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.

.....

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

La violencia de género es una violencia peculiar y distinta

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.

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 art. 416.1 LECrim., (LA LEY 1/1982) 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 art. 416 LECrim. (LA LEY 1/1982), 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 art. 707.1 LECrim. (LA LEY 1/1982), la reproduce expresamente para el momento del juicio oral.
- d)** La infracción de lo dispuesto en el art. 416.1 LECrim (LA LEY 1/1982)., 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 arts. 714 (LA LEY 1/1982) y 730 LECrim. (LA LEY 1/1982)
- 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.

En primer lugar, hemos de destacar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 (LA LEY 95807/2013), cuyo contenido es el siguiente:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim., (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 reviste una enorme trascendencia práctica, que no hace falta explicar. Estar no es lo mismo que haber estado, por lo que, con estricto apego a la literalidad del acuerdo, quien estuvo pero no está ya 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 intermitencia operativa de la dispensa legal.

La sentencia 449/15, de 14 de julio de 2015 (LA LEY 102959/2015), número 449/2015 (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 la vista oral 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 de 28 de marzo de 2017 (LA LEY 19113/2017), núm. 209/2017 (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 zanjada y que podía decirse que la dispensa de la obligación de declarar, en asuntos de violencia de género, no era como el río Guadiana.

Sin embargo, poco después se adopta por la Sala Segunda el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional del 23 de enero de 2018, que, respecto al alcance temporal de la dispensa del art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (LA LEY 1/1882) concluye, en el segundo punto de su contenido, lo siguiente:

«1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 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.»

A la vista de lo ahora resuelto por el Tribunal Supremo hemos de llegar (no sé si con cierta provisionalidad) a la conclusión de que, definitivamente, 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.