

A VUELTAS CON LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 389/2020, DE 10 DE JULIO

Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos

Investigador predoctoral FPU en Derecho penal
Universidad de Cádiz

Resumen: En el presente trabajo se analiza la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio, por la que se discute nuevamente el reconocimiento del derecho a la dispensa del deber de declarar a las víctimas del delito y su repercusión en el ámbito de la violencia de género. Los razonamientos expuestos en la sentencia permiten reflexionar sobre las deficiencias de la regulación, la deriva jurisprudencial y las necesidades de reforma.

Palabras clave: violencia de género, denuncia, dispensa del deber de declarar, jurisprudencia, Tribunal Supremo.

Abstract: The article analyses the recent judgment 389/2020, of 10th July, rendered by the Supreme Court. The decision deals once again with the right not to declare that is recognised to victims of gender-based violence. The reasoning in the judgment allows a reflection about the shortages in the regulation, the jurisprudential leeway and the need for a reform.

Keywords: gender-based violence, denounce, excusing from the duty to declare, jurisprudence, Supreme Court.

Introducción

El pasado 27 de julio de 2020 la página web del Consejo General del Poder Judicial anunciaba un nuevo viraje del Tribunal Supremo en la interpretación del art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹. Quizá el más radical de todos. La STS, Sala 2^a, 389/2020, de 10 de julio, que ocupa la atención de este trabajo, daba respuesta al recurso de casación interpuesto por el condenado contra la sentencia emitida por Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 13/2018, de 5 de junio, que desestimaba, a su vez, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de enero del mismo año del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Oviedo que lo declaraba criminalmente responsable de un delito de allanamiento de morada cometido contra la que en aquel momento era su cónyuge aunque sin convivencia.

El recurso está articulado sobre tres motivos que pueden concentrarse, resumidamente, en dos cuestiones sometidas a la consideración casacional del Tribunal. Una primera de carácter sustantivo, en tanto la morada allanada constituía el antiguo domicilio familiar y no existía en el momento en que ocurrieron los hechos resolución judicial de medidas previas o sentencia de divorcio que atribuyera el uso y disfrute de la vivienda; y la que ahora interesa, una segunda de corte procesal, que aviva la controversia acerca de la aplicación de la dispensa del deber de declarar a las víctimas con vínculo afectivo-familiar con el agresor.

El sustrato fáctico que motiva la presentación del recurso en este punto radica en el rechazo, por parte de la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado que conocía del asunto, de atender a la solicitud de la víctima de acogerse a la dispensa del deber de declarar; y lo hace porque en el momento de la declaración en el plenario ya no era esposa del acusado. El acusado —por paradójico que pueda resultar— reivindicaba aquí la pervivencia del derecho de la víctima a no declarar en su contra, en la medida en que en el momento de los hechos mantenían vivo el vínculo matrimonial que, posteriormente, y ya durante la celebración de la testifical de la víctima, había sido disuelto. El acusado sustenta su pretensión desde la perspectiva de una doble infracción jurídica, la ordinaria (*ex art. 846 LECrim*) y la constitucional (art. 24 CE).

Desde esta óptica expone su recurso la defensa. Sin embargo, el Tribunal Supremo, *mutatis mutandi*, se aparta del objeto propuesto y ratifica la decisión de la Magistrada-Presidente del Jurado de privar en este

¹ Disponible en el portal de noticias judiciales del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-la-victima-constituida-en-acusacion-particular-en-un-proceso-judicial-no-recupera-el-derecho-a-la-dispensa-de-declarar-si-renuncia-a-esa-posicion-procesal->

caso a la víctima de su derecho a la dispensa del deber de declarar pero en términos diametralmente disímiles. El Tribunal Supremo refrenda la decisión, pero censura la argumentación empleada por aquella.

A partir de aquí se esgrimen una sucesión de argumentos que en nada coadyuvan a la erradicación de este fenómeno, reavivando debates ya superados y ocupando espacios reservados al legislador. No obstante, con carácter previo resulta conveniente abordar el contexto jurídico en el que se desenvuelve la dispensa del deber de declarar, para llegar a comprender en toda su extensión la crítica que se propone en este trabajo.

1. El derecho a la dispensa del deber de declarar

1.1. Regulación y fundamentación

La LECrim regula el mandamiento general de declarar en los arts. 410 —como diligencia de investigación— y 707 —como medio de prueba. Ambos preceptos regulan, en efecto, el deber general de acudir al llamamiento judicial para testificar por el conocimiento que puedan tener de los hechos objeto de investigación; deber que recae sobre todos aquellos residentes en España, ya sean nacionales o extranjeros. Dentro de dicho catálogo se incluyen a las *víctimas de los delitos* que se estén juzgando². En caso de desoír el requerimiento judicial, tanto en los supuestos de incomparecencia como de negación a declarar, podrán ser sancionados con el sistema de multas del art. 420 LECrim y, en caso de persistencia en el incumplimiento, incurrir en un delito de obstrucción a la justicia o de desobediencia (arts. 463 y 556 CP).

Seguidamente, en los arts. 411 a 415 se contiene un régimen de excepciones *intuitu personae* al deber de declarar y de modalidades en la forma de practicarla por razón del cargo. Llegados al art. 416 LECrim³,

² BARONA VILAR identifica a las víctimas como un supuesto especial de testigo por ser quien ha presenciado y sufrido los hechos que se investigan, pero no los excluye del concepto, sino más bien subraya el importante papel que desempeñan en muchos delitos, en particular en aquellos en los que hay ausencia de otros vestigios («La prueba (II)», en AA.VV., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 408-409).

³ Artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «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

junto con los arts. 417 y 418, se encuentra la exención al cumplimiento de este deber, esto es, la dispensa del deber de declarar, que se le reconoce a determinados sujetos por razón del parentesco o por la obligación de guardar el secreto profesional. Con relación a los lazos familiares, se encuentran «*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*».

La dispensa del deber de declarar opera en todos aquellos supuestos en los que un familiar de los contemplados en el precepto es investigado. Sin embargo, es fácil percibir que este derecho adquiere especial singularidad en el ámbito de la violencia de género donde la mujer —y, en su caso, los hijos comunes— participa simultáneamente como testigo y víctima⁴ y, en otro orden de cosas, se da un solapamiento entre el ámbito subjetivo del art. 416 LECrim y el núcleo típico del injusto en los delitos de género⁵.

Desde el prisma en que se desarrolla este trabajo, reivindicativo de la dispensa como derecho constitucional de los testigos en general y de las víctimas en particular, hay que llamar la atención sobre una restricción incomprensible en el ámbito subjetivo del art. 416 LECrim. Ya se ha apuntado que en este esquema se alojan las mujeres víctimas de violencia de género y los hijos comunes por los vínculos conyugales —y análogos— y filiales que respectivamente los vinculan al agresor. No se entiende en cambio que hayan quedado excluidos de la regulación los hijos propios

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.*

3. *Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación».*

⁴ El que tradicionalmente hayan sido entendidos como sujetos incardinados en el ámbito subjetivo del art. 416.1 de la LECrim se detalla en CASTILLEJO MANZANARES, R., SERRANO MASIP, M., «Denuncia y dispensa del deber de declarar», en CASTILLEJO MANZANARES, R., ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Violencia y Justicia*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2013, pp. 549-580.

⁵ La problemática centra su interés en el ámbito de la violencia de género, por ser donde más se dan estas relaciones entre víctimas y agresores, lo que no impide que la discusión se traslade a otros fenómenos delictivos que compartan estas redes afectivo-familiares. En puridad, los hechos que se enjuiciaron y que luego motivaron el recurso de casación que dio lugar a la sentencia objeto de estudio no responde a un supuesto de violencia de género a pesar de que haya sido un delito cometido por un hombre contra su cónyuge.

de la mujer víctima, a pesar de ser menores que por lo general crecen en el mismo contexto y núcleo familiar violento y, en ocasiones, llegan a ser receptores de esa misma clase de violencia. No obstante, esta deficiencia ha sido detectada por el Pacto de Estado contra la Violencia de Género. La propuesta 251 de la Comisión del Senado apunta la necesidad de «*estudiar la posibilidad de establecer la dispensa a no declarar de los menores no hijos del maltratador*», y se justifica en «*la situación de conflicto que puede provocar a un menor tener que declarar en contra de un agresor con el que conviva, no siendo su padre y no pudiendo acogerse a la dispensa de declarar*»⁶.

La observación de la dispensa del deber de declarar, desde el punto de vista victimológico, permite afirmar que no se está ante una figura jurídica menor exclusivamente consagrada para soslayar que el peso de la acusación recaiga sobre las víctimas, sino que se sustenta en un propósito esencial: la dispensa del deber de testificar es el mecanismo al que recurren muchas mujeres —pero menos de las que interesadamente se dicen— para no declarar contra su marido o pareja sentimental, cuya finalidad no es otra que «*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*» (STS 134/2007, de 22 de febrero). Asimismo, sobre el fundamento de esta dispensa decía la STS 486/2016, de 7 de junio lo siguiente: «*[...] en cualquier caso, la exención del deber de declarar que proclama el art. 416 de la 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 la verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención del deber de declarar, el art. 416.1 arbitre 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 aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento*». Luego se verá cómo sin desnaturalizar el fundamento de la dispensa —a pesar de que ello se extrae de la sentencia— es perfectamente compatible con las raíces y el contexto criminógeno de la violencia de género, como por otra parte ya lo había señalado el Tribunal Constitucional (STC 94/2010, de 15 de noviembre) y el propio Tribunal Supremo (STS 205/2018, de 25 de abril) en correlación a la naturaleza constitucional del derecho en juego.

⁶ Vid., documento refundido de medidas del pacto de estado en materia de violencia de género publicado por la Delegación del Gobierno para la violencia de género (Ministerio de Igualdad): <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/igualdad/ficheros/PactodeEstado.pdf>

1.2. Aproximación estadística a la problemática

Una vez asentadas las bases normativas y conceptuales, es necesario aproximarse a la hipótesis de la que parte la problemática que se aborda en la sentencia que a continuación se analizará, pues de lo contrario no se llegaría a comprender la envergadura del debate que se propone. Y nada más idóneo que hacerlo con la información que proporcionan las estadísticas oficiales.

Un argumento muy extendido y reiterado es el que defiende que el derecho a la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género hoy en día constituye una de las principales causas de los sobreseimientos o los pronunciamientos absolutorios en estos tipos de procedimientos⁷. Con este pretexto muchos se posicionan en contra de su mantenimiento⁸. De este modo también se está corresponsabilizando a las víctimas del riesgo que asumen cuando, al sujetarse a un derecho que les concede el ordenamiento jurídico, sus agresores quedan en libertad definitiva o, en su caso, sin medidas cautelares. No es fácil ignorar que se está ante una violencia que, entre otras muchas particularidades, se enraíza en la intimidación del hogar y que en demasiadas ocasiones no se hace acopio de más pruebas que la propia declaración de la víctima⁹. Valga como referencia de esto último el hecho de que el 60,5% del total de las víctimas mortales por violencia de género convivían con el agresor en el momento del asesinato¹⁰. Dato especialmente llamativo si se tiene en consideración que en el periodo comprendido entre los años 2015 y 2019 el 75,70% de las víctimas mortales *no* habían presentado denuncia previa¹¹.

⁷ Cfr. BELTRÁN MONTOLIÚ, A., «Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: evolución jurisprudencial», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, núm. 19, 2018, p. 28; quien, a su vez, a ALCALÁ PÉREZ FLORES, R., «La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial», 23 de octubre de 2009, disponible en: www.poderjudicial.es.

⁸ Ejemplo de ello se puede encontrar en las reacciones a esta sentencia en los medios de comunicación: <https://www.publico.es/sociedad/importante-eliminar-dispensa-declarar-agresor-casos-violencia-genero.html>

⁹ RUIZ LÓPEZ, C., «La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas», en SOLETO MUÑOZ, M., *Violencia de género: tratamiento y prevención*, ed. Dykinson, Madrid, 2016, pp. 76-77.

¹⁰ Así se indica en el informe recientemente publicado por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial en el que analizan los 1000 primeros casos de víctimas mortales por violencia de género. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Informe-sobre-los-1000-primeros-casos-de-victimas-mortales-por-violencia-de-genero-en-el-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja--Mayo-2020->

¹¹ Datos obtenidos del portal estadístico de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, Ministerio de Igualdad. Fecha de última consulta: 1 de agosto de 2020. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>

En efecto, póngase en tela de juico el mensaje de la negativa incidencia de la dispensa del deber de declarar en las formas de terminación del proceso por violencia de género con la lectura que ofrecen las estadísticas oficiales.

Tabla 1. Datos comparativos del número de denuncias por violencia de género con el número de sobreseimientos, sentencias condenatorias y absolutorias¹².

Año	Denuncias interpuestas	Sobreseimientos (libres y provisionales)	Sentencias condenatorias	Sentencias absolutorias
2019	168.057	57.892	36.534	15.256
2018	166.961	62.459	34.810	15.435
2017	166.260	60.748	33.146	16.019
2016	142.893	58.716	31.232	15.943
2015	129.193	52.236	28.870	17.205
2014	126.742	51.014	28.365	17.948
2013	124.894	52.495	28.275	18.869

Véase cómo los sobreseimientos libres y provisionales representan cifras muy elevadas del total de denuncias presentadas: en el año 2019 el 34,45%; en el año 2018 el 37,41%; en el 2017 el 36,54%; en el 2016 el 41,09%; en el 2015 el 40,43%; en el 2014 el 40,25%, en el 2013 el 42,03%¹³. Dicho de otra forma, aproximadamente el 70% de las denuncias presentadas desde el año 2013 no han finalizado en una sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria. Así, en el año 2019 solo el 29,46% de las denuncias desembocaron en sentencia judicial; en 2018 el 30,09 %; en 2017 el 29,57 %; en 2016 el 33,01 %; en 2015 el 27,92 %; y en 2014 el 36,54%; y en el año 2013 el 37,74%¹⁴. Y de estas fueron absolutorias: en

¹² Elaboración propia con los datos obtenidos del portal estadístico del Consejo General del Poder Judicial. Fecha de última consulta: 1 de agosto de 2020. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Datos-sobre-Violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-del-CGPJ/>

¹³ Datos obtenidos del portal estadístico del Consejo General del Poder Judicial. Fecha de última consulta: 1 de agosto de 2020.

Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales-civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Datos-sobre-Violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-del-CGPJ/>

¹⁴ *Ibid.*

2019 el 9,08%; en 2018 el 9,24%; en 2017 el 9,63%; en 2016, el 11,16%; en 2015 el 13,32%; en 2014 el 14,16%; en 2013 el 15,11%¹⁵.

A continuación, obsérvese el papel que ha jugado el acogimiento de las víctimas de violencia de género a la dispensa del deber de declarar.

Tabla 2. Datos comparativos acerca del número de denuncias presentadas, número de víctimas identificadas y acogimiento a la dispensa de declarar¹⁶

	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Denuncias interpuestas	124.894	126.742	139.193	142.893	166.260	166.961	168.057
Número de mujeres víctimas	124.893	126.240	123.725	134.620	158.217	158.590	161.378
Víctimas acogidas a la dispensa	15.300	15.721	15.321	16.118	16.464	17.347	17.077

La Fiscalía General del Estado afirma reiteradamente en sus Memorias anuales que gran parte de las retiradas de la acusación se debe precisamente a que la víctima de violencia de género se acoge a esta concesión legal. Así, por ejemplo, en el año 2018 el Ministerio Fiscal ha retirado la acusación en un total de 1.492 procedimientos en materia de violencia de género, de las que 1.348 se justifican en la acogida por parte de la víctima a la dispensa de declarar del art. 416 LECrim. Por su parte, en el año 2017 se retiró acusación por parte del Ministerio Fiscal en 1.432 procesos por el mismo motivo¹⁷. Sin embargo, se evidencia que el número total de mu-

¹⁵ Será interesante comprobar cómo los años en que estuvieron vigentes los pronunciamientos jurisprudenciales más restrictivos para las víctimas (2013-2017) coinciden con los años donde se experimentó un incremento de los sobreseimientos y las sentencias absolutorias. En cambio, como se puede comprobar en la tabla siguiente, el número de víctimas que se acogió a la dispensa disminuyó en los años en los que existía una concepción más favorable a estas. Ambos puntos ponen de manifiesto que no tiene una incidencia favorable la imposición del deber de declarar a la víctima de violencia de género.

¹⁶ Elaboración propia a partir de los datos obtenidos del portal estadístico del Consejo General del Poder Judicial acerca de los datos y evoluciones en violencia de género. Fecha de última consulta: 1 de agosto de 2020.

Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Datos-sobre-Violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-del-CGPJ/>

¹⁷ Memoria anual 2019 de la Fiscalía General del Estado, p. 739. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_III/cap_III_1_4.pdf. Se resalta en este punto la errática identificación dialéctica de los sobreseimientos con denominadas retiradas de acusación por parte del Ministerio Fiscal.

eres que se acoge a su derecho a no declarar es mucho menor del total de denuncias que terminan sobreseídas o en sentencias absolutorias. Así, en el año 2019 del total de víctimas identificadas solo el 10,58% hizo uso de su derecho a no declarar, en el 2018 el 10,94%; en el 2017, el 10,41%; en el 2016 el 11,97%; en el 2015 el 12,38%; en el 2014 el 12,45%; en el 2013 el 12,25%. Tampoco existe una correlación directa entre la dispensa del deber de declarar y los sobreseimientos y sentencias absolutorias, por lo que presumiblemente este porcentaje aun sea inferior. Solo en el año 2019 la suma de las sentencias absolutorias y los sobreseimientos alcanzaron el 43,53% del total de denuncias frente al 10,58% de víctimas acogidas a su derecho a no declarar. Cifra que, a mayor abundamiento, debe relativizarse en el año 2019 al ser el periodo en el que mayor número de sentencias condenatorias se han dictado, y que además confirma el cambio de tendencia como señalan el resto de indicadores estadísticos. Sin ir más lejos, en el año 2013 el número de procedimientos sobreseídos o finalizados con la absolución del acusado alcanzó el 57,14% del total de denuncias interpuestas, representando únicamente el 12,25% el número de víctimas acogidas a la dispensa. Por consiguiente, ya como punto de partida, se extraen datos que ponen en duda esa mirada que culpabiliza a las víctimas de los vacíos probatorios que genera el disfrute de sus derechos y conmina a redirigirla hacia la incapacidad de lo público —administración judicial, policial, etcétera— de cubrir los estándares de prueba requeridos en la investigación de un fenómeno criminal que, con reserva de todas sus especificidades, no deja de ser común y desgraciadamente cotidiano.

2. El frenesí evolutivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 416.1 de Ley de Enjuiciamiento Criminal

Con la aprobación y el diseño de la dispensa de declarar, el legislador, entre otros motivos, ha tratado de reducir el impacto revictimizante que la mujer padece en estos procesos, dispensándola de declarar tras la interposición de la denuncia por parte de ella misma o de un tercero. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido coincidente ni lineal en la interpretación del art. 416.1 LECrim, sino que se ha pronunciado en distintas direcciones, como así ha vuelto a hacer en la sentencia que motiva este trabajo. En un primer momento, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2013 señalaba que:

«La exención de la obligación del deber de declarar prevista en el art. 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 exceptúan:

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

b. Los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso».

En este sentido, las personas que estuvieren o hubieren estado unidas por algunos de los vínculos a los que se refiere el precepto son «*su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial*»; decayendo este derecho por tanto en los casos en que la víctima se personara como acusación particular.

El TS en su Sentencia 449/2015, de 14 de julio, desarrolló, sin apartarse de su contenido, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional mencionado anteriormente. Concluyó entonces que este derecho, de naturaleza constitucional, decaía en la medida en que se ejerce la acusación particular, y se pasa a ser un testigo ordinario sujeto a la obligación de declarar y decir verdad. Incluso, dijo el TS, si con posterioridad a la personación y con el procedimiento en marcha la víctima decide retirarse de la acusación, las declaraciones que ya se hubieren vertido en el transcurso del procedimiento deberían ser tenidas en cuenta, sin que se pueda pretender su eliminación del acervo probatorio con una aplicación retroactiva de los efectos de la dispensa del art. 416.1 LECrim. De este modo, el proceso quedaba condicionado a la decisión que la víctima tomara al inicio del procedimiento, sin valorar posibles cambios sustanciales en las circunstancias de los sujetos involucrados en el proceso de que se trate.

Las conclusiones alcanzadas entonces por el Acuerdo no jurisdiccional de 2013 no resolvieron dos cuestiones relevantes: 1) si el punto segundo del acuerdo alcanzaba a cualquier pariente que se constituyera como acusación en el proceso o solamente al que siguiera ejercitando la acusación en el momento en que tenía que prestar declaración; 2) si el hecho de acogerse a la dispensa en el acto del juicio oral suponía o no la imposibilidad de valorar declaraciones formuladas con anterioridad, aunque se hubieran satisfecho bajo los principios de inmediación y contradicción. Estos puntos no escaparon del debate jurídico y, aunque esa haya sido la pauta jurisprudencial hasta ese momento, el TS no permaneció inmóvil, sino que su doctrina dio un giro de ciento ochenta grados para atender a estas dos incógnitas.

El Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS del día 23 de enero de 2018 aprobó por unanimidad la siguiente conclusión:

- 1. «El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la 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 constituida.*
- 2. No queda excluida de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.»*

En efecto, la ambigüedad surgida en el seno de la jurisprudencia y la discusión acerca de si la víctima, una vez personada como acusación particular, había renunciado definitivamente a esa dispensa provocó este nuevo pronunciamiento del Pleno de la Sala Segunda del TS. Como la STS 205/2018, de 25 de abril, se encarga de resaltar, el TS trata de ampliar lo que es un derecho constitucional de los terceros testigos con lazos parentales o afectivos que no son parte procesal —que no del acusado (STC 94/2010, de 15 de noviembre)—; concepto que «*no hace distinción según sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento*». Así, continúa subrayando la sentencia, «*podrá exigirse a quien se acoge a la dispensa que renuncie a ejercer una acusación [...]; pero no que por haber ostentado en algún momento la condición de acusación particular se vea ya despojado de ese derecho constitucional, al menos mientras que el legislador no prevea otra cosa*». Se aclara entonces que, como tal derecho constitucional, es inadmisibles una renuncia prospectiva y con vocación de futuro, no así *in situ*, donde la renuncia deviene eficaz.

No es menos cierto que la dispensa genera serios problemas probatorios en aquellos casos en los que la víctima es testigo exclusivo de los hechos y, además, es la única prueba de cargo lo suficientemente contundente como para enervar la presunción de inocencia del acusado¹⁸. Este ha sido justamente uno de los puntos más controvertidos en el Pacto de Estado contra la violencia de género, pues un sector de sus integrantes abogaba por su eliminación. Pero no ha de ser razón válida la de condenar a toda costa si con ello se arrebatara este derecho a las víctimas, en particular a las de violencia de género, y se las revictimiza.

3. La Sentencia del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 386/2020, de 10 de julio: la sustracción a las víctimas denunciantes del derecho a no declarar contra su agresor

En contra de esta línea parece posicionarse, de nuevo, la reciente STS 389/2020, de 10 de julio. Como se dijo al inicio, esta sentencia conocía del recurso de casación interpuesto por el condenado contra la sentencia

¹⁸ No hay discusión acerca de que la declaración de la víctima sea admitida como única prueba de cargo para la emisión de una sentencia condenatoria, siempre y cuando concurren los presupuestos necesarios previstos por la jurisprudencia (véase la reciente STS 119/2019, de 6 de marzo). En el seno de la doctrina, GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y justicia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 201-204; RAMÍREZ ORTIZ, J.L., «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», en *Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 209-219.

emitida por Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias 13/2018, de 5 de junio, que desestimaba, a su vez, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de enero de 2018 del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Oviedo. El motivo de casación que interesa ahora fundamenta su *causa petendi* en la vulneración de normas y garantías procesales (ex art. 846 LECrim) y derechos fundamentales (art. 24 CE) por la decisión de la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de desatender la petición de la víctima de acogerse a la dispensa del deber de declarar. En opinión de la Magistrada, el que en el momento de su declaración en el plenario no fuese esposa del acusado justificaba la privación de este derecho, sin prestar atención al hecho de que se hubiere instituido como acusación particular y antes de la celebración de la audiencia preliminar cesara en la misma.

Se adelantaba en la introducción que el TS confirmó la decisión de la Magistrada-Presidente, pero metamorfoseó el razonamiento en el que apoyaba su postura, lo que pone en duda si esta no es ya razón suficiente para la estimación del motivo casacional. Y esta duda es razonable. Téngase en cuenta que la decisión de la Magistrada fue tomada con anterioridad al Acuerdo del Pleno de 2018, por lo que estaba vigente el contenido del Acuerdo de 2013 que, en efecto, consideraba que quedaban excluidos del derecho a la dispensa quienes estuvieren personados como acusación particular. Recuérdese que el Acuerdo del Pleno de 2018 viene propiciado precisamente por la disparidad de criterios generados por la posterior renuncia al ejercicio de la acusación particular. Los hechos circundantes al caso han sido ignorados por la sentencia e invitan a pensar que el TS ha antepuesto sus criterios personales al caso sometido a su conocimiento casacional. En definitiva, se ha instrumentalizado una sentencia de casación para filtrar pronunciamientos generales más propios de los Acuerdos no jurisdiccionales. Desde esta óptica se comprende el esfuerzo argumentativo que con mayor o menor éxito pertrecha el TS —no exento de polémicas: la sentencia tiene cuatro votos particulares— para posicionarse en contra de la doctrina jurisprudencial acordada en 2018.

Ya en las primeras páginas de la sentencia cristaliza el elemento central del debate propuesto y anticipa el advenimiento de su nueva posición mediante la persistente afirmación de que el contenido del art. 416 LECrim no está pensado para las víctimas-denunciantes de delitos, sino para «*el testigo que nada tenga que ver con la investigación en curso*», esto es, «*la dispensa cobra todo su fundamento respecto a ese otro testigo, que no es víctima de los hechos*» (FJ. 8). El anuncio que da comienzo al fundamento jurídico noveno incorpora sin disimulo el interés que para la Sala tiene el asunto: «*La cuestión verdaderamente relevante es si la dispensa por los parientes del acusado alcanza a todo tipo de testigos, o están excluidos los denunciadores por el delito que se está persiguiendo y eventualmente enjuiciando, que además han ostentado la posición de acusación particular*». Seguidamente ventila el *thema decidendi* del recurso en escasos dos párrafos

del mismo fundamento jurídico, sosteniendo que no es trascendente que en el momento de la declaración acusado y testigo ya estuvieran divorciados, sino que los hechos acaecieran con el matrimonio aun latente. Así lo refiere cuando inicia el fundamento jurídico décimo: «*De todos modos validamos la interpretación que lleva a cabo el órgano judicial a quo (tanto la Audiencia como el Tribunal Superior de Justicia), desde la perspectiva de que no puede acogerse a la dispensa quien ha ostentado la posición de acusación particular en la causa*». A continuación, retoma el tema central que capta la atención del Tribunal en esta sentencia.

Desde su enunciado inicial quedan comprometidas dos de las apreciaciones ciertamente consolidadas en su doctrina: 1) que el derecho a la dispensa del deber de declarar alcanza a las víctimas de delitos (STC 94/2010, de 15 de noviembre; STS 205/2018, de 24 de abril); 2) que la renuncia a la acusación particular posibilitaba recobrar el derecho a la dispensa (Acuerdo no jurisdiccional de 2018). Pero lo más llamativo no radica en esto, sino en toda la argumentación que desgrana para dejar apuntado que lo que realmente se sugiere es sustraer a las víctimas, en general, y a las denunciantes, en particular, de este derecho. Así, insiste el Tribunal en que no tiene sentido conceder una dispensa a declarar a quien precisamente declara para denunciar a su agresor. En este sentido, el TS impone una presunta relación normativa entre la denuncia y el deber de colaborar con la justicia y, por tanto, de declarar bajo los parámetros de legalidad que exigen decir verdad so pena de cometer un delito falso testimonio o, en su caso, de acusación falsa¹⁹. Varias son las razones que invoca el TS para justificar su postura:

En primer lugar, que la víctima que se decide a denunciar a su agresor rompe el conflicto personal que hasta ese momento le impedía denunciar y declarar porque, en opinión del TS, «*ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado*» (FJ. 12). Sin embargo, la realidad estadística y óptica invita a preguntarse qué sentido tiene privar del derecho a la dispensa del deber de declarar a una clase de víctimas, como son las de género, que sufren una violencia invisibilizada que ya hace que sean ellas mismas las que tengan que iniciar el proceso con su denuncia. De qué modo se les explicará que tienen reconocido un derecho que únicamente se despliega en caso de que tengan la fortuna de que un tercero decida interponer la

¹⁹ Tradicionalmente las relaciones concursales entre ambos delitos se han planteado en aquellos supuestos en los que la víctima denuncia unos hechos falsos y posteriormente persiste en la incriminación falsa en su declaración. La jurisprudencia en estos casos ha resuelto esta relación aplicando la regla de la alternatividad (STS 252/2018, 24 de mayo). Sin embargo, la eliminación de la dispensa podría dar lugar a situaciones en la que la víctima de violencia de género inicialmente interpusiese una denuncia veraz y con posterioridad, obligada por el deber de declarar, mienta en su testifical para evitar la condena de su agresor.

denuncia. No es cierto, como dice el Tribunal, que su decisión obedezca a «una adecuada protección de la víctima» porque desde el momento de la denuncia «de nada valdrá a su presunto agresor coaccionarla o amenazarla para que se pliegue a sus intereses». Más bien parece que solo «una mujer enamorada» que soporta las agresiones de su marido tiene derecho a no declarar contra él, amparándose en esa fidelidad que se tilda de amor romántico lo que en realidad es miedo. Este tipo de relaciones se caracteriza precisamente por la subsistencia de determinados vínculos inescindibles como puede ser la tenencia de hijos menores comunes, por lo que la denuncia no termina definitivamente con la colisión que pueda darse entre «el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares que unen al testigo con el acusado»²⁰; es más, presumiblemente esas «consecuencias» se intensifiquen como causa de la interposición de la denuncia²¹. El TS es tan consciente de lo arriesgado de su posición que deja abierta la puerta a una aplicación automática de la eximente de miedo insuperable en los casos en que sea acusada de falso testimonio (FJ. 12).

En segundo lugar, opina el TS que su postura tiene una incidencia especialmente favorable en el ámbito de la violencia de género. No se comparte esta consideración. El Tribunal parte de entender que su perspectiva es garantía de la tutela de la víctima, siendo en realidad garantía del proceso. Y lo interpreta en el sentido de que forzar a la víctima a

²⁰ De hecho, esa ha sido la justificación de la reforma del art. 23 de la LOVG, el posibilitar vías alternativas a la denuncia para la acreditación de la situación de violencia de género a efectos asistenciales y sociales con el objetivo de contribuir a que las víctimas escapen de las consecuencias que sobre ella pueda tener el iniciar un proceso penal dirigido a resolver la posible responsabilidad criminal de su agresor. Me sumo en este punto al voto discrepante del Sr. Magistrado DE PORRES ORTIZ DE URBINA cuando denuncia en este sentido las alegaciones de la sentencia mayoritaria: «No es cierto que el conflicto entre los vínculos familiares y el derecho a la dispensa desaparezca cuando se formula denuncia o se constituye la víctima en parte acusadora. La realidad nos enseña que el conflicto puede seguir latente y esa es la razón por la que hasta ahora esta Sala ha tenido un criterio contrario al que establece la sentencia. Negar la realidad no es un argumento para justificar el nuevo pronunciamiento». En la misma línea, el voto particular del Sr. Magistrado PALOMO DEL ARCO que acertadamente a nuestro parecer destaca lo anodina de la finalidad en la decisión mayoritaria: «b) en nada garantiza el cese de las presiones que trata de evitar, pues quien coacciona para obligar a invocar la dispensa, igualmente estará dispuesto a coaccionar para que la declaración del cónyuge tenga un concreto contenido, que le sea favorable».

²¹ Con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género ya señalaba ACALE SANCHEZ que la interposición de la denuncia por parte de la víctima es una de las causas que amplifican los actos de maltrato (*El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 p. 31 y ss.). Por motivos como estos se configuró la denuncia como un derecho de la víctima, al igual que el ejercicio de la acción penal. Los avances logrados con la reconfiguración de la naturaleza jurídica de estos aspectos procesales corren el riesgo de verse obstruidos en su desarrollo con la incorporación de un deber de declarar que exija a la víctima tener una participación en el proceso que no desea, al menos de un modo en el que no está preparada.

declarar en contra de su agresor evitará que surtan efecto las coacciones o amenazas de este para que se sujete a su derecho a no declarar. Se confirma que coloca el acento en el proceso y no en la víctima cuando incorpora un argumento aún más cuestionable, como es el de la maleable naturaleza jurídica de los delitos. Lo dice así cuando expone las razones que justifican la ratificación de la decisión del órgano *a quo*:

«tal derecho —dispensa del deber de declarar— es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial [...]. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial».

Apoya así su decisión en la necesidad de la denuncia de la víctima en aquellos procedimientos que versan sobre delitos exclusivamente perseguibles a instancia de parte. Sin embargo, cuando lleva este argumento al supuesto específico de la violencia de género emerge la razón de fondo: el TS considera que la dispensa del deber de declarar presupone dejar en manos de las víctimas procesos públicos. De este modo desapruueba el que una víctima de violencia de género transite de parte acusadora a exclusivamente víctima-testigo y viceversa. Y reprocha telegráficamente esta actitud con la siguiente argumentación:

«En quinto lugar, porque mantener lo contrario y acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, permitiría aceptar 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 resultar admisible. [...]. Y es más: no pueden convertirse de facto a este tipo de delitos como si fueran susceptibles de persecución a instancia de parte, cuando estamos en presencia de delitos públicos perseguibles de oficio».

Este era un debate ya superado. Y así se mencionó en relación con el avance que significó la elevación a público de esta categoría de delitos, auxiliando a la víctima en su contribución procesal que desde ese instante pasaba a ser accidental²², pero no para disponer a su antojo de un proceso «a la carta», sino para progresar en la consecución de un objetivo no alcanzado: sacar del núcleo de la intimidad familiar la violencia de género y a las víctimas de la soledad de sus alcobas, lugar en el que, como se ha afirmado ya, suceden la mayor parte las agresiones machistas. Se recuerda en este punto que, a pesar del incremento en el número de denuncias, ese aumento no se ha visto reflejado sobre las víctimas de

²² En este sentido, de nuevo, ACALE SÁNCHEZ, M., «Justicia penal y género», en *Revista Electrónica de Derecho Penale*, AIDP-GBano 1, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 218 y ss.

mayor exposición o riesgo de muerte: desde el año 2015 hasta el 2019, el 75,70% del total de víctimas mortales en ese periodo no habían presentado denuncia previa, y el 60,5% convivían con el agresor en el momento del asesinato. Ahora se le suma un nuevo factor que, sin duda, disuadirá a las víctimas de denunciar para no tener que hacer frente a una declaración testifical que les impone el ordenamiento jurídico.

En definitiva, con esta sentencia se revivifica quizá el único aspecto del debate que ha sido pacífico en el seno de la doctrina jurisprudencial del TS desde que llegara en 2013, como era el de entender que quien ejerce la acusación popular se ve privado del derecho que le concede el art. 416 LECrim, aun con las vacilaciones jurisprudenciales habidas en caso de renuncia. Ahora el TS va más allá y obstaculiza una de las reivindicaciones más reiteradas en la lucha contra las violencias machistas: que son necesarias las denuncias de las víctimas. Y no solo eso, sino que además colisiona con el contenido del Pacto de Estado que ha dado tan por sentado que el art. 416 LECrim comprendía a las víctimas denunciantes de violencia de género que la referencia que hace está precisamente destinada a «Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores que puedan derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas» (propuesta 117)²³. En el momento en el que se ha logrado que la clase política asuma el compromiso de buscar vías alternativas que impidan que el «disfrute» de un derecho necesario para la víctima se proyecte negativamente sobre esta ante el riesgo de la absolución de su agresor por falta de pruebas, hacen vacuas unas reflexiones que, a mayor abundamiento, no forman parte más que de un *obiter dictum* demasiado profuso en la sentencia.

Además, la sentencia, más allá de lo referido a los efectos que produce la renuncia a la acusación particular una vez que se ha ejercido, no solo adolece de incongruencia *extra petita*, sino que es innecesaria por dos motivos. El primero porque, como ya se ha dicho, se superpone a la voluntad manifestada tácita o expresamente por el legislador²⁴. Y en

²³ A este particular se le añade que el Pacto de Estado contra la violencia de género abandonó pronto la intención de eliminar la dispensa de declarar y, en cambio, comenzó a estudiar la posibilidad de ampliar su contenido a hijos propios de la víctima que ningún vínculo familiar tienen con el agresor, salvo supuestos de adopciones (cfr. SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, constituida en el seno de la comisión de Igualdad* —543/000002—, 28 de julio 2017 [BOCG, núm. 131, p. 101] con medidas acordadas. Disponible en: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/igualdad/ficheros/PactodeEstado.pdf>).

²⁴ Resultan de gran interés los votos particulares de los Sres. Magistrados DEL MORAL GARCÍA Y DE PORRES ORTIZ DE URBINA. Ambos coinciden en que este es un debate que debe resolverse por parte del legislador, al no ser capaz la jurisprudencia de elaborar criterios que concilien con la trascendencia constitucional del derecho en juego (dimanante del art. 24 *in fine* CE), lo que exige una exégesis judicial respetuosa con el contenido esencial del derecho y restrictiva en lo que a sus limitaciones se refiere. Además, queda indefinida y

segundo lugar por la falta de coherencia jurídica que supone colocar el acento de la cuestión en la posición procesal de la víctima-denunciante y, a su vez, conformarse, como finalmente hace, con la renuncia al ejercicio de la acusación particular como criterio determinante de su doctrina. No se debe comprometer de este modo la vocación utilitarista de la jurisprudencia del TS: aportar segmentos de seguridad jurídica —a los ciudadanos y los operadores jurídicos— allá donde el legislador origina lagunas e incertidumbre. Esto sitúa ante un escenario en el que el debate jurisprudencial se prolongará aún más —y ello a pesar del mensaje pacificador del Sr. Magistrado DEL MORAL GARCÍA en su voto particular—, pues son argumentos que se contraponen. Desde la visión que aporta el TS sería difícilmente imaginable una casuística que concilie los puntos que se abordan en la sentencia. Para que un testigo no víctima, como único titular del derecho, quede privado de su beneficio por ejercer acusación particular tendría que mantener simultáneamente vínculos afectivos o familiares de primer o segundo grado con agresor y víctima, que a mayor abundamiento habrá debido de resultar muerta o desaparecida. Solo de este modo alcanzaría virtualidad cualquier referencia a la acusación particular, pues dotaría al testigo no víctima de legitimación activa para ostentar dicha posición procesal (vid. art. 109 bis LECrim) y quedaría obligado a declarar contra el agresor con el que tiene relaciones familiares. De igual manera, carecería de sentido decir que la referencia correcta hubiese sido a la acusación popular, pues se conoce que el art. 103 LECrim únicamente faculta a los familiares de los acusados a emprender acciones penales en los casos en que el delito se haya cometido contra personas del mismo núcleo familiar, lo que haría válida de nuevo la argumentación del TS expuesta en esta sentencia para sustraer del derecho a la dispensa de declarar a aquellos que tomaran la difícil decisión de ejercer acusación contra su propio familiar. La única utilidad de esta hipótesis disparatada es que permite poner de manifiesto

no se llega a justificar con solvencia una modificación sustancial en el criterio dominante hasta ahora, pues finalmente no forma parte de la decisión final. Sin embargo, habrá bastado esta sentencia para que desde ahora broten nuevas sentencias en órganos de instancia que, por un lado, coincidan en sostener que hay que atenerse a lo ciertamente acordado, es decir, a que la renuncia a la acusación particular una vez que se ha ostentado no rehabilita el derecho a la dispensa del deber de declarar y, por otro, habrá quien directamente niegue el disfrute de un derecho de configuración legal constitucional a las víctimas denunciantes. Tampoco ha logrado la sentencia mayoritaria explicar por qué en la STS 205/2018, de 25 de abril, encomendaba la delimitación del derecho al legislador y ahora se arroga esta posibilidad en su labor casacional. La citada sentencia de 2018 decía algo muy interesante en relación con su capacidad competencial en la interpretación del contenido del art. 416 LECrim: *«Este Tribunal no puede erigirse en legislador inventando excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa interpositio legislatoris, a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional: está permitido su desarrollo legal, también con limitaciones; pero no su limitación con la única base de criterios jurisprudenciales no anclados directamente en la ley sino en consideraciones de política criminal más o menos entendibles, pero no explícitamente asumidas por el legislador»*.

que el razonamiento que gravitaba sobre las resoluciones anteriores a la actual pensaba en las víctimas-denunciantes como titulares del derecho a la dispensa del deber de declarar, puesto que solo son ellas —y sus familiares en caso de muerte o desaparición— quienes están habilitadas para ejercer la acusación particular. Y ninguna objeción se había presentado hasta este momento.

Finalmente, hay que denunciar la inoculación del germen de la revictimización²⁵. Ya no por las consecuencias que puedan emanar de la supresión del derecho a las víctimas-denunciantes, sino porque con esta sentencia el TS da un paso atrás²⁶ y evidencia un déficit de perspectiva de género en la forma de aproximarse a los institutos procesales-penales. En la sentencia de la Audiencia Provincial que sienta el veredicto del Jurado se puede leer: «*al parecer por motivos de la publicidad que en los medios de comunicación se estaba dando al caso, trató de no prestar declaración, lo que no le fue permitido por la Magistrado Presidente del Tribunal*». En efecto, la sentencia de instancia tuvo a bien incluir este importante matiz. Es cierto que desde el razonamiento que a la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado le lleva a ignorar la petición de la víctima tiene coherencia, pues era una razón puramente objetiva —el hecho de estar o no el matrimonio vigente en el momento de la declaración—, pero en nada disculpa a la posición del TS. En la sentencia de casación no se tiene en consideración que la víctima toma la decisión de retirarse de la acusación una vez que el caso adquiere trascendencia pública y los medios de comunicación irrumpen en su vida. Esto pone de manifiesto la necesidad de seguir reivindicando a nuestros jueces y tribunales la integración de la perspectiva de género en las sentencias judiciales²⁷, especialmente después de que la doctrina haya tenido la oportunidad de destacar el riesgo que conlleva la injerencia en la vida privada de la víctima, ya sea por parte de los investigadores o los medios de comunicación²⁸, lo que sin duda es un factor indiscutible de revictimización. Se ha echado en falta una ponderación de las circunstancias que influyeron en la víctima para retirarse de la acusación particular e invocar su derecho

²⁵ Sobre el daño causado —victimización secundaria— en el ámbito judicial a las víctimas de violencia de género léase GONZALO RODRÍGUEZ, M.T., «La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas y valoración judicial», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 51, 2020, pp. 99-138.

²⁶ Nuestro Tribunal Supremo ya había avanzado en esta línea. Véase como ejemplo de sentencia con perspectiva de género la STS 344/2019, de 4 de julio, en cuya virtud se resuelve el recurso de casación de unos hechos constitutivos de violación grupal la madrugada de un 7 de julio de 2016 en Pamplona. Muy significativo fue incluir en el concepto de la responsabilidad civil derivada del delito el factor revictimizante.

²⁷ En extenso, ACALE SÁNCHEZ, M., «Interpretación judicial del derecho penal desde la perspectiva holística del género», *Revista Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 92, 2018, pp. 26-43.

²⁸ *Vid.*, ACALE SÁNCHEZ, M., «El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina», *Papers* 2017, 102/2, pp. 25-26.

a no testificar en el plenario. Cabe preguntarse cuál habría sido el resultado de la sentencia si este hecho hubiese sido analizado por el TS o, al menos, cuáles hubiesen sido los argumentos encaminados a soslayar este particular y conservar la posición que hasta el final se sostiene.

En cualquier caso, no deja de sorprender que finalmente el TS limite la cuestión, probablemente por respeto a la *ratio decidendi* objeto de recurso, a la aserción de que «*el denunciante, víctima de los hechos, que está personado en el proceso como acusación particular, al dejar de ostentar tal posición, no recobra un derecho del que carecía con anterioridad, por haber renunciado al mismo al constituirse como acusación particular*». Sin embargo, no se comprende por qué introduce todo un prontuario de corte legislativo que escapan a la cuestión planteada como fundamento de la única decisión que toma. Al fin y al cabo, parece ser el prelude de un pronunciamiento que definitivamente excluya a las víctimas denunciantes del derecho a la dispensa del deber declarar, salvo que el legislador se anticipe con una regulación más exhaustiva que dé por cerrado un debate que ya se ha prolongado durante demasiado tiempo.

A modo de conclusión

Desde la visión que ofrecen todos los puntos anteriores parece que la titubeante posición del TS pivota sobre un eje que le hace presuponer que la dispensa del deber de declarar hoy en día es un hándicap en los derechos de las víctimas y que les brinda la disposición del proceso a su antojo. Esta visión deriva de inferir que las mujeres-víctimas se han beneficiado de la laxitud hermenéutica en aquellos periodos en los que ha existido una concepción constitucional amplia y favorable a las mismas. Sin embargo, esto no es cierto, y para su demostración se trae a colación la estadística que al inicio se mostraba. El número de víctimas que se ha acogido a la dispensa del deber de declarar ha sido ciertamente lineal, sin alteraciones desdeñables. En caso de que haya que resaltar un dato es el que en los años en que estuvieron vigentes los pronunciamientos jurisprudenciales más restrictivos (2013-2016) el porcentaje de víctimas que se acogió a la dispensa aumentó en un 2%²⁹; años en los que además se experimentaron los mayores porcentajes de sobreseimientos y sentencias absolutorias³⁰. Por su parte, el número de víctimas sujetadas a la dispensa —y de igual modo el número de sobreseimientos y sentencias absolutorias— disminuyó en los años en los que existía una concepción más favorable a estas. La escasa variación porcentual pone de manifiesto que el disfrute de este derecho no tiene una incidencia negativa en los procesos de violencia de género; más bien al contrario, esto es, que for-

²⁹ Véase *supra* tabla 2 y comentarios.

³⁰ *Supra* tabla 1 y cálculos porcentuales.

zar una declaración no incide positivamente y que las víctimas depositan mayor confianza institucional cuando estas perciben que el ordenamiento jurídico las ampara y les posibilita el acomodo a sus circunstancias personales.

Es el momento de destacar la advertencia que hace ACALE SÁNCHEZ³¹: en caso de que prospere la propuesta de eliminación de la dispensa se contribuirá aún más a criminalizar el comportamiento de las mujeres maltratadas, pues volverán a manifestar, como ya hacían en etapas anteriores, que la denuncia fue falsa —aunque no lo sea—, que estaban motivadas por los celos, que padecen una enfermedad mental o que fueron víctimas de un brote psicótico. Vías a las que, en muchos casos, recurren para evitar la condena de su pareja cuando se les obliga a declarar, en cuyo caso, en efecto, habría que plantearse la aplicación de la eximente de miedo insuperable. No obstante, no parece razonable condicionar la espontaneidad en la declaración de la víctima a la eventual apreciación por parte del juzgador de la concurrencia de una eximente de este calado, cuyos componentes exigen la compleja superación por parte de la víctima de más obstáculos probatorios que habrán de ser verificados tras la correspondiente imputación y el desarrollo de un proceso penal destinado precisamente a dilucidar las razones que llevaron a la mujer a declarar en el sentido que lo hizo: de nuevo la intimidad de la víctima abierta en canal. No deja de ser paradójico que en este contexto no se contemple, ahora sí, la posibilidad de que la víctima esté asumiendo una responsabilidad que no tiene para evitar la condena por denuncia falsa o falso testimonio al necesitar el miedo insuperable del reconocimiento de los hechos. De ser esta la única solución al alcance de las víctimas por la imposición del deber de declarar se contribuirá institucionalmente a perpetuar una versión de los hechos que niegan, quizá, lo que verdaderamente sucedió. Y es que, por el contrario, como se destacó, ha de ampliarse a los hijos propios de la pareja o expareja del agresor como enmienda a la antinomia jurídica dada entre los sujetos pasivos susceptibles de protección penal y las personas dispensadas de declarar en el posterior proceso. De este modo, se prevendrá que se origine un tratamiento procesal discriminatorio a distintas víctimas que sufren un mismo patrón violento.

La dispensa del deber de declarar se instituye como un estímulo propulsor de la denuncia. La víctima puede alentarse a sí misma a denunciar, a pesar de no querer declarar contra su pareja o expareja —por miedo o voluntad propia—, precisamente ante la garantía que le concede la legislación de poder excusarse de la obligación de declarar y bajo la

³¹ *Vid.*, crítica a la propuesta de eliminación de la dispensa del deber de testificar de la víctima de la violencia de género en ACALE SÁNCHEZ, M., «Aspectos penales del Pacto de Estado Español contra la Violencia de género de 2017», *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 1, 2018, pp. 22 y 23.

confianza de que su decisión no tendrá consecuencias negativas para ella y sus hijos porque la acción pública e investigadora de la policía, el Ministerio Fiscal, etc., colmará las lagunas probatorias abiertas. La eliminación de la dispensa en contextos de género al mismo tiempo que se posibilitan vías alternativas a la denuncia no solo sería uno de los mayores errores, sino que obligará a las víctimas a someterse a interrogatorios y, más ampliamente, a procesos que no desean, dificultando su vida y quedando expuestas a un peligro mucho más encarnizado. Sinceramente, lo último que se esperaba es que esta regresión llegara de la mano de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Son estos retrocesos los que invitan a llamar la atención al legislador, para que articule una regulación más detallada que acabe con las fluctuaciones en el contenido de los derechos de las víctimas de violencia de género, al tiempo que diseña complementos o métodos en la instrucción que prevengan las absoluciones por debilidades probatorias tras la falta de declaración de la víctima. Solo así se garantizará, por un lado, que la víctima-testigo que decida declarar pueda hacerlo de modo espontáneo e incondicionado, no sujeta al apercibimiento de la comisión de un delito de falso testimonio y siendo revictimizada por su dicotómica condición en la declaración. Asimismo, se conseguirá evitar que aquellas víctimas que no quieran declarar, acusando directamente a su pareja o expareja, sean devueltas al núcleo violento del que provienen, con el añadido de quedar en manos de un maltratador que le recriminará que fue denunciado injustamente, lo que sin duda arrojaría a la mujer-víctima de violencia de género a sufrir nuevas agresiones. Así sucedió precisamente en el caso que precipitó la aprobación de la LO 1/2004, en el que la víctima, tras denunciar y declarar mediática y judicialmente las agresiones y vejaciones sufridas durante años a manos de su marido, fue quemada viva en el jardín de su casa.

4. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- «Justicia penal y género», en *Revista Electrónica de Derecho Penal*, AIDP-GBano 1, vol. 1, núm. 1, 2013
 - «El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina», *Papers* 2017, 102/2
 - «Aspectos penales del Pacto de Estado Español contra la Violencia de género de 2017», *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 1, 2018
 - «Interpretación judicial del derecho penal desde la perspectiva holística del género», *Revista Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 92, 2018

- BARONA VILAR, S., «La prueba (II)», en AA.VV., *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- BELTRÁN MONTOLIU, A., «Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: evolución jurisprudencial», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 19, 2018
- CASTILLEJO MANZANARES, R., SERRANO MASIP, M., «Denuncia y dispensa del deber de declarar», en CASTILLEJO MANZANARES, R., ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Violencia y Justicia*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2013
- GONZALO RODRÍGUEZ, M.T., «La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas y valoración judicial», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 51, 2020
- GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y justicia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- RAMÍREZ ORTIZ, J.L., «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», en *Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*, Marcial Pons, Madrid, 2020
- RUIZ LÓPEZ, C., «La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas», en SOLETO MUÑOZ, M., *Violencia de género: tratamiento y prevención*, ed. Dykinson, Madrid, 2016