

LA DISPENSA DE DECLARACION A LOS TESTIGOS EN EL AMBITO DE LA VIOLENCIA DE GENERO

Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa
Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

Sumario

1. Introducción.

2. Fundamento de la dispensa del art. 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Consecuencias de la negativa del testigo a declarar.

A) No cabe acudir a declaraciones precedentes. Imposibilidad de aplicar las previsiones de los arts. 714 y 730 de la LECrim.

B) Imposibilidad de acudir al testimonio de referencia para suplir la ausencia de declaración.

4. Problemas específicos en el ámbito de la violencia de género.

A) Postura doctrinal que mantiene la inaplicabilidad de la dispensa en el ámbito de la violencia de género cuando es la propia víctima quien denuncia espontáneamente y pide protección.

B) Tratamiento jurisprudencial contrario.

a) Sólo cabe apreciar un supuesto de renuncia tácita a ampararse en la dispensa cuando la víctima se ha personado como acusación particular.

b) El incumplimiento de la advertencia conlleva la nulidad de la declaración, sin comunicación a las restantes pruebas.

c) Nulidad de la declaración que conlleva la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ.

C) Consideración como actos procesales meramente irregulares.

1. Introducción

Testigo es la persona física que, sin ser parte del proceso, es llamada a declarar sobre la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado personalmente (testigo presencial) o bien por haber tenido noticia de ellos a través de otros medios (testigo de referencia). Su declaración tiene una indudable importancia práctica para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente.

A estos fines, el Juez hace concurrir a su presencia y examina a los testigos citados en la denuncia o en la querrela, o en cualesquiera otras declaraciones o diligencias, y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias o poseyeren datos útiles para la investigación (art. 421 de la LECrim.). Y con carácter general los testigos tienen la obligación no sólo de concurrir al llamamiento judicial, sino también la de prestar declaración.

La declaración testifical es una manifestación del deber de prestar auxilio a la Administración de Justicia, y así se prescribe legalmente que **«todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley»** (art. 410 del texto citado).

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 420, el incumplimiento de las obligaciones de concurrir al llamamiento judicial y de declarar (salvo en caso de exención) está sancionado con una multa de 200 a 5.000 euros. Si el testigo persistiere en su resistencia a la obligación de comparecer, será conducido a presencia judicial por los dependientes de la Autoridad y será perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el art. 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la Autoridad (art. 556 CP).

No obstante, la propia LECrim. recoge distintas excepciones a dicha regla general en razón a la persona del declarante, estableciendo exenciones a la obligación de concurrir y/o declarar, y también modificaciones en cuanto al lugar y a la forma de emitir la declaración por razón del estatus que determinadas personas ocupan dentro de la estructura del Estado.

En lo que aquí nos interesa, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 416.1º del texto citado, están exentos del deber de declarar **“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 art. 261 (hoy derogado)”**.

La ley, en efecto, dispensa a los parientes del encausado de la obligación de declarar, lo que no significa que no puedan hacerlo. Aceptada por el testigo la posibilidad de declarar, en su desarrollo puede negarse a contestar a preguntas concretas que puedan perjudicar material o moralmente, de una manera directa e importante, a la persona o a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416 (art. 418 de la LECrim.)¹. Esta norma está en conexión con el artículo 454 del Código Penal, que exime de las penas impuestas a los encubridores que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que auxiliaren a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio. Dicho precepto se sustenta también en la necesidad de evitar el poner en contradicción la voz de la sangre con el deber de todo ciudadano de colaborar en el descubrimiento y sanción de los delitos, por consiguiente se trata en ambos casos de una causa de justificación basada en la inexigibilidad de otra conducta.

Para la fase del juicio oral el art. 707 de la LECrim. dispone que todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos. Por otra parte, las decisiones adoptadas en esta materia durante la fase sumarial no resultan vinculantes en la fase plenaria, de manera que pese a haber prestado declaración voluntariamente en el sumario, no se está obligado a hacerlo en el juicio oral. Así lo expresa la sentencia del TS de 21 de diciembre de 2012 nº 1010².

Dado que para renunciar a un derecho debe informarse a su titular que se dispone del mismo, ya que nadie puede renunciar a algo que desconoce, es obligación del Juez informar al interesado sobre la posibilidad de acogerse a la dispensa legal³. Pero se trata

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2009 nº 13: si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar y es llamado al efecto, debe asimismo reconocerse a quien declara por propia iniciativa.

² Resolución que señala: como hemos dicho en sentencia de 14 de mayo de 2010 nº 459, con cita en Sentencias de 27 de Enero de 2009 nº 31 y 10 de Febrero de 2009 nº 129: "No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en juicio oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado".

³ La obligación de informar presenta matices en los casos en que la víctima reúne también la condición de imputada; habrá que distinguir entre su declaración efectuada en la condición de imputada y la llevada a cabo en su condición de testigo, de manera que en este último supuesto deberá ser informada del contenido del art. 416.1º LECrim. "Análisis jurisprudencial del derecho a no declarar en el proceso penal

de una obligación que no sólo alcanza al Juez; declara la jurisprudencia que la finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción. La solución contraria permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial⁴, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el Juez de Instrucción. Por lo tanto, la garantía judicial sólo tendrá efectividad si se extiende a toda la prueba obtenida por la policía, dado que ésta actúa siempre por delegación o representación del Juez⁵.

Ahora bien, si el pariente dispensado decide prestar declaración lo hará bajo juramento y consiguientemente bajo la obligación de decir la verdad y con sujeción a las eventuales responsabilidades anejas en relación a la comisión de un eventual delito de falso testimonio. Sin embargo, Francisco Javier Vieira Morante entiende que la declaración falsaria en beneficio del pariente acusado siempre podría considerarse como un encubrimiento, que resultaría impune según el vigente art. 454 del Código Penal antes citado, por cuya razón sólo sería posible que los parientes incurrieran en delito de falso testimonio si declararan falsamente en contra del imputado, pero no cuando lo hacen a favor⁶.

Criterio contrario al expuesto siguen las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2009 nº 13, al expresar que cuando los testigos familiares a los que se refiere el artículo 416.1º deciden declarar deben ajustarse a la verdad y no están autorizados a mentir a favor del procesado; y la de 13 de abril de 2016 nº 306, en cuanto enseña que si se renuncia a tal dispensa, el testigo está obligado a decir verdad, por lo que existiendo fuertes indicios de que faltó a la verdad es correcta la decisión de deducir diligencias por falso testimonio. El art. 416.1º de la LECrim. simplemente recoge la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar, pero no confiere el derecho a declarar faltando a la verdad en beneficio del familiar. Como enseña a su vez la sentencia de 20 de enero de 2009 nº 13, en realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar.

en el ámbito de la violencia de género”. Enrique Marí Farinós. Diario La Ley, Nº 8891, Sección Dossier, 29 de diciembre de 2016.

⁴ Sin embargo, de acuerdo con el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 3 de junio de 2015, “las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. No cabe su utilización como prueba preconstituída 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”.

⁵ Sentencias de 6 de abril de 2001 nº 662, 22 de febrero de 2007 nº 134, 10 de mayo de 2007 nº 385, 5 de marzo de 2010 nº 160 y 21 de diciembre de 2012 nº 1010.

⁶ Francisco Javier Vieira Morante. “El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código Penal de 1995 e influencia en la Ley del Tribunal del Jurado”. Delitos contra la Administración de Justicia, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

2. Fundamento de la dispensa del art. 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La dispensa del art. 416.1º de la LECrim. se sustenta en la consideración de evitar que las personas relacionadas con el acusado por razón de vínculos familiares se vean ante la alternativa de perjudicar a su pariente o bien de faltar a la verdad en su declaración con objeto de protegerlo, enfrentándose así al riesgo de cometer un delito de falso testimonio.

El legislador no puede imponer una fidelidad ciega al interés público en el descubrimiento de los hechos delictivos en todos los casos, de manera que la realidad de unos vínculos familiares y sentimentales puede desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los delitos⁷. Como ya se dijo, el Tribunal Supremo invoca además el principio de inexigibilidad de otra conducta⁸.

La Constitución dispone que la ley habrá de regular los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos –art. 24.2 párrafo 2, inciso final⁹-. Se habilita pues al

⁷ La STEDH de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger contra Austria, señala que la dispensa del deber de declarar contra parientes no transgrede el art. 6 CEDH «teniendo en cuenta los problemas particulares que puede plantear la confrontación entre un acusado y un testigo de su propia familia, pues tiende a proteger a este último ahorrándole un problema de conciencia».

⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2002 nº 475, de 17 de mayo de 2004 nº 624 y de 5 de marzo de 2010 nº 160: el art. 261 LECrim. -dice la STS. 28 de enero de 2009 nº 294- determina que no están obligadas a denunciar las personas que en él se relacionan, y entre ellas "el cónyuge del delincuente". La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de declarar testificalmente contra aquél establecida en el art. 416.1º de la LECrim., no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares. De ahí que esa legal atribución del poder de decidir el conflicto a quien lo soporta se acompañe de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente.

⁹ "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. **La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos**". Se establece así una reserva de ley que sin embargo no ha sido objeto de desarrollo, y que se encuentra concretada en la actualidad en una norma preconstitucional, la LECrim. en sus arts. 261, 416 y 707. La referencia al secreto familiar y profesional en las declaraciones fue introducida en la Comisión Constitucional del Senado de acuerdo con la propuesta de enmienda defendida por el Diputado sr. Unzueta Uzanga (Diario de Sesiones del Senado nº 44, de 25 de agosto de 1978, pag. 1890 y ss.), modificada luego por la Comisión Mixta. Las razones alegadas para la introducción de la limitación de la declaración por razón de parentesco pueden resumirse en que aún

legislador para establecer casos de secreto procesal, aunque en realidad se legitiman los que ya estaban previstos con anterioridad en la legislación procesal, al no establecer la Constitución ningún parámetro normativo específico para esta regulación. Y uno de ellos -artículo 416.1º Ley Enjuiciamiento Criminal que examinamos- es el secreto familiar que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar. La colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad para con su pariente, que en el derecho común llevó a considerar a los primeros como "testes non integri", se resuelve pudiendo hacer las manifestaciones que estimen oportunas, sin que tampoco estén obligados a responder a preguntas concretas en perjuicio de dichos parientes, aunque no sean inculcados. La sentencia de 5 de marzo de 2010 nº 160 enseña como la dispensa no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares¹⁰.

Por otra parte, la exención de declarar examinada tiene que ver también con razones de carácter práctico, porque desde otra perspectiva las advertencias a un testigo de su obligación de decir la verdad y de las posibles consecuencias adversas en caso contrario, en realidad carecen de eficacia conminativa real, además de provocar un conflicto personal.

Por consiguiente, el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba (Sentencia de 5 de marzo de 2010 nº 160), sino en la defensa y protección de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de prestar declaración, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente. Que el fundamento último de la referida dispensa no se orienta a proteger derecho alguno del acusado se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que éste no participa en forma alguna en su decisión y, por tanto, no dispone de la posibilidad de impedir que el testigo declare; por consiguiente es claro que tiene por exclusiva finalidad permitir que el testigo unido por determinados vínculos al acusado y en atención a ellos pueda rehusar su participación en el juicio como tal¹¹.

cuando la LECrim. en el art. 416 establece ya la dispensa de la declaración de los familiares del procesado, no afecta a la situación de detenido, a cuyos familiares es preciso proteger. "Comentarios a la Constitución". F. Garrido Falla y otros. Editorial Civitas.1985.

¹⁰ Vid también las sentencias de 22 de febrero de 2007 nº 13, 10 de mayo de 2007 nº 385, 8 de abril de 2008 nº 114, 23 de marzo de 2009 nº 31 y 26 de marzo de 2009 nº 292 y 5 de marzo de 2010 nº 160.

¹¹ Conclusiones del Seminario "La Dispensa de la Obligación de Declarar del Art. 416 LECrim." celebrado en la sede de formación del Consejo General del Poder Judicial durante los días 20 a 22 de Mayo de 2009.

3. Consecuencias de la negativa del testigo a declarar

Como se pondrá de relieve, en los supuestos en los que el testigo advertido de su derecho a no prestar declaración decide ejercitarlo, no es posible suplir su silencio acudiendo a las declaraciones prestadas anteriormente en la causa, como tampoco al testimonio de referencia.

En sentido contrario, se ha defendido que la dispensa legal a la obligación de declarar de la que goza la víctima de violencia de género en atención al vínculo que le liga al autor de los hechos, ejercitada en la instrucción o en el plenario, no impide la prueba de los hechos con apoyo en una válida denuncia previa introducida en el plenario bien al amparo del art. 714 de la LECrim. mediante su lectura¹², por entender el silencio como contradicción radical con la declaración precedente, o bien por el cauce del art. 730 LECrim.¹³, por considerar el silencio como imposibilidad de reproducción en el juicio oral de la declaración anterior, garantizando en ambos casos la imprescindible contradicción en la práctica de la prueba mediante la lectura de la declaración y la posibilidad de formular y consignar en el acta las preguntas pertinentes, debiéndose en todo caso reforzar dicha prueba mediante la declaración de los testigos de referencia, así como otros elementos corroboradores, como pueden ser los partes médicos e informes médico forenses, constituyendo todo ello un acervo probatorio de susceptible valoración para formar la convicción sobre los hechos y la participación del acusado en los mismos, conforme al art. 741 LECrim.¹⁴.

¹² **“Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”.**

¹³ **“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el art. 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.** Modificado por la Disposición Final 1.21 de la Ley 4/15 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que introdujo el inciso final.

¹⁴ “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”. Juan Luis Ortega Calderón. La Ley Año XXVIII. Número 6820. 14 de noviembre de 2007. En este sentido, la sentencia de 26 de junio de 2009 nº 821, otorga valor probatorio a los testimonios del médico forense y de los agentes de policía, siempre y cuando el mismo verse sobre manifestaciones que de forma espontánea hubiere hecho la víctima o el propio imputado en los momentos iniciales, después de perpetrarse en este caso las agresiones de las que fue objeto la víctima. En este supuesto se da la circunstancia de que la víctima en «dos ocasiones por sí misma contó voluntariamente la agresión sufrida a quienes estaban con ella», primeramente, al médico forense; y, posteriormente, a los agentes. «Los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial constante en este punto mantiene un criterio rotundamente adverso a la aplicación de los arts. 710, 714 y 730 de la LECrim. en ausencia de la declaración del testigo directo¹⁵. Así se recoge en las Conclusiones del Seminario “La Dispensa de la obligación de declarar del art. 416 Ley de la de Enjuiciamiento Criminal”, celebrado en la sede de formación del CGPJ durante los días 20 a 22 de mayo de 2009, que ya han sido citadas¹⁶.

A) No cabe acudir a declaraciones precedentes. Imposibilidad de aplicar las previsiones de los arts. 714 y 730 de la LECrim.

Cuando un acusado o un testigo declara en el juicio oral y antes lo ha hecho en otra fase del procedimiento hay que reconocer al órgano enjuiciador la facultad de valorar y conceder credibilidad a unas u otras declaraciones, en todo o en parte, como una manifestación más de los principios de inmediación y de apreciación conjunta de la prueba, pudiendo tomar datos de todas las manifestaciones prestadas según su personal criterio y valoración para determinar si lo realmente ocurrido es lo que se dice en el acto del juicio o lo que se manifestó anteriormente (art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), siempre que las primeras declaraciones se realizaran ante la autoridad judicial y se practicaran con observancia de las normas procesales aplicables.

ellos escucharon, y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado constituye la prueba de cargo...».

¹⁵ “Los denominados «testigos de referencia» en los delitos de violencia de género”. Igor Piñeiro Zabala. Diario La Ley, Nº 7581, Sección Tribuna, 3 de marzo de 2011, Año XXXII, Editorial La Ley.

¹⁶ En dicho Seminario, con objeto de solucionar dudas interpretativas en relación a las declaraciones sumariales, se trató una propuesta de reforma del artículo 777 de la LECrim. dirigida a que en estos supuestos se practique en la fase de instrucción la declaración de la víctima como prueba pre constituida, llevada a cabo con todas las garantías legales y con información del art. 416.1º, de modo que se reproduzca después en el plenario. Se pretenden distintos beneficios: evitar un nuevo enfrentamiento directo de la víctima con su familiar agresor, y consiguientemente la protección de la indemnidad moral y psíquica de las mujeres víctimas de malos tratos evitando su victimización secundaria derivada del hecho de revivir nuevamente los hechos que sufrieron. Se resuelve además el problema relativo a la lectura de las declaraciones sumariales al reconocerse valor de prueba a la practicada en el Juzgado de Violencia contra la Mujer con todas las garantías legales. Así, se trataría de aplicar la previsión del art. 777.2 de la LECrim. anticipando la testifical en el Juzgado de Instrucción mediante la grabación de la declaración, garantizándose la debida contradicción. Finalmente, se evitaría crear la duda sobre la veracidad de muchas denuncias de mujeres víctimas de malos tratos que, más tarde, acaban en absoluciones por la negativa de dichas víctimas a declarar, actitud que en el caso de reiteración de los malos tratos permite su maliciosa instrumentación por parte del acusado para cuestionar la veracidad de estas denuncias que no fueron sostenidas en el juicio oral. Vid. la redacción actual del art. 433.III de la LECrim. respecto de los testigos menores de edad, redactado en virtud de la Ley 4/15 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

La facultad de apreciar conjuntamente lo dicho en el acto del juicio y lo declarado en el trámite de instrucción requiere necesariamente que aparezcan en el desarrollo de las declaraciones del juicio aquellas otras que se prestaron fuera del mismo; a este respecto, lo deseable es utilizar el cauce previsto en el art. 714 de la LECrim. para la prueba testifical, es decir, acudir a la lectura de las declaraciones anteriores e invitar al interrogado a que explique las diferencias o contradicciones existentes, lo que resulta aplicable no sólo a la prueba testifical a la que literalmente se refiere el precepto citado, sino también a las declaraciones de los acusados, y no sólo a instancia de parte, sino también de oficio. Sin embargo, esta última exigencia no debe interpretarse de manera formalista, en el sentido de que la omisión de la lectura material de las primeras declaraciones impida tomarlas en consideración, sino que basta con que de alguna manera aparezcan en las declaraciones del juicio oral los extremos a que se refieren las sumariales, de forma que nunca sean utilizadas en la sentencia de modo sorpresivo, y siempre resulten sometidas a la contradicción de las partes¹⁷.

También la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional respecto a la presunción de inocencia acoge y ratifica la ya expuesta, al expresar que si bien los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar dicha presunción son los utilizados en el juicio oral, y los preconstituídos que sean de imposible o muy difícil reproducción, esta idea no debe entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sino en el de requerir para el reconocimiento de su eficacia que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. En esta materia resulta además necesario destacar el principio de libre valoración de la prueba que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales penales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución. Desde esta doble perspectiva es necesario reconocer eficacia probatoria a las declaraciones prestadas por los inculpados o los testigos en la fase de instrucción siempre que fueran reproducidas en la vista en condiciones que permitieran a la defensa no sólo su exacto conocimiento, sino también su contradicción efectiva, de manera que la discordancia entre tales declaraciones y las prestadas en el plenario constituye un elemento de juicio que el órgano jurisdiccional penal puede ponderar en conciencia, en relación con los restantes medios de prueba y en el ejercicio de la facultad de valoración de la misma que le corresponde¹⁸.

¹⁷ Sentencias del Tribunal Supremo, entre las más recientes, de 17 de enero, 15 y 30 de junio y 17 de julio de 2000, 12 de febrero, 16 y 29 de marzo, 13 y 26 de junio, 20 y 30 de julio, 18 de septiembre, 27 de diciembre de 2001, 28 de enero, 8 y 27 de febrero, 8 y 19 de marzo, 18 de abril, 14 de mayo, 13 de junio, 16 de julio y 16 de octubre de 2002, 20 de enero, 6 y 27 de febrero, 13 de abril, 21 de octubre, 16 y 30 de diciembre de 2004, 22 y 29 de abril, 13 de junio, 11, 13, 21 y 28 de octubre, 12 y 19 de diciembre de 2005, 14 de febrero, 1 de marzo y 3 de julio de 2006, 18 de abril y 30 de mayo de 2007, 14 y 30 de mayo, 30 de octubre y 21 de noviembre de 2008, 1 y 26 de diciembre de 2008, 4, 5, 12 y 27 de febrero y 23 de marzo de 2009, 26 de enero, 5 y 15 de febrero, 5 de abril, 4 y 5 de mayo de 2010, 15 de abril y 15 de julio de 2011.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 80/86 de 17 de junio, 25/88 de 23 de febrero, 60/88 de 8 de abril, 82/88 de 28 de abril, 137/88 de 7 de julio, 107/89 de 8 de junio, 201/89 de 30 de noviembre, 217/89 de 21 de diciembre, 94/90 de 23 de mayo, 98/90 de 24 de mayo, 161/90 de 19 de octubre, 80/91 de 15 de

Por otra parte, también se ha declarado que ciertamente la búsqueda de la verdad real, que es el objeto del proceso penal, determinando si esa verdad es inscribible o no en el precepto penal y si el acusado es partícipe en el hecho, debe realizarse a través de un camino en que el inculpado goce de todas las garantías de defensa, sin que ello impida la posibilidad de utilizar y valorar pruebas indirectas o indiciarias, y también pruebas directas que no resulte posible reproducir en el acto del juicio oral por circunstancias muy especiales, como son el fallecimiento, el ignorado paradero o la residencia en país extranjero del testigo. En estos supuestos, si las declaraciones de los testigos figuran en autos vertidas con las debidas y necesarias garantías y a presencia judicial, se está en presencia de la denominada prueba preconstituída que, en tanto prueba documentada pero no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumariamente actuado, con amparo en la previsión del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No admitir esta prueba preconstituída practicada con las debidas garantías, supondría subordinar el ejercicio del "ius puniendi" del Estado al azar o incluso a la voluntad de las partes, por ejemplo, mediante las amenazas a los testigos¹⁹.

Ahora bien el ejercicio del derecho a no declarar por parte del testigo impide el recurso a los arts. 714 y 730 citados, ya que sólo cabe acudir a la lectura de las diligencias practicadas en el sumario cuando las declaraciones personales precedentes no puedan ser reproducidas en el juicio oral por causas de fuerza mayor e independientes de la voluntad de las partes.

Así, la sentencia de 17 de diciembre de 1997 ya señaló que la regla general que la jurisprudencia del TC y de esta Sala establece para los supuestos excepcionales en que se permite la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario si aquél no comparece al acto, no puede aplicarse a los supuestos en que comparece al juicio oral y se acoge a la dispensa legal a no declarar contra el acusado.

abril, 133/94 de 9 de mayo, 265/94 de 3 de octubre, 155/02 de 22 de julio, 195/02 de 28 de octubre, 25/03 de 10 de febrero, 284/06 de 9 de octubre, 10/07 de 15 de enero y 134/10 de 2 de diciembre.

¹⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 62/85 de 10 de mayo, 64/86 de 21 de mayo, 101/85 de 4 de octubre, 107/85 de 7 de octubre, 173/85 de 16 de diciembre, 80/86 de 17 de junio, 150/87 de 1 de octubre, 25/88 de 23 de febrero, 82/88 de 28 de abril, 137/88 de 7 de julio, 182/89 de 3 de noviembre, 201/89 de 30 de noviembre, 217/89 de 21 de diciembre, 154/90 de 15 de octubre, 41/91 de 25 de febrero, 80/91 de 15 de abril, 118/91 de 23 de mayo, 140/91 de 20 de junio, 10/92 de 16 de enero, 82/92 de 28 de mayo, 323/93 de 8 de noviembre, 155/02 de 22 de julio, 195/02 de 28 de octubre, 25/03 de 10 de febrero, 148/02 de 6 de junio, 334/05 de 20 de diciembre, 104/06 de 3 de abril, 75 y 78/13 de 8 de abril. Sentencias del Tribunal Supremo, entre las más recientes, de 3, 13 y 14 de marzo, 5 y 15 de julio, 27 de octubre y 3 y 15 de noviembre de 2000, 15 de febrero, 29 de junio y 21 de diciembre de 2001, 11 de febrero, 4 de marzo, 31 de mayo, 10 y 14 de junio, 8 de julio y 7 de octubre de 2002, 7 y 12 de mayo, 13 de junio y 16 de octubre de 2003, 29 de marzo, 7 de abril, 6 y 17 de mayo y 10 de noviembre de 2004, 7 y 8 de junio, 22 de septiembre, 14 de octubre, 14 y 17 de noviembre y 12 de diciembre de 2005, 10 de octubre y 21 de noviembre de 2008, 2 de abril, 30 de septiembre y 30 de diciembre de 2009, 25 de febrero de 2011 y 16 de marzo de 2012.

La de 20 de febrero de 2008 n° 101, declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

La de 18 de diciembre de 2008 n° 957 contempla el supuesto en el que al menor, hijo de la acusada, no se le advirtió en el proceso de menores que se le siguió de su derecho a no declarar contra su madre y sólo se lo instruyó del derecho a no declarar como coimputado, al que aquél se acogió luego en el proceso contra su madre. Por lo tanto, la lectura de las declaraciones anteriores prestadas en el procedimiento seguido contra él en el juicio que se seguía contra aquélla están viciadas 'ab inicio' y no pueden servir, como efectivamente sirvieron, de prueba de cargo válida. La tesis según la cual el testigo que fue condenado por el mismo hecho en otro proceso no debe ser instruído de su derecho en los términos del art. 416.1° de la LECrim. no es compartida por la Sala. Por lo tanto, si sólo se lo instruyó del derecho del art. 520.2.a) de la LECrim. se ha incumplido con el deber de informarle de la dispensa de declarar en contra de las personas que se enumeran en el n° 1° del art. 416 de la LECrim. El testigo, ya condenado o no en otro proceso, que declara sobre circunstancias que afectan la posible responsabilidad de su madre, está amparado por la misma dispensa que establece el art. 416.1° LECrim. de la misma forma que cualquier otra persona que deba declarar sobre circunstancias percibidas por sus sentidos y que pueden ser utilizadas en contra de un acusado con el que está unido por una relación de parentesco.

El texto del art. 714 de la LECrim., por lo demás, no autoriza a recurrir a declaraciones documentadas en las actas de otro proceso en el caso en el que el declarante se niegue a declarar; tiene la finalidad de permitir una confrontación de lo declarado en el juicio con declaraciones anteriores del sumario, para, de esa manera, permitir una ponderación de lo declarado en presencia del Tribunal sin infringir el principio de inmediación que impone el art. 741²⁰ de la LECrim. Es claro que declaraciones prestadas anteriormente, sin que el declarante haya sido correctamente instruído, no pueden eliminar la prohibición de valoración que las afecta sólo por haber sido sometidas al procedimiento del art. 714 citado. Por las mismas razones tampoco es de aplicación al caso el art. 730 LECrim., sin perjuicio de que, además, en el supuesto de las declaraciones testificales existe en la ley una norma especial, que por lo tanto, desplaza a la más general, que es la del art. 714 LECrim.

Igualmente la sentencia de 20 de enero de 2009 n° 13 enseña que no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo las declaraciones por la vía del artículo 714 de la Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado el testigo de su derecho a no declarar contra el procesado.

²⁰ “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

También la sentencia de 10 de febrero de 2009 nº 129 declara la imposibilidad de neutralizar el efecto de la negativa a declarar acudiendo a la valoración de la declaración sumarial, e insiste en que tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del juicio oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el juicio oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario.

Por consiguiente, la doctrina se concreta en los siguientes extremos:

- La libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECrim., en relación con el art. 416.1º, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.

- Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión resultaría impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

- Tampoco está legitimada la incorporación de la declaración testifical prestada en el sumario a la actividad probatoria del juicio oral por la vía del art. 730 de la LECrim. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el juicio oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del art. 416.1º LECrim. que no está comprendido en el art. 730. Llamar a la negativa a declarar "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende.

- Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al juicio oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la ley le atribuye.

Por su parte, la sentencia de 12 de febrero de 2010 nº 95, con invocación de la 10 de febrero de 2009 nº 129, expresa en el mismo sentido que la víctima es libre de mantener o no sus declaraciones anteriores, y si no lo hace, ni existe una situación de imposibilidad de declarar (ex art. 730), ni de contradicción (ex art. 714) con lo ya

declarado, por lo que no es posible la "reintroducción en el plenario" por esa vía indirecta.

La sentencia de 21 de diciembre de 2012 nº 1010 expresa que el art.730 de la LECrim. no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el juicio oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas -como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el juicio oral. En este segundo supuesto, que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral.

Pues, en definitiva: "...admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra los acusados en el juicio oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el juicio oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el juicio oral no modifica. Lo que sí impide es que se trasmute ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado." Tesis que han reiterado las sentencias de 5 de Marzo de 2010 nº 160 ya mentada, que, a su vez, invoca las de 17 de Diciembre de 1997 y la de 27 de Noviembre de 2000 nº 1885, o las del Tribunal Constitucional 331/96 de 11 de abril y STS de 17 de Diciembre de 1997 nº 1587, "...en orden a que no puede leerse una declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del juicio oral...", a las que cabría, a su vez, añadir otras anteriores como la también STS de 11 de abril de 1996 nº 331.

Por otra parte, y a los solos efectos de completar y consolidar una vez más esta doctrina, para evitar cualquier duda al respecto, habrá que insistir así mismo, de nuevo en los mismos términos en los que lo hacen las repetidas sentencias de 27 de enero de 2009 nº 31 y 10 de Febrero de 2009 nº 129, que: "Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el juicio oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario."

Por consiguiente, no cabe acudir a la vía del artículo 714 (necesidad de aclaración de contradicciones) ni del 730 (imposibilidad de reproducción de la prueba), ya que no se dan los presupuestos legales que lo son de carácter excepcional e interpretación

restrictiva, que justifiquen nada menos que una privación al acusado de la realización de las diligencias que le incriminan en presencia del propio Juzgador, con estricto cumplimiento de las garantías del procedimiento. De llegarse a la conclusión contraria, estaríamos negando a la defensa, paradójicamente como consecuencia de una decisión adoptada por quien en principio abriga el deseo de no incriminar al acusado, la posibilidad del interrogatorio contradictorio y a presencia del Tribunal de un testigo esencial y, por ende, impidiéndole disponer de opción tan básica, para las garantías del enjuiciamiento, como la de intentar evidenciar ante los Juzgadores, por medio de sus preguntas, los posibles datos que pudieran desacreditar la credibilidad de la versión ofrecida en la denuncia. Semejante sacrificio de los derechos procesales del acusado no resultaría, en ningún caso, aceptable en el procedimiento penal propio de un Estado de Derecho, salvo en aquellos supuestos verdaderamente excepcionales y plenamente justificados de verdadera imposibilidad fáctica de la práctica en juicio de la prueba.

Lo que por otro lado no debe, en absoluto, confundirse con aquellos otros supuestos en los que es el acusado el que ejerce su derecho constitucional a no declarar pues, en ellos, como tiene también razonado la Jurisprudencia de esta Sala en diversas ocasiones (Sentencias de 4 de marzo de 2009 nº 204, 7 de julio de 2009 o la repetida de 5 de marzo de 2010 nº 160, entre otras) y el propio Tribunal Constitucional (STC 38/03 de 27 de febrero, por ejemplo), es el mismo declarante, al negarse voluntariamente a ofrecer ante el Tribunal su versión de los hechos, quien justifica con ese actuar la posibilidad de rescatar sus declaraciones previamente prestadas en la instrucción, con todas las garantías de esa fase procesal, mientras que en casos como el que aquí nos ocupa, sería a la postre tan sólo la decisión de un tercero como la propia denunciante, quien privara a la defensa de una práctica de la prueba con las necesarias garantías derivadas de la publicidad, oralidad, contradicción e inmediación ante el Juzgador, permitiendo de esta forma que se plantease la posibilidad de traer al acervo probatorio, sin intervención de la voluntad del acusado, material no sometido a tales principios esenciales de nuestro sistema de enjuiciamiento penal²¹. Una cosa es, por otro lado, el ejercicio puntual del derecho a no declarar del acusado, que se agota en cada oportunidad y sin afectar al resultado de las decisiones adoptadas en otros momentos previos o posteriores, y otra, bien distinta, la del testigo al que, en realidad, se le reconoce, en los contados supuestos contemplados en la norma, la facultad general de disponer sobre si sus declaraciones han de integrar, o no, el material probatorio de cargo contra su pariente.

Sobre esta materia se ha pronunciado expresamente en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 23 enero de 2018 en el siguiente sentido: "El acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416.1º de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo que se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituída".

²¹ Además de las citadas, se refieren al supuesto de acusado que se niega a prestar declaración y el recurso a la aplicación del art. 730 de la LECrim. las sentencias de 6 de mayo de 2004 nº 590, 21 de julio de 2006 nº 830, 20 de diciembre de 2006 nº 1276 y 13 de marzo de 2017 nº 203.

A su vez, la reciente sentencia de 16 de mayo de 2018 n° 225 rechaza la introducción de la testifical de la hermana de acusado que hizo uso de su derecho a no declarar en el juicio oral a través de las testificales de los policías que le interrogaron en Comisaría, invocando el citado Pleno y las sentencias de 27 de enero de 2009 n° 31, 10 de febrero de 2009 n° 129 y 14 de mayo de 2010 n° 459. Aún más tratándose de declaraciones en sede policial, cuyo valor ha sido precisado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 3 de junio de 2015 que adoptó el siguiente acuerdo: "las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim. No cabe su utilización como prueba preconstituída 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."²².

B) Imposibilidad de acudir al testimonio de referencia para suplir la ausencia de declaración.

Si bien la regulación de la LECrim. responde como tendencia al principio de inmediación de la prueba, entendiendo por tal la utilización del medio de prueba y no los simples relatos sobre este, ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias y oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, y a ello obedece la previsión del art. 710 de la ley citada al reconocerlos como medio probatorio admisible²³, si bien regulando las condiciones que deben concurrir para su valoración y apreciación como prueba de cargo, porque los testigos de referencia no manifiestan hechos que hayan percibido directamente con sus sentidos; admitir sus declaraciones, sin más y en cualquier situación, implicaría sustraer del juicio al testigo real y dar valor a manifestaciones de una persona que no prestó juramento y que no ha sido sometida a la contradicción de la acusación y de la defensa; por lo dicho, esta modalidad probatoria debe ser valorada con criterio restrictivo y en atención a su carácter subsidiario, que la excluye mientras existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, lo que exige su comparecencia en el acto del juicio para quedar sujetos al elemental y básico derecho de contradicción de las partes.

Además, en todo caso, es necesario no sólo precisar el origen de la noticia, sino también designar con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a

²² Dicho acuerdo dejó sin efecto el precedente de 28 de noviembre de 2006, que había señalado que las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia.

²³ "Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado".

la persona que la hubiere comunicado, porque así lo exige taxativamente el tenor del art. 710 mencionado. Como consecuencia de lo dicho, cuando llegada la hora del juicio no sea posible la declaración del testigo directo, cabe acudir al de referencia cuya verosimilitud ha de apreciar el órgano jurisdiccional con la libertad de criterio que la ley le concede, debiendo advertirse que no se trata de un supuesto de prueba de indicios o indirecta, sino de prueba directa como lo es siempre la testifical, por más que en este caso el valor no se encuentre en el propio testimonio de quién declara sino en la credibilidad de éste por la referencia que hace a aquél otro en el que se apoya; se puede hablar de testimonio indirecto o de prueba de testigos indirecta, pero no de prueba de indicios²⁴.

Sin embargo, y como se dijo, sólo es posible acudir al testigo de referencia cuando llegada la hora del juicio no sea posible la declaración del testigo directo por causas de fuerza mayor que están restringidas a los supuestos de estancia del testigo en el extranjero, de situación de ignorado paradero o de fallecimiento del mismo, pero no es válido el recurso a dicha figura si no se agotan las gestiones para que declare el testigo directo²⁵.

Las sentencias del TS de 28 de abril de 2000 n° 777 y 12 de junio de 2001 n° 1167 han establecido que si no es lícito utilizar declaraciones sumariales para fundamentar la sentencia, cuando la testigo se niega a declarar en el acto del juicio oral, menos lícito sería utilizar la testifical de referencia, relativa a lo que la testigo manifestó a terceros, para fundamentar la condena, cuando la testigo no quiere declarar en el acto del juicio oral.

En cuanto a la validez y utilizabilidad del testimonio de referencia para justificar una condena en el proceso penal la sentencia de 24 de marzo de 2017 n° 196 lleva a cabo una prolija exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional (Sentencias 217/89, 303/93, 79/94, 35/95) ha establecido que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los

²⁴ Sentencias del Tribunal Supremo, entre las más recientes, de 31 de enero, 24 de febrero, 6 de marzo, 6 de abril, 10 y 15 de julio y 14 y 19 de septiembre de 2000, 22, 30 y 31 de marzo, 11 de abril, 3 y 7 de mayo, 4 de junio, 20 de julio, 16 y 20 de octubre de 2001, 6 de febrero, 4 de marzo y 15 de octubre de 2002, 17 de enero, 6 de mayo, 24 de septiembre y 29 de octubre de 2003, 6 de abril, 28 de septiembre y 20 de diciembre de 2004, 29 de septiembre de 2005, 31 de mayo y 2 de octubre de 2006, 14 de junio y 12 de julio de 2007, 30 de septiembre de 2009 y 27 de octubre de 2011; Sentencias del Tribunal Constitucional 217/89 de 21 de diciembre, 303/93 de 25 de octubre, 79/94 de 14 de diciembre, 261/94 de 3 de octubre, 35/95 de 6 de febrero, 131/97 de 15 de julio, 7/99 de 8 de febrero, 155/02 de 22 de julio, 195/02 de 28 de octubre, 219/01 de 25 de noviembre, 41/03 de 27 de febrero, 263/05 de 24 de octubre, 263/05 de 24 de octubre, 324/05 de 12 de diciembre y 66/09 de 9 de marzo.

²⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 35/95 de 6 de febrero, 131/97 de 15 de julio, 7/99 de 8 de febrero, 97/99 de 31 de mayo, 68/02 de 21 de marzo, 155/02 de 22 de julio, 41/03 de 27 de junio, 146/03 de 14 de julio y 177/07 de 21 de mayo; sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio, 18 de octubre y 23 de noviembre de 2000, 21 de marzo, 25 de abril y 26 de junio de 2001, 10 de mayo de 2002, 21 de mayo, 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2004, 14 de marzo de 2006 y 27 de febrero de 2007, 21 de septiembre de 2009, 15 de julio de 2010, 12 de mayo de 2011, 13 y 29 de mayo de 2014, y 11 de octubre de 2017.

actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal puedan tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero también ha señalado que no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral.

También ha advertido que el testigo de referencia tiene «..un valor probatorio disminuído» y ha señalado, entre otras, en la STC nº 68/02 de 21 de marzo, citando la STC 303/93, que aquel valor no significa que, por sí sola, pueda erigirse en cualquier caso en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia». Y en la Sentencia 263/05 de 25 de octubre recuerda la doctrina sobre el testimonio de referencia y declara que puede constituir uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, si bien se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Señala la limitación de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba que su utilización comporta (STC 97/99 de 31 de mayo, FJ 6; y SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò; y de 21 de abril de 1991, caso Ach). Pues de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha dictar sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/99 de 31 de mayo; en sentido similar, 217/89 de 21 de diciembre; 79/94 de 14 de marzo; 35/95 de 6 de febrero; 7/99 de 8 de febrero). De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/99 de 15 de julio; en sentido similar 7/99 de 8 de febrero y 97/99 de 31 de mayo) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta , §§ 36 y 37).

Impone la doctrina constitucional que el testimonio de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (TC 79/94 de 14 de marzo; 68/02 de 21 de marzo; 155/02 de 22 de julio y 219/02 de 25 de noviembre). También la sentencia del TS de 7 de mayo de 2014 nº 371.

Admitido el testimonio de referencia en tan restringidas hipótesis conforme al artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo ha de ser con las citadas reservas derivadas de su propia naturaleza, pues el recurso al testigo de referencia imposibilita a la defensa el interrogatorio directo al testigo que presenció los hechos e impide al Tribunal la intermediación sobre la declaración de éste (Sentencia de 12 de febrero de 2014 nº 144). Por tal motivo se dice que el valor del testimonio de referencia es el de prueba «complementaria», que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios, o

bien el de prueba «subsidiaria», a considerar solamente cuando es imposible acudir al testigo directo por desconocerse su identidad, haber fallecido o cualquier otra circunstancia análoga que haga imposible su declaración testifical (10 de febrero de 2009 n° 129; de 30 de noviembre de 2016 n° 757).

Las sentencias del TS de 27 de enero de 2009 n° 31 y 10 de febrero de 2009 n° 129 presentan idéntica fundamentación, excluyendo la existencia de prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia. La libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, sin que se pueda tampoco acudir al testimonio de referencia. Los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quién se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción.

Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical. Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.

En todo caso esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material, algo que no concurre en el caso presente; la testigo directa compareció, pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su padre.

La sentencia de 21 de diciembre de 2012 n° 1010 recuerda como toda testifical debe versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un hecho de investigación de prueba testifical, pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba, se practique prueba -incluso testifical- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión. Cuando la controversia puede versar sobre

la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será sólo tal controversia. Así, el art. 710 de la LECrim. debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, no para dilucidar el hecho que es objeto de enjuiciamiento, sino sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo valorar, como corroboración periférica, lo declarado por la víctima en caso de que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de ésta. En definitiva las manifestaciones que en su día realizó la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación deben ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado, por su letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede admitir que el principio de inmediación permita sustituir un testigo directo por otro de referencia.

La sentencia de 15 de noviembre de 2017 nº 733 ratifica la corrección de la sentencia recurrida al declarar que la negativa a declarar en el acto del juicio oral impide convertir la declaración sumarial de la víctima en prueba de cargo a valorar por el Tribunal y por ello se excluye de esta valoración. Sin embargo, se invocan como fundamentos únicos de la condena el reportaje fotográfico que refleja las lesiones en el momento de la denuncia. Resalta que ese reportaje es «fiel reflejo físico de lo que la madre del acusado había relatado». También subraya la sentencia que el relato policial describe el escenario de los hechos que «coincide íntegramente con lo que (la víctima) declaró ante la policía». Y concluye la sentencia «por tanto ha de concluirse que existe prueba de cargo de la realidad de los hechos denunciados».

Es decir que la sentencia de instancia parte de dos premisas: a) no se puede valorar lo que la víctima declaró en cualquier momento, pero b) como se constataron datos de que acompañó a su hijo, presentaba lesiones y en el escenario del hecho existen objetos relatados en la denuncia, debe tenerse por acreditados otros datos suministrados no en esos medios, sino incluidos en la denuncia, como la autoría de las lesiones, la razón del acompañamiento de madre a hijo o lo que éste profirió con sentido de amenaza.

Pese a la bien documentada doctrina a la que dice acogerse, el tribunal acaba erigiendo en fundamento de lo que enuncia como probado no lo que predicen los elementos periféricos «corroboradores» de esa descripción de la víctima, sino precisamente esta declaración en cuanto que corroborada. Cae así en la falta de validez del medio que, en realidad, a pesar de la formal proclama de exclusión, se erige en fundamento de su certeza sobre la veracidad de la imputación. Porque ni el testimonio policial, ni la grabación, ni lo percibido en el escenario, ni la realidad fotografiada de las lesiones de la víctima, incluso dado el tiempo y lugar de su constatación, permiten inferir que precedió una amenaza o retención coactiva de la víctima constituidas por actos que aquellos medios no pueden constatar, ni la autoría de las lesiones. La inferencia adquiriría fuerza de convicción, acorde a lógica y experiencia, si a aquellos datos se une lo que la víctima declaró. Pero ello implica prescindir de que tal declaración ha sido excluida, y correctamente excluida, del material a tomar en consideración, para justificar la condena.

En la citada sentencia de 29 de octubre de 2014 n° 703 ya se dijo que los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. Aquí, como allí, prescindiendo de la referencia que al testigo hizo la víctima, tampoco cabe construir inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas si se prescinde de lo que la víctima refirió. La sentencia de instancia asume el relato de la denuncia porque el mismo se corrobora por lo que los otros elementos de juicio constatan que deviene compatible con lo denunciado, lo que es muy diverso de atribuir a esos otros elementos la nota de suficientes por sí solos para reconstruir lo que tal denuncia atribuía al acusado. Por ello, en la medida en que una tal inferencia, sin el pie del contenido de la denuncia, no autoriza desde la lógica y la experiencia a concluir con certeza objetiva en los términos que lo hace la sentencia de instancia, debemos considerar que ésta no se ajusta al canon de presunción de inocencia.

Como se ha podido comprobar la doctrina jurisprudencial es constante y uniforme en su consideración de la imposibilidad de recurrir la aportación de las declaraciones sumariales del testigo, y también al testimonio de referencia para suplir su silencio. Sin embargo, creo que es conveniente realizar las siguientes precisiones:

1. En mi criterio no es acertada la fundamentación basada en la consideración de que la aplicación de los arts. 710, 714 y 730 neutralizaría indebidamente el efecto de una decisión libre del testigo que optó por abstenerse de declarar contra el acusado en el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, desvirtuando una decisión a la que se le admite una plena eficacia.

Pero por su propia naturaleza, la dispensa responde a la finalidad de reconocer al testigo la soberanía para resolver el conflicto de conciencia al que se encuentra sometido, por consiguiente en la exclusiva defensa de sus intereses. Su decisión se agota en sí misma, es decir en la protección de sus intereses personales, y no se proyecta en ningún otro ámbito; no le confiere un derecho de disposición ni sobre el objeto del proceso, ni sobre la prueba, ni sobre la persecución penal como tal, más allá de las consecuencias prácticas que se puedan derivar de la omisión de su testimonio que, en realidad, son ajenas al propio testigo. Ya se expuso que la dispensa no confiere el derecho a declarar faltando a la verdad en beneficio del familiar, y como enseña la sentencia de 20 de enero de 2009 n° 13, en realidad no se trata de un derecho del testigo a no declarar en la causa, sino a no hacerlo en contra del procesado al que le une el vínculo familiar. En consecuencia, se le reconoce el derecho a no declarar que puede ejercitar en cualquier momento de la causa en el que sea citado al efecto, pero no el derecho a impedir la eficacia de una declaración anterior, como tampoco la del testigo de referencia.

Por el contrario, el único argumento que entiendo apreciable es el relativo a la consideración de las restricciones indebidas del principio de inmediación, y sobre todo, del principio de contradicción al imposibilitar a la defensa el interrogatorio directo al testigo que presenció los hechos. Se trata de preceptos excepcionales cuya aplicación

debe estar sometida al efectivo concurso de sus presupuestos materiales, lo que reconduce la cuestión al debate sobre la efectiva concurrencia de tales presupuestos.

En este sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra el principio de que, para que un acusado pueda ser declarado culpable, todas las pruebas de cargo deben haberse practicado ante él en audiencia pública, sujetas a debate contradictorio y, aunque hay excepciones –sin que puedan disminuir los derechos de defensa–, como regla general se debe dar al acusado una posibilidad adecuada y suficiente para contradecir los testimonios de cargo y de interrogar a los testigos en el momento de su declaración o posteriormente. El TEDH tiene que examinar sucesivamente si la imposibilidad de la defensa de interrogar o hacer interrogar un testigo de cargo estaba justificada por un motivo serio; si las declaraciones de ese testigo constituían la prueba única o determinante de la culpabilidad; y si existían elementos que compensaran suficientemente los inconvenientes ligados a admitir un testimonio no prestado en el acto del juicio, para permitir una apreciación correcta y equitativa de la fiabilidad de esa prueba. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido, por su parte, que es contrario al Convenio, artículo 6, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991).

Así, ciertamente, faltaría el presupuesto material que requiere el art. 714, pues el testigo que no declara en el juicio oral nada afirma o niega, de manera que no puede afirmarse la realidad de una contradicción entre declaraciones distintas.

Pero no ocurre lo mismo en el caso del art. 730, que se refiere a los supuestos en los que las diligencias practicadas en el sumario no puedan reproducirse en el juicio oral por causas ajenas a la voluntad de las partes, y es claro que la decisión de abstenerse de declarar el testigo es ajena a las partes que son los titulares del derecho a la prueba.

En tales casos, como enseña la jurisprudencia actual (Sentencias de 17 de junio de 2016 nº 538, 26 de julio de 2016 nº 680 y nº 686, 26 de septiembre de 2017 nº 634 y 20 de marzo de 2018 nº 132), se condiciona la validez de las declaraciones prestadas en fase sumarial como prueba de cargo preconstituída a que, entre otros aspectos, se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo. Es particularmente relevante la sentencia de 26 de julio de 2016 nº 686 citada, en cuanto se dispensa a la testigo de la obligación de declarar en el juicio oral por el miedo aducido como consecuencia de amenazas denunciadas (no se trata de un supuesto de violencia de género sino de prostitución), y reconoce la posibilidad de rescatar su declaración realizada en fase sumarial con el carácter de prueba preconstituída, siempre y cuando haya existido contradicción mediante la intervención de la dirección letrada de los investigados.

Y las sentencias del TEDH de 2 de noviembre de 2010, caso Vaquero Hernández y otros contra España, y de 12 de mayo de 2016, caso Polentan y Azirovik contra la

antigua República Yugoslava de Macedonia, permiten la lectura de las declaraciones cuyos autores no han sido oídos en audiencia pública, entendiéndose que no es incompatible con el derecho a un proceso justo si su utilización como medio de prueba se efectúa con respeto de los derechos de defensa; al acusado debe disponer de una ocasión adecuada y suficiente para discutir su testimonio de cargo y para interrogar al autor, en el momento de la declaración o más tarde.

2. Con referencia particular al testigo de referencia, que no habiendo percibido los hechos con sus sentidos refiere al Tribunal manifestaciones de otras personas que no comparecen como testigos, es necesario distinguirlo del testigo que presencia directa y personalmente una parte de la secuencia de hechos. Así ocurre con las personas que ayudaron a la denunciante en su huida y que intervinieron en la recepción de la denuncia y en su remisión al Servicio de Urgencias; en este caso, la sentencia de 12 de julio de 2007 n° 625 pone de relieve que son testigos directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos, y sólo serán testigos de referencia en lo referido a la autoría de las lesiones. Pero, las circunstancias sobre las que declaran como percibidas con sus sentidos pueden constituir la base de una prueba indiciaria.

Igualmente, la sentencia de 21 de diciembre de 2012 n° 1010 admite que el testigo de referencia pueda valorarse, como cualquier otro testigo, en lo que concierne a hechos objeto de enjuiciamiento que haya apreciado directamente, dado que el testimonio de referencia puede tener distintos grados, según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió - auditio propio- o lo que otra persona le comunicó - auditio alieno- y en algunos de percepción directa, la prueba puede tener el mismo valor para la declaración de culpabilidad del acusado que la prueba testifical directa.

Es verdad que la declaración de los testigos de referencia por sí sola únicamente puede aportar algún tipo de ciencia en cuanto a lo que estos testigos observaron personalmente, pero carece de aptitud para acreditar que lo manifestado por la supuesta víctima sea realmente veraz, por lo que en base al solo testimonio referencial no podría reconstruirse válidamente el hecho histórico, si este constituyera la única prueba de cargo de la conducta criminal. Ahora bien, en muchas ocasiones los datos informativos que suministra la percepción directa de las circunstancias concurrentes por parte de los que, además, son testigos de referencia, pueden permitir construir una sólida cadena de indicios que arroje como inferencia el hecho punible con una altísima tasa de conclusividad. En efecto, una cuestión es la prueba referencial sobre el hecho punible, carente de virtualidad acreditativa cuando no se dan los presupuestos constitucionales para su aprovechamiento -imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal-, y otra muy diferente es la prueba indirecta que permite la construcción de inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas, sin necesidad de acudir a la fuente de referencia. Solución que fue recogida en la sentencia de 12 de julio de 2007 n° 625 ya citada.

En este sentido, la sentencia de 26 de junio de 2009 n° 821, otorga valor probatorio a los testimonios del médico forense y de los agentes de policía, siempre y cuando el mismo verse sobre manifestaciones que de forma espontánea hubiere hecho la víctima o

el propio imputado en los momentos iniciales, después de perpetrarse en este caso las agresiones de las que fue objeto la víctima. En este supuesto se da la circunstancia de que la víctima en «dos ocasiones por sí misma contó voluntariamente la agresión sufrida a quienes estaban con ella», primeramente, al médico forense; y, posteriormente, a los agentes. «Los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon, y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado constituye la prueba de cargo».

La antedicha doctrina se ratifica en la sentencia de 20 de febrero de 2014 nº 95. La de 11 de diciembre de 2015 nº 806 admite como medios probatorios aptos para enervar la presunción de inocencia las manifestaciones proferidas espontáneamente por la víctima en el momento de recabar protección de los policías, y que estos expusieron en el juicio oral, y la observación directa de los agentes en los momentos inmediatamente posteriores a la comisión delictiva. Y la de 17 de marzo de 2016 nº 229 se refiere al valor complementario de la declaración de un testigo de referencia cuando existen otros datos o indicios probatorios y los testigos directos se han acogido a su derecho a no declarar.

4. Problemas específicos en el ámbito de la violencia de género.

La dispensa estudiada presenta una problemática específica y muy particular precisamente en el ámbito de la violencia de género, porque en estos supuestos se trata en la mayor parte de los casos de testigos que a la vez son las víctimas de los hechos delictivos. Y precisamente, las infracciones de esta naturaleza se desarrollan usualmente en un ámbito de intimidación ajeno a la presencia de otras personas extrañas a la relación sentimental, por cuya razón la declaración de la víctima será en la mayoría de los casos la única prueba de cargo. Así, en un porcentaje muy elevado de casos sólo se dispone de las declaraciones prestadas por la víctima y por el acusado, en algunas ocasiones acompañada las primeras de un parte médico si se han producido lesiones, pero no en cambio cuando los hechos se refieren a amenazas o coacciones en el ámbito familiar.

Precisamente en estos casos las víctimas, y como se dijo casi siempre únicos testigos, se encuentran inmersas en una situación especial de muy clara vulnerabilidad, derivada de una relación sentimental extendida en el tiempo y caracterizada por las notas de sumisión y dependencia emocional, y hasta económica, que en muchos casos disminuye muy notablemente una efectiva libertad de decisión en este ámbito. Además de lo dicho, la experiencia demuestra la realidad de presiones e intimidaciones sobrevenidas tras la denuncia inicial dirigidas a evitar su testimonio, e incluso el anuncio de futuras represalias o el ejercicio de amenazas con esa finalidad. Por

consiguiente, la consideración de un mero respeto formal del tenor legal puede en realidad contradecir de facto la finalidad de protección que justifica la dispensa.

Cuando la víctima se niega a mantener ante el Juzgado de Instrucción o en el juicio oral la declaración inculpativa hacia su agresor que previamente realizó en las dependencias policiales en el momento de formular la denuncia, se produce en la mayoría de los casos una ausencia total de prueba de cargo. Nos encontramos así ante una situación de enfrentamiento entre la búsqueda de la verdad material sobre los hechos que han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento, y la consideración formalizada del proceso penal, presidida por los principios de legalidad procesal y el derecho fundamental al proceso debido²⁶.

A) Postura doctrinal que mantiene la inaplicabilidad de la dispensa en el ámbito de la violencia de género cuando es la propia víctima quien denuncia espontáneamente y pide protección.

Al enfrentarse a este relevante problema, se ha mantenido doctrinalmente que resulta directamente inaplicable la dispensa a declarar en los casos de violencia de género, distinguiendo la situación del testigo que es tercero a los hechos de aquellos casos en los que el testigo es la propia víctima que ha formulado la denuncia inicial del proceso, denuncia que según esta tesis implica una renuncia tácita a acogerse a la dispensa del art. 416.1º citado.²⁷ La víctima-testigo tiene que asumir en el proceso penal un tratamiento distinto del testigo que interviene como tercero que conoce de los hechos, pues la víctima que ha formulado la denuncia renuncia tácitamente a la posibilidad de acogerse al amparo del art. 416.1º de la LECrim.

Ya se expuso que más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1º 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. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. El art. 416.1º examinado no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1º protege es su capacidad para guardar silencio y sustraerse a la condición de obligado colaborador en

²⁶ “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”. Juan Luis Ortega Calderón. La Ley Año XXVIII. Número 6820. 14 de noviembre de 2007.

²⁷ “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim.): ¿es necesaria una reforma legal?”. Vicente Magro Servet. La Ley. Año XXVI. Nº 6333. 5 de octubre de 2005.

la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría.

Resultaría un fraude de ley utilizar el ejercicio de ese derecho para convertir por vía de hecho un delito público perseguible de oficio, en el que el perdón del ofendido no es causa de extinción de la responsabilidad criminal, en una especie de delito estrictamente privado en el que dicho perdón sí sería eficaz para extinguir la responsabilidad penal.

En este mismo sentido, entre las Conclusiones del Seminario “La Dispensa de la obligación de declarar del art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal” celebrado en la sede de formación del CGPJ durante los días 20 a 22 de Mayo de 2009, se entendió que la denuncia espontánea excluye la necesidad de que se tenga que proceder a leer el art. 416.1º LECrim., con cita de la sentencia del TS de 2 de febrero de 2008. Dado el fundamento de la dispensa, que está dispuesta en exclusiva protección del testigo, resulta perfectamente razonable que pudiera quedar excluida cuando es el propio testigo quien ha resuelto poner en marcha con la formulación de su denuncia la persecución misma del delito y de su autor, pudiendo entenderse que, en tales casos, el fundamento de la dispensa se amortigua llegando incluso a desaparecer²⁸.

La sentencia de 21 de diciembre de 2012 nº 1010 se aproxima a esta perspectiva al referirse a los supuestos que ofrezcan rasgos de interferencia en el testimonio que denoten una situación de ausencia de libertad, o cuando el Tribunal aprecia que la testigo presenta rasgos o actitudes que hagan sospechar la existencia de amenazas o que, de cualquier forma, se sienta atemorizada; en esta situación deben adoptarse medidas excepcionales de esclarecimiento de tales circunstancias y, en su caso, de protección para la declarante, pudiéndose encontrar entonces justificada la negativa a otorgar valor a su decisión no plenamente voluntaria de no declarar. Pero no siendo éste el caso, toda vez que ni la Audiencia hace referencia concreta a ello ni parece compadecerse una tal interpretación con el dato de que la testigo asistiera al acto del Juicio oral acompañada de un Letrado por ella designado para su asesoramiento, resulta evidente que la dispensa se ejerció también desde las exigencias de la íntegra capacidad y libertad, necesarias para su plena validez.

²⁸ En dicho Seminario se trató además la conveniencia de una propuesta de reforma de los artículos 261 y 416 de la LECrim., siguiendo el criterio del ordenamiento italiano, en el sentido de excluir tanto la potestad de no denunciar como la de no declarar en los casos en que el delito juzgado sea de malos tratos, en un concepto amplio que incluya los tipos de lesiones, amenazas, coacciones y agresiones sexuales, de manera que en dicho ámbito, sin diferenciar entre testigos no víctimas y testigos víctimas, todos estén obligados a decir la verdad. Se plantea también, que la mujer que ya renunció a su derecho a declarar contra su pareja, no vuelva a disponer de ese derecho a lo largo del mismo procedimiento.

La perspectiva que examinamos ha contado con apoyos relevantes en el ámbito jurisprudencial²⁹. Así, el criterio mantenido por la sentencia de 18 de diciembre de 1991, al señalar que no resulta necesaria la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional, doctrina que encontró seguimiento en la sentencia de 6 de abril de 2001 n° 662, en cuanto afirma que "cuando el testigo que se encuentre vinculado con el inculpado en la forma prevista en dicha disposición se presente espontáneamente ante la autoridad, de tal manera que su renuncia al ejercicio de la facultad otorgada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. La expresión concluyente de la renuncia, cabe agregar, se debe apreciar especialmente en los casos que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima".

La muy conocida sentencia de 27 octubre de 2004 n° 1225, viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1° es que medie la obligación de declarar; y razona que en el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue la víctima quien espontáneamente acudió a la comisaría denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene.

En el mismo sentido el auto del TS de 29 de marzo de 2006 n° 687 reitera la doctrina expuesta de que en una situación como la que se contempla, en la que la víctima hija menor del acusado es la que espontáneamente denuncia los hechos, poniendo en marcha el procedimiento penal, las prevenciones del art. 416.1° son superfluas y su omisión no tiene ninguna relevancia.

Por su parte, la sentencia de 12 de julio de 2007 n° 625 avanza un paso más al señalar que el artículo 416.1° de la LECrim. establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los son perjudicados y respecto de los que acuden a la Policía en busca de protección. Se distinguen las situaciones del llamamiento del testigo por la autoridad policial o judicial del caso en el que es el propio testigo víctima quien acude espontáneamente a denunciar. La sentencia de 20 febrero de 2008 n° 101 pese a que declaró la nulidad de las declaraciones efectuadas por la testigo incluida en el ámbito del art. 416.1° sin que fuera advertida de su derecho, también viene a precisar con meridiana claridad que: "resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la "notitia criminis", se indaga el delito".

²⁹ La Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid especializada en Violencia de Género había venido manteniendo este criterio con anterioridad al Pleno del TS de 24 de abril de 2013, al que se hará referencia más adelante.

También la sentencia de 23 de marzo de 2009 n° 319 recoge que en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia "advierde claramente su voluntad espontánea de declarar" (Sentencia de 8 de marzo de 2006 n° 326), y reitera la doctrina de la citada sentencia de 12 de julio de 2007 n° 625.

Por su parte, la extensa sentencia de 26 de enero de 2010 n° 17 indica que la afirmación de que es unánime la jurisprudencia que niega validez al testimonio de cargo prestado por un cónyuge o pariente del imputado sin previa información de su derecho a no declarar, ha sido revisada por la actual doctrina jurisprudencial en aquellos casos en los que el testigo es a la vez la víctima de los hechos y que ha venido siendo consecuencia de conductas criminales que se producen en el ámbito familiar. Y se remite al auto de 29 de marzo de 2006 n° 687, y a las sentencias de 27 de octubre de 2004 n° 1225, 12 de julio de 2007 n° 625 y 20 de febrero de 2008 n° 101.

Así, se estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1° de la LECrim., que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1° establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto.

Finalmente, la reciente sentencia de 23 de junio de 2016 n° 557, a la vez que declara la nulidad de la declaración de la persona concernida que declara sin haber sido instruida de la dispensa, enseña que cuestión diferente es cuando la persona con dispensa de declarar es igualmente víctima del delito en cuyo caso la espontánea denuncia que efectúe es válida y no exige la previa información de su derecho de dispensa de declarar.

Es relevante analizar la doctrina constitucional sentada en la sentencia 94/10 de 15 de noviembre³⁰. Enseña que el Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación

³⁰ Conforme a lo dispuesto en el Artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Es claro que igual alcance vinculante tienen las resoluciones que delimitan el contenido de un derecho fundamental desde el punto de vista positivo, como las que lo hacen negativamente, es decir, expresando que determinados supuestos no están comprendidos en su ámbito.

de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim. los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim., reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (Sentencias de 6 de abril de 2001 n° 662; 27 de octubre de 2004 n° 1225; 22 de febrero de 2007 n° 134; 10 de mayo de 2007 n° 385; 12 de julio de 2007 n° 625; 20 de enero de 2009 n° 13; 27 de enero de 2009 n° 31; 10 de febrero de 2009 n° 129; y 26 de marzo de 2009 n° 292).

En el caso que nos ocupa es preciso distinguir entre la declaración de la demandante de amparo y la de su hija. Por lo que se refiere a esta última ningún reproche cabe efectuar, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical al no haber sido expresamente advertida por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar.

En efecto, en modo alguno cabe tildar de irrazonable, arbitraria o formalista la decisión del órgano judicial de apelación, pues ciertamente la hija de la recurrente en amparo no fue informada por el órgano judicial de dicha dispensa, quien se limitó a preguntarle si quería declarar, sin que exista dato o elemento alguno del que pueda inferirse que la testigo era conocedora de la posibilidad de aquella dispensa, ni conste actuación alguna por su parte que evidenciase de manera concluyente que renunciaba a la misma. A estos efectos ninguna objeción cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la decisión del órgano judicial de considerar insuficiente el hecho de que la hija contestase afirmativamente a la pregunta del órgano judicial sobre si quería declarar y que efectivamente prestase declaración contra su padre, pues de este elemento fáctico, único existente respecto a dicha testigo, no puede inferirse de manera indubitada que conociera la facultad de dispensa que le confería el art. 416.1º en relación con el art. 707, ambos de la LECrim., y que renunciase a ella.

Sin embargo es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416.1º de la LECrim. En efecto, siendo sin duda exigible y

deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416.1º LECrim., lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416.1º LECrim. cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416.1º LECrim.

A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416.1º de la LECrim. resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el ius ut procedatur del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad.

Como se advierte, no se descarta la posibilidad de entender que la presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, como expresión concluyente de la voluntad de renunciar cuando se trata de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima, aunque en este caso se atienda a un supuesto de personación y actuación procesal en calidad de acusación particular.

Pero sobre todo, es relevante el entendimiento de que la decisión que se adoptó de tener por no realizada como prueba testifical la declaración de la víctima en el acto del juicio se sustentó en una interpretación desproporcionada y "...ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1)" que con toda obviedad comprende el derecho a valerse de las pruebas pertinentes³¹.

³¹ Que el derecho a la tutela judicial implica el derecho a valerse de las pruebas pertinentes lo ha reconocido invariablemente el TS en relación a la acusación pública; así las sentencias, entre las más recientes, de 17 de marzo de 2015 nº 147, 18 de marzo de 2015 nº 153, 1 de abril de 2015 nº 186, 13 de julio de 2015 nº 474, 21 de abril de 2016 nº 341, 8 de noviembre de 2016 nº 841 y 15 de febrero de 2017 nº 85. Por su parte, la sentencia de 8 de abril de 2008 nº 164 indica que si el tribunal no se ajusta a

B) Tratamiento jurisprudencial.

a) Sólo cabe apreciar un supuesto de renuncia a ampararse en la dispensa cuando la víctima se ha personado como acusación particular.

Ya se ha mencionado el muy relevante Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 24 de abril de 2013, que ha querido zanjar la cuestión debatida, ya que en relación a esta materia se acordó lo siguiente: “La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 de la LECrim. 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”, lo que en principio sólo puede entenderse en el sentido restrictivo de que únicamente en estos casos cabe entender que existe una renuncia a la dispensa.

En este sentido se pronuncia la sentencia de 21 de diciembre de 2012 nº 1010 al declarar expresamente la superación de la doctrina que señalaba la innecesariedad de la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional.

Y la sentencia de 14 de julio de 2015 nº 449 entiende que el hecho de la personación como acusación particular da lugar a una verdadera novación del status al de testigo ordinario. Se refiere a la validez que puede tener la declaración inculpativa de la víctima sobre su agresor sin haber sido previamente advertida de su derecho a no declarar. Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala no fue uniforme, contabilizándose diversas sentencias que llegaban a resultados diversos que no es el momento de citar, porque con la finalidad de dar seguridad jurídica a través de una interpretación uniforme acerca de esta cuestión, el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013 en relación a la interpretación que deba dársele a la exención de declarar prevista en el art. 416.1º de la LECrim. constituye la posición definitiva de la Sala en este aspecto, como último intérprete de la legalidad penal y procesal ordinaria, al decidir como excepción tan sólo los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

lo establecido en el art. 416.1º y realiza la advertencia a una testigo que no está comprendida en dicho precepto, frente a la regla general del art. 410 de la LECrim., comete un infracción que supone la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.2 CE, pues el Ministerio Fiscal ha sido privado ilegalmente de una prueba que pudo ser fundamental para la de la existencia de los delitos objeto de la acusación, bien por el contenido de la declaración en sí, bien por su puesta en relación con las sumariales; cercenación de medios probatorios que ha originado indefensión en orden a las pretensiones punitivas. Por esta razón, se declara la nulidad de la sentencia recaída y que el procedimiento se retrotraiga al comienzo de las sesiones del juicio oral, que deberá repetirse ante tres nuevos magistrados.

Las sentencias de 26 de abril de 2013 nº 303 y de 30 de Octubre de 2013 nº 854 aplicaron dicha doctrina, siendo de señalar que en caso de omisión de la información de la dispensa de declarar ex. art. 416.1º LECrim. a la persona concernida, ello no llevaría sic et simpliciter a la nulidad del juicio, y sí solo a la de dicha declaración, por lo que la condena podía ser mantenida de existir otras pruebas de cargo suficientes. Se aborda el caso de la víctima, compañera sentimental del agresor, que ejerció la acusación particular contra el mismo en el proceso penal iniciado en virtud de su denuncia, si bien antes del plenario renunció al ejercicio de las acciones civiles y penales. En esta situación, su declaración inculpativa en el plenario, coincidente con la efectuada en la instrucción, es válida y perfectamente valorable ya que por el ejercicio de la acusación particular contra el agresor, aunque luego se apartara del proceso, se convirtió en persona exceptuada de la posibilidad de no declarar ex art. 416. En consecuencia, y si bien es cierto que en el inicio de la causa penal no se le informó de su derecho a no declarar, el posterior ejercicio de la acusación particular le novó su status al de testigo ordinario, que mantuvo aún después de que renunciara al ejercicio de dicha acusación, por lo que su declaración en el plenario tuvo total validez aunque no fuese expresamente instruida de un derecho al que ella misma había renunciado al personarse como acusación particular³².

Pese a las antedichas expresiones, no aparece en absoluto con la claridad pretendida la superación de la doctrina expuesta, en tanto las sentencias citadas de 26 de enero de 2010 nº 17, 11 de diciembre de 2015 nº 806 y 23 de junio de 2016 nº 557 (estas dos últimas de fecha posterior al citado pleno), a la vez que deciden la nulidad de la declaración de la persona concernida que declara sin haber sido instruida de la dispensa, continúan manteniendo que cuando la persona con dispensa de declarar es igualmente víctima del delito, la espontánea denuncia que efectúe es válida y no exige la previa información de su derecho de dispensa de declarar.

No es en absoluto contraria a la lógica la consideración de que la denuncia espontánea por parte de una persona que ha sido objeto de una agresión a la que intenta poner fin, y que acude en petición de la necesaria protección y auxilio a los poderes públicos, configura un acto concluyente de renuncia a su derecho a no declarar, incluso aunque ignore la existencia de la dispensa, precisamente porque el hecho de denunciar es mucho más intenso y fuerte que el de renunciar al derecho a no declarar. La formulación de una denuncia es el inequívoco ejercicio de un acto de voluntad, usualmente de gran dificultad dado el contexto de sumisión en que se produce, y que significa indudablemente la expresión de un deseo de persecución penal y de auto protección; se trata de una conducta inequívoca. Desde una perspectiva material, quien solicita la presencia de la Policía en su defensa, o quien acude voluntariamente a formular una denuncia en la Comisaría, explícita través de actos externos y

³² Sin embargo, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 23 de enero de 2018, relativo al alcance de la dispensa del artículo 416 de la LECrim., ha dejado sin efecto esta consideración al decidir: “No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”.

concluyentes que no está sujeto al conflicto interno que el art. 416.1º trata de precaver, y es obvio que quien denuncia voluntariamente, por tanto pudiendo evitarlo, supera la posibilidad de no hacerlo. Exigir después una expresión meramente formal de renuncia es una pretensión meramente ornamental e incoherente con lo que se está escuchando, y además contraproducente en un contexto en el que no impera precisamente la libertad de elección.

Es claro que es una situación absoluta y cualitativamente distinta de la que ostenta quien es llamado por la autoridad o por el órgano judicial en el curso de una investigación ya abierta sin su concurso. En tal caso, sí que es claramente razonable exigir una información acabada y cumplida de su derecho a no declarar.

b) El incumplimiento de la advertencia conlleva la nulidad de la declaración, sin comunicación a las restantes pruebas.

Se viene afirmando usualmente que para renunciar al ejercicio de un derecho es preciso informar de que se dispone del mismo, ya que nadie puede renunciar a algo que desconozca. De este modo es necesario que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, y la expresión concluyente de la renuncia se debe apreciar especialmente en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima.

Dado que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley sin la previa advertencia prevista en el artículo 416.1º de la LECrim., se viene afirmando que deben reputarse nulas al no haber sido prestadas con todas las garantías, y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que el testigo ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.

Ya desde la sentencia de 28 de noviembre de 1996 nº 947 el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la declaración inculpatória del pariente sin advertir de la dispensa. En el mismo sentido, la de 2 de noviembre de 2004 nº 1228, si bien explicitando que dicha nulidad no se comunica a las restantes pruebas. El derecho a un juicio justo y con todas las garantías que ya había sido incluido por nuestros legisladores del siglo XIX, adquiere una relevancia constitucional por la doble vía de dicho texto y de la incorporación a nuestro acervo legal de los principios garantistas de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. El limpio proceso que exige la cultura democrática, tiene que desarrollarse sin que se utilicen ventajas o se aproveche material probatorio traído de manera irregular al proceso. Por ello, sin ningún género de dudas, estas declaraciones iniciales deben ser expulsadas del elenco probatorio sin que ello, como es lógico, afecte en nada al resto de las pruebas de que se dispuso.

La sentencia ya citada de 2 de noviembre de 2004 nº 1228, reiterando la anterior, si bien declaró la nulidad de la declaración no entendió que dicha nulidad se comunicara a las restantes pruebas. Como se dijo, sustentó la nulidad en el derecho a un juicio justo y con todas las garantías.

La sentencia de 20 de enero de 2009 nº 13 enseña que las declaraciones prestadas sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECrim., en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.

En la misma doctrina insiste la sentencia de 5 de marzo de 2010 nº 160 al establecer la nulidad de declaración como consecuencia de la vulneración del deber que impone el art. 416.1º de la LECrim., y añade además que las manifestaciones de carácter inculpatario hechas por la posible víctima a los facultativos que la examinen carecen valor probatorio de cargo por falta de garantías. Se trataba un supuesto en el que consta que la denunciante manifestó su deseo de retirar la denuncia y reanudó la convivencia con el acusado

Es particularmente relevante la extensa sentencia de 21 de diciembre de 2012 nº 1010, en cuanto, como ya se dijo, declara expresamente la superación de la doctrina que señalaba la innecesariedad de la advertencia cuando es el testigo mismo quien pone en marcha con su denuncia o querrela la actividad jurisdiccional. Se refiere a las sentencias de 28 de noviembre de 1996, 18 de abril de 1997, 17 de diciembre de 1997 y 26 de mayo de 1999 que entendieron que es obligación del Juez instructor de un proceso penal advertir a los testigos que se encuentren dispensados de la obligación de declarar por ser pariente del acusado con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula. Este criterio se ha mantenido en la sentencia de 20 de febrero de 2008 nº 101, al declarar la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: 1) Las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416.1º LECrim. no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores; 2) La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. Así en tales casos el Tribunal debe

verificar si con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Las sentencias de 26 de abril de 2013 nº 303 y de 30 de Octubre de 2013 nº 854 señalan que la omisión de la información de la dispensa de declarar ex. art. 416.1º LECrim. a la persona concernida, no llevaría sic et simpliciter a la nulidad del juicio y sí solo a la de dicha declaración, por lo que la condena podía ser mantenida de existir otras pruebas de cargo suficientes.

Por último, la sentencia ya citada de 14 de julio de 2015 nº 449 en caso de omisión de la información de la dispensa de declarar a la persona concernida, declara que no conlleva sin más la nulidad del juicio, y sí solo la de la declaración, por lo que la condena puede mantenerse si existen en la causa otras pruebas de cargo suficientes.

c) **Nulidad de la declaración que conlleva la aplicación del art. 11.1 de la LOPJ.**

Un cambio de consideración sustancial se ha producido en determinadas resoluciones del Tribunal Supremo, bien que no mayoritarias, que vienen aplicando en estos supuestos la previsión del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor **"no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales"**³³.

Los precedentes del precepto mencionado pueden encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/82 de 26 de junio, y especialmente en la fundamental STC 114/84 de 29 de noviembre. Las sentencias 111/11 de 4 de julio y 126/11 de 18 de julio explicitan la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental, de manera que concurra una necesaria ligazón con un derecho de esa naturaleza o con una libertad³⁴.

³³ Este criterio se invoca en la Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género, aprobada por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género, del Consejo General del Poder Judicial, en julio de 2008, en la que se sostiene que "la consecuencia de no hacer al testigo que se encuentre en dicho supuesto dicha advertencia (artículo 416.1º), debería ser la de prohibición de valoración de dicha prueba, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

³⁴ Vid. en el mismo sentido las sentencias del TC 239/99 de 20 de diciembre, 165/05 de 20 de junio, 26/06 de 30 de enero, 136/06 de 8 de mayo, 49/07 de 12 de marzo, 70/07 de 16 de abril, 66/09 de 9 de marzo, 197/09 de 28 de septiembre, 142/12 de 2 de julio. También la STEDH de 30 de mayo de 2017, caso Trabajo Rueda contra España, en un supuesto de acceso a archivos de ordenador sin autorización judicial; se constata que la policía no solo verifica los datos objeto de la denuncia, sino que examina otros ficheros, como el "incoming" del programa Emule, sin haber obtenido autorización judicial a pesar de que no existía una "necesidad urgente" de examinar tales archivos por ausencia de riesgo de su desaparición de los archivos, por lo que se produjo una vulneración del art. 8 de la Convención.

La LOPJ refrenda la postura jurisprudencial de rechazo total de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales mediante su nulidad radical, ya que la admisión en el proceso de una prueba así supondría infracción del art. 24.2 de la CE, en tanto que no sería una prueba pertinente. Al disponer la prohibición de la prueba constitucional ilícita y también de su efecto reflejo, se busca otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal. Por consiguiente, la prohibición alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se haya vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido lícitamente, se basan, apoyan o derivan de la anterior, pues sólo de este modo se asegura que la prueba ilícita inicial no surta efecto alguno en el proceso.

Efectivamente, prohibir el uso directo de estos medios probatorios pero tolerar su aprovechamiento indirecto constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales en cuanto pudieran surtir efecto por vía indirecta. Por eso, en palabras del TC, “aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el Estado de Derecho que la Constitución instaura exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso” (STC 114/84 citada).

En el sentido expuesto, se puede invocar la sentencia del TS de 10 de mayo de 2007 nº 384, en cuanto declara como prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía sin haber sido advertida ni de la exención del deber de denunciar, ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que tal omisión acarrea la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado.

La sentencia de 10 de mayo de 2007 nº 385, con cita de la de 6 de abril de 2001 nº 662, no sólo declara la carencia de todo efecto de la declaración prestada sin la debida advertencia, sino que afirma que al haber infringido el art. 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determina los efectos reflejos del art. 11.1 de la misma, pues afectaba al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Todo lo instruido carecía de la base de una denuncia en forma legal, con todas sus consecuencias, de modo que la nulidad de la denuncia irradia sus efectos sobre el resto del material practicado en diligencias sumariales, pues no debió abrirse el juicio oral.

En el mismo sentido la de 28 de enero de 2009 nº 294 entiende vulnerada la inviolabilidad de domicilio al tener el registro practicado origen en la declaración de la esposa hecha sin advertencia de su derecho a no declarar.

Y la de 19 de mayo de 2017 nº 367, en un caso de abusos sexuales a una menor, censura que la menor fue oída sobre los hechos denunciados por la Fiscal, por el Juez de

Instrucción, y por las psicólogas que la entrevistaron, sin que en ninguno de los casos se le advirtiera de que le asistía el derecho de acogerse a la dispensa de declarar del art. 416.1º LECrim., de donde se sigue que, de conformidad con lo resuelto en las sentencias de 30 de noviembre de 2005 nº 1421, de 10 de mayo de 2007 nº 385 y de 28 de marzo de 2017 nº 209, y, en particular en la de 21 de diciembre de 2012 nº 1010, con amplias referencias jurisprudenciales, las manifestaciones de carácter inculpatario vertidas de ese modo están afectadas de nulidad y no debieron ser utilizadas con fines de prueba, con exclusión de otras fuentes de prueba de las que hubieran podido seguirse elementos de cargo susceptibles de ser tomados en consideración como tales.

C) Consideración como actos procesales meramente irregulares.

Uno o varios actos procesales son nulos cuando en su realización no se han observado todos o algunos de los requisitos que las leyes procesales establecen como esenciales para que lleguen a producir la totalidad de sus efectos jurídicos. Por consiguiente, es claro que no cualquier omisión o quebrantamiento de algún presupuesto o requisito procesal del acto es bastante para dar lugar a su nulidad, sino que es necesario atender a la importancia y trascendencia del requisito omitido o quebrantado, y a la gravedad de sus consecuencias.

Se ha venido imponiendo progresivamente una concepción de las normas procesales como auténticos instrumentos, de manera que la hermenéutica en este ámbito jurídico hace especial hincapié en la consideración de la finalidad de las mismas, proponiendo un sentido flexible y no rigorista, incluso de los actos judiciales que no cumplen los requisitos legales, si se alcanza el fin que persiguió la norma procesal al establecerlos (vid arts. 240.1 y 241 de la LOPJ).

Las categorías de actos nulos proceden de la teoría general del derecho, y a salvo de los actos inexistentes, se concretan en las de nulidad radical, anulabilidad y mera irregularidad. En el ámbito de la prueba las dos primeras tienen como consecuencia común la expulsión del proceso de la fuente de prueba afectada. Dentro del concepto de nulidad radical se deben comprender las actuaciones procesales llevadas cabo con infracción de un derecho fundamental, que además expulsan del proceso las pruebas directa o indirectamente vinculadas, como ya se expuso.

El art. 238 de la LOPJ se ocupa expresa y decididamente de la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, y tipifica tres causas concretas, si bien refiriéndose únicamente a los actos judiciales y no de las partes: "Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1º. Cuando se produzcan con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional. 2º. Cuando se realicen bajo violencia o bajo intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave. 3º. **Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de**

audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”.

En primer lugar, es necesario resaltar la dificultad que entraña la determinación de cuáles sean las normas esenciales del procedimiento. En segundo lugar es preciso atender a la discusión sobre si el n° 3° del precepto transcrito engloba y recoge dos sub apartados distintos, el quebrantamiento de las normas esenciales por un lado, y la violación de los principios de audiencia, asistencia y defensa, por otro.

Lógicamente, quiénes sostengan que el art. 238.3° citado contempla un motivo único, exigirán siempre la nota de la indefensión. El problema persiste exclusivamente para las posturas de quiénes entiendan que se trata de dos sub apartados diferenciados. No se encuentra un análisis dogmático de esta cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en algunos casos transcribe al aplicarlo el art. 238.3°, y en otros se refiere y relaciona la exigencia de indefensión globalmente con ambos apartados del precepto citado -si se puede entender que se trata de dos motivos distintos-, pero sin razonar expresamente sobre este problema.

Ciertamente, cabe sostener la realidad de infracciones de normas esenciales del procedimiento que configuran garantías objetivas del proceso y respecto de las que no es necesario exigir una consecuencia concreta de indefensión; así ocurre con las exigencias de predeterminación del órgano judicial y de su imparcialidad; y de respeto a los principios acusatorio, de publicidad e inmediación, que configuran el entramado esencial del proceso, y respecto de las que no es precisa una concreta consecuencia de indefensión entendida como la privación de la posibilidad de alegar y probar.

En relación a la infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, sólo acarrearán la consecuencia fuerte de nulidad del acto si han producido indefensión a la parte afectada. Por consiguiente, puede darse el supuesto de actos procesales que desconozcan las normas de procedimiento o imposibilitados para alcanzar su fin, y que resulten sin embargo reducidos a un mero supuesto de irregularidad por no causar indefensión a las partes. Se trata de actos que establecen los trámites y procedimientos para realizar una eventual derecho procesal en los que la mera infracción de la ley no acarrea la nulidad en el caso de que la parte afectada no se dispusiera a ejercitar tal derecho. Un ejemplo muy característico de esta consideración se encuentra en el régimen de las causas de recusación, directamente dirigidas a preservar la imparcialidad subjetiva y objetiva del órgano judicial³⁵.

³⁵ La formulación de la recusación debe realizarse en tiempo y forma, de acuerdo con lo dispuesto en el plazo perentorio de 10 días establecido en el art. 223.1.1° de la LOPJ. Es preciso considerar el principio general del carácter de orden público de las reglas y normas procesales, que implican la estricta sujeción del órgano judicial y de las partes a la ley procesal, que no es en modo alguno disponible (Sentencias del Tribunal Constitucional 165/96 de 28 de octubre, 130/02 de 3 de junio y 12/11 de 28 de febrero). La aplicación de este principio en este ámbito se concreta en la necesidad de que la recusación se formule e invoque en el momento oportuno, que lo es aquel en que se tuvo conocimiento de la concurrencia de la eventual causa de recusación, y desde luego, nunca después de comenzado el juicio oral. Como enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017 núm. 583/17, no es admisible esperar al inicio del

De esta manera, el concepto de indefensión, junto con el de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art 240.1 de la LOPJ, se erige en elemento decisivo y trascendental que cobra singular relieve por su naturaleza y alcance constitucional. La constante jurisprudencia constitucional ha configurado inequívocamente la indefensión como aquélla limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, se trata de una real y efectiva privación o limitación del derecho de defensa como directa consecuencia de una acción u omisión del órgano judicial. La exigencia de que la privación del derecho de defensa sea real y material implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando cómo se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

Como ya se dijo, la aplicación de esta doctrina al ámbito de la obtención de las fuentes de prueba presenta una particular significación en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga al rechazo total de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales mediante su nulidad radical, y también de las obtenidas lícitamente pero que derivan de las anteriores. Ahora bien, entiendo que es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. La nulidad de la prueba prohibida y su eficacia contaminante está circunscrita a los casos en que resulten vulnerados los derechos fundamentales recogidos en la Sec. 1ª, Cap. 2, Tít. I de la Constitución, y no resulta aplicable a los supuestos de la mera infracción de normas de legalidad ordinaria. La prueba declarada irregular y nula por contradecir la legalidad ordinaria carece de los efectos de contaminación a distancia que se predica de la prueba prohibida como obtenida con infracción de los derechos fundamentales. En definitiva, la prueba irregular es en sí misma inadmisibles, pero admite subsanación en determinadas circunstancias no ínsitas en irregularidad misma, y sobre todo, no envenena las demás pruebas legalmente obtenidas que con ella se relacionen, permitiendo en todo caso, que los datos aportados sean corroborados o acreditados por esas otras pruebas.

En este caso se viene afirmando que la exención de declarar tiene naturaleza constitucional por razón de su mención en el art. 24.2º, último inciso, de la Constitución. Así lo expresa la sentencia de 14 de julio de 2015 nº 449, pero sin desarrollar dicha afirmación. Ciertamente, el derecho del testigo a no declarar en los casos que reseña el precepto tiene el carácter de un derecho fundamental establecido en

juicio oral para hacer valer un motivo de recusación fuera de los cauces y plazos establecidos en la LOPJ. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias, entre las más recientes, de 3 de mayo de 2001, 2 de junio y 12 de julio de 2004, 27 de abril, 9 de junio y 19 de diciembre de 2005, 4 de julio de 2006, 29 de enero de 2009, 6 de julio y 5 de septiembre de 2017. E igualmente las sentencias del Tribunal Constitucional 140/04 de 13 de septiembre, 116/06 de 24 de abril, 190/06 de 19 de junio, 28/07 de 12 de febrero, 60/08 de 26 de mayo, 116/08 de 13 de octubre, 205/13 de 5 de diciembre y 178/14 de 3 de noviembre, que exponen como no cabe apreciar la lesión al derecho al juez imparcial si el recurrente tuvo ocasión de plantear tempestivamente la recusación y no lo hizo.

la Constitución, pero es en este caso esencial la particular característica de encontrarse establecido en su exclusiva protección.

Las decisiones que vienen aplicando al art. 11.1 de la LOPJ se limitan a afirmar el derecho a un juicio justo, derecho como tal incuestionable, pero sin fundamentar por qué la omisión de la información sobre la dispensa afecta al derecho del acusado a un juicio de tales características. No es suficiente con el hecho de que el art. 24.2 se refiera al supuesto del secreto familiar. No cabe trasladar una elaborada doctrina sustanciada en relación a la obtención de fuentes de prueba derivadas de actos de injerencia en los derechos fundamentales del propio acusado o acusados, sustancialmente el secreto de las comunicaciones, de la correspondencia o la inviolabilidad del domicilio, es decir, actuaciones que activa y positivamente configuran una limitación de los derechos fundamentales de los que es titular, a este caso en el que exclusivamente se defienden intereses personalísimos de un tercero.

La aplicación generalizada de la interpretación jurisprudencial examinada debería llevar a la consideración de que cualquier infracción de una norma procesal atinente a un medio probatorio exigiría su exclusión del proceso sin más, y además la exclusión de las pruebas directa o indirectamente derivadas, en cuanto la incorporación al proceso de pruebas con infracción de la legalidad afectaría al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Esta postura (sostenida en la sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 1990 caso Wassink, que declaró violado el art. 5.1 de la CEDH al oír el Juez a varias personas sobre prolongación del internamiento de un individuo en un psiquiátrico en ausencia del Secretario, con lo que se infringió el procedimiento establecido por la ley), considera indiferente el rango de los derechos vulnerados en la obtención de la prueba, pues toda infracción de las normas procesales en la materia implicaría el desconocimiento de los arts. 24.2 y 14 de la CE, en cuanto reconocen los derechos a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes, por lo que de todas formas la valoración de la prueba estaría constitucionalmente prohibida. Pero no es esta la interpretación seguida en nuestra jurisprudencia³⁶.

Así, en esta materia es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y también sus límites constitucionales, pues como dice la STC 159/86 de 16 de diciembre, es cierto que los derechos y libertades fundamentales “no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que han de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. Tanto las normas de libertad

³⁶ Un ejemplo interesante se contempla en relación a la eventual comunicación de los testigos entre sí que se encuentra proscrita en el art. 704 de la LECrim.; la desatención a dicho precepto no priva de eficacia la prueba, pues no comprende una regla absoluta y su naturaleza es meramente cautelar y preventiva, por cuya razón su incumplimiento, si bien puede alertar a los órganos jurisdiccionales en la valoración de las pruebas practicadas a su presencia, no supone una sanción de nulidad, incluso en supuestos en los que un testigo permaneció en el interior de la sala antes de su declaración (Sentencias del Tribunal Supremo 6 de febrero y 26 de marzo de 2001, 15 y 18 de febrero y 27 de marzo de 2002, 8 de noviembre de 2004, 23 enero de 2007, 22 septiembre de 2010, 14 octubre de 2011, 23 de diciembre de 2013, 25 de noviembre y 1 de diciembre de 2016 y 27 de marzo de 2017). Precisamente a tal conclusión se llega en atención a la finalidad de la norma.

como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la CE como fundamento de orden político y de la paz social. Especial relevancia adquiere, en este orden de cosas, el interés constitucionalmente legítimo de averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa encomienda específicamente el art. 124.1 CE al Ministerio Público”. Sólo a partir de esa doble consideración podrá llegar a determinarse si el proceso penal en el que se haya valorado una prueba obtenida a partir de otra que contravenía las exigencias de un derecho fundamental ha sido o no, desde la perspectiva constitucional, un proceso justo por indemnidad de los derechos a un proceso con todas las garantías y de presunción de inocencia (TEDH, sentencia de 12 de julio de 1988, caso Shenk; fundamento 1, A).

En este contexto de rechazo de una aplicación generalizada e indiscriminada, las sentencias del TS de 4 de abril de 2002 nº 588, 6 de mayo de 2002 nº 793 y 15 de diciembre de 2016 nº 934, se refieren a la necesidad de valorar los siguientes elementos:

1º. La índole o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera.

2º. El resultado conseguido con esa prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de esta prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita.

3º. Si existían otros elementos, fuera de esa prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que pudo saberse por la práctica de tal prueba inconstitucional.

4º. Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración de modo que ésta pudiera quedar en la clandestinidad.

5º. Por último, la actitud anímica de quien o quienes fueran causantes de esa vulneración, concretamente si hubo intención o sólo un mero error en sus autores, habida cuenta de que el efecto disuasorio, uno de los fundamentos de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucional, tiene menor significación en estos casos de error.

En la línea expresada es necesario además atender a la doctrina sentada en la sentencia recaída en relación al llamado caso Falciani, de 23 febrero de 2017 nº 116, citada y asumida en la reciente sentencia de 27 de junio de 2018 nº 311, expresando ambas la necesidad de huir de fórmulas estereotipadas con vocación de adaptabilidad a

todos y cada uno de los supuestos que puede ofrecer la realidad. En efecto, la fórmula que acoge el art. 11 de la LOPJ «... aconseja huir de interpretaciones rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la indispensable adaptación al caso concreto. Y esa rigidez despliega similar efecto pernicioso, tanto cuando se erige en injustificada regla de exclusión, como cuando se convierte en una tolerante fórmula para incorporar al arsenal probatorio lo que debió haber sido excluido». Y resaltan que la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito; todo ello dado que el principio de contradicción y los derechos de defensa y a no declararse culpable van más allá de un enunciado constitucional puramente formal. No son ajenos a una genuina dimensión ética, que pone límites a la capacidad de los poderes públicos para restringir derechos fundamentales y que, precisamente por su vigencia, han de operar un efecto disuasorio y excluyente frente a la tentación del Estado de eludir las garantías constitucionales”.

Más aún, se afirma también que las reglas de exclusión probatoria se distancian de su verdadero sentido cuando no tienen relación con la finalidad que está en el origen mismo de su formulación. De lo que se trata es de limitar el afán del Estado en la persecución de los ilícitos penales, de apartar a los agentes de la autoridad de la tentación de valerse de medios de prueba que, por su alto grado de injerencia en el círculo de los derechos fundamentales, están sometidos a unas garantías constitucionales concebidas para la salvaguardia de aquéllos. Se ha dicho con acierto que la proscripción de la prueba ilícita se explica por el efecto disuasorio que para el aparato oficial del Estado representa tener plena conciencia de que nunca podrá valerse de pruebas obtenidas con vulneración de las reglas constitucionales en juego.

En definitiva, la prueba irregular es en sí misma inadmisibles pero admite subsanación en determinadas circunstancias no ínsitas en la irregularidad misma, y que habrá que atender en cada caso según las particularidades del tipo de prueba de que se trate, pero sobre todo, no envenena las demás pruebas legalmente obtenidas que con ella se relacionen, permitiendo en todo caso, que los datos por ella aportados sean corroborados o acreditados por esas otras pruebas.

2. La disposición establecida en el art. 416.1º responde exclusivamente a la protección del testigo sometido a un deber de conciencia, confiriéndole la facultad de resolución sobre el conflicto suscitado. No tiene que ver con la integridad del procedimiento, ni con su diseño esencial, porque no se refiere a los principios constitutivos que lo identifican como propio de un Estado de Derecho. La propia dicción del art. 24.2 de la CE refiere la cuestión al legislador ordinario, sin que haya sido ni siquiera preciso su desarrollo, en tanto se han mantenido las previsiones de la legislación precedente.

Al ser esto así, la decisión de prestar declaración es personalísima del afectado, y no se encuentra condicionada en modo alguno por los deseos o intereses del acusado, que tampoco tiene intervención de ninguna clase en dicha decisión, precisamente porque nada tiene que decir en relación a la conciencia personal del testigo, que no deja de ser

un tercero. Por otra parte, el cumplimiento más o menos escrupuloso de la información de la dispensa al testigo no afecta en nada a la credibilidad mayor o menor que pueda merecer su declaración, por lo que la decisión que pueda adoptar resulta ajena a la posición y situación del acusado.

No se entiende de qué manera la salvaguarda de un interés personal y exclusivo del testigo puede afectar al derecho a un juicio justo del acusado, si no está comprometida ninguna expectativa que pueda verse afectada por el ejercicio de una decisión libérrima del interesado, más allá del lógico deseo persistente a lo largo del proceso de que la acusación no pueda lograr una prueba de cargo en su contra que resulte convincente.

Esta problemática debe abordarse atendiendo al sentido y finalidad de la norma, y rechazando una perspectiva meramente formalista basada en el mero cumplimiento externo de la misma. Además, no se advierte que concurra el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita y que se concreta en la necesidad de disuadir a la policía de la opción por atajos en la obtención de las fuentes de prueba, o en palabras del TS, de actuar como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad.

Finalmente, no se puede olvidar que la sentencia del TC antes citada 94/10 de 15 de noviembre, admite que la presencia espontánea de la víctima puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima, y considera que tal interpretación no resulta contraria a la Constitución.

3. Por las razones antedichas, no puede aceptarse la denuncia de infracción del art. 416.1º por parte del acusado, en tanto no resulta perjudicado por la misma y no ha vista alterada su posición en el proceso.

a) En primer lugar, como ya se ha expuesto, la inclusión de los supuestos de dispensa de los arts. 416 a 418 LECrim. se verifica en garantía del testigo relacionado con el denunciado o procesado y no en garantía de este último. Así lo expresa con claridad la mencionada sentencia de 5 de marzo de 2010 nº 160: ha sido pacífica la doctrina y la jurisprudencia al señalar que el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frene a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio.

Sin embargo, la alegación del acusado de oposición a la admisión de la declaración de la víctima pariente cuando se efectuó sin las debidas advertencias está siendo admitida por la jurisprudencia, con la consecuencia de no permitir la valoración de la

declaración de la víctima prestada en el juicio oral como medio probatorio de cargo, y aún con la eficacia contaminante descrita.

Es preciso señalar en primer lugar, atendiendo al fundamentos de la dispensa, que el acusado carece de legitimación para la invocación de la eventual infracción del art. 416.1° de la LECrim., en tanto su desconocimiento no produce una situación de indefensión que le afecte. Con carácter general, las partes del proceso carecen de legitimación para debatir en el mismo pronunciamientos que no les atañen, como también para recurrir en relación a tales pronunciamientos, ya que es presupuesto necesario material de todo recurso que la resolución recaída resulte desfavorable al recurrente, sin que se puedan sostener derechos de los que no se es titular a falta de un interés propio, cualificado y específico (Sentencias del Tribunal Constitucional 21/93 de 18 de enero, 264/94 de 3 de octubre, 278/94 de 17 de octubre, 92/97 de 6 de mayo, 228/97 de 16 de diciembre, 163/01 de 11 de julio, 27/09 de 26 de enero y 15/16 de 1 de febrero. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1990, 26 de junio y 7 de diciembre de 1993, 28 de noviembre de 1997, 21 de octubre de 1998, 15 de junio de 2000, 4 de julio de 2002, 8 de mayo de 2003, 24 de junio y 29 de diciembre de 2004, 31 de marzo de 2005, 31 de enero de 2006, 24 de junio, 30 de octubre y 29 de diciembre de 2004, 15 de abril de 2005, 24 de junio y 30 de octubre de 2014)³⁷.

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa para la parte que lo denuncia y en relación con algún interés de quién lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativas de peligro o riesgo (Sentencias del TC 90/88 de 13 de mayo, 181/94 de 20 de junio y 316/94 de 28 de noviembre). El art. 24.1 de la Constitución refiere el derecho de todas las personas a la tutela judicial al ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; esta dicción distingue entre derechos subjetivos y simples intereses legítimos, pero en todo caso exige para que el derecho constitucional entre en juego que

³⁷ Aplicaciones concretas de este elemental principio procesal se encuentran en los siguientes supuestos: el acusado no puede alegar la falta de ofrecimiento de acciones a los perjudicados (2 de abril de 2004); la omisión de citación a juicio sólo puede alegarla la parte no citada (22 de abril de 2002, 31 de octubre de 2003 y 27 de febrero de 2004); la acusación popular no puede pedir responsabilidad civil para los perjudicados (21 de marzo de 1994); el responsable civil (directo o subsidiario) no puede discutir la responsabilidad penal del acusado (Sentencias del TC 48/84 de 4 de abril, 90/88 de 13 de mayo y 43/89 de 20 de febrero, y del TS de 6 de abril de 1989, 1 de febrero y 9 de marzo de 1990, 5 de diciembre de 1991, 1 de abril y 4 y 22 de septiembre de 1992, 10 de julio de 2001, 18 de febrero de 2003, 25 de mayo de 2004, 14 de mayo de 2014 y 6 de julio de 2017); la ausencia del juicio del responsable civil únicamente perjudica al ofendido por el delito, y no al acusado que carece de legitimación para hacerla valer (Sentencias de TC 33/92 de 18 de marzo, y del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1990, 22 de junio y 22 de septiembre de 1992, 28 de enero de 1993, 15 de marzo y 16 de diciembre de 2002, 3 de julio de 2007, 7 y 30 de octubre de 2014.); el acusado no puede discutir cuestiones relativas a la responsabilidad civil subsidiaria por tratarse de derechos ajenos (Sentencia del TS de 22 de enero de 1993), y tampoco está legitimado por la misma razón el responsable civil directo (16 de mayo de 1991). No es posible alegar la denegación de prueba a otra parte (2 de enero de 2002 y 31 de enero de 2006); el acusado absuelto no puede pedir la absolución de otro coacusado (13 de marzo de 2002), y la acusación particular no puede pedir indemnización para otro perjudicado (17 de enero de 2001).

se trate de un derecho o interés del ciudadano que reclama su defensa, excluyendo inequívocamente a quién interviene para defender derechos o intereses de otro.

En este sentido se pronuncia en el ámbito que estudiamos, la sentencia ya citada del TS de 27 de octubre de 2004 n° 1225: es inadmisibles la alegación por parte del acusado de la falta de advertencia a su hija de la dispensa de declarar contra el padre, porque no ha dado lugar a una situación de indefensión para éste. El presupuesto de la dispensa de la obligación de declarar es que medie la obligación de hacerlo. En el presente caso no existe tal presupuesto en la medida que fue la víctima quien espontáneamente acudió a la comisaría denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente. Sorprende el extemporáneo «celo garantista», ahora expresado para con su hija que sólo busca la propia impunidad del recurrente.

b) En segundo lugar, si se postula y acepta la capacidad del acusado para invocar la infracción de un precepto articulado en defensa exclusiva del testigo, al menos se debería exigir la pertinente protesta.

Tanto las normas relativas al recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal (art. 790.1.2 de la LECrim.), al de casación ejercitable frente a la sentencia de la Audiencia Provincial (art. 855.III del texto citado) y las atinentes al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 44 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/79 de 3 de octubre) permiten concluir la necesidad de que conste en autos la reclamación practicada para subsanar lo que se reputa contrario a las garantías jurisdiccionales o la invocación expresa del derecho fundamental vulnerado, tan pronto como conocida la violación hubiere lugar a ello, con la consiguiente protesta formal en el supuesto de que no se produzca la subsanación pedida.

La omisión de la reclamación planteada en el momento procesal oportuno, que fue obviamente el acto de la vista oral cuando hubiera podido ser subsanado, implica que la parte interesada dio por buena la decisión adoptada, en cuanto se conformó y aquietó a ella (Sentencias del Tribunal Constitucional 30/86 de 20 de febrero, 62/94 de 28 de febrero, 137/99 de 22 de julio, 224/99 de 13 de diciembre, 59/2000 de 2 de marzo y 344/06 de 11 de diciembre). La falta de protesta supone la firmeza de la decisión (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2001), y no puede pedir la nulidad de un acto procesal quien asiste al mismo, interviene en él, lo consiente y no formula reserva al respecto (Sentencia de 27 de diciembre de 2001). De no ser así, la impugnación podría hacerse depender por la parte interesada del resultado final del proceso, con evidente perjuicio para los demás intereses en juego (Sentencia del Tribunal Constitucional 30/86 de 20 de febrero).

4. Como ya se expuso, toda interpretación formalista de la legalidad procesal que sustente la exclusión de una fuente de prueba sin el debido fundamento, es decir, de manera indebida y desproporcionada, implicaría una lesión correlativa del derecho a

obtener la tutela judicial efectiva de la acusación, tal y como expresa la STC 94/10 de 15 de noviembre.