

LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA-TESTIGO DEL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Rosa PASCUAL SERRATS¹

SUMARIO. 1. Introducción; 2. El valor de la declaración de la víctima-testigo como única prueba en el proceso; 2.1. La declaración de la víctima como prueba testifical; 2.2. Pautas de valoración de la declaración de la víctima-testigo fijadas por el Tribunal Supremo; 2.3. Motivación de la sentencia; 3. El ejercicio por la víctima-testigo de su derecho a no declarar; 3.1. Titularidad del derecho a no declarar; 3.2. Sobre la posibilidad de introducir en el juicio oral el testimonio prestado en la fase de instrucción; 4. Valoración final; 5. Jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 24.2 de la Constitución consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Tal derecho supone que toda persona a la que se imputa un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.

Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución:

«(...) se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución, y, de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación y responsabilidad que en él tuvo el acusado»².

¹ Titular de Derecho Procesal en la Universidad CEU Cardenal Herrera de Valencia (rpascual@uchceu.es).

² STC 201/1989, de 30 de noviembre. RTC 1989/201.

«(...) se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos»³.

El delito de violencia de género se suele cometer en la intimidad del agresor y la víctima, por lo que, en la mayor parte de las ocasiones, la única testigo es la propia víctima. Tal circunstancia impide en muchos casos disponer de otras pruebas de cargo⁴. La víctima declara en el proceso penal como testigo, afirmando el Tribunal Supremo que, «a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho como mero receptor visual de lo que ha ocurrido»⁵.

El hecho de que la única prueba de que se disponga sea la declaración como testigo de la víctima del delito, plantea problemas probatorios en un doble sentido. Por una parte, se cuestiona su valor como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. Por otra parte, el problema derivado de las consecuencias que en el resultado del proceso puede tener el hecho de que la víctima-testigo se acoja a su derecho a no declarar, previsto en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

3 STC 123/2006, de 24 de abril de 2006, LA LEY 31226/2006.

4 Como manifiesta el Tribunal Supremo, en Sentencia 589/2019, de 28 de noviembre (STS 589/2019, de 28 de noviembre, la Ley 182599, ECLI:ES:TS:2019:4077): «Ahonda, así, la doctrina en señalar que podemos convencionalmente calificar como prueba de cargo toda aquella que tienda a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo (...), por una parte, y por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás circunstancias subjetivas y la imputabilidad (...) La prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/90, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo)».

5 STS 282/2018, de 13 de junio. LA LEY 65971/2018. ECLI:ES:TS:2018:2182.

2. EL VALOR DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA-TESTIGO COMO ÚNICA PRUEBA EN EL PROCESO

2.1. La declaración de la víctima como prueba testifical

Como ha venido manifestando el Tribunal Constitucional, la declaración de la víctima del delito «practicada normalmente en el juicio oral con las necesarias garantías procesales, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir válida prueba de cargo en la que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos»⁶. Cabe por tanto afirmar que la declaración de la víctima puede ser tenida en cuenta por el órgano judicial a la hora de dictar sentencia, como prueba testifical de cargo, siempre que se practique con todas las garantías procesales.

Se cuestiona si en aquellos casos, que no son aislados en los procesos por delito de violencia de género, en los que la única prueba de cargo es la declaración de la víctima, ésta puede ser suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia o si se pone en riesgo el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado.

El Tribunal Supremo⁷ ha declarado, en reiteradas ocasiones, «que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia, se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito». Y añade que «el riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador». Pero, al mismo tiempo, debe recordarse la oportuna reflexión de este Tribunal, de que «nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad»⁸.

Por tanto, la clandestinidad en que se comete el delito de violencia de género no puede revertir en beneficio del agresor, considerando en principio, la declaración de la víctima, como única prueba, insuficiente para fundar una sentencia condenatoria. Pero, al mismo tiempo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia conlleva la nece-

6 STC 229/1991, de 28 de noviembre. LA LEY 1864-TC/1992.

7 STS 1377/2004, de 16 de noviembre. RJ 2004, 8014.

8 STS 725/2007, de 13 de septiembre. RJ 2007, 6962; STS 2035/2002, de 4 de diciembre. RJ 2003, 296; STS 104/2002, de 29 de enero. RJ 2002, 2967; STST de 24 de noviembre de 1987. RJ 1987, 8597.

sidad de establecer unos parámetros mínimos de contraste a los efectos de una valoración racional de la declaración de la víctima como prueba de cargo única y suficiente para desvirtuar tal derecho.

Con la finalidad de evitar el riesgo de que se pueda ver afectado el derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia y, al mismo tiempo, que no queden impune hechos delictivos cuando la única prueba sea la testifical de la víctima, por el Tribunal Supremo se han venido estableciendo una serie de elementos, principios –también llamados requisitos–, a tener en cuenta por el juzgador a la hora de valorarla, se trata de exigir una serie de garantías para considerarla prueba de cargo.

Previamente al examen de los citados parámetros, debemos tener en cuenta las siguientes premisas⁹:

- a) La declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa, y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional. Tiene valor de prueba testifical, siempre que se practique con las debidas garantías y es hábil por sí sola para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos.
- b) La declaración de la víctima no siempre se convierte por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, dependerá de la valoración del tribunal sentenciador.
- c) Las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, «ello, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración»¹⁰.

Por ello «cuando el TC, respetando con buen criterio el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba

9 STS 589/2019, 28 noviembre 2019. LA LEY 182599/2019. ECLI:ES:TS:2019:4077.

10 STS 13/2019, de 17 de enero. LA LEY 361/2019. ECLI:ES:TS:2019:39; STS 282/2018 de 13 de junio. La Ley 65971/2018. ECLI:ES:TS:2018:2182.

hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más por el tribunal sentenciador, el cual debe indicar, obviamente en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba»¹¹.

No basta por tanto formular la acusación y sostenerla personalmente en juicio para desplazar la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a la prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa.

- d) Respecto a la declaración del acusado, «la valoración de la manifiesta falta de credibilidad de las manifestaciones exculpatorias del acusado no implica invertir la carga de la prueba, sin vulnerar el principio *nemo tenetur*, cuando existen otros indicios relevantes de cargo que, por si mismos, permitan deducir racionalmente su intervención en los hechos. En estos casos se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del delito o una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario, las manifestaciones del acusado que por su total ausencia de explicación alternativa plausible refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada»¹². En este mismo sentido, se afirma que «es cierto que no recae sobre el acusado la carga de probar su inocencia, pero cuando existan pruebas de cargo serias de la realización de un acto delictivo (...) la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación “reclamada” por la prueba de cargo y que solamente ésta se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión por un simple razonamiento de sentido común de que no existe explicación alternativa alguna»¹³.

11 STS 589/2019, 28 noviembre. LA LEY 182599/2019. ECLI:ES:TS:2019:4077.

12 STS 918/1999, de 9 de junio. RJ 1999, 3883; STS 1755/2000, de 17 de noviembre. RJ 2000, 8939; STS 1949/2001, de 29 de octubre. RJ 2001, 9088.

13 STS 468/2002, de 15 de marzo. RJ 2002, 3497.

2.2. Pautas de valoración de la declaración de la víctima-testigo fijadas por el Tribunal Supremo

Los elementos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el juzgador debe tener en cuenta a la hora de valorar la declaración de la víctima son: a) la ausencia de incredibilidad subjetiva; b) la verosimilitud de la declaración; c) la persistencia y firmeza del testimonio.

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva

Se señala como primer parámetro, la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre el acusado y el acusador que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole que privara a la declaración de la aptitud necesaria para poder generar certidumbre¹⁴.

Supone que el juzgador considere creíble lo manifestado por la víctima y no aprecie que responde a un móvil distinto al de que se haga justicia. Se ha manifestado la necesidad de valorar con prudencia este requisito pues, tampoco se puede exigir a la víctima un sentimiento de solidaridad o total indiferencia con su agresor¹⁵. El ánimo espurio no puede considerarse inherente a la condición de víctima, si así fuera no podría darse validez a ninguna declaración y conllevaría la inexistencia de prueba de cargo y consiguiente absolución del acusado, en una buena parte de casos.

El Tribunal Supremo con relación a la apreciación de ausencia de incredibilidad subjetiva, ha manifestado:

«Cuando se comete un delito en que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las circunstancias concretas del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que aun teniendo esas características tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva»¹⁶.

«Respecto de la verificación de la inexistencia de datos que indiquen posibles razones para no decir toda la verdad, como puede ser la enemistad anterior, el odio, el deseo de venganza o similares, los cuales han de vincularse a hechos distintos de los denunciados, pues no es inhabitual que tales sentimientos tengan su origen precisamente en los hechos que se denuncian. Que no existan esas razones

14 STS 13/2019, de 17 de enero. LA LEY 361/2019. ECLI:ES:TS:2019:39.

15 STS 725/2007, de 13 de septiembre. RJ 2007, 6962.

16 STS 573/2017, de 18 de julio. LA LEY 113196/2017. ECLI:ES:TS:2017:3187.

no supone que deba aceptarse necesariamente la versión del testigo, pero permiten excluir la existencia de motivos para hacerlo»¹⁷.

Se han destacado como supuestos que no pueden conllevar por sí mismos duda de la credibilidad del testimonio de la víctima, entre otros:

- El retraso de la víctima en denunciar

Nos encontramos ante «supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta pueda ser su sustento económico, lo que conlleva que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no. Y ello, no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo y, en muchos casos hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables»¹⁸.

- La existencia de maltrato

Desde el momento en que ha habido serios problemas entre ellos es obvio que la relación no puede ser buena, y más aún cuando ha habido malos tratos. La existencia de maltrato no nos puede llevar a la conclusión de que en todo caso la víctima miente, no puede llevarnos a dudar de lo que declare la víctima sobre un hecho concreto. Como afirma el Tribunal Supremo¹⁹, «de ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en los casos de violencia de género, ya que, si se ha cometido un delito de amenazas es evidente que la posición de la víctima tiene que ser muy especial, pero ello no debe hacernos dudar de que su declaración se ajusta a la realidad de lo acontecido, no pudiéndose dudar de ello por el hecho de que existan problemas entre ellos», «no puede admitirse en estos casos que las presunciones que hagan dudar de la declaración de las víctimas operen contra éstas en la violencia de género, planteando que se utiliza el proceso penal como arma frente a quien le está causando lesiones y atacando su integridad física. Si fuera cierta esta presunción siempre debería existir la duda cuando la víctima declara ante el juez por unos hechos graves que ha sufrido, su declaración estaría revestida de odio o resentimiento hacia el acusado, lo que no es cierto y es función del juez apreciar del conjunto de la prueba si se dan los presupuestos que hacen dudar de la declaración de la víctima, pero no apelar

17 STS 259/2007, de 29 de marzo. LA LEY 12531/2007STS 282/2019, de 30 de mayo de 2019. La Ley 69277/2019 ECLI: ES:TS:2019:1783.

18 STS 184/2019, de 2 de abril de 2019. LA LEY 33225/2019, ECLI:ES:TS:2019:1071. En el mismo sentido, STS 282/2019, de 30 de mayo de 2019. LA LEY 69277/2019 ECLI:ES:TS:2019:1783.

19 STS 184/2019, de 2 de abril. LA LEY 33225/2019, ECLI:ES:TS:2019:1071.

directamente a que el hecho de haber sido victimizada una persona le produce y supone resentimiento hacia el acusado al momento de declarar ante el juez penal en el plenario».

b) Verosimilitud de la declaración²⁰

En segundo lugar, se exige verosimilitud²¹, constatación objetiva del hecho, en cuanto que todas las corroboraciones periféricas abonen la realidad del hecho. Será necesaria la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al procedimiento) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento.

Se trata de comprobar la existencia de motivos para aceptar la declaración de la víctima como prueba de cargo. Se exige que la realidad del hecho resulte avalada, se deduzca por corroboraciones objetivas que consten en autos como puede ser informes médicos sobre las lesiones sufridas, informes psicológicos, testigos de referencia que, aunque no se refieran directamente al hecho delictivo objeto del proceso, puedan confirmar la veracidad del testimonio de la víctima. Especial importancia en la corroboración de la declaración de la víctima, tiene la declaración de quienes ven después de la agresión a la víctima, afirma el Tribunal Supremo que «la declaración de los amigos de la víctima acerca de lo que perciben de inmediato a haber ocurrido los hechos, aunque no los hayan presenciado visualmente, los convierte en algo más que testigos de referencia (...) se trata de testigos no directos de la agresión, pero sí directos de lo que ven después de ésta en una temporalidad no lejana, lo que les permitió ver con inmediatez el rostro de la víctima y su reacción cercana a la agresión. Esto les convierte en testigos directos de los instantes siguientes al hecho de la agresión y a sus consecuencias lesivas».

Se trata de confirmar algún elemento periférico o circunstancia de las conductas objeto de acusación, es decir, un dato comprobable, íntimamente relacionado con la ocasión en que se produjo el delito que, aun cuando no acreditase directamente la realidad de éste, y la autoría del procesado, permitiese contrarrestar objetivamente la credibilidad del relato de la víctima testigo.

Será necesario valorar cada caso concreto para comprobar si puede exigirse la corroboración de datos periféricos pues existen supuestos en que sea factible que no existan –no hay testigos ni lesiones objetivables– y no por ello puede ponerse en duda la decla-

20 STS 119/2019, de 6 de marzo. LA LEY 11405/2019. ECLI:ES:TS: 2019:678; STS 589/2019, de 28 de noviembre. La Ley 182599/2019. ECLI: ES:TS: 2019:4077; STS 184/2019, de 2 de abril, LA LEY 33225/2019. ECLI:ES:TS:2019:1071; STS 13/2019, de 17 de enero. LA LEY 361/2019. ECLI:ES:TS: 2019:39.

21 STS 184/2019, de 2 de abril. LA LEY 33225/2019, ECLI:ES:TS:2019:1071.

ración de la víctima-testigo. En el caso de que existan, se deberán hacer valer pues, su no aportación puede conllevar la insuficiencia de prueba y consiguiente absolución.

c) Persistencia y firmeza del testimonio

En tercer lugar, el juzgador debe atender a la persistencia en la incriminación, la cual debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades, sin contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle o facultarle para que cuestione eficazmente dicha declaración del testigo, poniendo de relieve aquellas contradicciones que se señalen y supongan inveracidad.

Supone el mantenimiento a lo largo del tiempo de lo declarado y la solidez del testimonio, pero «la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones»²².

Se ha manifestado por la jurisprudencia²³ que a la hora de comprobar su concurrencia debe atenderse a:

- 1) La ausencia de modificaciones o contradicciones en las sucesivas declaraciones de la víctima. Se ha dicho «que debe comprobarse que el testigo no ha modificado sustancialmente su versión en las distintas ocasiones en las que ha prestado declaración, o al menos que no lo ha hecho sin una explicación razonable. La persistencia del testigo no ha de identificarse con veracidad, pues tal persistencia puede ser asimismo predicable del acusado, y aunque sus posiciones y obligaciones en el proceso son distintas y de ello pueden extraerse algunas consecuencias de interés para la valoración de la prueba, ambos son personas interesadas en el mantenimiento de una determinada versión de lo ocurrido. Pero la comprobación de la persistencia en la declaración inculpativa del testigo permite excluir la presencia de un elemento que enturbiaría su credibilidad»²⁴.
- 2) La concreción del propio testimonio, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades.
- 3) La coherencia del relato de la víctima, manteniendo una conexión lógica entre sus diversas partes.

22 STS 1317/2004, de 16 de noviembre. RJ 2004, 8014.

23 STS 1030/2010, de 2 de diciembre. RJ 2011, 271.

24 STS 259/2007, de 29 de marzo. LA LEY 12531/2007.

Como ha afirmado el mismo Tribunal Supremo, la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud de la declaración y la persistencia del testimonio, «no han de considerarse como requisitos, de manera que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo»²⁵, incluso en el caso de que alguno de estos tres elementos no fuere, en todo o en parte, favorable a la credibilidad del testimonio de la víctima, puede el órgano judicial concederle validez como prueba de cargo siempre que, eso sí, motive suficientemente las razones de su proceder²⁶. Respecto al examen de su concurrencia por el juzgador, se ha matizado que, dada la situación en la que suelen encontrarse las víctimas de violencia de género, y más aún si son menores de edad, aunque no reúna estos tres requisitos, no por ello se debe invalidar necesariamente la prueba testifical de la víctima, ya que no dejan de ser pautas de valoración a las que el juez debe atender para acertar en su valoración de la prueba, debiendo efectuar en todo caso una valoración racional y en conciencia.

Para facilitar la valoración de la declaración de la víctima, se establecen una serie de factores a tener en cuenta por el juzgador²⁷:

- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/s de la acusación particular y de la defensa.
- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- Claridad expositiva ante el tribunal.
- El «lenguaje gestual» de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los «gestos» con los que se acompaña en su declaración ante el tribunal.
- Seriedad expositiva que aleja la creencia del tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- Ausencia de contradicciones y concordancias del *iter* relatado de los hechos.
- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- La declaración no debe ser fragmentada. Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interesa declarar y ocultar lo que le beneficia acerca de lo ocurrido.

25 STS 381/2014, de 21 de mayo. LA LEY 59772/2014. ECLI:ES:TS:2014:2027.

26 STS 573/2017, de 18 de julio. LA LEY 113196/2017. ECLI:ES:TS:2017:3187.

27 STS 119/2019, de 6 de marzo. LA LEY 11405/2019. ECLI:ES:TS:2019:678.

- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica.

Pero, por otro lado, atendiendo al vínculo que le une con el presunto agresor, como ha manifestado el mismo Tribunal, no hay que olvidar:

- Que la víctima puede padecer una situación de temor o «revictimización» por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial.
- Las dificultades que puede expresar la víctima ante el tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que se traduce en su declaración.
- El temor evidente al acusado por la comisión de los hechos dependiendo de la gravedad de lo ocurrido y a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque éstas no se hayan producido u objetivado pero que quedan en obvio y asumible temor de la víctima.
- El deseo de terminar cuando antes la declaración.
- El deseo de olvido de los hechos.
- Las posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

2.3. Motivación de la sentencia

Como ha declarado el Tribunal Supremo de forma reiterada, en cuanto a la presunción de inocencia, y en orden a su vulneración, se ha de comprobar varias cuestiones: «si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si estas pruebas son de contenido incriminatorio; si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal, si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador»²⁸. En los supuestos en los que la única prueba de cargo es la declaración de la víctima que, además puede ser parte acusadora, cobra una especial relevancia la motivación de la sentencia, que se exteriorice el proceso valorativo del tribunal. El juzgador deberá llevar a cabo una cuidada y prudente valoración, ponderando su credibilidad con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa. Tal valoración debe trasladarse a la sentencia, poniendo de manifiesto cómo ha adquirido certeza para resolver en un determinado sentido, a partir de la declaración de la víctima; que en su valoración ha aplicado criterios lógicos y razonables que le han permitido considerar la declaración como prueba de cargo. No basta la afirmación de confianza

28 STS 1538/2005, de 28 de diciembre. LA LEY 10724/2006.

con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y ésta debe ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos y circunstancias²⁹. En la sentencia debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que ésta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión. En estos casos tiene «singular importancia la consignación de una motivación concreta y suficientemente desarrollada. En suma, el propósito último es que “valoración en conciencia” no signifique ni sea equiparable a “valoración irrazonada” por lo que es el adecuado razonamiento del Tribunal lo que en todo caso deviene imprescindible»³⁰.

Elemento fundamental para llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también por su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble o no, para formar la convicción judicial³¹.

3. EL EJERCICIO POR LA VÍCTIMA-TESTIGO DE SU DERECHO A NO DECLARAR

La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su art. 410 la obligación de declarar de los testigos: «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».

La misma obligación se prevé en el art. 707 de la citada Ley, al disponer: «Todos los testigos que no se hallen privados del uso de razón 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».

Tal derecho de no declarar se configura como un derecho fundamental de configuración legal en el art. 24.2 de la Constitución: «(...) 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». Con tal derecho entronca el art. 416.1 de la

29 STS 119/2019, de 6 de marzo. LA LEY 11405/2019. ECLI:ES:TS:2019:678.

30 STS 573/2017, de 18 de julio. LA LEY 113196/2017. ECLI:ES:TS:2017:3187.

31 STS 517/2016, 14 de junio. LA LEY 66945/2016. ECLI:ES:TS:2016:2895.

LECrím que dispensa de la obligación de declarar a «los parientes del procesado en línea directa ascendiente o descendiente, 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».

En los procesos por delitos de violencia de género, tal dispensa se reconoce tanto al cónyuge como a la persona unida al procesado-acusado por relación análoga a la matrimonial. Por tanto, cabe afirmar que la víctima-testigo de tal delito no está obligada a declarar. El ejercicio de tal derecho puede afectar directamente al resultado del proceso pues, como ya hemos señalado anteriormente, puede ser la única prueba de cargo de que se dispone para enervar la presunción de inocencia.

La aplicación del art. 416 de la LECrím en los procesos por delito de violencia de género ha planteado diversas cuestiones que no siempre han sido resueltas de forma unánime por la jurisprudencia.

3.1. Titularidad del derecho a no declarar

El art. 416.1 de la LECrím reconoce el derecho a no declarar al «cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial» del procesado. Con relación a la titularidad del derecho se plantean dos cuestiones: a) El momento en que debe existir tal vínculo; b) Si tal derecho se ostenta en aquellos casos en que la víctima-testigo se haya constituido como acusación particular.

a) Una primera cuestión es si el vínculo debe existir tan solo en el momento de la comisión de los hechos o si debe subsistir al tener que prestar declaración en el proceso penal. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentidos distintos. Así, en Sentencia de 26 de marzo de 2009³² reconoce tal derecho a pesar de no subsistir vínculo alguno:

«Si la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de a convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento (...) Finalmente no se explicaría cómo puede atenderse al tiempo del proceso para determinar la subsistencia de la obligación de declarar, cuando se atiende al tiempo de los hechos no solamente para la protección penal de la persona vinculada por esa relación sino para eximirla de la eventual responsabilidad por encubrimiento».

32 STS 292/2009, de 26 de marzo. RJ 2009, 237.

En otro sentido se pronuncia en Sentencia de 20 de enero de 2009³³, al afirmar:

«No puede sostenerse con los datos disponibles que entre ambos subsistiera ninguna clase de relación afectiva al tiempo de la celebración del juicio, por lo que en todo caso la testigo no estaba dispensada de prestar declaración, lo que hace que la valoración de su testimonio no haya vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente».

Con el fin de unificar la interpretación del art. 416.1 de la LECrim respecto a este aspecto, se adoptó el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 24 de abril de 2013³⁴, en el que se establece:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 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 de la situación análoga de afecto».

Conforme al citado Acuerdo, cabe concluir:

- En primer lugar, que la titularidad del derecho a no declarar viene determinada por la existencia del vínculo en el momento de la comisión de los hechos, con independencia de que subsista en el momento en que se lleve a cabo la declaración. Aunque con carácter previo o durante la tramitación del proceso penal se extinga el vínculo, la víctima podrá acogerse a su derecho a no declarar.
 - En segundo lugar, si los hechos objeto de la acusación ocurrieron una vez extinguido el vínculo al que se refiere el art. 416.1 de la LECrim, la víctima tendrá la obligación de declarar.
 - Por tanto, y en último lugar, a la hora de determinar si resulta aplicable la dispensa prevista en el art. 416.1 de la LECrim habrá que atender a la situación existente en el momento en que ocurrieron los hechos que han determinado la iniciación del proceso penal.
- b) Una segunda cuestión que se plantea es si ostenta tal derecho la víctima-testigo que se hubiera constituido en parte acusadora. La víctima en el proceso penal declara como testigo, pero, al mismo tiempo, en cuanto titular del bien jurídico protegido, puede constituirse en parte acusadora.

33 STS 13/2009, de 20 de enero. RJ 2009, 1383.

34 Acuerdos del Penal No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24-04-2013, sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-24-04-2013--sobre-la-interpretacion-del-art-416-de-la-LECrIm->

El Tribunal Supremo, en Sentencia 662/2001, de 6 de abril, al pronunciarse sobre el incumplimiento por las autoridades policiales y judiciales del deber de advertir al testigo de su derecho a no declarar, manifiesta: «La cuestión de espontaneidad tiene significado con respecto al ámbito de aplicación de la norma del art. 416.1º, 2º párrafo LECrim. En efecto, 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 acordada por dicho precepto resulte concluyentemente expresada, la falta de advertencia no podrá generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. Cabe agregar que 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»³⁵. El Tribunal Supremo ha venido considerando de forma reiterada que la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legamente establecidos, constituye una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a 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 pueda entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado 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 víctima³⁶. En este supuesto se interpreta la presentación de la denuncia como una renuncia al derecho a no declarar reconocido en la Constitución y en la LECrim. No es este el caso que ahora examinamos, la cuestión es si la víctima puede ejercer su derecho a no declarar cuando se ha constituido en acusador particular, es decir, ha ido más allá de la presentación de una denuncia.

Al respecto se pronuncia el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 2013, antes citado, al establecer:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: (...)

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

En el Acuerdo se excluye de la dispensa a aquella víctima que se hubiese constituido en parte en el proceso, que hubiera ejercitado la acción penal contra el procesado

35 STS 662/2001, de 6 de abril. LA LEY 7814/2001.

36 Entre otras, SSTS 1225/2004, de 27 de octubre. LA LEY 10256/2005; 134/2007, de 22 de febrero. LA LEY 9745/2007; 385/2007, de 10 de mayo. LA LEY 20352/2007; 13/2009, de 20 de enero. LA LEY 1172/2009; 292/2009, de 26 de marzo. LA LEY 14631/2009.

con el que existe o ha existido alguno de los vínculos a que se refiere el art. 416.1 de la LECrim. Tal Acuerdo se funda, afirma el Tribunal Supremo³⁷, en las razones siguientes:

1. Es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencia 94/2010³⁸, al resolver recurso de amparo fundado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva el haberse dictado sentencia absolutoria en apelación al tener por no realizada la prueba testifical de la víctima al no haber sido advertida por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar contra su marido; afirma este Tribunal:

«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 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 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 esta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificatorias 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 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 al 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 LECrim. A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante en amparo, la decisión de la Audiencia de tener por no realizada su declaración al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 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 (..) el *ius ut procedatur* del que es titular el demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad».

37 STS 205/2018, de 25 de abril. LA LEY 40253/2018. ECLI:ES:TS:2018:1629.

38 STC 94/2010, de 15 de noviembre. LA LEY 2018790/2010.

2. La razón de ser de la dispensa: «La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad o familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurren la condición de víctima del delito del que se imputa al procesado»³⁹; «la razón de la no exigencia de una conducta diversa al silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hechos enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el art. 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del art. 18 de la Constitución»⁴⁰; «en cualquier caso, la exención del deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmático. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir la verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención del deber de declarar, el art. 416 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Éste es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. El art. 416.1 LECrim 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 solo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad de guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta aquí llega su status. 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 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»⁴¹.

39 STS 134/2007, de 22 de febrero. LA LEY 9745/2007.

40 STS 292/2009, de 26 de marzo. LA LEY 14631/2009.

41 STS 486/2016, de 7 de junio. LA LEY 61409/2016. ECLI:ES:TS:2016:2631.

3. El hecho de ser «un derecho de rango constitucional (aunque necesitado de desarrollo legal para acotar sus perfiles) y, por tanto, del máximo calor axiológico, comporta consecuencias exegéticas no desdeñables. Sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente; y su contenido esencial ha de ser en todo caso respetado por la Ley (art. 53 CE), por más que ese núcleo esencial esté definido de forma mínima a nivel constitucional».

4. Partiendo de lo anterior, se considera necesario limitar tal derecho al considerar que principios generales del Derecho como no ir contra los propios actos y la misma lógica excluyen, por contradictoria en si misma, la figura del acusador particular que se acoge a la dispensa. El Acuerdo «impide, por ser contrario a los propios actos y resultar contradictorio e incongruente, acogerse al art. 416 a quien simultáneamente enarbolaba la petición de condena por los hechos a cuyo esclarecimiento rehusa contribuir. Es fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización».

Lo que no deja claro el Acuerdo de 2013 es el ámbito de aplicación de la excepción a la dispensa de no declarar, esto es, si basta haber tenido en algún momento del proceso la condición de parte acusadora o se requiere ostentar tal condición en el momento de la declaración. Cabe plantearse si debe llevarse a cabo una interpretación amplia o estricta de tal excepción.

El Tribunal Supremo, en sentencia 449/2015, al pronunciarse sobre el deber de informar del derecho a no declarar, manifiesta:

«en este escenario debemos declarar que en la medida en que la víctima (...), ejerció la Acusación Particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la acusación particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no jurisdiccional de la Sala de 24 de abril de 2013. Ciertamente renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al Plenario como testigo/víctima, pero en la medida que con anterioridad había ejercido la Acusación Particular, ya no era obligatoria instruírla de tal derecho de no declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la Acusación Particular, caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible»⁴².

Cabe entender que el hecho de haber tenido la condición de acusación particular en algún momento del proceso excluye no solo la obligación de informar de la dispensa

42 STS 449/2015, de 14 de julio. LA LEY 102959/2015. ECLI:ES:TS:2015:3500.

sino la posibilidad misma de acogerse a la dispensa de declarar, el Tribunal lleva a cabo una interpretación amplia de la excepción prevista en el Acuerdo de 2013.

Ante la diversidad de interpretaciones, se adopta un nuevo Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 23 de enero de 2018⁴³ en el que se viene a concretar lo dispuesto en el Acuerdo anterior de 2013:

«No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECrim) quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en su condición».

Conforme al nuevo Acuerdo, cabe concluir que la exención de la obligación de declarar no alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el art. 416 de la LECrim en los supuestos en que esté personado como acusación en el momento de declarar.

El Acuerdo de 2018 lleva a cabo una interpretación estricta de la excepción, considerando que «el Tribunal no puede erigirse en legislador inventando excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa *impositio legislatoris* a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional: está permitido su desarrollo legal, también con limitaciones: pero no su limitación con la única base de criterios jurisprudenciales no anclados directamente en la ley sino en consideraciones de política criminal más o menos atendibles, pero no explícitamente asumidas por el legislador»⁴⁴. Se considera por el Tribunal Supremo que esta interpretación:

- Enlaza de forma más natural con la filosofía que preside la excepción proclamada en el Acuerdo de 2013: resulta contradictorio que al mismo tiempo que se solicita la condena se esté privando al tribunal del material probatorio necesario para concretarla al no declarar.
- Ante una situación distinta nos encontramos cuando esa persona ha renunciado a su condición de acusador particular. En tal caso con existe la contradicción antes señalada.

Por tanto, cabe concluir que el hecho de haber ostentado en algún momento del proceso el status de acusador particular no excluye automáticamente la titularidad del derecho a no declarar, no supone una renuncia futura a tal derecho.

43 Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del art. 416 LECRIM, file:///Users/rosa/Downloads/20180123%20Acuerdos%20Pleno%20No%20Jurisdiccional%20Sala%202%20TS%20.pdf

44 STS 205/2018, de 25 de abril. LA LEY 40253/2018. ECLI:ES:TS:2018:2019.

3.2. Sobre la posibilidad de introducir en el juicio oral el testimonio prestado en la fase de instrucción

En los procesos por delitos de violencia de género ocurre con frecuencia que la víctima-testigo presta declaración ante el Juzgado de Instrucción acogiéndose, posteriormente, en el juicio oral, a su derecho a no declarar. La no declaración de la víctima en el juicio oral puede conllevar, cuando es la única prueba posible, la ausencia de prueba de cargo y, consecuentemente, la absolución del acusado. Ante las gravosas consecuencias que puede producir en el resultado del proceso, se ha planteado la posibilidad de introducir en el juicio oral, las declaraciones prestadas en la fase de instrucción.

El Tribunal Constitucional, desde la Sentencia 31/1981, de 28 de julio «tiene declarado que para desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que pueda entenderse de cargo y de la que deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. En el mismo orden de consideraciones hay que recordar que también constituye doctrina constitucional reiterada la afirmación de que solo puede considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes»⁴⁵.

Por tanto, en principio, el órgano judicial tan solo podrá fundar la sentencia en las pruebas practicadas en el juicio oral conforme a los principios de inmediación, oralidad y contradicción. No obstante, la LECrim prevé la posibilidad de incorporar al juicio oral diligencias practicadas en la fase de instrucción en dos supuestos:

- a) Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario. En tal caso, conforme a lo dispuesto en el art. 714 de la LECrim: «(...) 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 observe».
- b) Cuando, las diligencias practicadas en el sumario, por causas independientes de la voluntad de las partes, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. En este supuesto, conforme al art. 730 de la LECrim: «Podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes».

45 STC 31/1981, de 28 de julio. RTC 1981/31.

En el supuesto que examinamos, la víctima-testigo declara en la fase de instrucción y se acoge a su derecho a no declarar en la fase de juicio oral, cabe plantearse si puede incorporarse su testimonio al juicio oral al amparo del art. 714 o del art. 730 de la LECrim, de modo que pueda ser tenido en cuenta por el juzgador a la hora de dictar la sentencia.

a) El art. 714 de la LECrim

La aplicación del art. 714 de la LECrim requiere la concurrencia de las circunstancias siguientes:

- que se haya prestado declaración en la fase de instrucción;
- que se haya prestado declaración en el juicio oral;
- que existan contradicciones entre ambas declaraciones;
- que se solicite por alguna de las partes la lectura en el juicio oral de la declaración prestada en la instrucción.

En el supuesto que examinamos, la víctima-testigo ha prestado declaración en la fase instrucción, pero no ha prestado declaración en la fase de juicio por lo que no se dan los elementos necesarios para la aplicación del art. 714 LECrim. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo al afirmar que este precepto está «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 el mismo se 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 o niega, respecto de lo declarado en el sumario»⁴⁶.

b) El art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La aplicación del art. 730 LECrim requiere la concurrencia de los presupuestos siguientes:

- que se haya prestado declaración en la fase de instrucción;
- que no se haya prestado declaración en la fase de juicio oral;
- que la falta de declaración en la fase de juicio oral se deba a causa no imputable a las partes;
- que se solicite la lectura de las diligencias practicadas en el sumario por alguna de las partes.

⁴⁶ STS 703/2014, de 29 de octubre. RJ 2014, 5422.

Se ha señalado por la jurisprudencia la importancia de no acudir a vías alternativas para introducir las declaraciones sumariales en el material susceptible de integrar la valoración probatoria. «Se considera el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida incompatible con la neutralización de su efecto mediante la declaración sumarial, se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia; la conversión de una mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa»⁴⁷.

El Tribunal Supremo no considera aplicable el art. 730 de la LECrim al supuesto del testigo que declaró en la fase de instrucción y ejercita su derecho a no declarar en la fase de juicio oral. Manifiesta al respecto:

«Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica debe hacerse en el Juicio Oral con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad 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 incluyo 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 declara 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. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca con el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con su 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 motiva: algo que no es predicable del testigo que acudiendo al juicio oral opta allí y en ese momento por el ejercitar el derecho a no declarar que la ley le atribuye»⁴⁸.

No obstante, no siempre se ha interpretado en el mismo sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de diciembre de 2006, afirmaba que «el silencio es uno de los supuestos de imposibilidad que permite ex artículo 730 dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas»⁴⁹.

Este criterio se ha materializado en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2018, antes citado:

47 STS 486/2016, de 7 de junio de 2016. LA LEY 61409/2016. ECLI:ES:TS:2016:2631.

48 STS 703/2014, de 29 de octubre. RJ 2014,5422. En el mismo sentido, STS 51/2015, de 29 de enero. LA LEY 4609/2015. ECLI:ES:TS:2015:373; STS 64/2015, 13 febrero. La Ley 13289/2015. ECLI:ES:TS:2015:672.

49 STS 1276/2006, de 20 de diciembre. RJ 2007, 387.

«El acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 LECrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiese efectuado con el carácter de prueba preconstituida».

Conviene destacar el voto particular contenido en la STS de 25 de abril de 2018⁵⁰ en el que se propugna la aplicación del art. 730 de la LECrim al supuesto que examinamos, con los siguientes argumentos:

- a) La dispensa viene a resolver un conflicto actual: que el familiar no se vea obligado a declarar contra su pariente so pena de incurrir en falso testimonio, pero no otorga a su beneficiario un poder de disposición sobre pruebas o actuaciones procesales ya producidas, aproximando así de facto las infracciones de que son víctimas esos familiares en delitos solo perseguibles a instancia de parte. La decisión de acogerse a la dispensa no es retroactiva.
- b) El problema estriba en indagar si la acusación pública y los legítimos intereses sociales a los que sirve pueden verse desatendidos por esa decisión personal.
- c) Si la prueba carece del mínimo de garantías exigibles serán indiferentes las razones que imposibilitan la declaración en el plenario: no puede usarse. Pero si está revestida de garantías se podrá utilizar aunque el testigo legítimamente no quiera colaborar. La actitud de la víctima (o testigo) no puede despojar a la acusación pública de la facultad de hacer valer la prueba preconstituida y realizada con plena calidad epistémica y óptimo nivel de garantías. Cosa diferente es que esa actitud (negativa a volver a declarar) sea también un factor para valorar que en ciertas circunstancias puede restarle credibilidad. Es un problema de suficiencia de garantías y no de actitud o razones del testigo.
- d) La imposibilidad ha de referirse a las partes y al Tribunal, no al testigo.
- e) No se entiende muy bien porqué la solución habría de ser la contraria si la testigo se hubiese limitado a manifestar que no se acordaba de nada; o sencillamente hubiese hecho caso omiso de la citación sin dar explicaciones; o se hubiese decretado por la Sala, como se estuvo debatiendo en las fechas inmediatamente anteriores, que no era precisa su comparecencia a la vista de la edad que tenía en la cronología en que se sitúan los hechos objeto de acusación.
- f) Se concibe la dispensa llevándola más a allá de sus estrictos términos y convirtiéndola en una especie de derecho del pariente a que ninguna declaración suya (...) ninguna actuación, ninguna actitud procesal o gesto puedan ser utilizados para condenar al pariente. Eso desborda la concepción correcta de la dispensa y propicia una cierta

⁵⁰ Voto Particular que formula el Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García a la Sentencia recaída en el Recurso de Casación nº 231/2017. LA LEY 40253/2018. ECLI:ES:TS:2018:1629.

privatización de los delitos en que víctima es uno de esos familiares. Se le otorgará así a esa facultad un improcedente doble contenido no parificable con otros supuestos análogos (derecho a no declarar del acusado). Uno negativo: no declarar. Otro positivo, potestad de invalidar con su exclusiva voluntad actos procesales previos por razones extrínsecas a ellos.

- g) En los delitos en el ámbito familiar (..) el mensaje disuasorio que lanza la ley penal se ve peligrosa y notoriamente amortiguado con la interpretación que defiende la mayoría y no comparto. El mensaje al infractor no es tajante o inequívoco; queda parcialmente resquebrajado. Demostrada la comisión del delito, vendrá una pena es el mensaje deseable. Este mensaje se ve debilitado por una apostilla, salvo que la víctima en uno u otro momento rehúse declarar. El mensaje disuasorio del derecho penal se agrieta con esa interpretación de la norma lo que si atendemos a la lógica perjudicará a quienes hoy solo son víctimas potenciales incrementando la posibilidad de convertirse en víctimas.

4. VALORACIÓN FINAL

No cabe duda de la especial importancia de la declaración de la víctima en los procesos por delito de violencia de género. Las circunstancias en que se cometen determinan que, en un elevado número de casos, la declaración de la víctima sea la única prueba de la que se dispone. La víctima se encuentra procesalmente en la posición de testigo, debiendo por ello declarar la verdad.

Si la víctima declara, se plantea si su testimonio puede considerarse como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, cuestionándose su objetividad y credibilidad. Tal declaración debe ser valorada con cautela en cuanto que la víctima testigo se encuentra implicada en los hechos, pudiendo ser parte acusadora; pero el mero hecho de ser víctima no puede poner en duda su declaración. Tal circunstancia supondrá una exigencia especial de motivación de la que se deduzca las razones por las que considera creíble y suficiente la declaración de la víctima para fundar una sentencia condenatoria. Deberá poner de manifiesto en su argumentación la razonabilidad en su convicción, explicar suficientemente el proceso intelectual que le ha llevado a decidir la culpabilidad del acusado.

Si la víctima no declara, acogiéndose a su derecho a no declarar —reconocido en el art. 416 de la LECrim— nos podemos encontrar ante la ausencia de prueba incriminatoria y la consiguiente absolución del acusado. Son muchos los interrogantes y diversas las interpretaciones que se han realizado de este precepto, como hemos dejado constancia anteriormente. De todo ello, cabe concluir la necesidad de una reforma legal que impida determinadas situaciones que pueden resultar contradictorias y que pueden conllevar injustamente una sentencia absolutoria.

Se ha planteado la modificación del art. 416 de la LECrim en la línea de excluir de tal derecho a la víctima de violencia de género. Su configuración como derecho fundamental en el art. 24.2 de la Constitución plantea dudas sobre la constitucionalidad de tal reforma, si tal exclusión respetaría el núcleo esencial de tal derecho.

Se ha planteado su introducción en el juicio oral como prueba por la vía establecida en el art. 730 de la LECrim pero la jurisprudencia se ha mostrado rotunda en rechazar esta posibilidad, atendiendo al tenor literal del precepto. Cabría pensar en una modificación de este precepto estableciendo la posibilidad de que pudiera introducirse en el juicio oral como prueba de cargo, la declaración de la víctima practicada en la fase de instrucción, con todas las garantías, tras la advertencia y, por tanto, conocimiento por la misma de su derecho a no declarar.

5. JURISPRUDENCIA

A. Tribunal Supremo

- STS de 24 de noviembre de 1987. RJ 1987, 8597.
- STS 918/1999, de 9 de junio. RJ 1999, 3883
- STS 1755/2000, de 17 de noviembre. RJ 2000, 8939
- STS 662/2001, de 6 de abril. LA LEY 7814/2001.
- STS 1949/2001, de 29 de octubre. RJ 2001, 9088.
- STS 104/2002, de 29 de enero. RJ 2002, 2967
- STS 468/2002, de 15 de marzo. RJ 2002, 3497.
- STS 2035/2002, de 4 de diciembre. RJ 2003, 296
- SSTS 1225/2004, de 27 de octubre. LA LEY 10256/2005
- STS 1377/2004, de 16 de noviembre. RJ 2004, 8014.
- STS 1538/2005, de 28 de diciembre. LA LEY 10724/2006.
- STS 1276/2006, de 20 de diciembre. RJ 2007, 387.
- STS 134/2007, de 22 de febrero. LA LEY 9745/2007.
- STS 259/2007, de 29 de marzo. LA LEY 12531/2007.
- STS 385/2007, de 10 de mayo. LA LEY 20352/2007.
- STS 725/2007, de 13 de septiembre. RJ 2007, 6962.
- STS 13/2009, de 20 de enero. RJ 2009, 1383.
- STS 292/2009, de 26 de marzo. RJ 2009, 237.
- STS 381/2014, de 21 de mayo. LA LEY 59772/2014 ECLI:ES:TS:2014:2027.

- STS 703/2014, de 29 de octubre. RJ 2014, 5422.
- STS 51/2015, de 29 de enero. LA LEY 4609/2015. ECLI:ES:TS:2015:373.
- STS 64/2015, 13 febrero. LA LEY 13289/2015. ECLI:ES:TS:2015:672.
- STS 449/2015, de 14 de julio. LA LEY 102959/2015. ECLI:ES:TS:2015:3500.
- STS 486/2016, de 7 de junio. LA LEY 61409/2016. ECLI:ES:TS:2016:2631.
- STS 517/2016, 14 de junio. LA LEY 66945/2016. ECLI:ES:TS:2016:2895.
- STS 573/2017, de 18 de julio. LA LEY 113196/2017. ECLI:ES:TS:2017:3187.
- STS 205/2018, de 25 de abril. LA LEY 40253/2018. ECLI:ES:TS:2018:1629.
- STS 282/2018, de 13 de junio. LA LEY 65971/2018. ECLI:ES:TS:2018:2182.
- STS 13/2019, de 17 de enero. LA LEY 361/2019. ECLI:ES:TS:2019:39.
- STS 119/2019, de 6 de marzo. LA LEY 11405/2019. ECLI:ES:TS:2019:678.
- STS 184/2019, de 2 de abril de 2019. LA LEY 33225/2019. ECLI:ES:TS:2019:1071.
- STS 282/2019, de 30 de mayo de 2019. LA LEY 69277/2019. ECLI:ES:TS:2019:1783.
- STS 589/2019, de 28 de noviembre, LA LEY 182599/2019. ECLI:ES:TS:2019:4077.

B. Tribunal Constitucional

- STC 31/1981, de 28 de julio. RTC 1981/31.
- STC 201/1989, de 30 de noviembre. RTC 1989/201.
- STC 229/1991, de 28 de noviembre. LA LEY 1864-TC/1992.
- STC 123/2006, de 24 de abril de 2006. LA LEY 31226/2006.
- STC 94/2010, de 15 de noviembre. LA LEY 2018790/2010.