

I.3. DERECHO PROCESAL

SOBRE LAS POSIBLES CONDUCTAS PROCESALES DE LA MUJER VÍCTIMA DE DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO*

Por el Dr. GREGORIO SERRANO HOYO
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura
Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura*

Resumen

Posibles conductas procesales de la mujer víctima de violencia de género: negativa a denunciar por sí misma, denuncia sin personación como parte acusadora y ejercicio de la acusación particular. Dispensa del deber de declarar contra el cónyuge o pareja de hecho. Testigo de referencia.

Abstract

Possible procedural conduct of women victims of gender violence: refusal to file a formal complaint by herself, formal complaint without entering an appearance in the proceedings and private prosecution. Exemption from duty to testify against a spouse or domestic partner. Hearsay witness.

* El presente trabajo se enmarca dentro de la línea de investigación «Efectos criminológicos y jurídico-penales de la L.O. 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la Comunidad Autónoma de Extremadura», subvencionada por el Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad), cuyo investigador responsable es el Dr. Joaquín Cuello Contreras, Catedrático de Derecho Penal de la U.Ex.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. AUSENCIA DE DENUNCIA POR PARTE DE LA VÍCTIMA
 1. EXENCIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR AL CÓNYUGE
 2. DENUNCIA POR TESTIGOS DISTINTOS A LA MUJER
 3. DENUNCIA POR TESTIGOS INDIRECTOS O DE REFERENCIAS
- III. DENUNCIA Y AUSENCIA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LA MUJER
 1. LA PRESENTACIÓN DE DENUNCIA POR PARTE DE LA MUJER Y LA NECESIDAD O NO DE INFORMACIÓN DE SU EXENCIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR
 2. LA CUESTIÓN DE LA DISPENSA DE DECLARAR ANTE EL JUEZ INSTRUCTOR EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN
 3. LA DECLARACIÓN DE LA MUJER ANTE EL JUEZ INSTRUCTOR EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN Y SU NEGATIVA A DECLARAR ANTE EL JUEZ SENTENCIADOR EN EL JUICIO ORAL
 4. LA NECESARIA INFORMACIÓN A LA DENUNCIANTE SOBRE LAS CONSECUENCIAS
 5. LA POSIBLE RELEVANCIA PROCESAL DE LA AUTORIDAD ANTE LA QUE SE PRESENTA LA DENUNCIA
 6. INFORMACIÓN A LA MUJER NO PERSONADA DE LAS PRINCIPALES RESOLUCIONES JUDICIALES
- IV. EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR POR PARTE DE LA MUJER
 1. PRESENTACIÓN DE QUERRELLA
 2. OFRECIMIENTO DE ACCIONES
 3. VENTAJAS DE LA PERSONACIÓN DE LA MUJER

I. INTRODUCCIÓN

Dadas las diferentes consecuencias desde el punto de vista procesal que pueden tener para la mujer víctima de los delitos que se han dado en llamar de violencia de género sus posibles conductas procesales, analizarlas –si quiera sea someramente– nos parece que tiene algún interés práctico¹. Esas posibles actitudes procesales de la mujer cabe resumirlas en las siguientes:

- a) Ausencia de denuncia de los hechos por la víctima.
- b) Denuncia, pero sin ejercicio de la acusación:
 - 1. Declaración como testigo de los hechos.
 - 2. Dispensa del deber de declarar.
- c) Acusación particular.

El hecho de que la mujer no denuncie no excluye que los hechos criminales lleguen a conocimiento de la autoridad a través de testigos directos o de testigos indirectos.

La mujer puede decidir presentar denuncia a fin de que se incoe el oportuno proceso penal, pero sin necesidad de tener que intervenir como parte acusadora en el mismo. En cualquier caso, la mujer será llamada a declarar como testigo de los hechos, dado que su declaración constituye un valioso –sino el único– medio de prueba.

Dado que el cónyuge está dispensado del deber de denunciar ha surgido la cuestión de la necesidad de que la mujer sea informada al respecto y, en tal caso, las consecuencias de que no se haya facilitado tal información previa.

Aunque la mujer denuncie, puede posteriormente acogerse a la dispensa de declarar que le concede la Ley de Enjuiciamiento Criminal; por ello, también nos referiremos a tal posibilidad más abajo. Esta conducta puede tener consecuencias no pacíficas en la doctrina y la jurisprudencia sobre la intervención de testigos de referencias o de oídas.

¹ Debo hacer constar que este trabajo, con las oportunas adaptaciones, tiene su origen en mi intervención el día 18 de junio de 2008 con una ponencia bajo el título «Acusaciones populares y particulares. La personación de la Junta de Extremadura» en las jornadas *Mecanismos legales de defensa frente a la violencia contra la mujer: una visión práctica*, organizadas por el Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli, Director de la Cátedra de Derechos Humanos «Manuel de Lardizábal» de la Universidad de Extremadura, dirigidas por D.^a Amalia Cortés Cosme, Fiscal de Violencia de Género de Cáceres, y celebradas en la Casa de la Mujer de Cáceres durante los días 16 a 19 de junio de 2008.

Las conductas de la mujer van desde la pasiva consistente en el silencio, pasando por las demás que hemos enunciado, a la más activa constituyéndose en parte acusadora en el proceso penal como manifestación de voluntad de que el presunto agresor sea enjuiciado a fin de exigirle la responsabilidad prevista legalmente, responsabilidad que ella se encarga de determinar en el escrito de acusación que formule; esta conducta activa presupone la denuncia y el rechazo de la facultad de la dispensa de declarar tanto en fase de investigación como en fase de juicio oral.

Conviene apuntar en este momento inicial que el hecho de que las conductas procesales de una mujer víctima de violencia de género puedan ser diferentes no obedece en puridad a una norma procesal especial. Cabría sostener que no son necesarias especialidades en los procesos penales por este tipo de delitos, pero las especificidades del complejo fenómeno de la violencia sobre la mujer desmienten tal afirmación y abogan por la necesidad de conocer cómo las peculiares circunstancias en que se encuentra la víctima inciden en algunas instituciones procesales.

La cuestión de la acusación (excepción hecha de la llamada acusación pública) en los distintos procesos penales por delitos que suponen violencia de género no viene marcada por la existencia de especialidades procesales *ratione materiae*; no obstante, cabe encontrar alguna peculiaridad como lo prueban los distintos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, L.E.Crim.) reformados o introducidos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, L.O.M.P.I.V.G.), además de otras derivadas de la personación o no de la víctima como acusación particular y del ejercicio de la acción penal (que es pública) por parte de la Administración Autonómica. Es precisamente en esta última cuestión relativa al ejercicio de la acción popular por los gobiernos autónomos donde existen leyes propias de los Parlamentos de distintas Comunidades Autónomas que han provocado algunas cuestiones que abordaremos en otro trabajo que se publica a continuación de este. Aunque en propiedad no se trate de una conducta derivada de la voluntad de la mujer, veremos que, para que se lleve a cabo al ejercicio de la acusación popular por la Administración autonómica, algunas leyes autonómicas exigen la anuencia o el asentimiento de la misma; no obstante, en otros casos la personación del Gobierno de la Comunidad Autónoma no va a depender de la voluntad de la víctima.

Centrándonos en las acusaciones, hemos de tener presente que el Ministerio Fiscal para cumplir con su deber de ejercer la acción penal se constituye en parte necesaria en estos procesos por violencia de género²; en cambio, las otras

² Un elenco de los distintos delitos llamados de violencia de género, aunque no exento de críticas, aparece en la nueva redacción dada por la referida L.O. 1/2004 al art. 14.5 L.E.Crim.: «Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley:

posibles partes acusadoras, a las que dedicaremos más abajo mayor atención, son contingentes.

Tampoco se puede desconocer que referirse a la acusación particular comporta una manifestación del derecho de defensa de la víctima³, de ejercicio por sí del derecho de defensa de sus propios derechos e intereses en el proceso penal, en definitiva, de tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. En cambio, referirse a la acusación popular comporta aludir al ejercicio de la acción penal por persona que no es víctima, es decir, que no es ofendida o perjudicada por el delito.

Finalmente, consideramos que las decisiones que la mujer adopte a lo largo de todo el proceso penal han de caracterizarse por reunir tres notas: ser una decisión personal y casuística (caso por caso) y ser una decisión informada (debe contar con un asesoramiento integral). Aunque más abajo volveremos sobre el asesoramiento jurídico, consideramos necesario que, ante una situación tan compleja o tan poliédrica como lo es la de la violencia sobre la mujer, el asesoramiento abarque todos los ámbitos concernidos, sea integral⁴.

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado».

Este precepto es concordante con el nuevo art. 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial introducido por la misma L.O.M.P.I.V.G.

Aunque la instrucción se encomiende a tal tipo de Juzgados especializados (en adelante, J.V.M.), el enjuiciamiento de tales delitos se llevará a cabo ante distintos órganos judiciales (que dictarán la correspondiente sentencia) en función de si la pena privativa de libertad no supera o sí los cinco años (Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial, respectivamente) y a través de distintos procedimientos: el proceso ordinario por delitos graves, el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, el procedimiento abreviado, el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o el juicio de faltas.

³ Dejando de lado a hijos, menores e incapacitados, la víctima es principalmente una mujer (art. 1.1 L.O.M.P.I.V.G.). Optamos por la referencia a mujer para englobar las denominaciones más precisas de esposa (cónyuge), ex esposa (mujer divorciada), compañera (también llamada conviviente *more uxorio* o pareja de hecho), ex pareja o novia (incluso no conviviente).

⁴ Véanse los arts. 17 a 20 L.O.M.P.I.V.G.

II. AUSENCIA DE DENUNCIA POR PARTE DE LA VÍCTIMA

I. EXENCIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR AL CÓNYUGE

Con demasiada frecuencia, sin desconocer el progresivo aumento de las denuncias, la mujer no pone en conocimiento de la autoridad la violencia de que es objeto por variadas circunstancias⁵.

Aunque el hecho de no denunciar no se deba precisamente al conocimiento de la existencia de una exención legal del deber de denunciar los delitos cometidos por el cónyuge y, dado que la ley no distingue, también los que tienen como sujeto pasivo a la propia mujer. Ni que decir tiene que exención subjetiva del deber de denunciar no supone prohibición de denunciar, sino dispensa del deber o exoneración de las consecuencias que puede llevar aparejadas el incumplimiento de una obligación.

Por tanto, hemos de aludir a las consecuencias procesales que puede tener el hecho de que el art. 261 L.E.Crim., en su redacción original de 1882, contemple tal exención de la obligación de denunciar respecto del cónyuge y de los familiares y que concuerda, aunque no exactamente, con la exención de la obligación de declarar ante el juez instructor o ante el órgano judicial sentenciador en la fase de juicio oral, cuestión sobre la que volveremos más abajo.

Lo primero que se advierte es que la ley procesal penal sólo alude al cónyuge y nada dice de la pareja de hecho. Pese a la omisión legal, debe entenderse que la exención del deber de denunciar se extiende a la persona que mantenga análoga relación de afectividad. Así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia

⁵ Nos parece bastante esclarecedor el informe especial del Justicia de Aragón titulado: «Modelos de actuación en violencia de género. Estudio piloto en Aragón», del que es autor Juan Antonio Cobo Plana y que tiene fecha de publicación: 16 de enero de 2009 en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n003689_LIBRO%202008%20JUSTICIA-definitivo2.pdf. En su pág. 147 se puede leer lo siguiente: «La necesidad de preservar la unidad doméstica, asumida íntegramente por la mujer pareja/madre, le exige mantener en silencio el malfuncionamiento familiar, ocultarlo, disimular incluso las agresiones que sufre.

La disimulación, la ocultación de lesiones o de conductas agresivas, ocupa un papel protagonista en la realidad diaria de la violencia doméstica cuando las exploramos como médicos forenses.

Silencio medido por los años que las agresiones físicas tardan en exteriorizarse, y más años en denunciarse, y, posiblemente como una secuela de ese silencio, de esa tolerancia a la agresión, de esa indefensión aprendida, la muerte homicida de la que no hemos conocido signos de alerta premonitoria más que una quinta o una cuarta parte.

La víctima, en la búsqueda (casi obsesiva = doble identidad) de protección de su entorno doméstico aún en contra de su propia protección, quiere ocultar lo que ha sucedido, y explicar que su dolor se debe a otra causa, o que su lesión ha sido accidental.

La víctima parece no serlo en muchas ocasiones. En otras ocasiones, las personas agresoras aparecen como protectoras, y muy habitualmente son “protegidas” y “entendidas” por la víctima, y con ello, “justificadas”. La víctima adquiere un papel protector del hombre agresor, muchas veces “matriarcal” de su pareja, desdoblándose de su papel de cónyuge. Es la violencia en la que los cuerpos de seguridad pueden ser agredidos por la persona “víctima/denunciante” cuando intentan contener físicamente a la persona “agresora/denunciada”, a pesar de haber sido llamados con angustia y urgencia por la primera».

que lamenta que en la reciente reforma procesal no se haya suplido tal omisión, pese a hacerlo con la nueva redacción dada al art. 416.1 L.E.Crim.⁶. Pero la cuestión no es pacífica: el respeto al principio de legalidad lleva a sostener que no es aplicable tal exención⁷.

⁶ La S.T.S. (2.^a) 164/2008, de 8 de abril (TOL1.303.038) en su F.D. 3.º declara: Esta Sala viene asimilando, al seguir la línea marcada por varios artículos del Código Penal que cita el Tribunal *a quo*, la convivencia *more uxorio* con el matrimonio, a los efectos del art. 416.1.º C.P.; aduciendo al respecto que la dispensa resuelve el conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada. Pero, en consonancia con tal argumento, supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio –así aparece claramente en la sentencia del 22/2/2007–.

Entre otras, la S.A.P. (1.^a) de Alicante de 18 de junio de 2007 (TOL1.265.563) señala: La Primera cuestión planteada por el Ministerio Fiscal es si la convivencia *more uxorio*, es decir la relación conyugal de hecho, debe ser equiparada al matrimonio a los efectos del art. 416 de L.E.Crim.

Dicha cuestión se enmarca en la aplicación del derecho a la igualdad consagrada en el art. 14 de la Constitución y que ha tenido su plasmación en las últimas reformas legislativas donde se igualaba la condición de cónyuge a la de otros vínculos análogos.

El Tribunal Constitucional, desde su sentencia de 7 de junio de 1984 y el Tribunal Supremo desde la de 7 de junio de 1986, de la Sala Tercera, viene manteniendo que no se pueden interpretar restrictivamente las normas que afecten a los derechos fundamentales de la persona.

Es cierto, tal y como expuso el Ministerio Fiscal, en su informe, que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2003 declara que la Ley no ha incluido expresamente los supuestos de convivencia análogos al matrimonio entre las exenciones a declarar prevenidas en el art. 416.1.º de la L.E.Crim., cuando, por el contrario, sí existen distintos preceptos que expresamente aprecian la conveniencia o necesidad de asimilar los efectos de las uniones sentimentales estables, o convivencia *more uxorio*, con los del matrimonio, como sucede por ejemplo en el art. 23 del Código Penal (circunstancia mixta de parentesco), en el art. 153 del Código Penal de 1995 (violencia doméstica), en el art. 424 (atenuación del cohecho), en los arts. 443 y 444 (abusos sexuales de funcionario) o en el art. 454 (encubrimiento entre parientes), preceptos en los que se asimila a los cónyuges con las «personas ligadas de forma estable con análoga relación de afectividad»; no obstante, debe destacarse que, respecto al único ejemplo que en dicha resolución se cita como exclusión de dicha asimilación, el art. 268 Código Penal de 1995 (excusa absolutoria entre parientes), existe un acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha posterior, de 1 de marzo de 2005, que extiende a las relaciones *more uxorio* la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal. Por todo lo expuesto, esta Sala, con la finalidad de evitar situaciones discriminatorias y en una interpretación global e integradora considera de aplicación la dispensa prevista en el art. 416. 1.º de la L.E.Crim. a las relaciones *more uxorio*.

Como establece la S.A.P Santa Cruz, sec. 5.^a, S 23-1-2006, n.º 59/2006, afirmar que la dispensa rige sólo para el cónyuge, constituye una fragmentación del ordenamiento jurídico que debe evitarse y si el Legislador ha decidido otorgar especial protección a quienes se encuentren unidos de forma estable por análoga relación de afectividad, parece lógico extender la dispensa de la obligación y lógicamente la atipicidad de la negativa a declarar (F.D. 2.º).

⁷ Vid. ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar», *Diario La Ley*, n.º 6820, Sección Doctrina, 14 de noviembre de 2007 (LA LEY 6170/2007). En este trabajo, este Fiscal señala: La disfunción se plantea en el ámbito delictivo que es objeto esencial de estudio, esto es, la violencia doméstica en general y de género en particular, en cuanto a si tal previsión legislativa es aplicable a aquéllos que se encuentran ligados al presunto culpable por una relación de afectividad análoga a la conyugal, con o sin convivencia. La conclusión debe ser negativa, pues tal supuesto no está previsto legalmente y, como se ha expuesto, la propia Constitución somete al principio de legalidad la dispensa a la obligación de declarar por razón de parentesco. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia n.º 1540/2003 de 21 de noviembre, cuya cita debe reputarse bastante, por su claridad y contundencia,

Con el fin de evitar dudas sobre la validez de la denuncia y aunque la ley no establece ningún deber de información de tal exención –frente a lo que sucede, según el art. 416.1 L.E.Crim., con la obligación del juez instructor de informarle de que este relevada del deber de declarar–, será necesario que la autoridad policial –o fiscal– ante la que presente la denuncia le informe a la mujer de que no tiene obligación de denunciar y que renuncia expresamente a tal derecho, sin que siempre los tribunales hayan interpretado que la presentación espontánea de la denuncia es un hecho concluyente al respecto, remitiéndonos a lo que más abajo se diga.

2. DENUNCIA POR TESTIGOS DISTINTOS A LA MUJER

Pese a la posible conducta de silencio por parte de la mujer y consiguiente ausencia de denuncia por parte de la víctima, tales hechos constitutivos de delitos pueden llegar a conocimiento de la autoridad por la denuncia de un tercero.

En efecto, además de la víctima, terceros (ya sean familiares o amigos, ya sean vecinos) que no son ofendidos por el delito también pueden y deben ser denunciantes (es conocida la expresión «tolerancia cero», que exige a todos no mirar hacia otro lado); se trata de delitos públicos y la denuncia de los mismos constituye un deber cívico. Al tratarse de delitos públicos, perseguibles de oficio, el proceso se va a incoar aunque la víctima (fruto muy posiblemente de la situación de amedrentamiento en que se encuentra a causa de la violencia ejercida sobre ella y de las circunstancias antes apuntadas) no denuncie.

El art. 259 de la L.E.Crim. establece que el que presenciare la perpetración de cualquier delito público –como lo son los que se han venido en llamar delitos de violencia de género que se cometen normalmente en el ámbito familiar o privado– deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad competente (poli-

para resolver la cuestión. En efecto, se afirma que cuando el Legislador ha apreciado, en el ámbito de la jurisdicción penal, la conveniencia o necesidad de asimilar los efectos de las uniones sentimentales estables, o convivencia *more uxorio*, con los del matrimonio lo ha establecido así expresamente, como sucede por ejemplo en el art. 23 del C.P. de 1995 (circunstancia mixta de parentesco), en el art. 153 del Código Penal de 1995 (violencia doméstica), en el art. 424 (atenuación del cohecho), en los arts. 443 y 444 (abusos sexuales de funcionario) o en el art. 454 (encubrimiento entre parientes), preceptos en los que se asimila a los cónyuges con las «personas ligadas de forma estable con análoga relación de afectividad». Pero esta asimilación no tiene carácter general y el Legislador la ha excluido, por ejemplo, en el art. 268 del Código Penal de 1995 (excusa absolutoria entre parientes). Por tanto, la dispensa legal no incluye a quien no es cónyuge del acusado, independientemente de que esté ligado por una relación especialmente intensa con el mismo, que permita parificarla a la matrimonial pero, en todo caso, carezca de la cobertura legal propia del matrimonio. Podría invocarse como criterio hermenéutico, con apoyo en el art. 3 del Código Civil, la necesidad de interpretar la previsión del siglo XIX de acuerdo con la realidad social actual en la que proliferan las uniones no matrimoniales, mas tal conclusión implicaría por un lado la quiebra de la reserva constitucional de ley antes citada y, al mismo tiempo, revelaría el sinsentido de las reformas legislativas que en determinados ámbitos, como los ya citados, han resuelto a favor de la equiparación jurídica de ambas situaciones. Y es que si el art. 3 del Código Civil es bastante para resolver a favor de tal identidad de efectos, bastaría con haber acudido al mismo para integrar la reserva de ley antes invocada.

cial, fiscal o judicial). La denuncia deberá transmitir la *notitia criminis*, es decir, contener una descripción lo más precisa de los hechos delictivos⁸. La denuncia podrá efectuarla tanto la persona que padece las consecuencias de la conducta delictiva (víctima y, consecuentemente, testigo paciente), como un tercero (testigo) que lo presencia o, mejor, lo percibe directamente, no sólo por el sentido de la vista, sino también del oído.

La presencia de estos testigos directos de la comisión del delito o, sólo, de una serie de síntomas o circunstancias de los que deducir la conducta punible y su declaración en el juicio servirá para destruir la presunción de inocencia del autor.

Asimismo, en relación con los delitos y faltas de violencia de género no se puede olvidar el específico deber de denunciar que pesa sobre determinadas personas por razón de su cargo o profesión (art. 262 L.E.Crim.); en este sentido, la denuncia por parte de profesionales que tratan a las mujeres o el parte médico que pone en conocimiento de la autoridad el estado físico o psíquico de la mujer –lo manifieste ella expresamente o, incluso, lo niegue– que puede sufrir la violencia machista, además de comportar un tipo de denuncia cualificada por razón del sujeto, constituirá un posible medio probatorio de carácter objetivo y testifical o, en su caso, pericial con eficacia para disipar cualquier sombra de duda sobre la credibilidad de lo manifestado por la mujer víctima, aun cuando posteriormente se acoja al derecho a no declarar contra el agresor al amparo de lo dispuesto en el art. 416 L.E.Crim.⁹. No obstante, se trata de

⁸ Por lo que se refiere a los requisitos formales, cabe recordar que la denuncia podrá ser verbal o escrita y también podrá presentar personalmente o por medio de mandatario con poder especial (art. 265 L.E.Crim.).

Si fuera escrita podrá presentarla la denunciante personalmente o a través de procurador con poder especial *ad hoc*. La denuncia escrita deberá ir firmada por el denunciante y si no pudiera hacerlo por otra persona a su ruego (art. 266 L.E.Crim.). La autoridad o funcionario que la recibiere rubricará y sellará todas las hojas a presencia del que la presentará, quien podrá también rubricarla por sí o por medio de otra persona a su ruego. En el caso de que la denuncia se realizara oralmente, la autoridad que la reciba deberá extender acta, en la que, en forma de declaración, se expresarán cuantas noticias tenga la denunciante relativas al hecho denunciado y a sus circunstancias, firmándola ambos a continuación (art. 267 L.E.Crim.).

⁹ En este sentido, la S.A.P. (1.ª) de Burgos 24/2010, de 8 de febrero de 2010, en su F.D. 3.º señala: Si bien es cierto que la denunciante Custodia, no se ratificó en el Plenario en la denuncia formulada en su día contra el acusado, a pesar de haberse ratificado ante el Juzgado de Instrucción, acogiéndose al derecho previsto en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratándose de un delito perseguible de oficio, pueden valorarse otras pruebas, distintas al testimonio de la víctima, para poder considerar acreditados los hechos objeto de acusación.

Por la Juzgadora se ha tomado en consideración el parte de asistencia médica denominado «protocolo sanitario ante malos tratos domésticos» donde se hace constar que la denunciante presentaba «hematoma en hombro, brazo y mano izquierda; eritema e inicio de hematoma en brazo derecho, dolor en mama derecha aunque no se objetiviza de momento lesión, hematoma parieto occipital derecho y parietal izquierdo» indicándose como diagnóstico «contusiones en calota, brazos, mano izquierda y mama derecha» diagnóstico «poli-contusionada» constando la manifestación de la víctima relativa a que había sido el acusado el autor de las lesiones; así mismo el informe Médico Forense en el que se concluye que las lesiones que presentaba Custodia recogidas en el informe médico emitido por el Hospital Santos Reyes de Aranda de Duero resultan totalmente compatibles

una cuestión no exenta de polémica y existe jurisprudencia que estima que, si la mujer se acoge a la facultad de no declarar contra la pareja que le agredió, no cabe considerar, por sí solo, prueba de cargo suficiente al testimonio de referencias de los policías ante los que presentó la denuncia¹⁰.

con el mecanismo causal que la propia perjudicada le refirió a la Sra. forense en el momento de su exploración, esto es haber recibido puñetazos por todo el cuerpo.

Por ello la Médico Forense doña Fátima constituye además de una perito, un testigo de referencia, al igual que los Agentes de la Policía Nacional n.º NUM002, el cual indicó que «fue al hospital y ella les dijo que había discutido con su marido y que éste le había agredido», el n.º NUM003 el cual indicó que «fueron al hospital y habló con la señora y les dijo que había sido agredida por el marido» y el Agente n.º NUM004 el cual manifestó «que se entrevistó con la señora y dijo que había sido agredida por su ex-pareja».

Por todo ello entendemos que a pesar de la negación de los hechos por el acusado, a la sazón apelante, se ha practicado prueba de cargo bastante para destruir su presunción de inocencia, habiéndose valorado por la Juzgadora correctamente todas las pruebas practicadas, y conforme a las reglas de la lógica y la razón, por lo cual procede la desestimación del recurso por dichos motivos.

¹⁰ La S.A.P. (3.ª) de Murcia 14/2010, de 22 de enero, F.D. 2.º, constata: «la jurisprudencia ya venía poniendo de manifiesto ciertas restricciones y matices entorno a la eficacia de la prueba testifical de referencia para sustentar, por sí sola, un pronunciamiento de condena: así la S.T.S. 146/2003 de 14 de julio admite su plena validez probatoria, sin embargo incide en que 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, en especial, por que esta prueba implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de 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 (S.T.C. 97/1999, de 31 de mayo, entre otras allí citadas). Por otra parte, también 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 C.E. (específicamente S.T.C. 131/1997, de 15 de julio y 97/1999, de 31 de mayo).

Estos recelos han tenido contundente acogida en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (S.T.S. de 27 de enero de 2009 y 10 de febrero del 2009) en las que establece que los testigos de referencia «no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciados, porque lo que conocen sólo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo en 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, aún admitidos en el art. 710 de la L.E.Crim. 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 quien se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocésal 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 a su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído al 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

3. DENUNCIA POR TESTIGOS INDIRECTOS O DE REFERENCIAS

El tercero que denuncia una situación de maltrato puede ser testigo directo, como hemos indicado antes, pero puede suceder –esto será lo habitual si la

declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su padre. Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la L.E.Crim. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia».

En consecuencia, atendiendo a esta doctrina jurisprudencial expuesta recogida ya por las diferentes Audiencias Provinciales (por ejemplo S.A.P. Pontevedra 9 de julio de 2009, S.S.A.P. Madrid 15 de julio de 2009, 21 de julio de 2009, S.S.A.P. Gerona 14 de enero, 27 de enero y 20 de julio de 2009, S.A.P. Barcelona 6 de octubre de 2009), en aquellos casos en los que el perjudicado se acoge a su derecho a no declarar en el Juicio Oral, no procede dar lectura a la declaración sumarial al amparo del art. 730 L.E.Crim. (S.S.T.S. 10 de febrero de 2009 y 27 de enero de 2009), la prueba testifical de referencia resulta insuficiente para fundar un fallo condenatorio, incluso aunque se cuente con parte de lesiones e informe forense –que en este caso únicamente refleja que la denunciante padece heridas superficiales en la piel de ambos codos (folio 38)–, que sólo acreditan la existencia de dichas heridas pero nunca cómo ni por quién se causaron.

Y esto es lo que ha sucedido en el caso de autos: Nicanora llamó al 112 y refirió a los Policías que su marido le había golpeado e insultado estando borracho; Ya en comisaría –tras relatar un episodio de maltrato– manifestó que no estaba segura de querer interponer la denuncia contra su marido y posteriormente confirmó su voluntad de no formular denuncia ni declaración alguna ante el instructor; No interesó orden de protección y renunció a cualquier indemnización y a su derecho a personarse como acusación particular.

Remarcando, nuevamente, lo insustituible que resulta la declaración del testigo directo cuando dicho testimonio es perfectamente posible pero no se vierte en el Juicio Oral por su libre decisión amparada en el ejercicio de dispensa legal, insustituible por la lectura de las declaraciones sumariales que no tienen valor probatorio alguno en estos supuestos (S.S.T.S. 27 de enero y 12 de febrero de 2009), cabe asimismo reseñar que el acusado se limitó a negar la agresión y a asegurar que iba muy borracho.

En este orden de cosas, hay que afirmar que la prueba practicada en el Juicio Oral es efectivamente insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al acusado porque la declaración de la testigo directo en sede policial no pueden sustentar un fallo condenatorio, pues el propio Juzgador se ha visto privado de las bondades que confiere la intermediación y de la posibilidad de analizar y escudriñar eventuales contradicciones entre las diferentes declaraciones. Del mismo modo, tampoco puede atenderse a los testimonio de referencia de los Policías que acudieron al domicilio familiar, porque la testigo directo sí acudió al acto del Juicio aunque no prestó declaración, destacando lo poco concluyente que resulta el resto de los datos que los Policías aportan, y de los que sí fueron testigos directos al llegar a la vivienda: el desorden en el que se encontraba la casa, que un colchón estaba volcado, el estado de nerviosismo de Nicanor y que presentaba rojeces en los brazos. También mencionan los Policías el fuerte olor a alcohol que desprendía Iván, que se encontraba en la calle, descamisado y con una pequeña herida sangrante en el labio superior. Testimonio poco concluyente para sostener un fallo condenatorio al no haber quedado efectivamente probado el iter comisivo y apreciar una importante discordancia entre la exposición de hechos que los Policías aseguran les manifestó Nicanor –en el que consta que el agresor golpeó a su esposa repetidamente en la cabeza, la zarandéo y empujó, tirándola al suelo y golpeado de nuevo– y el informe del médico forense –en el que se reflejan heridas superficiales en los codos, sin que presente hematomas ni otros síntomas o patologías en las demás zonas donde los Policías dicen que dijo fue golpeada repetidamente–, Tampoco resulta suficiente que el Policía Local NUM002-NUM003 refiera que el acusado reconoció con un gesto de su cabeza que sí había agredido a su esposa, pues este relevante dato no consta en el atestado y del propio acta se desprende que se encontraba en un estado de embriaguez que le impedía expresarse con normalidad y que en modo alguno domina el idioma castellano.

agresión se produce tras la puerta del domicilio— que sea un testigo indirecto o de referencias.

Surge aquí la cuestión de la credibilidad del testigo indirecto o de referencias por tratarse de un familiar, de un amigo, de un agente de la autoridad, o de alguien que no ha presenciado la comisión del hecho delictivo.

El art. 264 L.E.Crim., por su desconfianza sobre su valor probatorio, en este caso establece un deber de denunciar de menor intensidad a cuyo incumplimiento ni siquiera anuda la multa irrisoria prevista en el artículo de la Ley procesal penal que señalábamos más arriba. Además, el art. 710 L.E.Crim. contiene una serie de exigencias y comprobaciones que el órgano judicial sentenciador habrá de tener en cuenta si va a utilizar el testimonio de referencia para formar su convicción.

Como veíamos en el epígrafe anterior, testigo de referencia puede ser el agente de la autoridad que acude ante la llamada de la mujer maltratada¹¹. No

¹¹ La S.A.P. (2.ª) de Toledo 26/2010, de 8 de abril, sostiene: «Es evidente que si el único testigo presencial y presunta víctima de los hechos enjuiciados se encuentra en paradero desconocido al haber regresado a su país de origen, no siendo interesada la introducción en el acto del plenario de su declaración por el cauce del art. 730 de la L.E.Crim., concurre una imposibilidad real de obtener la declaración del principal y único testigo directo (se cumple con ello la primera de las exigencias impuestas por la doctrina jurisprudencial).

Por otro lado, en la práctica de dichas diligencias de prueba se han observado la vinculación que impone el art. 710 de la L.E.Crim. cuando dispone que “los testigos ... si fueran de referencia precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuera conocida, a la persona que se le hubiera comunicado”.

No puede desconocer esta Sala que la propia doctrina del Tribunal Constitucional asume que este tipo de prueba puede generar recelos o reservas par ser aceptada sin más como instrumento apto para desvirtuar la presunción de inocencia y que existe el riesgo de erosionar el derecho que asiste al acusado al proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución), mas ello no permite obviar que la declaración prestada por los testigos de referencia cumpliendo las exigencias citadas por la propia doctrina del Tribunal Constitucional (ej. Sentencia 21 de diciembre de 1989) pueda adquirir plena validez y eficacia para enervar la presunción de inocencia, al devenir imposible la práctica de la prueba original y directa por los motivos anteriormente aludidos, independientemente de la problemática que, como cualquier otra prueba, puede plantear, centrada en si es capaz de llevar o no al Juzgador a adquirir la convicción, rayana en la certeza, en torno a la culpabilidad del acusado, exenta de toda duda razonable.

No reconocer valor a esas declaraciones como un elemento más de prueba, cuando aquella revele plena verosimilitud en concordancia con otros de significación eminentemente objetiva como representar el parte de lesiones (folios 2 y ss.) que recoge la descripción de lesiones físicas que por su morfología coinciden con actos de acometimiento, supondría hacer depender el ejercicio del *ius puniendi* del Estado del arbitrio de la propia ofendida (disponibilidad de la víctima sobre el *ius puniendi* del Estado), hipótesis que en modo alguno puede obtener cobertura legal, permitiendo que queden impunes conductas que atentan contra los derechos y valores básicos de las personas que requieren una protección más intensa en el seno de la familia.

Por tanto, desde el punto de vista formal, la introducción de la declaración emitida por el testigo de referencia en el proceso se ajustó a la Ley y a la doctrina que la interpreta y examina el valor probatorio que pueden adquirir aquellas conforme con la propia doctrina del Tribunal Constitucional» (F.D. 1.º).

obstante, también se ha entendido que el agente de policía no es testigo indirecto (o lo es de la autoría del delito referida por la mujer), sino directo de las consecuencias del acto criminal (lesiones, discusiones, nerviosismo de la mujer, etc.)¹², circunstancias que –probadas por medio de esta prueba testifical– constituyen un indicio de la comisión del delito¹³.

¹² La S.A.P. de Ávila 198/2009, de 30 diciembre, aunque mezcla lo que perciben directamente y lo que les refieren, afirma: «Se indica que los testigos que depusieron en el acto del juicio sólo eran testigos de referencia; y que las manifestaciones que realizó en su día la víctima o testigo directo de los hechos debe ser objeto de contradicción con el acusado, y con su Letrado en el acto del juicio, habiendo incurrido la Juzgadora de instancia en error en la valoración de la prueba.

En primer lugar, los testigos que depusieron en el acto del juicio no sólo fueron testigos de referencia, aunque no presenciaron directamente la agresión, sino que fueron testigos directos de la discusión entre marido y mujer, y también que hubo un altercado entre ellos; y por último comprobaron la realidad de las lesiones que padecía Fátima, siendo observadas directamente por la Médico de Atención Primaria y por la Sra. Médico Forense.

Es cierto que los testimonios de referencia no suplen el testimonio directo del testigo que hubiera presenciado la agresión, pero sí prueban lo percibido directamente por cada uno de los testigos, lo que la víctima les contó, lo que escucharon, el hecho de su narración o relato, unido a la demostración de las lesiones sufridas (así S.T.S. de 26 de junio de 2009). En este sentido se pronuncia también el Ministerio Fiscal, por lo que se desestima el motivo, ya que la Juzgadora de instancia no sufrió error en la valoración de la prueba, y, con ello, se desestima la totalidad del recurso de apelación» (F.D. 2.º).

¹³ En el F.D. 1.º de la S.A.P. (27.ª) de Madrid 190/2010, de 4 de febrero, se precisa: La juzgadora *a quo* ha considerado que, pese a no haberse contado con el testimonio de la víctima, existe acervo probatorio de cargo bastante para dictar una sentencia condenatoria, acervo probatorio que no se basa, como aduce el recurrente, en una testifical de referencia sino en una prueba testifical directa de extremos percibidos por los agentes de la policía local que ponen de manifiesto unos indicios incriminatorios para el acusado que sustentan la resolución recurrida.

A este respecto cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 al señalar que «La Audiencia ha considerado que los testimonios de 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 son testigos de referencias (art. 710 L.E.Crim.). Los testigos de referencias son los que no habiendo percibido los hechos con sus sentidos refieren al Tribunal manifestaciones de otras personas que no comparecen como testigos. En este sentido es preciso aclarar que es errónea la apreciación de la Audiencia al considerar a las personas que atendieron y auxiliaron a la víctima como testigos de referencia. Esas personas son testigos directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos. En todo caso, 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, además, constituir la base de la prueba indiciaria.

Sin perjuicio de lo dicho, la cuestión de la autoría del recurrente ha sido correctamente establecida en la sentencia, a pesar de los errores técnico-terminológicos en los que la Audiencia incurrió. En efecto: si el razonamiento del Tribunal *a quo* se analiza ordenadamente, se comprueba que los “indicios” de la autoría de las lesiones no determina ninguna reserva respecto de la misma. En efecto, la prueba testifical permite configurar un horizonte indiciario jurídicamente no objetable. El Tribunal *a quo* estimó que las declaraciones testificales probaron la huida de la mujer del domicilio, las lesiones graves que presentaba, el pedido de auxilio en forma desesperada, el estado de pánico en el que se encontraba al abandonar precipitadamente el domicilio, etc. Todas estas circunstancias constituyen “indicios” que han sido constatados, como dijimos, por prueba testifical directa. A ello se agrega que la presencia de la víctima durante varios días en el domicilio del acusado ha sido reconocida por éste. Estos “indicios” autorizan a inferir la autoría de las lesiones de la víctima y de su privación de libertad y, sobre esta base, inculpar al acusado por las siguientes razones: a) no hubo solución de continuidad entre la estancia en el domicilio del acusado y la

III. DENUNCIA Y AUSENCIA DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LA MUJER

I. LA PRESENTACIÓN DE DENUNCIA POR PARTE DE LA MUJER Y LA NECESIDAD O NO DE INFORMACIÓN DE SU EXENCIÓN DEL DEBER DE DENUNCIAR

La mujer puede limitarse a ser *denunciante*, esto es, sólo –y no es poco– pone los hechos en conocimiento de la autoridad policial (o, en su caso, de la autoridad judicial o fiscal).

La presentación de la denuncia no supone ni exige su personación como acusación particular, pero sí su declaración como víctima-testigo, salvo que haga uso de la dispensa del deber de declarar.

Por supuesto, el Fiscal en tal caso ejerce la acción penal (acusación pública) por cuanto que para el mismo constituye un deber¹⁴.

Será un Fiscal especializado, el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer (en adelante, F.V.M.)¹⁵, el que actúe como acusador público y exija ante los juzgados y tribunales la responsabilidad penal y civil derivada de las conductas constitutivas de delito o falta protagonizadas por el presunto autor frente a la víctima.

búsqueda desesperada de auxilio, b) en el momento de salir de ese lugar la víctima presentaba un grave y manifiesto deterioro físico y c) no existe la menor sospecha de que las lesiones pudieran ser explicadas por otras causas. Estas circunstancias constituyen “indicios” fuertes, cuya conexión lógica es indudable, de que las lesiones sólo puede haberlas causado el acusado y de que la víctima se vio obligada a escapar pues se encontraba privada de su libertad.

»Con este apoyo indiciario no ofrece duda alguna que la decisión del Tribunal *a quo* no ha infringido ni las reglas de la lógica ni se ha apartado de las máximas de experiencia. El derecho aplicado, no impugnado por el recurrente sino como consecuencia de una modificación de los hechos probados, tampoco resulta censurable».

Aplicando la doctrina expuesta la caso que nos ocupa, como señala la juzgadora de instancia los testigos que depusieron en el acto del juicio oral (policías locales de Villanueva del Pardillo n.º NUM004 y NUM005) declararon tanto respecto al estado de nervios en que se encontraban la víctima (llorando y muy nerviosa) y la casa (toda revuelta) como en relación con la llamada recibida por dicha perjudicada de quien por la misma se identificó como el acusado y pudo ser oída por los agentes mediante el sistema de «manos libres» y en el transcurso del cual, cuando la otrora denunciante preguntó a su interlocutor que porqué la había pegado él contestó «me pone pegarte, igual que ti te pone comerme la polla» expresión que no procede sino interpretar en el sentido que lo hace la juzgadora *a quo*, esto es, como un reconocimiento de lo ocurrido, sin perjuicio del evidente signo sexual de las referidas frases a las que alude el recurrente.

¹⁴ *Id.* arts. 105 y 771.1.ª L.E.Crim.

¹⁵ «A la Sección Contra la Violencia sobre la Mujer se atribuyen las siguientes funciones:

a) Intervenir en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

b) Intervenir directamente en los procesos civiles cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En la Sección Contra la Violencia sobre la Mujer deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia, al efecto en cada caso precedente» (nuevo art. 18.1 III E.O.M.F.).

Se ha suscitado la cuestión de si la mujer debe ser informada por la autoridad policial de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como hemos visto, no le exige denunciar y de si, en caso de no hacerse, la ausencia de información previa y formal tiene consecuencias sobre la validez de la misma¹⁶.

¹⁶ ORTEGA CALDERÓN añade: «Retomando el análisis de la dispensa legal a declarar y la acreditación de los hechos denunciados, recientemente la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de fecha 28 de noviembre de 2006, ha 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*, acuerdo plenario al que debe darse el valor vinculante consagrado en el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la misma Sala adoptado en su reunión de fecha 18 de julio de 2006, que ya ha generado algún pronunciamiento como la sentencia del más Alto Tribunal n.º 1215/2006 de 4 de diciembre de 2006 y la posterior n.º 380/2007 de 10 de mayo, pronunciamientos que, no obstante, el primero fue objeto de dos votos particulares y el segundo no asume en su integridad y contundencia el referido acuerdo no jurisdiccional. De esta forma, cabe plantearse si el silencio de la víctima ya en instrucción ya en el plenario, acogándose a un derecho legalmente reconocido consagración de una previsión constitucional, debe determinar bien el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones conforme al art. 641 L.E.Crim. bien el dictado de una sentencia absolutoria o, por el contrario, acudir a su inicial declaración prestada ante la policía para instar la continuación de la causa y promover en su momento el dictado de una sentencia condenatoria. Ciertamente que la conclusión que se adopte entraña notables consecuencias en la esfera personal de la víctima, en tanto que implica, de considerarse procedente el segundo bloque de alternativas postulado, un fraude de su derecho a no declarar. No obstante, *el principio general de indisposición del ius puniendi, titularidad estatal y ajeno por tanto en su ejercicio último a la voluntad del titular del bien jurídico afectado por la conducta con relevancia penal, es suficiente sustrato para sostener la necesidad de reprochar penalmente la conducta con relevancia penal, de la que se ha tenido cumplido conocimiento mediante la oportuna denuncia, aunque para ello deba acudir a expedientes procesales que, como se verá, pueden suponer vaciar de contenido la dispensa a la obligación de declarar objeto de análisis.*

Ahora bien, el referido acuerdo jurisdiccional no es un expediente que permita la introducción indiscriminada de toda declaración policial como prueba de cargo en el plenario, sino que admite su valoración con el Tribunal como elemento tendente a formar su íntima convicción sobre los hechos investigados, siempre que concurren dos presupuestos:

Que se trate de declaraciones válidamente prestadas.

Que se incorporen al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia», en «La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar», *loc. cit.*

Aunque no referido a un supuesto de violencia de género, véase MORENO Y BRAVO, E., «Comentarios a la S.T.S. de 6 de abril de 2001», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 502 (Westlaw BIB 2001/1270). Sostiene: «Además, la Sentencia comentada aborda una cuestión de gran trascendencia práctica: la obligación de advertencia contenida en el párrafo 2 del art. 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal también obliga a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad (Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Policías Autonómicas y Locales) en cuanto actúan siempre por delegación o representación de la autoridad judicial, por lo que deberán cumplir con dicha obligación, ya que resultaría contradictorio la exclusión a la Policía o a la Guardia Civil de las obligaciones impuestas por la L.E.Crim. al juez de instrucción. Acertadamente, la S.T.S. de 6 de abril de 2001 afirma que tal posibilidad “dejaría prácticamente hueca la advertencia del 2.º párrafo del art. 416.1.º L.E.Crim., pues permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el juez de instrucción”.

Es clara la obligatoriedad, por parte de la Policía Judicial, de observar las formalidades legales en el desarrollo y ejecución de las diligencias que practiquen, negándose, expresamente, por parte del art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la utilización de medios de averiguación que la ley no autorice».

Algunas soluciones jurisprudenciales sobre las consecuencias de la falta de información policial de la dispensa del deber de denunciar vienen a diferenciar los casos en que la denuncia es espontánea de aquéllos en que los hechos aparentemente constitutivos de delito son referidos por la víctima a preguntas del agente policial¹⁷.

¹⁷ Véase BARRIENTOS PACHO, J. M.^a, «Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la dispensa legal. Validez y eficacia en juicio», *Diario La Ley*, n.º 7430, Sección Tribuna, 23 de junio de 2010 (LA LEY 5356/2010). Según este magistrado, refiriéndose a la S.T.S. 294/2009 de 28 de enero, aun cuando se mantiene en la misma línea de la S.T.S. 385/2007 de 10 de mayo, cuando expone en su F.J. 1.1 que «aunque la advertencia de la exención legal no se prevé expresamente en los supuestos de denuncia de parientes comprendidos en el art. 261 de la L.E.Crim., ha de entenderse exigible también aquí, por la identidad de razón que fundamenta la dispensa en ambos casos, y por la naturaleza facilitadora de su efectivo ejercicio, que la advertencia tiene también en los dos supuestos». No obstante, a pesar de reafirmarse en aquella misma tesis, decimos que permite matizar sus efectos puesto que, a nuestro juicio, autoriza a establecer una separación decisiva entre la denuncia espontánea y libremente decidida por la persona que ha tomado ya la determinación de denunciar unos hechos concretos, y para ello comparece ante cualquier autoridad aportando un documento de redacción propia, o incluso lo redacta por propia iniciativa y de propia mano en su integridad a la presencia policial o judicial, de aquellos otros supuestos en los que esa personación se produce haciendo única mención a una voluntad de denunciar, consignado los hechos denunciados en respuesta a las preguntas que sobre tales hechos pueda dirigirles el agente de policía o funcionario que reciba esa denuncia.

Los argumentos que se ofrecen en esta segunda sentencia y que nos autorizan a establecerse esa dicotomía, con distintas exigencias formales, se ofrecen en el F.J. 1.2 y 3, al afirmar que «Por la propia razón de ser y fundamento de la norma cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente». Y prosigue el razonamiento afirmando que «la innecesariedad de la información sólo se puede referir a los hechos que se quieren denunciar voluntariamente. Pero no puede utilizarse la declaración policial sobre esos concretos hechos, para, a través del interrogatorio sobre ellos, hacer pesquisas sobre otros diferentes y provocar del denunciante de los primeros una segunda denuncia sobre los segundos».

De donde extraemos como conclusión, que podría ser aceptada sin objeciones, que en los casos en los que la denuncia o cualquiera de los extremos de hecho denunciados se obtengan mediante declaración recogida por agentes de policía, y se dirija contra el cónyuge, asimilado o algunos de los parientes a que se alude en el art. 261 L.E.Crim., la advertencia previa de la dispensa del deber de denunciar constituye un requisito de validez de la denuncia o de los concretos extremos de hechos obtenidos en esa primera indagación policial. Por contra, en supuestos de denuncia y consecuente relato de hechos efectuado en comparecencia libre y voluntariamente decidida y según relato espontáneo de los hechos, no explorados por quien recibe la denuncia, deberá producir todos sus efectos, sin necesidad de que se haga preceder de advertencia alguna sobre la dispensa legal de denunciar que le pueda afectar al denunciante, pues ninguna exigencia legal de ese tipo se contempla para la válida interposición de una denuncia espontánea dirigida contra las personas a que se alude en el art. 261 de la Ley procesal.

De la lectura del razonamiento ofrecido en la segunda de las sentencias podría inferirse que esa liberación del requisito de la previa advertencia para la validez de la denuncia únicamente sería admitida cuando sean denunciados hechos de los que la persona denunciante haya sido víctima directa, sin embargo, consideramos que deberá extenderse el mismo razonamiento sobre la innecesariedad de la advertencia a quien ha decidido libre y voluntariamente denunciar unos hechos

La presencia del letrado del presunto agresor que consiente que no se informe a la mujer de la exención del deber de denunciar, además de la espontaneidad de la declaración, también ha sido tenida en cuenta para reputar la validez de tal declaración¹⁸.

A fin de evitar dudas sobre la validez de la denuncia, será conveniente –aunque la norma no lo impone– que la autoridad policial –o fiscal– ante la que presente la denuncia informe a la mujer maltratada de que no tiene obligación

delictivos aunque respecto de ellos el denunciante no haya resultado agraviado personalmente, pues la ley procesal no hace de distinta condición la denuncia de hechos delictivos de una u otra naturaleza, de tal forma que la innecesariedad de la información sobre la dispensa legal debe referirse a todos aquellos hechos que el denunciante quiera y haya decidido denunciar libre y espontáneamente.

¹⁸ La S.A.P. de Ávila 198/2009, de 30 diciembre, señala: «Invoca la defensa de este último, como primer motivo de recurso, que se quebrantaron las normas y garantías procesales de los arts. 416 y 707 de la L.E.Crim., vulnerando el principio de presunción de inocencia, por falta de prueba incriminatoria de cargo (art. 24.2 de la C.E.). Y lo fundamenta porque Fátima se negó a declarar en el acto del juicio oral, y las manifestaciones que realizó ante el Juzgado de Instrucción se efectuaron sin la información del derecho a no declarar, previsto en el art. 416 de la L.E.Crim.

El motivo del recurso, sin embargo, no se puede aceptar, pues los hechos tuvieron lugar en la C/ DIRECCION000 n.º NUM000, NUM001-NUM002 de la localidad de Arévalo, cuando a raíz de un altercado que se produjo entre Fátima y Juan tuvo que acudir al mismo dos Agentes de la Policía Local, y después Agentes de la Guardia Civil.

La declaración que prestó Fátima ante los Agentes de la Guardia Civil (folio 3) fue totalmente espontánea, y se la informó de todos los derechos que reconoce la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre. Además, y por otra parte, su declaración fue corroborada por la declaración que prestó Juan, al que se informó expresamente que tenía derecho a guardar silencio y a no declarar si no quería (*vid.* folio 8).

Como tiene reiteradamente establecido la jurisprudencia del T.S., en los supuestos en que la propia víctima *motu proprio* formula denuncia, las previsiones del art. 416 de la L.E.Crim. son superfluas, y una posible omisión de advertir de la dispensa de obligación de declarar sería inútil (*vid.* Ss. T.S. 27 de octubre de 2004 y 8 de marzo de 2006).

Y, si ante el Cuartel de la Guardia Civil podría suscitarse alguna duda de que Fátima quisiera o no denunciar; resulta que en el Juzgado de Instrucción consta: “declaración de denunciante” (*vid.* folio 34). Además, en esa declaración estuvieron presentes los dos Letrados de ambas partes, y en ningún momento advirtieron a la ofendida o perjudicada que podía verse dispensada de declarar. Antes al contrario formuló expresa denuncia contra su marido.

Pero es que, además, que Fátima fue agredida por el acusado lo corrobora el parte de atención primaria de salud, en el que la doctora D.ª Gabriela pudo apreciar que padecía aquella una contusión occipital y en el mentón, además de que advirtió en la paciente una crisis de ansiedad (*vid.* folio 19); y en el acto del juicio oral ratificó que atendió a Fátima en el Centro de Salud, adverbando su informe; y que “llegó nerviosa y llorando, dijo que se llevaba mal con su marido”; y añadió “hice un resumen de lo que ella me contó”. Pues bien, en el parte inicial de asistencia consta que acudió traída por referir agresiones por parte de su pareja... Hace un mes refiere la primera paliza. Tiene 2 hijos que están atemorizados. Refiere cefalea (*vid.* folios 19, 164 vto y 165). Si a todo ello se añade que el Policía Local de Arévalo, con carnet profesional NUM003 declaró en el acto del juicio, que fueron comisionados por el 112, y que la señora dijo que le había agredido su marido, que le había dado un golpe en la cabeza, y que la llevaron al Centro de Salud; y que el Guardia Civil con carnet profesional NUM004 declaró también que la señora había sido agredida por su marido que le había dado un golpe en la cabeza, y que también le había insultado; y lo mismo dijo en el Plenario el Guardia Civil con carnet profesional NUM005, el resultado es que existe una prueba de cargo más que suficiente, por lo que el motivo del recurso se rechaza. Por último existe parte de sanidad emitido por la Sra. Médico Forense, que comprobó directamente las lesiones padecidas por Fátima (folio 61), que en ningún momento fue impugnado» (F.D. 1.º).

de denunciar y que haga constar la renuncia expresa a tal facultad, ya que no siempre los tribunales han interpretado que la presentación espontánea de la denuncia es un hecho concluyente de la renuncia a la dispensa.

Aún en el caso de que, presentada la denuncia, conste que ha sido informada de la exención del deber de denunciar, es posible que con posterioridad la mujer haga uso de la dispensa de declarar y, dado que el precepto procesal penal no establece que presentando la denuncia la mujer renuncia al uso de tal facultad en fase de instrucción o de juicio oral, surge la cuestión de si tal denuncia puede tener alguna virtualidad probatoria¹⁹. En caso de que, amparada la mujer en la dispensa, se le quiera dar validez probatoria a la denuncia habrá que plantearse si cabe conseguirlo acudiendo a la lectura de la misma al amparo de lo previsto en el art. 714 L.E.Crim.; tal cuestión merece una respuesta negativa al no concurrir el presupuesto previsto legalmente consistente en que exista contradicción entre lo declarado en sede policial y en sede judicial, supuesto discutible cuando se limita a guardar silencio²⁰.

¹⁹ BARRIENTOS PACHO sostiene que «la denuncia válidamente interpuesta por cónyuge, asimilado o pariente en alguno de los grados incluidos en el art. 416.1 la L.E.Crim. no implica renuncia alguna ni altera el derecho del denunciante a no declarar como testigo en el juicio ulterior seguido contra el denunciado, de tal forma que la eficacia en juicio de su denuncia inicial dependerá del uso que haga en el juicio oral de ese derecho, pues si lo ejercita y se niega a declarar, ninguna eficacia probatoria podrá seguirse para los hechos denunciados, que tampoco podrán ser introducidos mediante el testimonio de referencia que pudiera ofrecer el agente de policía o funcionario que hubiere recibido la denuncia, aunque, al haber sido válidamente interpuesta en origen, esos mismos hechos denunciados podrían resultar acreditados a partir de otros elementos de prueba, incluidos los que hayan derivado la denuncia que motivó su incoación», en «Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la dispensa legal. Validez y eficacia en juicio», *loc. cit.*

²⁰ Respecto de este mecanismo procesal, establecido en el art. 714 L.E.Crim., para introducir en el plenario la denuncia inicial, válidamente evacuada y, por tanto, con el apercibimiento prevenido en el art. 261 L.E.Crim. ORTEGA CALDERÓN advierte: «Dispone el citado precepto que *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.* Se trata en definitiva de permitir, mediante la lectura de la declaración previa y otorgando la posibilidad de que las partes efectúen preguntas al que fue declarante en sede policial, que la defensa del acusado pueda someterlas a la oportuna contradicción. Presupuesto imprescindible, por tanto, es que el testigo haya declarado y haya incurrido en contradicción sustancial respecto de lo manifestado en su declaración policial. Y es aquí, precisamente, donde surge nuevamente el problema en tanto que de ordinario no nos encontramos ante una declaración contradictoria, por ejemplo, negando los hechos o la participación del acusado, sino simple y llanamente ante un silencio total y absoluto de la víctima, manifestado tan pronto como es instruido del derecho que ahora nos ocupa y traducido en que no se contesta a ninguna de las preguntas que pudieran formularse. Nos encontramos, por tanto, ante una declaración válidamente prestada en sede policial pero sin contradicción alguna con la prestada en sede judicial, simplemente porque en esta sede no se declara. La contradicción en realidad surgiría ante dos ejercicios antagónicos de un mismo derecho: primero, se renuncia al mismo, se interpone la correspondiente denuncia o simplemente se depone en el atestado, no obstante ser apercibido de que no existe obligación de hacerlo; después, se ampara en tal derecho, en el seno del proceso provocado por la renuncia previa a su ejercicio. Al respecto cabe plantearse si la renuncia inicial entraña una indisponibilidad sucesiva, de la misma forma que si renunciado al comienzo de la manifestación ante el Juez de Instrucción o en el plenario se pretendiera, posteriormente, para eludir alguna de las

La misma dificultad surge cuando se intenta que tal declaración hecha por la mujer en sede policial adquiera valor en fase de juicio oral a través de la declaración en calidad de testigos de referencia de los agentes de la autoridad que la recibieron²¹.

preguntas que se formulan, acogerse a tal derecho. La previsión del art. 418 L.E.Crim. ofrece, en principio, cumplida respuesta a la cuestión que ahora se plantea, al menos para la instrucción, completada nuevamente por la oportuna remisión del art. 707 al citado precepto, en cuanto al plenario. Así, se establece en tal precepto que *ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el art. 416*. Por tanto, de igual manera que el testigo que depone, no obstante la advertencia del art. 416 y su ulterior renuncia, no puede ser obligado a contestar a alguna pregunta en particular que pueda entrañar perjuicio para los intereses procesales de aquel con quien está vinculado por alguno de los lazos prevenidos en el art. 416 L.E.Crim., tampoco cabe concluir que si se renunció plenamente a tal derecho, declarando en sede policial, ya no quepa ejercitarlo nuevamente, absteniéndose de declarar. Cuestión diversa, y volvemos al problema procesal suscitado, es si debe privarse de todo valor probatorio a esa denuncia o declaración policial inicial o si por el contrario, de igual forma que provocó el proceso debe determinar su continuación y, en su caso, contribuir al dictado de una sentencia condenatoria, en «La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar», *loc. cit.*

²¹ De nuevo, ORTEGA CALDERÓN precisa: «Se trataría, en suma, de que los aspectos fundamentales del contenido de tal declaración fueran introducidos en el plenario a través de los testigos de referencia, conforme al art. 710 L.E.Crim. Sin embargo, nuevamente, surge una nueva dificultad procesal en tanto que no concurren los requisitos exigidos para que tal declaración pueda reputarse eficaz, que no son otros que la ausencia o imposibilidad de que el testigo presencial asista a juicio y el conocimiento de primera mano de lo depuesto por dicho testigo directo (*auditio proprio*) (en ese sentido S.T.S. 380/2007, Sala de lo Penal, Sección 1.ª de 10 de mayo). La citada sentencia atiende al supuesto en el que la testigo, que gozaba de la condición procesal de protegida, no pudo ser habida, de forma que, ante su ignorado paradero, se procedió a la lectura en juicio del testimonio prestado ante la policía, negando a tal diligencia valor probatorio en sí mismo, como prueba testifical, excepcionalmente reproducida en el juicio oral. Ahora bien, la propia sentencia sí admite que el contenido de tal declaración sea introducido en el plenario a través de los testigos de referencia (art. 710 L.E.Crim.). En el ámbito que ahora se analiza, la condición de testigo de referencia podría predicarse de los agentes ante los que compareció la víctima y prestó su denuncia y, de ordinario, de los facultativos médicos que la prestaron una primera asistencia en el hospital o centro de salud. Sin duda alguna que a la declaración de los primeros podría oponerse que no son testigos del hecho objeto del juicio, habiéndose incluso afirmado que su deposición sería impertinente al no guardar relación con los hechos objeto del proceso (así, votos particulares formulados a la S.T.S. 1215/2006 de 4 de diciembre), mas no cabría igual censura cuando de la declaración del médico se trata, pues si bien el mismo no ha sido testigo del hecho causante del menoscabo físico que padeció la víctima, ni del sujeto que causó el mismo, sí lo es de la realidad de tal menoscabo, de la compatibilidad del mismo con el mecanismo de causación revelado en la denuncia inicial. La dificultad surgiría, sin embargo, en tanto que, como se ha reiterado anteriormente, la víctima sí comparece al plenario, pero se limita a ejercitar su derecho a no declarar contra el encartado, en razón del vínculo de parentesco que le liga a él. En efecto, parece doctrina asentada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional la imposibilidad de que los testigos de referencia puedan suplantar al autor de la declaración si el mismo se encuentra a disposición del Tribunal (S.T.S. 829/2006 de 20 de julio, 640/2006 de 9 de junio, 332/2006 de 14 de marzo, S.S.T.C. 131/1997 de 15 de julio, 35/1995 de 6 de febrero). Y se dice parece porque el acuerdo del Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, al admitir la validez de las declaraciones policiales siempre que sean introducidas en el plenario por alguno de los mecanismos legalmente previstos, superando de esta forma la tradicional discusión doctrinal sobre la materia, podría entenderse también como un paso en la línea apuntada, con admisión de la validez de los

2. LA CUESTIÓN DE LA DISPENSA DE DECLARAR ANTE EL JUEZ INSTRUCTOR EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN

Debe tenerse en cuenta que, bien la mujer haya dado el paso de denunciar²², bien sea llamada a declarar ante el órgano judicial pese a no denunciar ella

testigos de referencia cuando el testigo víctima está a disposición del Tribunal pero no lo está su testimonio, pues decide no declarar. Y es que, como ya se ha expuesto, *mutatis mutandi*, se trata de la misma posición del acusado que, autoincriminándose con asistencia de letrado en el atestado inicial, se retracta o simplemente se acoge con posterioridad a su derecho a no declarar. En tales hipótesis por definición, al igual que en el supuesto que se analiza, el acusado está a disposición del Tribunal, procediendo a ejercitar su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a guardar silencio, consagrado en el art. 24 C.E. *Si la introducción de las declaraciones autoincriminatorias válidamente prestadas en el atestado se admite por los órganos jurisdiccionales, aunque implique vaciar de contenido un derecho fundamental con reconocimiento y formulación constitucional, debe admitirse la misma conclusión respecto de la dispensa a parientes de la obligación de declarar en tanto que derecho reconocido constitucionalmente pero remitido a su configuración legal ulterior*», en «La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar», *loc. cit.*

En este mismo sentido, la S.A.P. de Madrid (Sección 27.^a) n.º 255/2010 de 16 febrero (A.R.P./2010/529) en F.D. 2.º lo motiva del siguiente modo: «De otro lado, y por lo que a la declaración de los Agentes de Policía se refiere, la misma sentencia de nuestro Tribunal Supremo antes citada señala que “los testigos de referencia como hemos dicho en la citada Sentencia de 27 de enero de 2009 no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen sólo 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, aún admitidos en el art. 710 de la L.E.Crim. 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; los testigos directos comparecieron, pero se negaron a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su pareja respectiva. Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la L.E.Crim. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia”.

Por tanto, tampoco lo declarado por los Agentes de Policía, que en definitiva sólo narraron lo que las partes les dijeron, no puede servir de sustento a un fallo condenatorio, máxime cuando los verdaderos testigos directos se han acogido a la dispensa de declarar».

²² Como hemos indicado antes, si es cónyuge (no sucede lo mismo si es pareja de hecho) del presunto agresor está eximida del deber de denunciar, de conformidad con lo que preceptúa el art. 261 L.E.Crim.

misma y hacerlo un tercero, a tenor de lo dispuesto en el art. 416 L.E.Crim., tanto si es cónyuge, como si –tras la nueva redacción dada a este precepto por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial²³– se halla unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, se encuentra *dispensada del deber de declarar* en fase de instrucción, y, según previene el art. 707 L.E.Crim., en fase de juicio oral. Asimismo, el art. 418 L.E.Crim. contiene la dispensa de la obligación de declarar «acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el art. 416»²⁴.

Se trata de una cuestión controvertida sobre la que mucho se ha escrito, habiéndose sostenido la conveniencia de reformar el precepto de la ley procesal penal a fin de que, una vez presentada la denuncia, la mujer no pudiese hacer uso del derecho o facultad de no declarar contra su presunto agresor²⁵. Nada

²³ El art. 416 queda así redactado: «Están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o *persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial*, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el n.º 3 del art. 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el *Secretario judicial* consignará la contestación que diere a esta advertencia».

²⁴ En este caso, la norma permite que la mujer que no ha hecho uso de la dispensa total del deber de declarar esté exenta de la obligación de responder a preguntas cuya respuesta pueda irrogar un perjuicio material o un daño moral a su cónyuge o pareja de hecho agresores. El art. 418 L.E.Crim. distingue, por medio de la conjunción, el perjuicio material o moral a la persona del perjuicio (entendemos que sólo material) a la fortuna; en cualquier caso, al agresor, casado o pareja de hecho, en ningún caso puede considerarse pariente.

²⁵ En tal sentido, *vid.* MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 L.E.Crim.): ¿es necesaria una reforma legal?», en *La Ley*, n.º 6333, de 5 de octubre de 2005.

MONTALBÁN HUERTAS, I., «Un fantasma llamado dispensa», en *Diario El País*, 2 de enero de 2008 y *Diario de Derecho de Iustel* (RI §1026616). Esta magistrada y experta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, y premio Nacional del Consejo General del Poder Judicial se muestra partidaria de precisar legalmente que: «La dispensa de declarar se refiere a testigos parientes o esposas que no sean víctimas y que las víctimas no pueden sufrir perjuicios añadidos al hecho denunciado».

DE HOYOS SANCHO alude a la recomendación hecha por el Grupo de Expertos consistente en la modificación del art. 416 a fin de que no la dispensa no sea aplicable a los testigos que son víctimas, en el capítulo 17 «La trascendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género», en Montserrat de Hoyos Sancho (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, pág. 427.

PELAYO LAVÍN concluye la necesidad de adoptar en caso de reforma de los arts. 416 y 418 L.E.Crim. las debidas cautelas, en «Es necesaria una reforma del art. 416 L.E.Crim. para luchar contra la violencia de género», capítulo 20 de la obra colectiva *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales, op. cit.*, pág. 518.

MOLINA GIMENO entiende que la reforma de los arts. 416 y 418 de la L.E.Crim. precisa distinguir claramente en que delitos determinados no procederá la dispensa y sería recomendable que en los delitos menos graves o aquellos en los que el bien jurídico protegido no sea estrictamente

de eso ha hecho el legislador procesal de 2009 que desoye o pospone tales propuestas de reforma.

En cualquier caso, la solución no es fácil e imponer a la mujer denunciante la obligación de declarar puede forzarle a no decir la verdad a fin de eludir la multa (procesal) o la responsabilidad penal previstas en el art. 420 L.E.Crim. y pasar de víctima a presunta autora de un delito²⁶.

Se mantiene para el Juez instructor el deber de informar a la mujer de la dispensa de declarar y se dispone que sea el Secretario judicial del Juzgado de Instrucción o del J.V.M. el que consigne lo manifestado por la mujer²⁷.

No podemos dejar de manifestar cierta extrañeza por el hecho de que en la fase de investigación sea necesaria la presencia del Secretario judicial para

personal se debería establecer un régimen semipúblico en el uso de la dispensa análogo a los precisados contra la libertad sexual o el que obra en el proyecto de Ley de Reforma del Código Penal (*Boletín Oficial de las Cortes* 15 de enero de 2007) para la reforma del precitado art. 268 C.P., en el mismo sentido: que una vez informada de la misma en sede policial, si la víctima opta por declarar, luego ya no pueda acogerse a una dispensa a la que renunció, en «Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la L.O. 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *La Ley*, n.º 6818, lunes, 12 de noviembre de 2007 o en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 741/2007 (Westlaw BIB 2007/2275).

Pueden verse también CÁMARA MARTÍNEZ, I. y JUNCÀS GÓMEZ, F., «Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género», en *Derecho y Proceso Penal*, n.º 20/2008 2 y CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 26, 2009, págs. 121-140.

²⁶ «El acogerse al derecho legal a no declarar tiende a erigirse en una especie «patente de corso» por la que muchos maltratadores actúen en la impunidad. Dentro del art. 416 de la L.E.Crim. parece necesario distinguir entre el silencio frente a delitos cometidos contra terceros (donde sí tiene cabida la dispensa a declarar) de los delitos cometidos contra su propia persona (donde dicha dispensa puede ser un vehículo para tapan una sangrante realidad).

Se corre el riesgo de los ecos del silencio de la persona maltratada sean instrumentalizados, en claro fraude de ley, para perpetuar una situación de dominación fraguándola impune. De otro lado, parece lógico que los peores maltratadores, los que ejercen sobre sus familiares una autoridad más férrea o draconiana, estén en condiciones de infundir un mayor temor a sus víctimas, logrando imponer el silencio, convirtiéndolo en vehículo de impunidad.

Lege ferenda las últimas propuestas del Ministerio de Justicia destinadas a modular el contenido de los arts. 416 y 418 de la L.E.Crim. distinguiendo los supuestos de violencia de doméstica donde el testigo es víctima y aquellos en que es mero informador de un hecho externo al domicilio familiar pretenden ser una solución al problema frente a la cascada de sentencias absolutorias por negativa a declarar. Sin embargo, aisladamente contemplada es una solución bastante engañosa que puede generar mayores problemas de los que trata de solucionar. El Derecho penal no está capacitado para ofrecer una solución global al problema del silencio y que muchas veces se puede forzar a la víctima a faltar a la verdad, por lo cual la flexibilización de los Tribunales frente a cada caso concreto también parece un factor a tener en cuenta», en GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de troya para futuros maltratos?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 769/2009 (Westlaw BIB 2009/199).

²⁷ El tenor literal del párrafo segundo del art. 416.1 es el siguiente: El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

dar fe de lo declarado por la mujer y, según el nuevo art. 743 L.E.Crim., sea excepcional su presencia en la fase de juicio oral, en la que también el Juez de lo Penal o el Presidente de la Sección de la Audiencia Provincial habrán de informarle de nuevo de la posibilidad de hacer uso de la dispensa de declarar²⁸. Asimismo, hay que preguntarse si la presencia del Secretario en fase de instrucción tiene como finalidad garantizar que se informa de la dispensa de declarar o si, yendo más allá, interviene en cuanto fedatario judicial y se persigue la finalidad de que lo consignado en el acta (la negativa a declarar o lo declarado) sea objeto de lectura en la fase de juicio oral. En definitiva, llama la atención tanta solemnidad en relación con lo manifestado por la mujer, cuando en la fase de juicio oral la misma puede hacer uso de tal facultad y, como veremos, carecer de eficacia probatoria lo declarado en fase de investigación.

Por último, puede que la circunstancia subjetiva que permite hacer uso de la dispensa no se mantenga a lo largo de todo el proceso penal, esto es, cabe que la mujer en el momento de denunciar y de declarar ante el juez de instrucción fuese cónyuge o pareja de hecho, pero no en el momento de declarar en el juicio oral por haber ganado firmeza la sentencia de divorcio, haberse disuelto la pareja de hecho o haber cesado la situación de afectividad y, pese a ello, pu-

²⁸ Dispone: 1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.

2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.

3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar el Secretario judicial deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.

5. El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el Secretario judicial leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes. Este acta se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes.

diera surgir la duda de si en tal momento puede acogerse a la dispensa de declarar. La respuesta es, a nuestro juicio, negativa por necesitarse que la circunstancia que motiva la dispensa subsista en el momento de declarar²⁹. No obstante, no son infrecuentes el cese de la convivencia y la posterior reconciliación.

3. LA DECLARACIÓN DE LA MUJER ANTE EL JUEZ INSTRUCTOR EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN Y SU NEGATIVA A DECLARAR ANTE EL JUEZ SENTENCIADOR EN EL JUICIO ORAL

Cabe la posibilidad de que la mujer denuncie y no se acoja a la dispensa del deber de declarar en fase de investigación (esto es –según el tipo de procedimiento que sea el adecuado– sumario, diligencias previas o diligencias urgentes), pero después haga uso de tal facultad en el juicio oral; surge entonces la cuestión sobre la validez probatoria de tal declaración inicial, cuestión que no tiene una solución pacífica en la jurisprudencia.

Ya la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 noviembre 1986 (Caso Unterpertinger contra Austria) estima la violación del derecho

²⁹ Vid. ANSÓ MUNÁRRIZ, Y., «Dispensa de la obligación de declarar: una cuestión de afectividad», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8/2009 (Westlaw.es BIB 2009/1793). Esta abogada, al comentar la S.A.P. Barcelona, de 24 de marzo de 2009, señala, aunque existen pronunciamientos en el sentido contrario, considera que la dispensa de la obligación de declarar del cónyuge ha de extenderse a la mujer que situación de análoga relación de afectividad a la del matrimonio. No obstante, esta dispensa de declarar *ampara a quienes siguen manteniendo dicha relación de afectividad, no a quien ha cesado en ella*, entendiendo la Audiencia que *la causa de exención ha de concurrir en el momento de la declaración*.

BARRIENTOS PACHO considera que el momento en que deba concurrir o ser apreciada la relación para el reconocimiento del derecho a no declarar «deberá referirse en todo caso al momento del proceso en que haya de ser prestado el testimonio, y no al momento de ocurrencia de los hechos sometidos al mismo, aunque alguna puntual sentencia del Tribunal Supremo haya referido la vigencia de la relación al tiempo de ocurrir los hechos sometidos a proceso» en «Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la dispensa legal. Validez y eficacia en juicio», *loc. cit.*

En la S.T.S. (2.ª) 164/2008, de 8 de abril (TOL1.303.038) se puede leer: «En la resolución de la Audiencia se hace constar que María Teresa declara que *había sido pareja de hecho del acusado “conviviendo juntos” durante cuatro años. Lo que quiere decir que ya no lo era al tiempo del juicio, sin que haya alusión alguna a que el cese fuera temporal*. Con ello se precisa lo que figure en el *factum*: A la “fecha de autos” el acusado y María Teresa eran pareja de hecho.

Así resulta que el tribunal no se ajustó a lo establecido en el art. 416.1 L.E.Crim. al hacer advertencia a la testigo, no comprendida en aquel precepto, de la dispensa de la obligación de declarar, frente a la regla general del art. 410 L.E.Crim.

Infracción que supone, a su vez, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.2 C.E.; 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.

Debiendo aclararse que siempre el rechazo del Ministerio Fiscal a la postura de la Audiencia se ha basado en lo indebido de la aplicación de art. 416.1 L.E.Crim., por lo que no se ha producido una mutación en la substancia del debate que haya mermado las posibilidades de contradicción por la Defensa» (F.D. 3.º. La cursiva es nuestra).

a un proceso justo debido a que el agresor no pudo contrainterrogar a la mujer y a la hijastra que le denunciaron por lesiones y después se acogieron a la dispensa de declarar³⁰.

En cambio, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 abril 1991 (Caso Asch contra Austria) considera en un supuesto en que la mujer declara ante la policía pero después se acoge a su derecho a rehusar su testimonio, a la dispensa de declarar, y no puede ser contrainterrogada, que

³⁰ Transcribimos los párrafos que nos parecen más interesantes: 30 citadas por el Tribunal regional de Innsbruck, la señora de Unterpertinger y la señorita Tappeiner se negaron a declarar. El art. 152.1, párrafo 1, del Código austríaco de procedimiento penal les autorizaba a negarse (apartados 16 y 19, *supra*), impidiendo como consecuencia al Juez que conocía del caso oírles como testigos y a la defensa –como, por otra parte, a la acusación –interrogarles en el juicio. El precepto de que se trata no infringe en sí el art. 6.1 y 3.d) del Convenio: teniendo en cuenta los problemas singulares que puede suscitar el careo entre un «acusado» y un testigo de su propia familia, pretende proteger a este último evitándole problemas de conciencia; y, además, existen parecidos preceptos en el ordenamiento jurídico interno de varios Estados miembros del Consejo de Europa.

31 El tribunal, primero, y el de apelación, después, no pudieron, por tanto, oír a la señora de Unterpertinger y a la señorita Tappeiner ni conocer las declaraciones de la primera ante el Juez de Kufsteín; en cambio, a petición del Ministerio Fiscal, tuvieron que dar lectura a sus declaraciones a la Policía (apartado 19, *supra*).

Esta lectura en sí no puede considerarse opuesta al art. 6.1 y 3.d) del Convenio; pero su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa, cuya protección es el objetivo y la razón de ser del precepto. Sucede así especialmente cuando la persona acusada, a la que el art. 6.3.d) reconoce el derecho de «interrogar o hacer interrogar» a los testigos propuestos por la acusación, no ha podido en ningún momento del procedimiento anterior preguntar a las personas cuyas declaraciones se leen en la audiencia pública.

32 En este caso, la Policía interrogó a la señora de Unterpertinger como «sospechosa» en relación al incidente del 14 de agosto de 1979 y después, como reclamante, con motivo del de 9 de septiembre del mismo año, y a la señorita Tappeiner como persona «interesada» con ocasión del primero (apartados 10 y 12, *supra*). Al negarse a declarar ante el tribunal competente en cada momento, impidieron al demandante que «las interrogara o hiciera que se las interrogara» sobre sus declaraciones. Ciertamente, pudo presentar libremente sus alegaciones durante las audiencias, pero el tribunal de apelación denegó las pruebas propuestas con las que pretendía quebrantar la credibilidad de su mujer y de su hijastra (apartado 21, *supra*).

33 Verdad es que las declaraciones de la señora de Unterpertinger y de la señorita Tappeiner no eran la única prueba proporcionada a los tribunales que conocían del caso: contaban también especialmente con las denuncias de la Policía, con los informes médicos anexos y con el expediente del divorcio de los cónyuges (apartados 19 y 22, *supra*), y además, el tribunal de apelación tomó declaración como testigo a una cuñada de la señora de Unterpertinger.

No obstante, resulta claramente de la Sentencia de 4 de junio de 1980 que el tribunal de apelación se basó principalmente para condenar al demandante en las declaraciones de la señora de Unterpertinger y de la señorita Tappeiner a la Policía, consideradas no como meras informaciones, sino como pruebas de la veracidad de las acusaciones formuladas por ellas a la sazón. Es evidente que correspondía al tribunal de apelación valorar los diversos datos obtenidos y apreciar si eran pertinentes las pruebas propuestas por el inculpado; pero no lo es menos que se declaró culpable al señor Unterpertinger fundándose en «testimonios» frente a los cuales sus derechos de defensa eran muy limitados.

Por tanto, el demandante no contó con un proceso justo y se violó así el apartado 1 del art. 6 del Convenio en relación con los principios inherentes al apartado 3.4 del mismo precepto.

no se vulnera tal derecho por formar su convicción el tribunal sentenciador en otros medios de prueba³¹.

³¹ Reproducimos los apartados que estimamos más ilustrativos: 25 Los derechos del apartado 3 del art. 6 representan aspectos concretos del derecho a un proceso equitativo enunciado por el apartado 1, por ello, el Tribunal examinará la queja planteada con arreglo a estos dos textos al mismo tiempo (ver principalmente Sentencia Isgro de 19 de febrero de 1991 [T.E.D.H. 1991, 23], serie A n.º 194-A, pág. 12, ap. 31).

A pesar de que la señora J. L. no se presentó en persona ante el Tribunal, procede, con arreglo al art. 6.3 d), considerarle como testigo –término a interpretar de forma independiente (misma Sentencia, pág. 12, ap. 33)– ya que sus declaraciones, relatadas oralmente por el inspector B. y recogidas por escrito eran conocidas por los jueces, quienes las tuvieron en cuenta.

26 La admisibilidad de las pruebas depende, en primer lugar, de las reglas de derecho interno y son, en principio, los Tribunales nacionales quienes deben valorar los elementos probatorios recogidos por ellos. La tarea del Tribunal consiste, por tanto, en comprobar si el proceso examinado en su conjunto, incluido el modo de presentación de los medios de prueba, reviste un carácter equitativo (misma Sentencia, pág. 11, ap. 31).

27 Los elementos de prueba deben ser normalmente presentados ante el acusado en vista pública, con el fin de celebrar un debate contradictorio. Esto no implica que la declaración de un testigo deba tener siempre lugar en la sala de audiencias y en público para poder servir de prueba; así pues, utilizar las declaraciones que se remontan a la fase de la instrucción preparatoria no vulnera los arts. 6.3 d) y 6.1, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Por norma general, exigen conceder al demandante una ocasión adecuada y suficiente para discutir una declaración en su contra e interrogar al autor, en el momento de la declaración o más tarde (misma Sentencia, pág. 12, ap. 34).

28 En este caso, sólo el inspector B. relató los hechos de la causa ante el Tribunal, tal como la señora J. L. se los describió el mismo día del incidente. Hubiera sido mejor escuchar a la interesada en persona, pero el derecho invocado por ella para no comparecer en la vista, no habría paralizado las diligencias cuya oportunidad, a fin de cuentas, escapa del control del Tribunal. Respetando los derechos de la defensa, era lícito que el Tribunal tuviera en cuenta esta declaración, por lo que pudo parecerle corroborado por otros elementos de prueba en su posesión, tales como los dos informes médicos que certificaban las lesiones que la señora J. L. denunció (apartado 9 *supra*).

29 Además, el señor Asch tuvo la ocasión de discutir el relato de ésta y describir él mismo los hechos, en primer lugar, a la gendarmería y, a continuación, ante sus jueces. Ahora bien, cada vez que lo hacía daba una versión diferente, contribuyendo así a poner en duda su credibilidad (apartados 13, 15 y 17 *supra*).

El demandante se abstuvo de interrogar al inspector B., principalmente respecto a sus constataciones sobre él (apartado 16 *supra*) o de citar a otros testigos (apartado 9 *supra*).

En cuanto al informe médico sobre las heridas alegadas, el señor Asch lo reclamó sólo en apelación, en una época en la que razonablemente se podía pensar que las marcas de los golpes habían desaparecido. El Tribunal consideró el resto de la demanda insuficientemente motivada (apartado 19 *supra*).

30 Se desprende del expediente que las declaraciones de la señora J. L., recogidas por el inspector B., no constituían el único elemento de prueba sobre el que los jueces basaron su condena. En efecto, adjuntaron las constataciones personales de este oficial cuando se entrevistó con el demandante y su compañera, los dos informes médicos, la investigación de la gendarmería y los otros documentos que formaban parte del expediente del señor Asch (apartados 16-17 *supra*). Esto es lo que distingue este caso de los asuntos Unterpertinger (Sentencia de 24 de noviembre de 1986 [T.E.D.H. 1986, 14], serie A n.º 110) y Delta (Sentencia de 19 de diciembre de 1990 [T.E.D.H. 1990, 30], serie A n.º 191-A).

31 Por tanto, en las circunstancias de la causa, la imposibilidad de interrogar a la señora J. L. en la vista no vulneró los derechos de la defensa, ni privó al detenido de un derecho equitativo. En consecuencia, no ha habido incumplimiento de los apartados 1 y 3 d), en relación del art. 6.

La virtualidad probatoria de las declaraciones realizadas en fase de instrucción cuando, debido a que la mujer hace uso de la dispensa de declarar, no se someten a contradicción es objeto de discusión³². La S.A.P. (2.^a) de Castellón de 17 de junio 2006 en su F.D. 2.º contiene una extensa argumentación sobre la cuestión: aplicación analógica de la jurisprudencia que admite la valoración de las declaraciones del acusado que en la fase de juicio oral se acoge a su derecho a no declarar³³; análisis de la jurisprudencia que rechaza la posibilidad

³² La S.A.P. (2.^a) de Castellón de 17 de junio de 2006 (TOL1.044.050) en su F.D. 1.º alude a esta cuestión en los siguientes términos: La parte apelante alega, en primer lugar, «error en la apreciación de la prueba, en relación con la vulneración del principio de presunción de inocencia». Lo que de forma poco cuidadosa y en ocasiones escasamente inteligible la parte recurrente parece querer aducir, consiste en cuestionar el proceder de la juzgadora de la primera instancia cuando valora como prueba de cargo el testimonio prestado por la denunciante en el juzgado de instrucción, cuando aquella, esposa del acusado, en el acto del juicio expresó su voluntad de no declarar, con arreglo a la dispensa de declarar establecida en los arts. 416 y 418 de la L.E.Crim. El recurrente argumenta que tal proceder «impide a esta parte no sólo someter dichas declaraciones a debate y por lo tanto tener en cualquiera de los casos la posibilidad de contradecirlas»; y que «es premisa básica para evitar supuestos de indefensión como en el del presente caso el hecho de que las pruebas se practiquen en el juicio oral bajo los principios de inmediación, oralidad, concentración y publicidad, y es en ese sentido tal y como ha puesto de manifiesto nuestro más alto Tribunal que las únicas pruebas válidas tal y como se reconocen en la Sentencia son las practicadas en el juicio siendo así posible someterlas a la debida contradicción».

Corolario de lo anterior, la parte apelante alega «infracción del precepto legal contenido en el art. 153 del C. Penal», insistiendo en que, según lo ya expuesto, no existe en su opinión prueba de cargo suficiente para condenar por el delito indicado.

Debemos resaltar que la parte apelante articula toda su impugnación sobre la pretendida imposibilidad de valorar como prueba de cargo el testimonio practicado durante la instrucción por la testigo denunciante, la cual no quiso declarar en el acto del juicio; sin realizar argumentación alguna en relación con los fundados razonamientos expuestos por la juzgadora de la primera instancia sobre la cuestión controvertida (esto es, si puede ser prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia de la declaración sumarial de la testigo denunciante cuando la misma no declara en el acto del juicio oral al amparo de la dispensa legal prevista en los arts. 707, 416 y 418 de la L.E.Crim.), ni sobre todos y cada uno de los elementos probatorios específicamente indicados en la sentencia recurrida constitutivos de prueba de cargo.

³³ Comienza su F.D. 2.º así: «La juzgadora de la primera instancia aborda la cuestión controvertida, y la estudia con precisión en el F.J. primero de su sentencia. Concluye su razonamiento de la forma siguiente: “si el derecho del acusado a no declarar no impide valorar las declaraciones sumariales, tratándose de un derecho fundamental, podemos afirmar, de manera razonable, que el uso de la dispensa de declarar (como opción a la declaración o a contestar a las preguntas que puedan resultar favorables) no priva de valor a las previas declaraciones prestadas con advertencia de esa misma facultad o derecho, siempre y cuando lo hayan sido en condiciones de estricta observancia de las garantías legales e introducidas en el acto del juicio con posibilidad de efectiva contradicción”.

El planteamiento no nos parece en medida alguna incorrecto; y no se puede negar que sea razonable y convincente. La parte apelante no realiza razonamiento alguno encaminado a desvirtuar tales argumentos.

Ciertamente, en la doctrina jurisprudencial se admite la lectura (con arreglo art. 730 de la L.E.Crim.; y también con arreglo al art. 714 de la L.E.Crim.) en el acto del juicio de la declaración sumarial del acusado que en el juicio oral se niega a declarar. En principio, puede resultar dudoso, y presenta no pocos argumentos en contra, que se admite tal proceder, cuando el acusado se niega a declarar en el ejercicio de un derecho fundamental que le es reconocido. Sin embargo,

de utilizar tales declaraciones de la mujer ante el juez instructor para formar la convicción del juez sentenciador³⁴; exposición del fundamento e irretroac-

ya decimos que en la doctrina jurisprudencial se admite con naturalidad que se pueda proceder en la forma indicada, entendiendo que en tales casos no es posible reproducir en el juicio oral la declaración del acusado por la legítima negativa de este, y que ello es una causa de imposibilidad independiente de la parte proponente de la prueba. Véase a este respecto la sentencia del T.S. n.º 126/04, de 6-2 (Ponente: Delgado García, Joaquín); la cual cita a su vez las S.T.S. n.º 1620/00, de 21 de diciembre, 1079/00, de 19-7, y 257/02, de 18-2. También en la sentencia del T.S. n.º 1443/00, de 20-9, se conceptúa el supuesto que al que ahora nos referimos como un supuesto de «imposibilidad» comprendido en el art. 730 de la L.E.Crim. Aunque ciertamente el art. 730 de la L.E.Crim. parece referirse a supuestos de imposibilidad material de práctica de la prueba (o así se venía entendiendo tradicionalmente), no es menos cierto que en aquel precepto tan sólo se habla de imposibilidad, y pudieran entenderse comprendidos también causas jurídicas como es la que nos ocupa.

El T.C. se ha ocupado del supuesto en su sentencia n.º 38/03, de 27-2; y aunque, tal y como indica De Paul Velasco, la respuesta que en la misma se da a la cuestión controvertida “produce cierta insatisfacción, por no decir estupor, desde el estricto punto de vista de la argumentación jurídica”, pues los argumentos utilizados no examinan la cuestión desde todos los aspectos que la misma plantea, y en algunos extremos resultan incluso contradictorios entre sí, lo que es claro es que se admitió que se reconociera virtualidad probatoria a la declaración sumarial del acusado silente en el juicio oral. Así, después de afirmar el T.C. que el supuesto analizado no es uno de los contemplados en los arts. 714 y 730 de la L.E.Crim., se admite sin problemas que la garantía de publicidad quede salvaguardada por el hecho de que el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales accediere al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en los que se documentaron; y que la garantía de contradicción se respeta por la sola posibilidad de preguntar en el acto del juicio con respecto a lo declarado anteriormente».

³⁴ Añade: «No desconocemos que existen sentencias del T.S. en las que no se admite la lectura en el juicio oral de las declaraciones sumariales de los testigos que se niegan a declarar en el acto del juicio por su relación de parentesco con el acusado, ex art. 416 de la L.E.Crim. Pero la doctrina sentada en ellas, también seguida por algunas Audiencias provinciales y por diversos autores, no nos parece concluyente ni convincente en relación con el argumento apuntado en la resolución recurrida, y también (junto con otros argumentos más) por este mismo Tribunal en su sentencia n.º 115/06, de 13-3.

Nos referimos a las sentencias del T.S. n.º 777/00, de 28-4 (la cual cita otras de 13 de noviembre de 1885 y 26 de noviembre/73), y 1885/00, de 27 de noviembre. Pero la argumentación contenida en ellas no es tan concluyente como en principio pudiera parecer; e incluso parecen partir de presupuestos de hecho distintos de los que aquí partimos (como es que en las declaraciones sumariales de los supuestos enjuiciados por el T.S., no se hubieran prestado aquellas con plenas garantías de contradicción del imputado), aunque luego llegan a conclusiones enunciadas con absoluta generalidad. En la sentencia n.º 777/00 es difícil saber exactamente cuáles fueron las circunstancias del caso, ya que, al referirse a ellas, se indican cosas aparentemente contradictorias (se dice que ya en la declaración ante el juez instructor la testigo no quiso declarar, y que luego persistió en esa postura, “afirmando tan sólo en el acto del juicio oral que se ratificaba en la denuncia”). Y la *ratio decidendi* parece ser que es que “no es prueba apta para destruir la presunción de inocencia la testifical respecto de la cual no tuvo oportunidad el acusado o su defensa de interrogar”; lo que no es el caso que nos ocupa. Efectivamente, en nuestro caso la declaración de la testigo denunciante (obstante a los folios 28-9) se practicó con plenas garantías de contradicción (con asistencia del Ministerio Fiscal y del letrado del imputado), y previa información a la testigo de lo previsto en el art. 416 de la L.E.Crim.

La sentencia n.º 1885/00 tampoco aporta mayor profundidad en el estudio del caso; aunque, además de la cita de la n.º 777/00, se hace hincapié en que deben respetarse las garantías de defensa y contradicción. Con cita de la sentencia del T.S. n.º 1587/97, de 17 de diciembre, la cual

tividad de la dispensa³⁵; posibles causas y efectos del uso sobrevenido de la

cita a su vez la del T.E.D.H. de 24 de nov./86, se dice que “aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio de Roma, sin embargo, su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa”.

Tal y como decíamos en nuestra sentencia n.º 339/06, de 6-9-06, a la vista de la S.T.E.D.H. de 24-nov./86 (caso *Unterperntinger* contra Austria), lo que parece que el Convenio europeo de derechos humanos veda es la incorporación de testimonios de actuaciones anteriores al juicio oral practicadas sin intervención de la defensa, o sin posibilidad de contradicción por parte de esta.

Efectivamente, el T.C. en su sentencia (del pleno) n.º 155/02, de 22-7 (Ponente: Vives Antón, Tomás S.), en relación con el derecho del acusado de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él (art. 6.3 d) del Convenio europeo de derechos humanos, art. 14.3 e) del pacto internacional de derechos civiles y políticos), con cita de sus sentencias n.º 2/02, de 14-1, y 57/02, de 11-3, precisó que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, “se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (sentencias del T.E.D.H. de 24-nov./86, caso *Unterperntinger* contra Austria; de 20 nov./89, caso *Kostovski* c. Holanda; de 27-9-90, caso *Windisch* e. Austria; de 19-2/91, caso *Isgro* c. Italia; de 20-9/93, caso *Saidi* c. Francia; y la más reciente, de 27-2/01, caso *Luca* c. Italia)”. Asimismo, en dicha sentencia el T.C. resalta incluso que la valoración de las posibilidades de contradicción debe hacerse en función de las circunstancias concurrentes al practicarse la diligencia sumarial, y apunta la posibilidad de subsanar, en determinados casos. La falta de contradicción inicial en un momento posterior: “la doctrina de este tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal y materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial”.

En el supuesto que nos ocupa, ya hemos apuntado las condiciones en que se practicó la declaración sumarial de la testigo, de plena posibilidad de contradicción».

³⁵ Continúa como sigue: «Según decíamos, la cuestión ya fue estudiada por este tribunal en la sentencia n.º 115/06, de 13-3 (Ponente: Antón Blanco, José Luis). Reproducidos a continuación algunas de las consideraciones que en ella se hicieron:

“En este caso lo que se plantea es la posibilidad de introducir como prueba inculpativa el testimonio de la esposa (o en su caso otro pariente) en fase de instrucción, cuando ésta no ha declarado voluntariamente en juicio, y en caso afirmativo en qué condiciones podría hacerse válidamente tal incorporación.

Desde nuestro punto de vista, sin desconocer el criterio dispar de otras Audiencias, resulta factible tal introducción en juicio del testimonio anterior dado en fase de instrucción, como una prueba más, siempre que en ese testimonio se haya dado advertencia de la dispensa legal del art. 416 L.E.Crim., habiendo renunciado el testigo a hacer uso de la misma, y se haya respetado el principio de contradicción por medio de la presencia del Letrado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio.

El medio de introducción en el juicio como prueba valorable es el art. 730 L.E.Crim.

A nuestro modo de ver la dispensa que concede el art. 416 L.E.Crim., en contra de lo que se ha sostenido a veces por algún pronunciamiento jurisprudencial (S.T.S. 331/96 de 11 de abril, que cita la S.T.S. de 17 de dic. de 1997, S.A.P. de Barcelona sec. 5.ª de 29 de abril de 2005), no aparece concebida para proteger al reo, sino para evitar al testigo pariente el doloroso trance de tener que soportar el conflicto personal entre la común obligación de declarar de toda persona colaborando con la justicia, y el apego y natural afecto que se profesa al acusado deseándose que sea absuelto.

Se trata por lo tanto de un derecho personal del testigo, jamás del reo quién tiene su propio derecho a no declarar –e incluso con un alcance más amplio de declarar inverazmente– y sólo a aquel y no a éste le corresponde hacer uso del mismo, p. ej. declarando en contra del acusado

facultad de no declarar contra el cónyuge o pareja de hecho³⁶; introducción de la declaración en el debate contradictorio del plenario, fundamentalmente mediante la lectura íntegra de la declaración (ex art. 730 L.E.Crim.)³⁷;

en perfecta prueba que no es derecho de éste. Naturaleza, lo que ha inspirado la prosecución del proceso hasta el juicio oral.

El hecho de que un testigo se acoja válidamente a no declarar en el preciso acto del juicio, no elimina su declaración anterior, que aparece inocultablemente en la causa, ni supone la manifestación de una crucial disposición privada –por parte de un testigo– de este material probatorio que pudiere haber resultado acopiado en fase anterior, en determinadas condiciones de respeto severo a los principios penales y procesales. Sería como dar al derecho a no declarar del testigo, que antes no se utilizó, una especie de abracadabrante efecto anulatorio para convertir, como supuesto añadido a las causas del art. 238 LOP.1, en inexistente lo que existía y había nacido sin la menor tacha de nulidad.

Existe un derecho del testigo ex art. 416 L.E.Crim. a no verse en el trance concreto de tener que mentir al ser interrogado, ejercitable simplemente en ese concreto momento de deponer –no más allá–, pero a nuestro modo de ver no se concibe tal dispensa –que sólo confiere derecho a callar– como un derecho a disponer de una declaración– ya hecha, porque en su día quisiere hacerlo consciente y voluntariamente, no pudiendo evitar que se utilice como bagaje probatorio, que sin duda existe.

Discrepamos del sentido que p. ej. la S.A.P. de Cáceres de 9 de mayo de 2005 y la S.A.P. de Sevilla de 17 de dic. de 2003, dan a tal derecho, como a que “no se utilice su testimonio para inculpar al acusado”. No es así, a nuestro modo de ver, porque entonces –en hipótesis de un posible absurdo– hasta le daría igual declarar o no al testigo, bastando con que al final de su declaración dijera que es su deseo que lo que acabare de exponer, no fuere utilizado en contra del acusado.

Sin desbordar el sentido de la dispensa, o, el derecho a no declarar, ejercitado sólo tardíamente en juicio, tendrá efectos a partir del momento en que se ejercite, pero no con carácter retroactivo alcanzando a la válida declaración anterior, al igual que el pariente que hubiere denunciado aun no teniendo la obligación de hacerlo con arreglo al art. 261 L.E.Crim., no podrá retirar la denuncia bajo el argumento de que tiene un derecho a que no se utilice la denuncia para que se ejercite el público *ius puniendi*.

De lo contrario se estaría reconociendo veladamente un eventual derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos o semipúblicos».

³⁶ Afirma: «Por otro lado, no convendrá perder de vista el ámbito de origen en el que impera dominante el agresor de género, sometiendo como auténticas víctimas a posibles denunciante y testigos de sus hechos. No puede faltar la idea del porqué comúnmente se producen las retractaciones o los sobrevenidos silencios de las supuestas víctimas cuando han de testificar pasado un tiempo. Es, en no pocos casos, sólo la muestra de la continuación del sometimiento padecido.

No es posible a nuestro juicio, una interpretación que posibilite la impunidad, por razones de un discutible rigor procesal, que bien mirado autoriza o consiente en ciertas ocasiones un fraude procesal ex art. 11 L.O.P.J. urdido e impuesto precisamente por el acusado, y que de paso posterga ciertas y auténticas procesales (art. 71.H sobre las veces que, tras denunciar, luego no ha ido al Juzgado. La perspectiva de la realidad nunca conviene perderla.

Si se reconociera la dispensa legal a declarar de un testigo como un derecho que alcanza a revisar y a inutilizar lo declarado antes, también habría de permitirse al denunciante retirar denuncias que pudo no interponer, convirtiéndose en crucial voluntad cambiante en ambos casos en condición semejante al perdón, o lo que es lo mismo la conversión práctica de delitos públicos o semipúblicos en privados».

³⁷ Sigue así: «En la sentencia recién citada también se hacían algunas reflexiones sobre la sentencia del T.S. de 17-dic./97, y sobre el concepto de “imposibilidad” empleado en el art. 730 de la L.E.Crim.: “Es conocida, al respecto del tema tratado, la S.T.S. de 17 de diciembre de 1997, citada en la mayoría de las S.S. de A. Provinciales partidarias de no hacer uso del art. 730 L.E.Crim. para incorporar declaraciones anteriores de testigos silentes en juicio.

y recapitulación³⁸. Además, en el F.D. 3.º, alude a la relativización del requisito

Convendrá adelantar que compartimos la doct.³ emanada del Alto Tribunal, la cual precisamente si rechaza la incorporación como prueba al juicio de la declaración sumarial del testigo que se negó a declarar en al vista de acuerdo con el art. 416, es porque “se vulnera el principio de contradicción (...) en cuanto en las mismas no se dio la oportunidad procesal ni al acusado ni a su letrado de defensor de estar presente en las mismas, y ello supone la violación de los arts. 6.3 d) del Convenio de Roma para la Protección de los derechos humanos, art. 14.3 e) del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Luego a *sensu contrario*, si el óbice para utilizar la vía del art. 730 L.E.Crim. era la falta de contradicción, en el caso de que tal intervención del acusado y su Letrado en la declaración testifical sumarial si se hubiere dado, no existiría indefensión alguna proveniente de la falta de oportunidad de examinar al testigo.

Se argumenta en defensa de un criterio que nos compartimos, que el art. 730 L.E.Crim. se utiliza por la jurisprudencia sólo para supuestos de fallecimiento de un testigo, situaciones de ignorado paradero, o estancia en el extranjero y que no sería válido para supuestos donde la prueba no es que sea imposible de practicar, sino un caso de “falta de resultado” de la prueba (p. ej., S.A.P. de Sevilla de 17 de diciembre de 2003, S.A.P. de Madrid sec. 6, de 5 de julio de 2005).

No podemos aceptar tal forma de argumentar. El art. 730 está reservado para diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquellas (las partes que quisieran hacer uso del testigo), no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

No puede obviarse que lo declarado voluntaria y válidamente en la fase de preparación de la vista, y que determina la progresión hacia la misma, es diligencia que existe y que merece la calificación de sumarial; y por otra parte es evidente que si no se puede reproducir en juicio es por causa ajena a la voluntad de las partes, pues ha dependido testigo, de no prestarse a su reproducción. A buen seguro que las partes al acudir al juicio, tenían intención de interrogar a la testigo sobre las circunstancias que antes había expuesto en la denuncia y después en su declaración. En realidad ya lo habían hecho en las diligencias urgentes, pero podían hacerlo en juicio. Si no lo pudieron finalmente hacer fue por la utilización de la dispensa, pero –se insiste– ello no saca ni invalida la declaración anterior del sumario. El derecho de la testigo no alcanza a tanto.

Otra solución que pase por la no asimilación del caso a las posibilidades del art. 730 L.E.Crim. (sólo cerrada por la S.T.S. de 17 de diciembre de 1997 porque en la declaración sumarial no se había respetado el derecho de intervención y contradicción en su práctica, lo que aquí no acontece), significaría la incoherencia de que si un testigo ex art. 416 decide favorecer al reo declarando aun retractándose de lo antes dicho, o simplemente eludiendo el trance de declarar a través de ausentarse o de ponerse en ignorado paradero, sí cabría reproducir en juicio lo declarado antes, mientras que si decide no declarar no podría utilizarse el art. 730 L.E.Crim. cuyo tenor no vemos, sin embargo, que lo impida”.

Finalmente, y junto a la referencia al argumento de la posibilidad de lectura en juicio (ex art. 730 de la L.E.Crim.) de las declaraciones sumariales del acusado silente en el plenario (resaltando que el derecho del acusado está elevado a la categoría de derecho fundamental, y que le autoriza incluso a mentir; de forma que resultaría un tanto paradójico que no se admitiera tal posibilidad en relación con un testigo por el mero hecho, según se suele argumentar, de la existencia de la dispensa legal prevista en el art. 416 de la L.E.Crim.), se indicaba en nuestra anterior sentencia que la solución seguida también había mantenida en las sentencias de la A.P. de Navarra de 15/07/04 y de la A.P. de Lérida de 29-nov./04».

³⁸ Finalmente, concluye: «A modo de recapitulación, la disponibilidad del testigo pariente (del art. 416 de la L.E.Crim.) para contestar o no las preguntas que se le formulen en el acto del juicio, no alcanza a la posibilidad de hacer desaparecer sus declaraciones precedentes realizadas voluntariamente y previa instrucción de lo dispuesto en los arts. 416 y 418 de la L.E.Crim. Y entendemos que dichas declaraciones precedentes del testigo, practicadas con las debidas garantías de contradicción y defensa del imputado, pueden constituir prueba de cargo si son debidamente introducidas en el debate del plenario, si (según indicaremos más adelante), no obstante la falta

de la persistencia en la incriminación para valorar la credibilidad de la mujer que declaró y después hace uso de la dispensa³⁹.

de intermediación del juzgador con respecto a la declaración sumarial, dicha declaración sumarial fundadamente ofrece mayor credibilidad, y la mayor credibilidad que se asigna a la misma está fundada en la propia verosimilitud objetiva de la misma, al estar corroborada por otras circunstancias periféricas y otros medios probatorios.

Es insistimos en que este planteamiento resulta especialmente indicado cuando el testigo pariente es víctima del delito, dentro del ámbito de la denominada violencia doméstica y de la violencia de género. En dicho ámbito, la complejidad de los intereses afectados en la relación familiar subyacente, hace que no sean infrecuentes las reconsideraciones testigo víctima respecto de su voluntad de denunciar. Pero estando la denuncia ya presentada, y partiendo de una inculpativa, practicada con todas las garantías, la propia seriedad del proceso y la configuración del delito como delito público, hacen que no se pueda atribuir al testigo víctima una completa disponibilidad sobre el objeto del proceso como la que se produciría caso de que no se atribuyera relevancia probatoria alguna a la anterior declaración inculpativa cuya verosimilitud objetiva se imponga de forma concluyente con todo el resto del acervo probatorio en los términos que hemos indicado.

³⁹ Literalmente expone: «Con respecto al requisito de la “persistencia en la incriminación”, exigido por la doctrina jurisprudencial para poder atribuir al testimonio de la víctima una virtualidad probatoria decisiva para enervar la presunción de inocencia, en nuestra reciente sentencia n.º 339/06, de 6/9/06, nos referíamos a la forma en que debe relativizarse la exigencia de dicho requisito en los supuestos de violencia doméstica o de género atendido el complejo conflicto de intereses que subyace por regla general a los mismos:

“Ciertamente, que no concurre uno de los requisitos o cautelas indicadas por la doctrina jurisprudencial para verificar, como parámetros que debe manejar el juez penal, la credibilidad de la declaración de la víctima, y para poder atribuir a esta una entidad o peso suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia. Nos referimos a la exigencia de la persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones.

Pero, tal y como se indica en la sentencia de T.S. n.º 455/04, de 06/04, debe recordarse que tal requisito no se trata propiamente de condiciones objetivas de validez de la prueba, o de requisitos ineludibles exigibles siempre y en todo caso para poder atribuirle eficacia decisiva como prueba de cargo, “sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable”.

Como se indica en la resolución recurrida, en los casos de retractaciones de testigos en el juicio oral con respecto a lo declarado durante la fase sumarial, o, más en general (según se indica en el art. 714 de la L.E.Crim.), en los casos de declaraciones de testigos en el juicio oral que no sean conformes en lo sustancial con lo declarado por ellos en el sumario, dichas declaraciones precedentes al plenario pueden ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, cuando, sobre la base de su incorporación al plenario en la debida forma, ofrezcan razonablemente una mayor fiabilidad, y así se razone o explique. Así se dice, a título de ejemplo, en la sentencia del T.S. n.º 113/03, de 30-01.

De lo que se trata en tales casos es de que exista fundamento razonable suficiente para atribuir mayor fiabilidad o credibilidad a las declaraciones sumariales, y de que no existan razones objetivas u otros hechos probados que invaliden o desvirtúen aquellas, o que generen dudas impidiendo llegar al convencimiento indudable sobre lo inicialmente declarado.

Conocido es el complejo conflicto de intereses que subyace en los supuestos de violencia doméstica, así como las retractaciones y cambios que con frecuencia se producen en las declaraciones de las personas víctimas de dichos delitos.

Es por ello que, en el complicado contexto de los casos de violencia doméstica, y habida cuenta de la gravedad creciente que tiende a atribuirse a este tipo de delincuencia, y de su consideración como delitos públicos, debe relativizarse la exigencia del requisito de la persistencia en la incriminación, cuando existan otros elementos probatorios que corroboran con especial fuerza persuasiva o de convicción la versión inicial de la víctima.

No faltan supuestos, aunque las circunstancias concurrentes no son las mismas, en que se ha sostenido la ausencia de valor probatorio de tales declaraciones no sometidas a contradicción en el plenario⁴⁰. También se ha sostenido que la lectura de la declaración realizada en fase de instrucción no es respetuosa con la garantía de la inmediación con que el juez sentenciador ha de contar para formar su convicción⁴¹. Asimismo, se ha entendido que no es admisible la

No faltan sentencias en las que sigue el planteamiento antedicho, y se privilegia el valor probatorio (en unión de otros elementos probatorios) de la declaración sumarial de la víctima. Así la sentencia del T.S. n.º 863/04, de 9 de julio, la cual confirma (aunque con razonamiento escueto y sin abordar la problemática que la cuestión plantea) la sentencia n.º 201/03, de 21 de octubre, de la Secc. 3, de la A.P. de Asturias; o las sentencia n.º 540/04, de 29 de noviembre; de la Secc. 1, de la A.P. de Lleida, y 75/04, de 12-marzo, de la Secc. 1, de la A.P. de Lugo.

Y tal y como decíamos en la sentencia recién citada, en consideración trasladable al presente caso, “Según se exige en la sentencia del T.S.nº 113/03, de 30-1 (con cita de otras sentencias del T.S. y del T.C., no obstante la falta de inmediación del juzgador de primera instancia con respecto a la declaración sumarial, la mayor credibilidad que se asigna a esta se apoya en la propia verosimilitud objetiva de la misma, al estar corroborada por otras circunstancias periféricas y otros medios probatorios”.

Ya decimos que compartimos plenamente las detalladas y precisas consideraciones que realiza la juzgadora de primera instancia en el F.J. segundo de la sentencia, para explicar su convencimiento, plenamente razonable, y más que suficientemente razonado».

⁴⁰ La S.A.P. (20.ª) de Barcelona 118/2010, de 18 de enero, afirma: «De un estudio completo de las actuaciones, colegimos que en el caso de autos no existe prueba de cargo bastante para dictar una sentencia condenatoria. El Juzgador, dispuso debidamente a la esposa del acusado, de acuerdo al art. 416 L.E.Crim. y ella se acogió a su derecho legal a no declarar.

Tampoco podía valorarse la declaración de la mujer en fase sumarial, pese a que se hizo, así lo exponen las S.S.T.C. 331-96 y 1587-97, entre otras, cuya doctrina sostiene que “no puede leerse la declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto de juicio oral”.

Pese a ello, el Magistrado, fundamenta su condena en una única prueba, la testifical de referencia de los Mossos d’Esquadra y de la vecina, quién aseguraron que no presenciaron la agresión, añadiendo la vecina que ni siquiera escuchó la disputa.

Por tanto, no existe prueba testifical directa, ni suficiente para declarar probada la agresión tal como se hizo ya que, la prueba indiciaria además de cumplir los requisitos exigidos debe ser la única posible para tenerla por válida, y en este caso existía testifical directa que era la de la esposa del acusado que no quiso declarar acogiéndose a su dispensa legal y además declarando de manera expresa que estaba en trámites de separación y que no le tenía miedo al acusado pero que no quería declarar. Y tal como es sabido, los partes médicos *per se*, no acredita ni el origen, ni la autoría de las lesiones allí objetivadas.

Las anteriores consideraciones nos llevan a estimar la impugnación realizada por el acusado y dictar una segunda sentencia absolviéndole por el delito por el que venía acusado» (F.D. 3.º).

⁴¹ «Básicamente, la nueva doctrina significa admitir como prueba válida y suficiente para enervar la presunción de inocencia la lectura de la declaración del testigo-víctima-pariente en el acto del juicio (ex art. 730 el L.E.Crim.), declaración previamente prestada en Instrucción en la que se garantizó el principio de contradicción. Con ello se afirma que la declaración es sometida a los principios de contradicción en el plenario pues la víctima hace uso del derecho contenido en el art. 416, esto es, la dispensa a la obligación de prestar declaración. Entendemos que con dicha doctrina no se respeta el principio de inmediación ni de contradicción, cuando la vigencia de estos principios pudo llevarse a cabo en acto del juicio», en NAVARRO MASSIP, J., «La prueba testifical. Reflexiones sobre las garantías a la luz de la nueva corriente jurisprudencial: el art. 730 en relación al 416.1 Ley Enjuiciamiento Criminal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2/2009 (Estudio), Westlaw.es,

neutralización del efecto de la dispensa de la que se hace uso en fase de juicio oral a los efectos de conformar prueba de cargo por no haberse ejercido el derecho a no declarar en la fase de investigación⁴².

pág. 12. Añade este autor en la pág. 17: «Por tanto, aceptar la mera lectura de la declaración de la testigo-víctima al amparo del art. 730 puesto que se acoge a la dispensa del 416, **cuando pudo declarar y no estaba imposibilitada para ello**, supone limitar, incluso, la capacidad del órgano sentenciador, de cualquier instancia. Resulta obvio que el Juez de lo Penal no es superior jerárquico del Juez de Instrucción, pese a que merece una reflexión que pueda acordar nulidades o estimar la vulneración de derechos fundamentales (en sede de las denominadas cuestiones previas ex art. 786.2 L.E.Crim.) de un órgano de igual rango. El Juez sentenciador, *a quo o ad quem* no puede valorar, mediante la mera lectura, la veracidad o credibilidad de lo que se ha documentado, cuando, recalcamos, el testigo goza de plenas facultades para poder declarar.

No se puede dictar sentencia condenatoria si pretendemos un proceso justo o con todas las garantías sin un examen directo y personal no sólo del acusado sino también de los testigos como única prueba de cargo **cuando ello puede hacerse**, según la doctrina constitucional citada en fase de apelación. Del modo expuesto en la novedosa doctrina, se veta e impide tanto al Juzgador como al Tribunal *ad quem* de la percepción de la declaración contra del acusado. La tutela judicial efectiva en relación al derecho de defensa, a un proceso con todas las garantías y al derecho a la presunción de inocencia, exige en estos supuestos tan singulares una prueba testifical directa caso de ser posible, como en los supuestos examinados».

⁴² La S.A.P. de Madrid (Sección 27.^a) n.º 255/2010 de 16 de febrero (A.R.P./2010/529) en lo que ahora interesa señala en un extenso F.D. 2.º lo siguiente: Sin embargo, hemos podido apreciar que en el plenario, y petición del Ministerio Fiscal se procedió a la lectura de las dos declaraciones sumariales prestadas por los perjudicados y acusados, obrantes a los folios 29 y 34. Al respecto, debe aplicarse la doctrina confirmada por S.T.S. de 10 de febrero de 2009 (R.J. 2009, 446) en la cual se establece que «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 L.E.Crim., en relación con el art. 416 de la L.E.Crim., es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. 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. Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculminatoria. 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 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 es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la L.E.Crim. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario

En definitiva, la ineficacia probatoria de lo declarado en fase policial o de instrucción se enmarca dentro del problema de mayor ámbito cual es el de determinar si la decisión de utilizar o no la dispensa vincula en todo el proceso o, por el contrario, es susceptible de modificarse independientemente de las consecuencias de la declaración en cada fase procesal.

4. LA NECESARIA INFORMACIÓN A LA DENUNCIANTE SOBRE LAS CONSECUENCIAS

La conducta de la mujer consistente en limitarse a presentar la correspondiente denuncia sin personarse en la causa penal conlleva que el Fiscal será el encargado de ejercitar la acción penal y también la acción civil, pero no exime a la mujer de intervenir en el proceso y será citada en calidad de testigo directo⁴³. En efecto, la mujer será llamada a declarar como testigo-víctima de los hechos criminosos tanto en la fase de instrucción como en la fase de plenario. Señalábamos que no es infrecuente que la mujer haya sido la única persona que puede declarar sobre unos hechos que ocurren detrás de la puerta del domicilio familiar. Sobre la credibilidad de la palabra de la víctima y su virtualidad para destruir la presunción de inocencia del victimario existen distintos pronunciamientos judiciales que aluden a los requisitos o características que deben concurrir.

que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba 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 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. Llamar a esto “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. Este criterio que se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1973, ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997 (R.J. 1997, 8770), 28 de abril (R.J. 2000, 3740) y 27 de noviembre de 2000 (R.J. 2000, 9773); y 12 de junio de 2001 (R.J. 2001, 6247), en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar».

⁴³ Véanse los arts. 410, 707, 785.3, 771.1.ª, 796.1.4.ª, 797.1.4.ª, 962.1 L.E.Crim.

Dados los temores y circunstancias que impiden que la mujer víctima denuncie, se han alzado voces en relación con la necesidad de favorecer denuncias inicialmente innominadas encaminadas a la protección de la testigo y a su preparación para afrontar las consecuencias derivadas de poner los hechos en conocimiento de la autoridad o la consecución de los medios de prueba necesarios, entre los que –ya lo hemos dicho– cobra especial importancia su declaración como testigo⁴⁴.

Aunque en los delitos públicos no cabe el perdón, su declaración va a ser decisiva cuando sea citada a declarar ante el juez instructor o, en el juicio oral, ante el juez sentenciador⁴⁵.

⁴⁴ En el informe especial del Justicia de Aragón titulado: «Modelos de actuación en violencia de género. Estudio piloto en Aragón», del que es autor Juan Antonio Cobo Plana y que tiene fecha de publicación: 16 de enero de 2009 en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n003689_LIBRO%202008%20JUSTICIA-definitivo2.pdf, se señala: «Propuesta para facilitar la judicialización de la violencia de género a través de la DENUNCIA INNOMINADA:

- Si “la carga del proceso puede ser mayor para la víctima que para el procesado por la agresión” ¿sería posible establecer una denuncia innominada que se eleve a definitiva cuando exista una efectividad real o probable en la actuación judicial?

- Una de las opciones para disminuir el efecto de la carga del proceso en la víctima sería asegurar el anonimato de la víctima mediante la denuncia innominada mediante una clave de identificación unívoco hasta el momento en que se requiera una actuación de la víctima con respecto a su agresor pero una vez que se contara con una opción eficaz de demostración del hecho.

- La posibilidad de utilizar identificadores de la persona que permitan una reconstrucción perfecta de todos los datos de filiación haría que se trabajara a partir de un número clave irreconocible.

- Este identificador o número clave se convertiría automáticamente en una filiación completa cuando el procedimiento judicial abierto así lo requiriera.

- También podría ser interesante, el establecimiento de un puente estable entre el proceso judicial y la víctima a través de la Oficina de Atención a la Víctima, donde podría residir la posibilidad de que la víctima recibiera las citaciones, o similar, sin que sus datos de filiación completa y dirección aparecieran en el procedimiento.

- La existencia de un “intermediario” profesional de la Psicología, de la Asistencia Social o de la Medicina minimizaría el efecto deletéreo que la carga del procedimiento provoca, al convertirse en un “traductor”, “colchón psicológico”, etcétera.

- Esta situación, especialmente en el momento actual en el que ya existe toda una estructura entrenada y sensible a estos problemas que reside en el Instituto de la Mujer, Casa de la Mujer y otras O.N.Gs. (por lo que no requeriría recursos diferentes de los actuales), ya está apareciendo de forma “natural” en aquellos casos en que estas organizaciones tienen la oportunidad de contactar directamente con la víctima de la violencia sexual, pero quizás sería posible normalizar esta posibilidad como un instrumento idóneo para el especial manejo que la víctima requiere.

- La organización de una respuesta moderna requiere un gran esfuerzo de coordinación, y en ella estamos trabajando actualmente, pero el primer nivel de distorsión detectado surge en el mero planteamiento de la denuncia» (págs. 157-158).

⁴⁵ No cabe duda que la declaración de la víctima del delito tiene una importancia decisiva para la comprobación y averiguación de todas las circunstancias que rodearon la comisión del hecho delictivo, en cuanto que en su declaración aporta datos sobre los hechos padecidos, siendo indiferente que se constituya o no como parte acusadora.

Además, en muchas ocasiones en los tipos delictivos constitutivos de violencia de género, al ser la víctima el único testigo, su declaración resulta fundamental, ya que la ausencia de la misma facilitaría la impunidad de dichos ilícitos penales. En cualquier caso, como señaló la S.A.P. de Palencia de 19 de septiembre de 2000: Las especiales características de la violencia en el ámbito doméstico

Esto debe ser tenido muy en cuenta y la mujer desde el primer momento ha de estar preparada para narrar todos los hechos punibles de la forma más precisa y detallada posible. La circunstancia de ser, en la mayoría de los casos, la única testigo de los hechos y de que el presunto maltratador niegue y contradiga lo declarado por ella, además de tratar de desvirtuar su testimonio o, incluso, de sostener que es falso.

Por mucho que la mujer acuda a la Comisaría diciendo que retira la denuncia (lo cual no es posible por tratarse de un delito público), el Juez instructor habrá de citar a declarar al denunciado, sin perjuicio de la valoración que haga de su contenido⁴⁶.

La incomparecencia o el silencio de la mujer el día del juicio oral, sus contradicciones o ambigüedades han determinado en no pocas ocasiones la absolución del agresor. Por ello, la preparación, tanto por el abogado como por especialistas (psicólogos u otros profesionales que asesoren y atiendan a las víctimas), de su declaración es algo que consideramos fundamental.

5. LA POSIBLE RELEVANCIA PROCESAL DE LA AUTORIDAD ANTE LA QUE SE PRESENTA LA DENUNCIA

La determinación de ante qué autoridad presenta la mujer la denuncia es relevante desde el punto de vista procesal; así, si se presenta *ante la Policía judicial*, ante la unidad especializada (*vid.* art. 31 L.O.M.P.I.V.G.) de la Policía o la Guardia Civil, o si la misma acude de inmediato al lugar de los hechos, se levantará el correspondiente atestado⁴⁷. El *atestado* es un *requisito para que el hecho sea enjuiciado a través del conocido como juicio rápido* o procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o del juicio rápido de determinadas

o familiar hacen que la mujer agredida frecuentemente no ratifique la denuncia inicial, perdone al agresor o no comparezca al juicio para sostener su versión de los hechos, máxime cuando *a posteriori* continúa la convivencia e influyen factores como el miedo a futuras agresiones, la dependencia sentimental, las necesidades económicas, etc. Tal situación ha de ser lógicamente ponderada a la hora de valorar la prueba, de suerte que la denuncia inicial unida a otras probanzas que indubitadamente evidencian la realidad de la agresión bastarán para destruir válidamente la presunción de inocencia y fundar un pronunciamiento condenatorio, sin que el perdón de la ofendida, cual acontece en el caso, pueda surtir efecto alguno en infracciones penales perseguibles de oficio.

⁴⁶ Como señala el A.A.P. (Sección 2.^a) de Las Palmas de Gran Canaria n.º 3/2009, de 9 de enero, en su F.J. 3.º: «Cierto es que la declaración de la víctima es esencial para determinar la existencia de dicho delito y su autoría, aunque tampoco es la única prueba posible. Ha de tenerse en cuenta que la denunciante en ningún momento ha señalado que hubiera mentido en su primera declaración, sino que, después de cuatro meses de interponer la denuncia, manifiesta que ya no tiene miedo porque el denunciado no ha vuelto a molestarla.

En cualquier caso, si el Ministerio Público mantiene, en principio, la acción penal (art. 773 L.E.Crim.) y no se ha practicado la declaración del denunciado, necesaria para el esclarecimiento de los hechos en cualquier causa en la que los hechos denunciados puedan ser constitutivos de delito, ha de procederse a la práctica de dicha diligencia, al margen del resultado efectivo de dicha declaración, que será valorada una vez se haya efectuado».

⁴⁷ *Vid.* arts. 292 y 772.2 L.E.Crim.

faltas. En efecto, conforme a la exigencia del art. 795.1 L.E.Crim., sólo será posible tramitar la causa penal a través del procedimiento de juicio rápido cuando la denuncia (y, en su caso, la solicitud de orden de protección) se hubiera presentado en sede policial permitiendo así su acompañamiento de un atestado, requisito exigido para la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido⁴⁸. En otro caso, la ausencia de atestado determinaría la incoación de diligencias previas propias del proceso penal abreviado. Asimismo, el art. 962.1 L.E.Crim. establece la entrega de atestado en el Juzgado de Instrucción como presupuesto para que se celebre un juicio de faltas rápido y, según el art. 963.1 L.E.Crim., el Juez de Guardia, sólo tras la recepción del atestado, decidirá sobre la celebración inmediata.

6. INFORMACIÓN A LA MUJER NO PERSONADA DE LAS PRINCIPALES RESOLUCIONES JUDICIALES

Finalmente, aunque la mujer se limite a denunciar y decida no constituirse en parte acusadora, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, introduce una serie de reformas en la L.E.Crim., aunque su aplicación no se circunscribe a procesos por violencia de género, que evidencian la voluntad del legislador de ofrecer a la víctima un mayor protagonismo en el proceso penal y eliminar cualquier asomo de victimización secundaria o institucional, que se derive precisamente de su relación con la Administración de Justicia.

Destaca la información a la víctima de la fecha y lugar de celebración del juicio oral, así como de la fecha de la vista que eventualmente se celebre en la tramitación del recurso de apelación (arts. 785.3 y 791.2 L.E.Crim.). Las víctimas, pese a no ser parte en el proceso penal, además de ser informadas de sus derechos por la Policía Judicial (arts. 771.1.^a y 962.1 L.E.Crim.) o por el Secretario Judicial (art. 776.1 L.E.Crim.), dispondrán de un continuo conocimiento del estado de las actuaciones procesales. Así, tanto la sentencia dictada en primera instancia (art. 789.4 L.E.Crim.)⁴⁹ como, en su caso, la sentencia de apelación (art. 792.4 L.E.Crim.) serán notificadas a la víctima, aunque no se haya mostrado parte en la causa. También el juez instructor ha de notificarle el auto en que se acuerde el sobreseimiento de la causa con el fin de que si le interesa se pueda mostrar parte en el procedimiento y ejercitar su derecho a recurrir la resolución dictada (art. 779.1.1.^a L.E.Crim.) o darle la oportunidad de sostener la acusación en el supuesto de que el Ministerio Fiscal solicite el

⁴⁸ El art. 54 L.O.M.P.I.V.G., intitulado *especialidades en el supuesto de juicios rápidos*, adiciona un nuevo art. 779 bis L.E.Crim.

⁴⁹ Según el art. 55 L.O.M.P.I.V.G., se adiciona un apartado 5 en el art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente: «5. Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata. Igualmente se le remitirá la declaración de firmeza y la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte, de la sentencia previamente dictada».

sobreseimiento (art. 782.2 L.E.Crim.). Estas especialidades previstas en el seno del proceso abreviado también son aplicables en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, en virtud de la supletoriedad prevista en el art. 795.4 L.E.Crim.

IV. EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR POR PARTE DE LA MUJER

En este supuesto, la mujer da un paso más: no sólo denuncia, sino que decide personarse en el proceso penal como parte acusadora, haciendo uso así de su derecho al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivadas del hecho punible.

Está legitimada para ello en cuanto que es ofendida o víctima del delito⁵⁰. Como ya hemos indicado, es un derecho o potestad que tiene, no un deber cuyo cumplimiento le sea exigible.

A diferencia de lo que ocurre con el acusador popular, la ofendida que se constituya en parte en el procedimiento no ha de prestar fianza, ya que el art. 281 de la L.E.Crim. le exime de tal obligación tanto a ella como sus herederos o representantes legales y tampoco ha de constituir depósito para recurrir, cuestión sobre la que volveremos más abajo.

La mujer puede constituirse en acusación particular de dos formas: a través de la querrela o del ofrecimiento de acciones.

1. PRESENTACIÓN DE QUERRELA

La mujer víctima de violencia de género presenta una querrela con las formalidades que el art. 277 L.E.Crim. exige; la querrela es una declaración de voluntad dirigida al órgano jurisdiccional competente en virtud de la cual, además de poner en su conocimiento la existencia de unos hechos que revisten los caracteres de delito o falta, manifiesta su voluntad de constituirse en parte acusadora: ejercita la acción penal y, en su caso, la acción civil y solicita que se tenga a la querellante como parte en el proceso que en virtud de tales hechos punibles se incoe.

La querrela deberá ser presentada ante el órgano jurisdiccional competente, ya que en caso contrario éste no la admitirá a trámite⁵¹. Esta errónea de de-

⁵⁰ Puede entrar en el proceso como acusador particular cualquier persona, para perseguir los delitos que afecten a su persona o a la de sus representados o a sus bienes o a los de éstos (art. 270.II L.E.Crim.).

⁵¹ Según el art. 277 L.E.Crim., en la misma se expresará el juez o Tribunal ante quien se presente. Igualmente, el art. 272 L.E.Crim. establece que «la querrela se interpondrá ante el Juez de instrucción competente» y el art. 313 del mismo cuerpo legal señala que el juez de instrucción desestimará la querrela cuando «no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma».

terminación de la competencia objetiva o territorial no supone que no tenga valor de denuncia y que el juez o tribunal ante el que haya presentado no deba remitirla al que considere competente.

El órgano con competencia objetiva para recibir la querrela, será aquel a quien corresponda la instrucción de la causa en el caso concreto. Así, podemos concluir que la regla general es que la competencia objetiva y la territorial las ostenta el J.V.M. (o el Juzgado de Primera Instancia y de Instrucción o el de Instrucción al que se haya atribuido el conocimiento de tales asuntos) no del partido en que el delito se haya cometido (no rige el llamado *forum delicti commissi*), sino el del domicilio de la víctima⁵². Esta forma de fijar la competencia territorial del juez instructor pretende dar mayores facilidades a la mujer en tal fase de investigación: la misma no habrá de desplazarse al lugar de comisión del delito para constituirse en parte acusadora o para declarar ante el instructor.

En la querrela (o a lo largo de la instrucción) se harán constar las diligencias que se propongan para la averiguación y comprobación de los hechos (art. 277 apartado 5.º). Por tanto, la querellante podrá solicitar que se practiquen todas aquellas diligencias que considere necesarias tanto para la comprobación del delito (siendo de especial utilidad la pericial psicológica si el maltrato es de este tipo) como para la cuantificación de los daños y perjuicios⁵³. Además, en la querrela se puede solicitar que se adopten medidas cautelares, tanto personales como reales (apartado 6.º, arts. 277), con lo cual en la misma se podría solicitar la orden de protección a la víctima de la violencia doméstica regulada en el art. 544 ter L.E.Crim., salvo que ya la hubiese adoptado el Juzgado de Guardia o el Juzgado del lugar de comisión del delito.

Entre los requisitos formales, conviene destacar que, según el art. 277 L.E.Crim., «la querrela se presentará siempre por medio de procurador con poder bastante y suscrita por letrado».

2. OFRECIMIENTO DE ACCIONES

A la ofendida por un hecho que pudiera ser constitutivo de un delito de los que se vienen llamando de violencia de género, tanto lo haya denunciado ella misma como otra persona, se le ha de efectuar el ofrecimiento de acciones y

⁵² Vid. art. 14.5 L.E.Crim. transcrito *supra* en la nota 1. Igualmente, el art. 59 L.O.M.P.I.V.G. adiciona un nuevo art. 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción es la siguiente:

«En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del art. 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos».

⁵³ Incluso en el supuesto de que la mujer querellante no haya propuesto en la querrela la práctica de diligencias de investigación, el J.V.M. tendrá la obligación de practicar de oficio todas aquellas diligencias que estime oportunas.

permitir su entrada en el proceso penal, a fin de que pueda ejercitar su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, constituyéndose como parte acusadora (acusación particular) para llevar a cabo el ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivadas del delito.

Mediante el ofrecimiento de acciones se trata de evitar que por desconocimiento de sus derechos la víctima no haga valer las acciones que la ley le concede para perseguir el delito o falta y para reclamar la reparación del daño que se le hubiera ocasionado, facilitándole el ejercicio de su derecho de defensa.

Así, el art. 109 L.E.Crim. señala que en el acto de recibirse declaración al ofendido que tuviese capacidad legal necesaria, se le instruirá de sus derechos. El encargado de realizar el ofrecimiento de acciones a la víctima será el Secretario que desempeña una función de información y garantía de derechos, no de fedatario judicial.

En el procedimiento abreviado, el deber de información a las víctimas se encomienda, en primer lugar, a la Policía Judicial, que les debe informar por escrito de los derechos que les asisten de acuerdo con los arts. 109 y 110 (art. 771.1.^a L.E.Crim.). Además, se prevé que, una vez incoadas las diligencias previas, el secretario judicial informe al ofendido y al perjudicado de sus derechos en la primera comparecencia, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía judicial (art. 776 L.E.Crim.).

Igualmente, si una de las funciones que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal es la de velar por la protección de los derechos de la víctima en el proceso penal (ex art. 773.1 L.E.Crim.), deberá también comprobar que se cumplan todas las medidas de protección a la víctima y que, iniciada la instrucción, se ha realizado el preceptivo ofrecimiento de acciones.

Una vez iniciado el proceso penal, podrá la víctima personarse en el mismo sin necesidad de presentar querrela⁵⁴. Esta personación podrá realizarse bien tras el ofrecimiento de acciones, bien sin que se haya efectuado aún la preceptiva instrucción a la víctima de sus derechos⁵⁵.

La personación de la mujer, sea mediante querrela inicial, sea tras el ofrecimiento de acciones, exige la *preceptiva intervención de Abogado*. En este sentido

⁵⁴ El art. 761.1 L.E.Crim. dispone que el ejercicio de la acción penal y de la civil derivada del mismo por los particulares, sean o no ofendidos por delito, habrá de efectuarse mediante la interposición de la querrela; pero su apartado 2 añade que si se trata del ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de sus derechos, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de presentar querrela, es decir, mediante un simple acto o escrito de personación o acto de personación *apud acta*. Además, el art. 771.1.^a también lo establece expresamente como derecho del que debe ser instruido por la Policía Judicial.

⁵⁵ Existe un límite preclusivo para la intervención en el proceso, ya que, según el art. 110 de la L.E.Crim., «los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito». La mujer que se muestra parte entrará en la causa en el estado en que se halle, sin que se retrotraigan las actuaciones a un momento anterior.

lo que ha querido el art. 20 L.O.M.P.I.V.G. es garantizar en todo caso (por tanto, si lo solicita, también en el momento de presentar la denuncia aunque no sea obligatoria su intervención) a las víctimas de la violencia de género ese derecho, aunque no se requiriera abogado ni procurador, sin perjuicio de que posteriormente se determine si tiene o no derecho a la asistencia jurídica gratuita⁵⁶. Además de esta normativa estatal, hay que tener en cuenta la autonómica, como, por ejemplo, las leyes canaria⁵⁷, murciana⁵⁸, aragonesa⁵⁹, vasca⁶⁰ o el Anteproyecto extremeño⁶¹.

⁵⁶ Art. 20. Asistencia jurídica.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida.

En estos supuestos *una misma dirección letrada* asumirá la defensa de la víctima. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima.

En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada *de forma inmediata* a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, *sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención*.

2. En todo caso, cuando se trate de garantizar la defensa y asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

3. Los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una *formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz* en materia de violencia de género.

4. Igualmente, los Colegios de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la *designación urgente de letrado de oficio* en los procedimientos que se sigan por violencia de género.

Asimismo, la Disposición final sexta L.O.M.P.I.V.G. modificó el apartado 5 del art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Gratuita, que quedó redactado como sigue: «5. Tampoco será necesario que las víctimas de violencia de género acrediten previamente carecer de recursos cuando soliciten defensa jurídica gratuita especializada, que *se les prestará de inmediato, sin perjuicio de que si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la misma, éstas deban abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención*».

⁵⁷ Por su parte, por ejemplo, el art. 41 de la Ley canaria 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, relativo a la Asistencia jurídica gratuita, dispone: 1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita *en los procedimientos civiles y penales que inicien por razón de tal situación*. 2. La Comunidad Autónoma podrá convenir con el Consejo General de Colegios de Abogados de Canarias o con cada uno de los colegios, las condiciones para la prestación de este servicio, de conformidad con la legislación reguladora de la asistencia jurídica gratuita.

⁵⁸ Ley de la Asamblea Regional de Murcia 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, cuyos arts. 46 y 52, respectivamente, establecen: Art. 46. Protocolos de actuación. La Comunidad Autónoma, con el fin de dar una mayor efectividad en la prevención de la violencia de género y protección a las víctimas, fomentará la puesta en marcha de convenios y protocolos de actuación con las fuerzas y cuerpos de seguridad, órganos judiciales, forenses, Ministerio Fiscal, colegios profesionales de abogados, trabajadores sociales, psicólogos y personal sanitario, que intervienen en la atención de las víctimas de violencia. Art. 52. Asesoramiento jurídico y psicológico. 1. Las administraciones de la Región de Murcia deberán facilitar los medios necesarios para garantizar a las víctimas de violencia y agresiones sexuales el derecho a un *asesoramiento jurídico y una asistencia psicológica gratuitos, especializados, inmediatos e integrales*. 2. En todo caso, los órganos competentes habilitarán y

Finalmente, en los supuestos más graves, cuando se produzca la muerte de la mujer, los perjudicados, esto es, los familiares de la mujer: descendientes, ascendientes o colaterales podrán constituirse en acusación particular contra el hombre victimario (*vid.* art. 281.I L.E.Crim. y art. 113 C.P.) e intervenir tanto en la fase sumarial como en la de plenario o juicio oral.

facilitarán los medios personales y materiales necesarios para que, en los juzgados y tribunales de la Región de Murcia, se puedan aportar las *pruebas periciales oportunas* para acreditar la existencia y gravedad de la agresión.

⁵⁹ El art. 16.1 de la Ley 4/2007, de 22 marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón, en relación con el asesoramiento y asistencia jurídica, preceptúa: El Gobierno de Aragón, en colaboración con otras Administraciones Públicas y, en su caso, entidades privadas, garantiza la asistencia jurídica a mujeres que sufren violencia, la cual se llevará a cabo mediante un servicio de atención especializada y gratuita que oriente a las mujeres sobre los aspectos jurídicos que les afectan. El art. 17.3 añade: La asistencia jurídica prestada en el servicio de guardia comprenderá el *asesoramiento previo a la denuncia o la solicitud de la orden de protección y, en su caso, la asistencia en su redacción y presentación*. Dicha asistencia tendrá carácter gratuito en el caso de que las víctimas cumplan los requisitos previstos para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita. Finalmente, el art. 17.4 establece: La Comunidad Autónoma de Aragón dotará los fondos necesarios para garantizar la asistencia jurídica gratuita en las actuaciones propias del servicio de guardia a todas las mujeres víctimas de violencia amparadas por la presente Ley que, cumpliendo los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tengan cubierta la gratuidad de dichas actuaciones con fondos estatales.

⁶⁰ La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (B.O.P.V. de 2 de marzo de 2005) en su art. 55, intitulado asesoramiento jurídico, señala: Las administraciones públicas vascas deben poner los medios necesarios para garantizar a las víctimas de maltrato doméstico y agresiones sexuales el derecho a un *asesoramiento jurídico gratuito, especializado, inmediato, integral y accesible*. Dicho asesoramiento *comprenderá el ejercicio de la acción acusatoria en los procesos penales y la solicitud de medidas provisionales previas a la demanda civil de separación, nulidad o divorcio o cautelares en caso de uniones de hecho*.

⁶¹ El Anteproyecto de Ley de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, de marzo de 2010, en lo que ahora interesa, en su art. 82 establece: «2. La Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura garantizará a todas las mujeres víctimas de violencia de género el derecho a la orientación y asesoramiento jurídico, en la forma prevista en la legislación vigente. Asimismo, deberá garantizar que los servicios de asesoramiento y orientación jurídica prestados por empresas y asociaciones financiadas con fondos públicos, relativas a cualquier situación de violencia de género, sea ofrecida por profesionales cualificados y debidamente formados. 3. Las mujeres que sufren o han sufrido cualquiera de las formas de violencia que recoge esta Ley tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en la forma establecida por la legislación vigente, teniéndose en cuenta únicamente los recursos e ingresos económicos personales de las mujeres víctimas de la violencia de género con los límites establecidos en la legislación vigente. 4. El Instituto de la Mujer de Extremadura, a través de la Red Extremeña de Atención a Víctimas de Violencia de Género, garantizará la prestación de los servicios de asistencia letrada a las mujeres que han sufrido violencia de género, asegurando esta asistencia en todo el territorio de Extremadura a través de los Servicios de Guardia permanente. 5. Las y los menores perjudicados por la muerte de la madre como consecuencia de violencia de género, o por otras circunstancias que impidan a la madre ejercer las potestades que le son propias respecto a los propios menores, tienen derecho a la atención jurídica en los términos establecidos por esta Ley. 6. La prestación de la asistencia a través de los turnos especiales se asumirán por una misma dirección letrada especializada y una misma representación procesal, si procediera, desde el momento mismo de la interposición de la denuncia, si así fuera demandado por la víctima, y abarcará, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, todos los procesos y procedimientos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género

3. VENTAJAS DE LA PERSONACIÓN DE LA MUJER

Desde el mismo momento de la personación, la víctima ostentará la cualidad de parte acusadora y, por tanto, podrá, en primer lugar, tomar conocimiento de todas las actuaciones que, como consecuencia del principio de investigación oficial, ya se han llevado a cabo o que se estén practicando en ese momento por el juez instructor; en segundo lugar, podrá solicitar la práctica de las diligencias de investigación que estime oportunas; y por último, podrá intervenir en todas las actuaciones del procedimiento, ya sean acordadas de oficio o a instancia del Fiscal o de la parte imputada.

Según el art. 776.3 L.E.Crim. «los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado o instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga». Por supuesto, en el caso de que la mujer se haya mostrado parte en el proceso se le tendrá puntualmente informada de todas las resoluciones judiciales a través de su Procurador que es el representante procesal de la parte –arts. 160 y 182 L.E.Crim.–⁶², aunque el Abogado de oficio también puede asumir tal representación hasta la apertura del juicio oral (art. 768 L.E.Crim.).

Aunque el párrafo segundo del apartado 2 del art. 544 ter L.E.Crim. establece una amplia legitimación para solicitar o, mejor, promover la **orden de protección** (como es sabido, podrá ser acordada de oficio por el propio Juez, a instancia del Ministerio Fiscal o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones establecidas en el art. 173.2 C.P.), las medidas cautelares penales y/o civiles sólo las puede solicitar la víctima y, mejor, si está asistida de Abogado⁶³.

Si la mujer se ha constituido como acusación particular no cabe la conformidad premiada entre imputado y Fiscal ante el Juzgado de Guardia por ser un requisito que establece el art. 801.1 L.E.Crim⁶⁴. Será frecuente que la mujer,

hasta su finalización, incluida la ejecución de la sentencia. Este mismo derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la mujer, de acuerdo con la legislación vigente y desarrollo reglamentario».

⁶² El art. 53 L.O. 1/2004 adiciona un nuevo párrafo en el art. 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente: «Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata, con indicación de si la misma es o no firme». Véase en este mismo sentido la nota 9. La ubicación de estos preceptos no nos parece la más acertada dado que tales notificaciones entre órganos judiciales son distintas de las que deben hacerse por el órgano judicial al ofendido o perjudicado, sea parte en la causa o, incluso, no lo sea; además, no resulta claro si el J.V.M. debe también notificar la sentencia ya notificada por el Juzgado de lo Penal, si se hace con vistas a facilitar su posterior ejecución, al mantenimiento de medidas cautelares o, simplemente, para su conocimiento.

⁶³ Vid. SERRANO HOYO, G., «Algunas cuestiones procesales que plantea la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 2004, n.º 22, págs. 69-104.

⁶⁴ Dispone textualmente: «Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del art. 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el Juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurran los siguientes requisitos:

oportunamente citada, esté presente y asistida por su letrado, pero puede no formular acusación ni solicitar pena, es decir, limitarse a que el F.V.M. presente en el acto el escrito de acusación a fin obtener una sentencia condenatoria con la que se conforma el agresor y, con ello, evitar dilaciones y conseguir que el mismo tenga ya antecedentes penales y pueda apreciarse la habitualidad.

En caso de conformidad con la pena solicitada por el Fiscal, no será necesario que la mujer preste declaración y, consiguientemente, no entrará en juego la oportunidad de acogerse a su derecho a no declarar contra su pareja.

En caso de que la mujer no sólo acuda a la citación ante el Juez de Instrucción o J.V.M. sino que se constituya en acusación particular y presente escrito de acusación, el presunto agresor también podrá conformarse con la mayor de las penas solicitadas por las acusaciones (así lo dispone el art. 801.5 L.E.Crim.), pena más grave que puede ser precisamente la solicitada por la acusación particular en su escrito de acusación. En definitiva, la constitución en parte de la mujer permitirá suplir omisiones o subsanar errores del F.V.M. a la hora de calificar los hechos o de determinar la pena correspondiente a los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSÓ MUNÁRRIZ, Y., «Dispensa de la obligación de declarar: una cuestión de afectividad», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8, 2009 (Westlaw.es BIB 2009/1793).
- BARRIENTOS PACHO, J. M.³, «Denuncia y testimonio entre cónyuges o parientes sin advertencia previa de la dispensa legal. Validez y eficacia en juicio», *Diario La Ley*, n.º 7430, Sección Tribuna, 23 de junio de 2010 (LA LEY 5356/2010).
- CÁMARA MARTÍNEZ, I. y JUNCÀS GÓMEZ, F., «Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género», en *Derecho y Proceso Penal*, n.º 20, 2008.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», en *Revista de Derecho Penal*, n.º 26, 2009, págs. 121-140.
- COBO PLANA, J. A., «Modelos de actuación en violencia de género. Estudio piloto en Aragón», en el Informe especial del Justicia de Aragón de 16 de enero de 2009, en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n003689_LIBRO%202008%20JUSTICIA-definitivo2.pdf.

1.º *Que no se hubiere constituido acusación particular* y el Ministerio Fiscal hubiere solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el Juez de guardia, aquél hubiere presentado en el acto escrito de acusación.

2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años.

3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión».

- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de troya para futuros maltratos?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 769, 2009 (Westlaw BIB 2009/199).
- DE HOYOS SANCHO, M., «La trascendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género», en Montserrat de Hoyos Sancho (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, capítulo 17, pág. 427.
- MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 L.E.Crim.): ¿es necesaria una reforma legal?», en *La Ley*, n.º 6333, 5 de octubre de 2005.
- MOLINA GIMENO, F. J., «Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la L.O. 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *La Ley*, n.º 6818, 12 de noviembre de 2007, o en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 741, 2007 (Westlaw BIB 2007/2275).
- MONTALBÁN HUERTAS, I., «Un fantasma llamado dispensa», en *Diario El País*, 2 de enero de 2008, y *Diario de Derecho de Iustel* (RI §1026616).
- NAVARRO MASSIP, J., «La prueba testifical. Reflexiones sobre las garantías a la luz de la nueva corriente jurisprudencial: el artículo 730 en relación al 416.1 Ley Enjuiciamiento Criminal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2009 (Estudio), Westlaw.es.
- ORTEGA CALDERÓN, J. L., «La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar», *Diario La Ley*, n.º 6820, Sección Doctrina, 14 de noviembre de 2007 (LA LEY 6170/2007).
- PELAYO LAVÍN, M., «Es necesaria una reforma del art. 416 L.E.Crim. para luchar contra la violencia de género», en la obra colectiva *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, *op. cit.*, capítulo 20, pág. 518.