



EL
SILENCIO
DE LA VICTIMA

Francisco Javier

Pérez-Olleros Sánchez-

Bordona

Octubre 2020

El **artículo 24.2 de nuestra Constitución** vigente establece que la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Este mandato constitucional, en el proceso penal, se regula en el artículo 416.1 LECrim, que se desarrolla en el art. 418 de la LECrim, y en el artículo 707 de la misma Ley procesal penal en cuanto a tal dispensa en juicio oral, estableciendo que no tienen obligación de declarar como testigo al cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, además de a los parientes del investigado en línea directa ascendiente y descendiente y colateral hasta el segundo grado civil.

La redacción vigente del **artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, es la siguiente:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

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

El artículo 261 de la LECrim completa el sistema de la dispensa en nuestro ordenamiento jurídico eximiendo también de la obligación de denunciar, entre otros, al cónyuge del investigado, señalando que:

“Tampoco estarán obligados a denunciar:

1.º *El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad.*

2.º *Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive”.*

Denunciante es quien cumple la obligación de participar a la autoridad judicial o policial más próxima la "noticia criminis", que impone a todos los que presenciasen la comisión de un delito el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en especial a los que por su profesión u oficio tuviesen noticia de la existencia de un delito público, lo que refuerza el artículo 262 de dicha ley, - SSTS 25 de septiembre de 2001, y de 16 febrero 1993-.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos Acuerdos de Pleno no jurisdiccionales sobre el alcance de esta dispensa.

El primero de 24 de abril de 2013, y el segundo de 23 de enero de 2018, y en este segundo ha variado el criterio del apartado 2º del Acuerdo, en la sentencia de 10 de julio 2020, número de Recurso 2428/2018, declarando que **no recobra el derecho de dispensa , quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma.**

Es decir, el Tribunal Supremo considera que es una renuncia tácita denunciar o formular acusación particular, aunque después cese en la misma.

Porque la dispensa del artículo 416.1 es renunciabile, y la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, y no para las denunciante o acusaciones particulares, aunque fueren denunciante espontáneos, respecto de hechos que las han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección -STS Nº 17/2010, de 26 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 10615/2009, y STS de Pleno, de 10 de julio 2020, rec 2428/2018-.

También el **Acuerdo Plenario de 2013**, proclama que la dispensa alcanza a las personas que "están o han estado" unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto, y que por esa misma razón tampoco "puede ser alegada por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto".

En este nuevo criterio del Tribunal Supremo, es muy importante que en la fase de investigación prejudicial o instructora se advierta al pariente que tiene derecho a la dispensa del artículo 416.1 de la LECrim. cuando actúa por un previo requerimiento policial o del Juez de instrucción- artículos 109, 771, 773.2 de la LECr-, y la omisión de ser informado de ello cuya ausencia determinaría la nulidad de la diligencia.

Es decir, la consecuencia procesal de no hacer al testigo dicha advertencia sería la prohibición de la valoración de dicho medio de prueba en aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial - STC 94/2010-.

Pero no se ha exigido dicha información por el Tribunal Supremo de forma preceptiva respecto de la persona que acude a la fuerza policial en demanda de auxilio y presenta una denuncia de manera voluntaria y espontánea - Auto del TS 6857/2010, de 20 de Mayo, que inadmite un recurso de casación-.

Fue muy didáctica la STS 5-3-2010 (Rc 2209/09), cuando señalaba que: *“En resumen, la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase perjudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el art. 261 LECrim, salvo en algunos casos de “denuncia espontánea”. Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del art. 416 LECrim., y una tercera en el Plenario, el que a tenor de lo dispuesto en el art. 707, deberá también hacersele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone ya una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase”.*

El cambio de criterio en la sentencia de 10 de julio 2020 sería que la denuncia desde la primera fase, ya supone una renuncia a la dispensa en las restantes fases procesales.

No obstante este giro interpretativo del Tribunal Supremo, de gran transcendencia para la investigación y enjuiciamiento de delitos relativos a la violencia de género, aún no pudiendo entenderse como criterio jurisprudencial sentado, y aún con cuatro votos particulares,

sirve para fundamentar por sí misma un recurso de casación por interés casacional.

Destacar que la dispensa es un derecho del testigo pariente, pero no se corresponde con derecho alguno del acusado - STS 130/2019, de 12 de marzo-, y constituye una excepción al mandato de colaborar con la justicia que se establece en el artículo 118 de la Constitución Española, lo que debe ser tenido en cuenta a los efectos interpretativos.

También conviene recordar que no es admisible la utilización de declaraciones efectuadas por la víctima en el atestado o en la instrucción, si en el acto de juicio oral, hace uso de la dispensa otorgada en el artículo 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por la vía del artículo 714, ni la del 730, salvo claro está, que en dicha fase de investigación hubiera sido denunciante o se hubiera personado como acusación particular.

Finalizo la presente contribución esperando haya sido de su interés amigo lector, y aprovecho para mandarle ánimos en esta dura situación de pandemia.

