

# EL SILENCIO DE LA VÍCTIMA: GUÍA PARA NO PERDERSE

## THE VICTIMS' SILENCE: A GUIDE NOT TO LOOSE TRACK

**Borja Jiménez Muñoz**

Fiscal Delegado de Violencia sobre la Mujer en la Fiscalía Provincial de Córdoba  
Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba

**Resumen:** El silencio de las víctimas en juicio hace, en ocasiones, imposible que se condenen hechos con apariencia delictiva en materia de violencia sobre la mujer. En este artículo se analiza con sentido crítico el alcance de la llamada dispensa de declarar, la más novedosa jurisprudencia sobre la materia y las propuestas de reforma legislativa

**Abstract:** The victims' silence in a process makes sometimes impossible to sentence apparently criminal facts in matter of violence against women. This article intends to critically analyse the scope of the so-called dispensation of testifying, the newest jurisprudence on the matter, and the proposals for legislative reform.

**Palabras-Clave:** silencio, víctima, dispensa de declarar, prueba anticipada, violencia de género

**Key words:** silence, victim, dispensation of testifying, anticipated evidence, gender violence.

El silencio de la víctima es, en muchas ocasiones, el muro contra el que se golpea todo el sistema generado para luchar contra la violencia sobre la mujer.

La mujer víctima de violencia por parte de su pareja o ex pareja puede negarse a prestar declaración contra su agresor en cualquier momento: cuando es citada por la policía a declarar, en su testimonio ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o de instrucción y en el acto del Juicio Oral, ejerciendo lo que se llama la dispensa a declarar, que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr). Ello sitúa a la declaración de la víctima como una pieza central en los problemas jurídicos de la llamada violencia de género y su interés trasciende a otros operadores que trabajan en el mundo de la psicología del testimonio, la so-

ciología y por supuesto la mediación, que deben conocer los problemas que rodean a la llamada dispensa de declarar.

### ¿POR QUÉ UN DERECHO A NO DECLARAR?

La posibilidad de que determinadas personas puedan acogerse al derecho a no declarar contra algunos parientes cercanos responde a la idea de salvaguardar la intimidad familiar y se fundamenta en el art. 24.2 de la CE que 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. La STS de 5 /3/ 2010 (Pte. Sr. Berdugo de la Torre) señala que es una facultad «cuyo fundamento está en la voluntad de la ley

de dejar al interesado la solución del conflicto moral entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y testimoniar verazmente sobre ellos y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares».

El art. 416 de la LECr. establece que están dispensados de declarar «Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del 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 Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia».*

Este artículo fue reformado por Ley 13/2009, de 3 de Noviembre que se limitó a añadir la frase «o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial» atendiendo así a la reclamación que hacía la doctrina y jurisprudencia de equiparación de las relaciones de hecho con convivencia al matrimonio<sup>1</sup> pero perdiendo una oportunidad de reformar profundamente el artículo, y resolver muchos de los problemas planteados<sup>2</sup>. El art. 261 de la LECr completa el sistema de la dispensa en nuestro ordenamiento jurídico eximiendo también de la obligación de denunciar, entre otros, al cónyuge del delincuente.

De este modo, atendiendo al tenor literal de ambos preceptos, no están obligados a denunciarse los cónyuges y pueden no declarar los cónyuges y personas unidas por análoga relación a la matrimonial contra sus maridos/mujeres o parejas de hecho con convivencia.

## PUNTOS PRINCIPALES DE INTERÉS

Varias son las cuestiones de interés que suscita el derecho de la víctima de violencia de género a no declarar contra quien aparece como su agresor, que han sido debatidos con intensidad por la doctrina y jurisprudencia, y que, centrándolos en los aspectos eminentemente prácticos, pueden resumirse en los siguientes:

**1. La dispensa de la obligación de declarar es un derecho que requiere indispensablemente un deber de información, que debe entenderse en un doble sentido:**

a) La información de este derecho no se puede dar por sabida, por lo que es una obligación que se debe cumplimentar de forma expresa en cualquier momento en el que la víctima prestase declaración.

b) La jurisprudencia, en los últimos tiempos venía entendiendo que la información debía hacerse independientemente de que se tratase de una declaración en fase policial o judicial. Así resulta de sentencias como la STS de 20 de febrero de 2008 que declara la nulidad de las declaraciones de una mujer testigo que podía beneficiarse del art. 416 y no fue advertida de ello, aunque es más problemática la consideración de si esa advertencia debe hacerse cuando la víctima demanda auxilio de la policía. Salvo este supuesto de petición de ayuda policial (STS 20 /2/ 2008) en todas las demás declaraciones policiales y judiciales se debe advertir a la víctima de su derecho a no denunciar, o no declarar, so pena de nulidad (por todas SSTS 10/5/ 2007), incluso cuando la propia víctima acude a denunciar (STS 5 /3/ 2010) pareciendo así haberse superado la otra postura que venía entendiendo que la denuncia espontánea en la policía no exigía de la previa advertencia (entre otras, SSTS, 6 /4/ 2001, 27 /10/ 2004, Auto TS de 29 /3/ 2006). Me apresuro a apuntar, que en ocasiones la línea entre lo que es una petición de auxilio policial y la comparecencia de una víctima a denunciar un hecho puede ser muy delgada, lo que puede confundir.

Todo esto, sin embargo, parece estar abierto porque la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 /11/ 2010 (STC 94/2010, Pte Sr. Conde Martín de Hijas)

parece replantear de nuevo el alcance del deber de información en relación a la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se trató de un supuesto en el que la esposa de un individuo absuelto por un delito en el ámbito de la violencia sobre la mujer recurrió en amparo porque la sentencia de la Audiencia Provincial anulaba su testimonio, ya que no había sido informada del derecho a la dispensa por el Juez de lo Penal que juzgó el caso. El Tribunal Constitucional consideró que era un excesivo formalismo anular el testimonio de una mujer no divorciada contra su marido a la que no se informó de la dispensa por el tribunal sentenciador cuando la señora había tenido una conducta activa en todo el proceso: denuncia espontánea, declaraciones inculpativas contra su marido, interposición de recurso contra la sentencia absolutoria...y dice «pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECr» ( FJº 6) añadiendo «A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECr resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad». De este modo, esta sentencia parece entroncar con las resoluciones que discuten la sacrosanta obligatoriedad de la información en todas las fases y supuestos, aunque hay que indicar que una

<sup>1</sup> Armenteros León, Miguel «Comentario a la STS de 22 de febrero de 2007» en *Diario de Jurisprudencia El Derecho* nº 2478, 21 de noviembre de 2007

<sup>2</sup> Escobar Jiménez, Rafael «La facultad de no declarar contra determinados parientes en el proceso penal (art. 416.1 de la LECr)» en *Diario La Ley* nº 7301, 11 Diciembre de 2009 Ed. La Ley

sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve un recurso de amparo lo que determina es si se ha violado un derecho fundamental concreto por un acto administrativo, resolución judicial etc.

Ello nos sitúa en el problema siguiente: la declaración espontánea ¿nace sin el derecho a la dispensa? Según la referida STC desde luego su no advertencia en ese caso concreto no genera la nulidad de lo declarado, pero otras resoluciones judiciales van en otro sentido, teniendo siempre en cuenta que hablamos de supuestos de hecho distintos. Si, según la STS de 5 /3/ 2010 (Pte. Sr. Berdugo de la Torre) es precisa la información a la víctima en toda fase del proceso y según la STC 15 /11/ 2010 es un excesivo formalismo advertir de esta dispensa cuando se ejerce una actitud activa en la causa, no sabemos exactamente a que atenemos. Si acudimos a la doctrina, Rafael Escobar entiende que la denuncia espontánea en la policía o en el juzgado no obliga a informar del 416 porque el denunciante no tiene la cualidad de testigo, y el pariente no tiene obligación de denunciar conforme al art. 261 de la LECr que sería el aplicable al caso<sup>3</sup> y Esteban Solaz entiende que la no información solo cabe en requerimientos espontáneos a la policía<sup>4</sup>. Como hemos indicado, numerosas sentencias parecen ir en esta dirección (SSTS de 27 /10/ 2004, 12 /7/ 2007)

**2. La negativa a declarar en juicio no transforma el valor de la declaración que la víctima presta en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o el de instrucción.** Sigue siendo una diligencia sumarial sin valor de prueba por lo que no se podrá acudir al art. 714 de la LECr para pedir su lectura, porque este precepto está previsto para poner en evidencia las contradicciones del testigo entre lo que dijo en el juzgado y lo que dice en el juicio y el silencio del que no declara no puede considerarse ni como afir-

mación ni negación de lo que dijo en la instrucción (SSTS, 129/2009, de 10/12 y 26/1/2010, Pte. Sr. Ramos Gancedo). Evidentemente, la contradicción entre lo que se dijo en juicio y lo declarado en el juzgado o la retractación en juicio del testimonio incriminador vertido en la declaración en el juzgado sí puede ser valorado a efectos probatorios y fundamentar una condena, como hace la STS de 9/7/ 2004, que confirma otra de la Audiencia Provincial de Asturias de 21/10/ 2003.

**3 Tampoco la negativa a declarar en juicio permite leer las declaraciones sumariales en los términos previstos en el art. 730 de la LECr que lo autoriza cuando «por causas independientes de la voluntad de aquellas (las partes en el proceso) no puedan ser reproducidas en el juicio oral»,** ya que no hay una imposibilidad de practicar la declaración, sino una negativa del testigo o perjudicado a hacerlo. Las STS de 14/5/2010 (Pte. Sr Maza Martín) y, entre otras, las SSTS 17/12/1997 y 27/11/2000, fundamentan la negativa en la vulneración del principio de contradicción, porque en dichas declaraciones no se cita al abogado defensor y al acusado, y ello supone la violación de los art. 6.3 d) del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y con ello el derecho de defensa y el de presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución. Es más, la doctrina del Tribunal Supremo está muy perfilada en este punto, y se utilizan otros argumentos relevantes: el art. 416 está concebido para proteger al acusado, pero no para perjudicarlo, y por ello se permite a determinados parientes que no declaren contra él, pero ello no permite convalidar unas declaraciones prestadas en la fase de instrucción, sin contradicción y no ratificadas en el plenario, pues esta falta de ratificación no sirve para la convalidación,

de no efectuarse con contradicción de las partes e intermediación del tribunal. La SAP Córdoba de 5/3/2010 (Pte. Sr. Magaña) analiza profusamente todo lo relativo a esta cuestión, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e indica que solo podría procederse a leer las declaraciones sumariales de una víctima conforme al art. 730 de la LECr. cuando concurren tres requisitos: a) que no haya comparecido porque no se haya hallado y se hayan agotado sus posibilidades de búsqueda, incluso en el extranjero si allí residiere, b) que las declaraciones en instrucción hayan sido respetuosas con las normas procesales y garantías constitucionales y c) que las referidas declaraciones se hayan incorporado legalmente al proceso y se hayan reproducido en el acto de juicio oral en condiciones que hayan permitido a la defensa del acusado someterlas a contradicción. En cualquier otro supuesto, no concurrendo estos requisitos y circunstancias, no se puede equiparar la «imposibilidad» referida en el art. 730 de la LECr a los efectos de permitir la lectura de declaraciones anteriores «ya que ...se procederá a la declaración de nulidad si se interpone el correspondiente recurso» (F.Jº 2). En el mismo sentido, la STS de 10/2/2009 dice literalmente que «llamar a la negativa a declarar imposibilidad jurídica para justificar la aplicación del art. 730 LECr 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». Como se verá más adelante, las reformas que se proponen chocan frontalmente con esta doctrina jurisprudencial

**4. La reforma nace anticuada en cuanto a las personas que pueden beneficiarse de la dispensa.** Si bien incluye a las parejas de hecho, nada dice de otras posible situaciones familiares,

<sup>3</sup> Escobar, en « La facultad... cit

<sup>4</sup> Solaz Solaz, Esteban *Cuadernos Digitales de Formación* nº 49, 2008 Consejo General del Poder Judicial 2010

por ejemplo no concreta si incluye únicamente el parentesco por consanguinidad o, también, el de afinidad, pues limita la mención a «*los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente*». Estando claro que los vínculos que genera la adopción se incluyen en la dispensa, repárese, además, que la L.O 21/1987, de 11 de noviembre, reformadora de algunos artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y la posterior LO 1/1996, de 15 de enero, recogen determinadas figuras de acogimiento familiar. En opinión de Escobar, de las diversas modalidades que pueden establecerse, el acogimiento familiar preordenado a la adopción, por los lazos afectivos que se llegan a crear, debiera incluirse en la dispensa (ver arts. 173 y 173 bis CC)<sup>5</sup>

**5 ¿En que situación ha de encontrarse la relación de pareja para poder acogerse a la dispensa?:** La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha ofrecido, en este punto, soluciones contradictorias, si bien la tendencia mayoritaria supedita la dispensa a que la situación de pareja persista con convivencia al tiempo del juicio, pues sólo en esas condiciones tiene lugar la colisión entre el deber de declarar y los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado (STS 164/2008, de 8 de abril, con cita de la STS 134/2007, de 22 /2; véase también la STS 39/2009, de 29 /1 y 13/2009, de 20 /1 y AATS 240/2009, de 29 /1 y 374/2009, de 12 /2). Sin embargo, la STS 292/2009, de 26 /3 sostuvo que el testigo puede acogerse a la dispensa, aunque al tiempo del juicio oral hubiere cesado la convivencia, si la declaración compro-

mete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento. Esta doctrina ha sido reiterada por las SSTS 26/3/2009 y 14/5/2010, lo que convierte esta cuestión en otro ejemplo de evolución jurisprudencial.

## PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

A mi juicio, los intentos de avanzar en la lucha contra la violencia sobre las mujeres, mediante la resolución de las cuestiones de derecho que dificultan la eficacia de la prueba, como es el derecho a la dispensa, es un objetivo imprescindible para ganar en eficacia y coincido en que el derecho a no declarar se ha convertido en no pocas ocasiones en una fórmula de control del procedimiento por la víctima que bloquea la posibilidad de aportar ante los tribunales una prueba relevante para enervar la presunción de inocencia, como ocurre igualmente con muchas cuestiones de la orden de protección. Al análisis de todo ello se ha dedicado con interés nuestra doctrina científica<sup>6</sup>. Así, Molina Gimeno, entre otros, califica de anacrónico el mantenimiento del art. 416 de la LECr afirmando que la referida dispensa se concreta en la atribución a la víctima del poder de controlar el proceso, dado que la mayoría de los delitos de violencia sobre la mujer se cometen en el ámbito de la intimidad cuando no suele haber otros testigos<sup>7</sup> siendo este uno de los argumentos principales contra el mantenimiento de la dispensa con la redacción actual.

Entre las soluciones expuestas, se ha de destacar por su importancia y procedencia, la que se realizó por el Grupo de Expertos

en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ en su informe de 20 abril 2006 referente a los problemas detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género y sugerencia de reformas legislativas. Respecto al art. 416 LECr, se indicaba entonces: «Cuando el pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECr previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima en el supuesto. Sin embargo, de que ostente la doble condición, se entiende que el precepto no nació para posibilitar la impunidad por el hecho contra el hecho contra el/la denunciante. Así:

Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el 416 LECr. para los que, en determinados supuestos, se establece la dispensa legal al deber genérico de declarar.

La víctima de la violencia de género, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, estos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima.

Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto.

Hacer uso de los arts. 416 LECr y 707 LECr (que establece la obligación genérica de declarar de los testigos) podría suponer un auténtico fraude de ley.

<sup>5</sup> Escobar, en « La facultad... cit

<sup>6</sup> Entre otros, Magro Servet, Vicente en « Las imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores ( art. 416 de la LECr): ¿ es necesaria una reforma legal? « *Diario La Ley* N° 6333, 5 Octubre de 2005, Ref D -223 o 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° 6280, Año XXVIII, 14 de noviembre de 2007

<sup>7</sup> Molina Gimeno, Javier « 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 *Boletín de Derecho de Familia* n° 73, El Derecho Editores, Noviembre 2007

Así las cosas, para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección a las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECr. que esa dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el precepto.

En enero de 2011 se ha presentado un nuevo informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género, compuesto de nuevo por acreditados juristas, que, ante la ausencia de reforma legislativa en estos casi cinco años, vuelve a plantear el problema proponiéndose ahora dos soluciones concretas, partiendo de lo anterior:

**1. De nuevo se reitera la supresión del derecho a la dispensa de declarar mediante la reforma del art. 416 de la LECr para los que sean víctimas o perjudicados de un delito.** Así, añadido yo, se pretende salvar el derecho de no declarar en supuestos que se pretenda no revelar, por ejemplo, conductas delictivas del cónyuge, pero no se podría utilizar cuando la víctima del delito sea el propio cónyuge. Pero el problema que se plantea a continuación es mayúsculo, ya que si se obliga a declarar a la víctima pariente, que suele mantener vínculos afectivos con el agresor o los ha mantenido, se puede facilitar un testimonio no veraz, y eso es una cuestión espinosa. En el propio informe se propone una solución, a mi juicio cuestionable, y es que dice que en el caso de que

la víctima de violencia de género declarase en el acto de juicio a favor del acusado, retractándose de su declaración anterior en el juzgado, evidentemente incriminatoria, podría excluirse la persecución de un delito de falso testimonio por las declaraciones *vertidas en juicio*, porque si sucede al revés, y la víctima se retracta en juicio de la falsa declaración prestada anteriormente, sería de aplicación la excusa absolutoria prevista en el art. 462 del Código Penal por la que el legislador decide no perseguir a quien confiesa que ha mentado en su testimonio anterior. Pero la propuesta que analizo pretende no perseguir no al que se retracta de una mentira, sino al que falta a la verdad en juicio después de ser obligado a declarar, es decir al que dolosamente miente.

Ciertamente esta opción debe ser explicada, sobre todo para justificar lo que será una excusa absolutoria en sentido amplio<sup>8</sup>. En el texto citado solo se razona que si la víctima que no quiere declarar en juicio es obligada a ello, y exonera al acusado de la infracción de la que viene acusado, la disfunción (sic) que se produce al incurrir en un delito de falso testimonio ha de excluir a esos testigos de ser perseguidos por el delito, con lo que la propuesta supera el ámbito de la excusa absolutoria ya existente, que premia la retractación, o sea, la verdad, antes de que se dicte sentencia, y se adentra en una espiral compleja, que, en una primera aproximación, pretende resolver la eliminación del derecho a la dispensa organizando sus consecuencias para lo que incluso obvian la persecución de delitos de naturaleza pública además de que obli-

garía a reformar también el art. 715 de la LECr. que señala que se procederá contra el testigo por falso testimonio solo cuando éste se vierta en juicio por los mismos hechos por los que declaró en el juzgado.

La cuestión puede complicarse más, ya que la reforma del art. 416 exige reformar el Código Penal. Y es que parece no contemplarse en la propuesta que el derecho a la dispensa puede ejercerse el juzgado de instrucción, como nos señala la jurisprudencia referida. Es decir, del tenor literal del informe puede deducirse que durante la instrucción de la causa la víctima puede no declarar contra su agresor, pero se le debe obligar en juicio oral a hacerlo. En este caso, si su testimonio es exculpatario, y existiesen otros indicios contundentes de su autoría (otros testigos presenciales, parte de lesiones etc...) de modo que quedase en evidencia que ha faltado a la verdad en su testimonio, ¿se aplicaría también esa excusa absolutoria?

**2. La segunda propuesta del informe en este punto también es completa.** Se propone de forma alternativa, caso de no prosperar la modificación anterior, añadir un párrafo al actual art. 730 de la LECr que diga «*Podrán leerse, también a instancia de cualquiera de las partes, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos, víctimas o perjudicados por el delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el art. 416.1 de la LECr*».

Esto choca conscientemente con la jurisprudencia que antes se ha expuesto y es que el propio tenor literal del informe

<sup>8</sup> Luzón Cuesta, Jose María *Compendio de Derecho Penal, Parte General* p 143 Ed. Dykinson 1998

<sup>9</sup> No es el único ejemplo de lo que es la función interpretativa de la jurisprudencia en esta materia, que en ocasiones es una auténtica superación jurisprudencial del tenor literal de la ley, como ocurre con la cuestión de las denuncias mutuas entre parejas, que si bien, de conformidad con el art. 153.1 y 2 del Código Penal son ambas conductas delictivas, existe una tendencia de la jurisprudencia de algunas de nuestras Audiencias y Juzgados de lo Penal que consideran que cuando la agresión es mutua no debe aplicarse este artículo que castiga con diferente pena según el autor sea el hombre o la mujer, sino que se debe considerar ambos hechos como falta de lesiones, ya que no existe la situación de dominación que exige el art. 1 de la LO 1/2004, para apreciar la existencia de un acto de violencia sobre la mujer.

dice que la consolidada interpretación jurisprudencial del art. 716 de la LECr, que impide tener en cuenta sus declaraciones anteriores, «ha otorgado, de hecho, a la víctima, la disposición del propio proceso» (p 24)<sup>9</sup>. Como se ha expuesto en el apartado 2.3 de este trabajo, la jurisprudencia de forma clara no permite leer las declaraciones de un testigo presente en la vista que se acoge a su derecho a no declarar porque se realizaron sin la preceptiva contradicción y ello vulnera el art. 24 de la Constitución. Pero avanzamos algo más. Sabido es, también, que el resto de las diligencias practicadas en la fase de instrucción no son pruebas, sino meras diligencias sumariales que sirven para formular acusación y abrir juicio oral contra una persona. Todo ello, puesto en relación, nos permite concluir que lo declarado en el juzgado por un testigo no es prueba de nada, salvo que lo ratifique en juicio, se lean sus declaraciones conforme al art. 730, cuando proceda, o, se haya practicado su declaración como prueba anticipada, es decir, que conforme a lo que dispone el art. 448 de la LECr, en su última versión dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, caso de que el testigo, al declarar en el juzgado, manifestase que no podrá asistir a juicio oral por hallarse fuera del territorio nacional o porque haya motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad, se podrá celebrar la declaración en el juzgado «asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes» mediante la citación de todas las partes y la posibilidad de preguntar y re-preguntar, a fin de que esa declaración «congelada» pueda introducirse en juicio oral y hacer prueba de lo allí dicho.

Pues bien, la pretensión del grupo de expertos/as del Consejo consiste en proponer que se excepcione la regla general del art. 730; es decir, que aunque la víc-

tima de violencia esté presente en la sala de vistas, y, por tanto, haya sido debidamente citada y comparezca, se puedan leer sus declaraciones prestadas en el juzgado, e introducirlas en el plenario como si no hubiese podido ser citada, y presumiblemente en contra de su voluntad, de tal manera que quedaría sin efecto el derecho a no declarar que ha ejercido, esto sin entrar a analizar ahora la más que previsible Cuestión de Inconstitucionalidad a la que se podría ver sometido el precepto en el primer juicio en el que se aplicase. Sin embargo, si lo que se pretende con la propuesta es permitir al tribunal tomar conocimiento de lo que se ha declarado en la instrucción independientemente de su presencia en la sala de vistas, entiendo que menos complejo resultaría incluir como uno de las posibilidades de prueba anticipada el supuesto en que se prevea que razonablemente que la víctima pudiera ser presionada o condicionada para variar su declaración, o que no pudiera prestar declaración en juicio con todas las garantías que se le exigen al testigo. En este caso, al ser anticipada la declaración en el juzgado, estarían citadas todas las partes, incluido el acusado, conocería la víctima la naturaleza y virtualidad del acto de la declaración, y se podría salvar el requisito que exige la jurisprudencia de la indispensable contradicción para poder valorar una prueba. En cualquier caso, me apresuro a indicar que no se puede olvidar que esta solución está también lejos de resolver todos los problemas, porque para anticipar algo que puede repetirse debe estar muy justificada la razón.

De este modo, en una reflexión abreviada, no veo en el horizonte más solución al control que la víctima ejerce del procedimiento a través del silencio, que, o se articule una posibilidad de prueba anticipada como la expuesta, o se incida en cuidar la práctica; esto es, se atienda en propo-

ner en los escritos de acusación todas las pruebas que de forma indirecta pudieran acreditar el hecho, huyendo de considerar solo el testimonio de la perjudicada como la única prueba, lo que –me consta– se ha debatido en las reuniones de fiscales especialistas en esta materia y se han dado indicaciones al respecto y también se combatan mediante los oportunos recursos las sentencias que no valoren adecuadamente las pruebas indirectas o la suma de otros indicios como cauce para enervar la presunción de inocencia y es que la jurisprudencia de nuestros Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales es muy diversa en orden a valorar, cuando la víctima no declara, otros elementos, como la declaración de policías o médicos, el examen de testigos no presenciales como los vecinos que oyen golpes, o la existencia de un parte de lesiones.

En ocasiones, se convence al juez o tribunal de la certeza del hecho con el testimonio de policías que ven los síntomas externos de una agresión (STS 12.7.2007), o con el conjunto de indicios que pueden sumar testigos que oyen gritos, policías a quienes la víctima les cuenta lo que pasó y parte médico que, analizado por un forense determina la compatibilidad de las heridas con golpes, pero en muchas otras, de las que tengo sobrados ejemplos en mi actividad profesional<sup>10</sup>, cuando el silencio de la víctima está presente, parece que se alza un muro que no derriba ninguna otra prueba. Es cierto que en muchos asuntos no hay más prueba que su testimonio, pero en muchas otras parece, efectivamente, que cuando la víctima no declara, no sirven otras pruebas e indicios lo que en ocasiones escapa de la lógica que debe fundamentar cualquier resolución judicial. Pero, como digo, eso depende del principio de libre valoración de la prueba que consagra nuestro ordenamiento jurídico en el art. 741 de la LECr.

<sup>10</sup> En las Memorias de la Fiscalía General del Estado referidas a la Fiscalía Provincial de Córdoba de los años 2011 y anteriores consta que la proporción de sentencia absolutorias viene siendo de casi el 75% de las acusaciones anuales, y en la mayoría de ellas el motivo esencial de la absolución es el hecho de acogerse la víctima a la dispensa de declarar