



Roj: **STS 2493/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2493**

Id Cendoj: **28079129912020100011**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **10/07/2020**

Nº de Recurso: **2428/2018**

Nº de Resolución: **389/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1396/2018,**  
**STS 2493/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 389/2020**

Fecha de sentencia: 10/07/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2428/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo:

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Procedencia: Sec 2ª A.P. Oviedo

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: BDL

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2428/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 389/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta D. Julián Sánchez Melgar D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Antonio del Moral García D.



Andrés Palomo Del Arco D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García D. Pablo Llarena Conde D. Vicente Magro Servet D<sup>a</sup>. Susana Polo García D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de julio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del acusado **DON Gines**, contra Sentencia núm. 13/2018 de 5 de junio de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (Rollo de apelación 9/2018) que desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el mismo contra la Sentencia 41/18, de 29 de enero de 2018 dictada por el Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictada en el Rollo de Sala núm. 55/2017 dimanante del Procedimiento el Jurado núm. 22/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de DIRECCION000, seguido por delito de allanamiento de morada contra dicho recurrente. Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, y como recurrente el acusado DON Gines representado por la Procuradora de los Tribunales Doña María Elisa Alcantarilla Martín y defendido por la Letrada Doña Carmen Paneque Cuevas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de DIRECCION000 incoó Procedimiento del Jurado núm. 22/16 por delito de allanamiento de morada contra **DON Gines** y una vez concluso lo remitió al Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, que con fecha 29 de enero de 2018 dictó Sentencia núm. 41/2018, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"En el mes de septiembre de 2014 Gines, por desavenencias con su entonces esposa Sacramento, se trasladó del domicilio familiar sito en DIRECCION001 n° NUM000, de DIRECCION002, para instalarse primero en casa de sus padres y después en un piso de alquiler en la localidad de DIRECCION003, dejando en dicho domicilio numerosos objetos de su propiedad como ropas, material de montaña, esquís, bicicleta...

Hasta septiembre de 2015, en que fue presentada la demanda de divorcio, Gines acudió en varias ocasiones al domicilio de DIRECCION001 a visitar a su hija menor y recoger enseres personales y otros objetos, con el consentimiento de su entonces esposa. A partir del mes de septiembre de 2015 y coincidiendo con el inicio de los trámites de divorcio de la pareja, Sacramento comunicó a Gines que se abstudiese de acceder al domicilio en que ella continuaba residiendo en compañía de su hija, llegando a cambiar, la cerradura del inmueble, sin proporcionarle copia alguna.

Durante la mañana del día 2 de enero de 2016, Gines acudió a la vivienda de DIRECCION001 y como no tenía llaves para acceder a su interior, decidió llamar a un cerrajero para proceder al cambio de cerradura, introduciéndose en la misma sin consentimiento expreso o tácito de Sacramento, sin que la misma hubiera tenido conocimiento de ello hasta que esa misma tarde, a través de un mensaje enviado vía WhatsApp, a las 5,20 horas, Gines le comunicó que tenía las llaves de casa en el buzón, que estaban allí para que las cogiese y pudiesen entrar.

A la fecha de los hechos no existía resolución judicial atribuyendo el domicilio de DIRECCION001 n° NUM000 a Sacramento ni a Gines".

**SEGUNDO.**- El Tribunal del Jurado dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debo **CONDENAR Y CONDENO**, a Gines, como responsable de un delito de allanamiento de morada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de las costas judiciales causadas.

Así por esta mi sentencia frente a la que puede interponerse recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia dentro del plazo de 10 días siguientes a la última notificación, lo pronuncio, mando y firmo.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito Y para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio".



**TERCERO.-** Notificada la anterior resolución a las partes se interpuso frente a la misma **recurso de apelación** ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias que en el Rollo de apelación núm. 9/2018 con fecha 5 de junio de 2018 dicto Sentencia núm. 13/2018, cuyo **Fallo** es del tenor literal siguiente:

"Que debemos de desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña Aranzazu Garmendia Lorenzana en nombre y representación de Don Gines , contra la sentencia de 29 de enero de 2018 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda en el rollo de Sala 55/2017 que se confirma íntegramente, con imposición de las costas procesales al apelante.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días contados desde el siguiente a la última notificación y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se **preparó** frente a la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional por la representación legal del acusado **DON Gines** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** El recurso de casación formulado por la representación legal del acusado DON Gines se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

**Primer motivo.-** Al amparo del nº1 y nº2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que estipula que se entenderá infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse recurso de casación por entender que, dados los hechos probados, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter, que debe ser observada en aplicación de la Ley penal, en concreto artículo 416,1 LECrim., y el Art. 202.1 del C. P., por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba basado al no existir resolución judicial que atribuyera el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa.

**Segundo motivo.-** Por quebrantamiento de la forma, al amparo del número 3º y 4º del art. 850 LECrim, infracción del artículo 846 a), b) y e) LECRIM, establece que "el recurso de apelación deberá fundarse en alguno de los motivos siguientes: . "Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación...."

**Tercer motivo.-** Por infracción de precepto constitucional, por el cauce del art. 5º.4 de la LOPJ en concreto artículo 24,1 y 2 de la CE en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra el derecho a un proceso público con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia.

**SEXTO.-** Instruido el **M INISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto impugnó su admisión, interesando con carácter subsidiario su desestimación, fundamentando su oposición en las consideraciones expuestas en su informe de fecha 25 de septiembre de 2018; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 6 de noviembre de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 5 de diciembre de 2019. Por Auto de esta Sala de fecha 30 de diciembre de 2019 se suspende el señalamiento del presente recurso, para su resolución por el Pleno de la Sala.

Por Providencia de esta Sala de fecha 5 de junio de 2020 se señala el presente recurso para deliberación y fallo por el Pleno de la Sala para el día 23 de junio de 2020; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Segunda, constituida como Tribunal de Jurado, condenó al acusado Gines , como autor criminalmente responsable de un delito de allanamiento de morada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y al pago de las costas judiciales causadas.

Frente a dicha Sentencia se interpuso por el acusado recurso de apelación ante la Sala de lo Penal y Civil del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que lo desestimó.

Dicho acusado promueve recurso de casación, que pasamos seguidamente a analizar y resolver.



**SEGUNDO.** - Los hechos probados de la sentencia recurrida, narran sustancialmente que en el mes de septiembre de 2014, Gines se separó por desavenencias matrimoniales de su entonces esposa Sacramento .

Como consecuencia de tal separación, Gines se marchó a residir fuera de la vivienda familiar, sita en DIRECCION001 de DIRECCION002 , para instalarse primeramente en casa de sus padres y después en un piso de alquiler en la localidad de DIRECCION003 . Había dejado, sin embargo, en el domicilio familiar numerosos objetos de su propiedad (como ropas, material de montaña, esquís, bicicleta, etc.).

Desde tal mes de septiembre de 2014, hasta el mismo mes de 2015, en que fue presentada la demanda de divorcio, Gines acudió en varias ocasiones al domicilio familiar a visitar a su hija menor y recoger enseres personales y otros objetos, con el consentimiento de su entonces esposa.

Pero es a partir del mes de septiembre de 2015 y coincidiendo con el inicio de los trámites de divorcio de la pareja, cuando Sacramento comunica a Gines que se abstuviese de acceder al domicilio en que ella continuaba residiendo en compañía de su hija, llegando a cambiar la cerradura del inmueble, sin proporcionarle copia alguna.

Durante la mañana del día 2 de enero de 2016, el Sr. Gines acudió a la vivienda de DIRECCION001 y como no tenía llaves para acceder a su interior, decidió llamar a un cerrajero para proceder al cambio de cerradura, introduciéndose en la misma sin consentimiento expreso o tácito de Sacramento , sin que la misma hubiera tenido conocimiento de ello hasta que esa misma tarde, a través de un mensaje enviado vía WhatsApp, a las 17,20 horas, Gines le comunica que tenía las llaves de casa en el buzón, que estaban allí para que las cogiese y pudiesen entrar.

A la fecha de los hechos no existía resolución judicial atribuyendo el domicilio de DIRECCION001 n° NUM000 , en DIRECCION002 , a Sacramento ni a Gines .

**TERCERO** .- La parte recurrente formaliza tres motivos de contenido casacional.

El primer motivo se interpone simultáneamente por infracción de ley de ambos números del artículo 849 LECrim, por *error iuris* por inaplicación indebida de los artículos 416.1 LECrim y 202.1 del Código Penal, y *error facti* dada la errónea valoración de la prueba, al no existir resolución judicial que atribuyera el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa. Considera que a su ex mujer no se le concedió el derecho a no declarar al que se había acogido, siendo obligada a hacerlo en el acto del juicio oral en contra de su ex esposo; declaración que ha de considerarse nula y que, en consecuencia, no puede ser tomada como prueba de cargo.

El segundo motivo se interpone por quebrantamiento de forma del artículo 850.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e infracción de normas y garantías procesales del artículo 846 a), b) y c) LECrim, reiterando que se ha producido error en la valoración de la prueba porque no existía resolución judicial que atribuyera el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa; que ésta nunca fue informada ni en sede policial ni judicial del derecho que le otorga el artículo 416.1 de la ley procesal; y que en el juicio se acogió a su derecho a no declarar en contra del acusado, al haber sido cónyuge del mismo en el momento de los hechos, que no le fue permitido por la Magistrada Presidente, por lo que su declaración es nula y no puede ser tomada como prueba de cargo.

El tercer motivo se interpone por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia del artículo 24 CE, nuevamente, por error en la valoración de la prueba porque no existía resolución judicial que atribuyera el uso y disfrute del domicilio conyugal a la esposa; que ésta no fue informada de su derecho a no declarar en la fase de instrucción, al que se acogió en el acto del juicio oral, no habiéndosele permitido, por lo que tal declaración es nula; habiendo formulado la defensa la oportuna protesta.

En suma, los tres motivos pueden ser estudiados conjuntamente, si bien se desglosan en dos las cuestiones propuestas, una sustantiva y otra procesal, esta última con alcance constitucional, que se proyecta sobre la presunción de inocencia del condenado en la instancia.

Sustancialmente está referida al contenido del derecho de dispensa a no declarar contra los parientes que se diseña en el art. 416-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y correlativo art. 707 de la misma), del que el art. 418 no es sino un mero desarrollo del mismo.

Daremos comienzo al estudio de dicha cuestión de procesal.

**CUARTO** .- De la lectura de la Sentencia de la Audiencia Provincial puede deducirse que "la testigo ya no era esposa del acusado cuando compareció en el plenario a prestar declaración y dándose además la circunstancia de que incluso a la fecha de comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento ya se encontraban en trámites de divorcio, y que el procedimiento precisamente fue iniciado con su denuncia".



También se expresa que referida testigo "al parecer por motivos de la publicidad que en los medios de comunicación [se] estaba dando al caso, trató de no prestar declaración, lo que no le fue permitido por la Magistrado Presidente del Tribunal".

En efecto, en nuestro caso el procedimiento fue iniciado, precisamente, por la denuncia de la Sra. Sacramento, en dependencias de la Guardia Civil de DIRECCION004, habiéndose personado en las actuaciones judiciales como acusación particular, debidamente representada por procurador y defendida por letrado, si bien posteriormente, y antes de la celebración de la audiencia preliminar del artículo 31 LOTJ, renunció a tal condición.

De la fundamentación de la Sentencia de la Audiencia Provincial resulta que "incluso a la fecha de comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento ya se encontraban [los cónyuges] en trámites de divorcio y que el procedimiento precisamente fue iniciado con su denuncia...".

Está igualmente constatado que el día de la comparecencia al juicio oral, ya se había dictado Sentencia de divorcio, por lo que se había disuelto el vínculo entre la denunciante y el acusado.

**QUINTO** .- La Audiencia Provincial razonó al respecto que:

"... la dispensa de declarar ampara a quienes siguen manteniendo dicha relación de afectividad, no a quien han cesado en ella, por ello ampara a los matrimonios o quienes se encuentren en una situación análoga, pero no a quien se ha divorciado, porque entonces ya no existe el vínculo de familiaridad con el acusado que justifique una exención de la obligación de declarar del testigo. La causa de exención ha de concurrir en el momento de la declaración, pues es cuando comparece en el proceso como testigo, surgiendo entonces todas las obligaciones y deberes inherentes a esa condición.

En este supuesto teniendo en cuenta que la testigo ya no era esposa del acusado cuando compareció en el plenario a prestar declaración y dándose además la circunstancia de que incluso a la fecha de comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento ya se encontraban en trámites de divorcio y que el procedimiento precisamente fue iniciado con su denuncia, se considera que su testimonio ha de considerarse válido a efectos probatorios y por ello pudo ser valorado por los miembros del Tribunal de Jurado".

Y el Tribunal Superior de Justicia de Asturias:

"... la dispensa de declarar que dicho precepto establece lo es a favor del cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial situación que ha de concurrir en el momento de la declaración; en este caso tal como se razona en la sentencia recurrida, en el momento de la celebración del juicio oral no existía vínculo matrimonial entre el hoy recurrente y la que había sido su esposa ya que estaban divorciados y por tanto había cesado la relación de afectividad que la dispensa de declarar protege y por tanto la referida dispensa no alcanza a la que había sido esposa del condenado, aunque cuando ocurrieron los hechos ya estaban en trámite de divorcio. En consecuencia a todo lo dicho este primer motivo ha de ser desestimado".

**SEXTO** .- El art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que 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".

Hemos dicho que la dispensa a declarar es un derecho del testigo, pero *no se corresponde con derecho alguno del acusado* ( STS 130/2019, de 12 de marzo), y también hemos proclamado que el art. 416 LECrim. supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional dimanante del haz de garantías del art. 24 CE. Es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, la STS 205/2018, de 25 de abril, reitera que el derecho a la dispensa tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (vid. STC 94/2010, de 15 de noviembre). En tal Sentencia se expresa que esta consideración es esencial para no desviarnos de la recta interpretación del art. 416 LECrim. Con lenguaje calderoniano apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973, que el fundamento de tal previsión es sortear la colisión entre la *voz de la sangre* y el deber ciudadano de *colaborar con la justicia*.

En efecto, no es difícil encontrar una justificación de esta dispensa de declarar ( *vid.* STS 557/2016, de 23 de junio), ya que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada tanto por los vínculos de



solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416.

**SÉPTIMO** .- Abordamos ahora lo que es materia sustancial de esta censura casacional. Considera el recurrente que, a pesar de que la denunciante había estado constituida en acusación particular, es lo cierto que en el momento de declarar, en el juicio oral, había dejado de tener tal posición procesal, y por consiguiente, tenía derecho a la dispensa concedida en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Debemos hacer constar que la perjudicada, tras denunciar los hechos, se personó en la causa como acusación particular, en escrito fechado a 4 de febrero de 2016, y cesó en tal posición procesal el día 31 de enero de 2017, manifestando, por medio de su abogado y procurador, que dejaba tal representación procesal "sin perjuicio del ejercicio de los demás derechos que le asisten como perjudicada y de su obligación de comparecer ante los órganos judiciales, cuando sea citada". Es decir, de una forma explícita mostró su deseo de comparecer ante tales órganos judiciales cuando fuere citada, y no renunció a los derechos que le correspondiesen como perjudicada.

Sobre este particular, hemos de recordar nuestros Acuerdos plenarios de 2013 y de 2018.

Así, el primer acuerdo plenario sobre el alcance de la dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es de 24 de abril de 2013, señala textualmente:

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

- a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.*
- b) los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.*

Y el segundo Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es de fecha 23 de enero de 2018, sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

*"1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.*

*2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición".*

**OCTAVO** .- Tanto del primer Acuerdo como del segundo resulta que el sentido de la dispensa está sustancialmente concebido respecto de los testigos que son llamados a declarar y esa declaración puede comprometer a su pariente, modulándose en los casos en que ya no se tiene derecho a la dispensa porque los hechos son posteriores a la disolución del vínculo o al cese de una situación equivalente, o bien en los supuestos en que el testigo esté personado como acusación particular en el proceso, no teniendo derecho a la dispensa ni en un caso ni en otro.

Como hemos visto, la sentencia recurrida (y la de primera instancia) consideran que no era aplicable la dispensa de la mujer, víctima de estos hechos, y este es el punto sustancial que hemos de abordar para la resolución del motivo.

En este caso, dicha mujer fue precisamente la denunciante, es decir, quien activó el proceso penal frente a su pariente, por lo que tanto prestó declaración en este sentido ante la Guardia Civil, como ante el Juzgado de Instrucción, activando las actuaciones penales.

La denunciante, pues, no era un tercero, sino precisamente la víctima del delito. Distinto es el caso en que el testigo nada tenga que ver con la investigación en curso. Dicho de otro modo: la dispensa cobra todo su fundamento respecto a ese otro testigo, que no es víctima de los hechos, que se encuentra en el dilema de tener que poner de manifiesto en la causa detalles que pueden comprometer o perjudicar a su pariente, desoyendo sus lazos de sangre.

Máxime tal diferencia es más visible en los casos de violencia de género, en donde la mujer denuncia precisamente a su pareja como autor de graves afrentas físicas o psicológicas mediante las cuales ha sido agredida precisamente ella, o a veces sus hijos, por la acción de aquél.

En estos casos, la dispensa a la obligación de colaborar con la Justicia, carece de fundamento, y así lo hemos declarado en multitud de resoluciones judiciales. No tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a



quien precisamente declara para denunciar a su agresor. Y también resulta igualmente de nuestros Acuerdos Plenarios, anteriormente citados, especialmente cuando el testigo se encuentra personado como acusación particular.

Así, en la STS 449/2015, de 14 de julio, hemos interpretado nuestro Acuerdo Plenario de 2013 de esa forma, pues en ella dijimos que aunque la víctima renuncie al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la acusación particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo conforme el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2013.

Lo propio en la STS 400/2015, de 25 de junio, con cita de precedentes, expresaba que "cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal, no le es aplicable el art. 416.1º LECr., que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciados espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección".

**NOVENO** .- La Audiencia y el Tribunal de apelación no reconocen el derecho a la dispensa de la testigo denunciante, y lo fundamentan en que, en el momento de prestar declaración la víctima de los hechos enjuiciados, ya no estaba unida con el acusado por el vínculo del matrimonio, de manera que no le alcanzaba la dispensa legal.

Aunque tal posicionamiento no ha dejado de tener reflejo en algunas resoluciones de esta Sala Casacional, también puede observarse desde otra óptica, que es la que analizaremos más adelante. En efecto, la cuestión verdaderamente relevante es si la dispensa a declarar por los parientes del acusado alcanza a todo tipo de testigos, o están excluidos los denunciados por el delito que se está persiguiendo y eventualmente enjuiciando, que además han ostentado la posición de acusación particular.

Ciertamente, el momento en que se ha de tomar en consideración para ver si concurre el parentesco determinante de la dispensa, es el momento en que se produce la declaración del testigo, que es cuando a éste le puede ser dispensado el deber de colaborar ( art. 118 CE), mediante la prestación de su testimonio, si concurren los vínculos de parentesco que se disciplinan en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero las vicisitudes posteriores que sobrevengan en el tiempo, no modifican sustancialmente tal facultad, porque la misma se proyecta sobre los hechos que se investigan (del pasado) que pesan sobre el pariente concernido y se ejerce en el momento en que se toma declaración al que incumbe la dispensa, tanto en fase de investigación preliminar como en la judicial.

Y lo mismo que carecería de sentido que no tuviera tal derecho el cónyuge declarante sobre aspectos que pudiera revelar ese testigo respecto a sucesos delictivos acaecidos antes de contraer matrimonio, el divorcio posterior, como ocurre en este caso, no desvirtúa del todo tal posibilidad. De tal forma se prevé igualmente en legislaciones próximas a la nuestra, y así lo hemos declarado en nuestra STS 292/2009, de 26 de marzo: "la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento".

También late esta misma idea en nuestro Acuerdo Plenario de 2013, en tanto 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".

**DÉCIMO** .- De todos modos validamos la interpretación que lleva a cabo el órgano judicial "a quo" (tanto la Audiencia como el Tribunal Superior de Justicia), desde la perspectiva de que no puede acogerse a la dispensa quien ha ostentado la posición de acusación particular en la causa.

Y como quiera que en el segundo apartado del Acuerdo Plenario de 23 de enero de 2018, se expresaba que no queda excluido de esta posibilidad quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en esa condición, vamos a justificar nuestra evolución jurisprudencial en esta materia, de la mano del caso de autos.

En efecto, nada impide que esta Sala Casacional pueda modificar un Acuerdo Plenario anterior, y así lo ha hecho en varias ocasiones con anterioridad. Es más choca con la naturaleza de la jurisprudencia que ésta sea pétrea, inmutable o invariable, sino todo lo contrario, la jurisprudencia ha de adaptarse a la interpretación más conforme con la realidad social, porque significa marcar el sentido vivo de la ley.



Buena prueba de ello fue que en 2018 se moduló el acuerdo plenario de 2013, y ahora nosotros hacemos lo mismo.

Es por ello que, para resolver este asunto, se ha convocado Pleno Jurisdiccional, por lo que esta Sala Casacional está en condiciones de revisar su propia jurisprudencia, en el extremo correspondiente a si una persona que ha ostentado la acusación particular, después de abandonar tal posición en el proceso penal, puede recobrar su derecho a la dispensa, o si, por el contrario, ya optó entonces por resolver el conflicto que se le planteaba en tal momento inicial, y tomó la decisión de denunciar, primero, y de constituirse en parte procesal, después. Adelantamos que nos inclinamos por esta segunda interpretación.

Veremos que, a nuestro juicio, existen poderosas razones para este cambio de postura jurisprudencial.

En suma, la Sentencia de la Audiencia como después la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, nos dan la oportunidad de pronunciarnos sobre esta cuestión, desestimando el recurso y manteniendo la sentencia recurrida, pero con nuestra propia argumentación, añadida a la suya.

El Ministerio Fiscal igualmente ha considerado esta misma tesis, y solicita la desestimación del recurso.

**UNDÉCIMO** .- Hemos dicho que el alcance de la dispensa se encuentra justificada tanto en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado (lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución), como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar.

Por ello, es plenamente aplicable a los testigos respecto de los cuales ninguna esfera del delito les afecta. Es más, respecto de ellos, cobra todo el sentido la norma procesal que les dispensa de declarar, pues como hemos expresado en STS 486/2016, de 7 de junio, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmáticas. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento.

En consecuencia, tal fundamento no puede amparar a quien siendo víctima del delito cometido frente a una mujer, o frente a sus hijos por parte de la persona que se encuentra en el círculo del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como es el caso, activa precisamente con su denuncia el proceso penal, porque tal posición es incompatible con la dispensa que le otorga tal precepto legal.

Dicho de otro modo: el fundamento del precepto ayuda a su interpretación, sin conformarnos con interpretaciones que no contemplen, en toda su amplitud, el sentido de la norma.

La interpretación de las normas se encuentra mucho mejor de la mano de su fundamento y finalidad, que en determinaciones estrictamente formalistas. Así lo han hecho los tribunales cuya resolución judicial revisamos.

Esto se ve mucho más claro en materia de violencia de género, pues cuando la mujer denuncia a su pareja no puede estar dispensada de la obligación de declarar, puesto que tal posición es incompatible con la denuncia. La denuncia ya es una imputación en contra del denunciado.

Mucho más claro en los casos en que su denuncia es imprescindible para activar el proceso, pues la investigación del delito denunciado (y en algunos ocurre así) no puede ponerse en marcha sino mediante tal comportamiento procesal.

No es la primera vez que se expresa esta idea por este Tribunal. En la STS 557/2016, de 23 de junio, ya se apunta que no puede concederse tal derecho a quien "sea al mismo tiempo víctima del delito en cuyo caso, la espontánea denuncia que efectúe de los hechos, en cuanto que es víctima no exige la previa instrucción del derecho de dispensa". Y en tal sentido, se recuerda la STC 94/2010, de 15 de noviembre.

Dicha Sentencia del Tribunal Constitucional mantiene la falta de sentido de la dispensa cuando es la mujer promotora -en el caso- de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, "pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim."

Aparte de la deducción de tal renuncia, destacamos también de la doctrina constitucional resultante de la misma que debe interpretarse la dispensa de la que tratamos *conforme a su verdadero fundamento y finalidad*, sin un "desproporcionado" formalismo, dice el Tribunal Constitucional, conferido por el órgano judicial concernido en el caso sometido a su examen.



Por ello, el Tribunal Constitucional concedió el amparo ante una postura esencialmente formalista, manteniendo que el fundamento de la dispensa excluía tal interpretación poco conforme con la finalidad de la ley, que tildaba de "desproporcionada".

Y en dicha Sentencia, con cita de jurisprudencia penal, se lee:

"su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima ( SSTS, Sala de lo Penal, 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; y 292/2009, de 26 de marzo)".

El amparo a las víctimas también resulta conforme con este punto de vista.

Recogiendo esta doctrina en nuestro Acuerdo Plenario de 24 de abril de 2013, se acordó que se encontraban excluidos de la dispensa a declarar los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

Estamos efectivamente en presencia de un derecho constitucional, y así es proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna, pero ese derecho es de configuración legal, y la Constitución no precisa cómo debe ser la respuesta normativa de la dispensa, correspondiendo al legislador su configuración y a este Tribunal Supremo su interpretación.

Este modo de interpretar la dispensa es igualmente conforme con legislaciones de nuestro entorno cuando prevén que la víctima no ostenta el derecho de dispensa. En otras legislaciones, sencillamente no existe tal dispensa.

Nosotros sostenemos esta interpretación de la mano del caso sometido a nuestra consideración casacional y lo proclamamos exclusivamente de aquella víctima que ha ostentado la posición de acusación particular en la causa, y que ha dejado dicha posición de parte, pero que sigue siendo testigo de su propia agresión. Este es el alcance del motivo planteado, y a él nos debemos limitar en nuestra resolución judicial.

Sobre la interpretación de tal aspecto es donde gira la corrección de nuestra anterior doctrina, puesto que entendemos que el denunciante, víctima de los hechos, que está personado en el proceso como acusación particular, al dejar de ostentar tal posición, no recobra un derecho del que carecía con anterioridad, por haber renunciado al mismo al constituirse como acusación particular, como resulta de nuestro acuerdo plenario de 2013.

Recordemos que, en nuestro caso, la víctima cesó en tal posición procesal tras un año aproximadamente, el día 31 de enero de 2017, manifestando, por medio de su abogado y procurador, que dejaba tal representación procesal "sin perjuicio del ejercicio de los demás derechos que le asisten como perjudicada y de su obligación de comparecer ante los órganos judiciales, cuando sea citada".

De manera que la víctima, que ha ostentado la condición de acusación particular, ha resuelto su conflicto, a favor de denunciar primero y ostentar la posición de parte acusadora después. El derecho de dispensa es esencialmente renunciabile, y la víctima ha renunciado a él. Renunciado el derecho por parte del testigo, como dice nuestra jurisprudencia, no se recobra su contenido, ni hay razón alguna para ello. Esto es común con todos los derechos, salvo el derecho a no declarar del acusado por afectar esencialmente a su derecho de defensa.

Las razones que justifican esta postura, son las siguientes:

En primer lugar, porque tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia de género en donde la mujer denuncia a su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, debiendo naturalmente atribuirle la comisión de unos hechos que revisten los caracteres de delito. Y en algunos delitos, es imprescindible su contribución procesal para que pueda activarse el proceso. Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial.

En segundo lugar, porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, conforme hemos declarado en nuestros Acuerdos Plenarios, su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado. Esto es lo que expresaba la STS 449/2015, de 14 de julio: tal derecho de dispensa "había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular". En efecto, al renunciar al ejercicio del derecho de dispensa, primeramente por la interposición de la denuncia y después constituyéndose en



acusación particular, una vez resuelto el conflicto que constituida su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho.

En tercer lugar, porque cuando la víctima decide denunciar a su agresor, y recordemos que no tiene obligación de hacerlo ( ex art. 261.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. En efecto, la víctima ya ha resuelto el conflicto que derivado de su vínculo con el agresor, le permitía abstenerse de declarar contra él; una vez que ha dado ese paso, e incluso ostenta la posición de parte acusadora, no tiene sentido ya recobrar un derecho del que voluntariamente ha prescindido.

En cuarto lugar, porque de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo. Recordemos que el art. 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proclama que la única declaración que ha de ser tomada en consideración es la del juicio oral, a efectos del delito de falso testimonio, por lo que, en el caso de testigos víctimas, deberá velarse por su completo asesoramiento acerca su estatuto como testigo o como parte acusadora, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de la Víctima del Delito, lo que habitualmente se verificará en las Oficinas de Atención a las Víctimas.

En quinto lugar, porque mantener lo contrario y acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, permitiría aceptar sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro *status*, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible. Esta Sala lo ha considerado así en diversas ocasiones y resulta de la aplicación del principio de los actos propios, como veremos más adelante. Y es más: no pueden convertirse de facto a este tipo de delitos como si fueran susceptibles de persecución a instancia de parte, cuando estamos en presencia de delitos públicos perseguibles de oficio.

En sexto lugar, porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

En definitiva, una adecuada protección de la víctima justifica nuestra decisión, en tanto que la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente. Una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que de aquel modo los desnaturaliza. Como dice el Tribunal Constitucional no debemos interpretar este precepto con formalismos "desproporcionados", como así lo declaró dicho Alto Tribunal en el caso al que anteriormente nos hemos referido.

De todo ello resulta que la razón de nuestra interpretación va dirigida a amparar la resolución del conflicto por la víctima y después contribuir a su protección.

**DUODÉCIMO** .- Ya en la STS 449/2015, de 14 de julio, expresamos que no pueden mantenerse sucesivos estatus de la víctima a su voluntad, y si ciertamente la víctima renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al plenario como testigo/víctima, en la medida que con anterioridad había ejercido la acusación particular, ya no era obligatorio instruirle de tal derecho de no declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular. Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro estatus, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible.

En este mismo sentido, la STS 434/2015, de 25 de junio: "dicha testigo, desde su primera declaración, ya tenía manifestado que era ex pareja del imputado, por lo que no le alcanzaba el referido derecho, al tiempo de prestar su declaración (vid. en este sentido la STS de 26/01/2010, Rec. 10615/2009 P).

Ya hemos destacado también que, de esta forma, la víctima podrá declarar libremente, pues al haber renunciado a la dispensa por el ejercicio de la acusación particular, en los términos que aquí se interpretan, de nada valdrá a su presunto agresor coaccionarla o amenazarla para que se pliegue a sus intereses, y en todo caso, siempre dispondrá la víctima de la eximente de miedo insuperable, si hubiera lugar a ella.

Desde luego que su estatuto jurídico debe estar robustecido por el mecanismo de que las víctimas denunciantes obtengan adecuada información y asesoramiento en las Oficinas de Atención a las Víctimas. De esta forma, conocerán desde el primer momento los contornos de su posición procesal.



El Convenio de Estambul nos invita a una interpretación que proporcione una adecuada información a las víctimas, y que proporcione los medios necesarios para la sanción de las acciones contempladas en tan valioso instrumento internacional.

En conclusión, en el supuesto que nos ocupa, la denunciante carecía del derecho de dispensa, al haber resuelto ya el conflicto con su agresor mediante su personación como víctima en concepto de acusación particular, aunque después no ostentase ya tal posición procesal, pues con tal acusación había renunciado a la dispensa, sin que exista fundamento alguno para recuperar un derecho del que había prescindido con anterioridad.

**DÉCIMO-TERCERO** .- Entrando ahora en la segunda cuestión, se ha reprochado por el recurrente, por la vía autorizada en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la subsunción jurídica de los hechos en el art. 202.1 del Código Penal, que tipifica el delito de allanamiento de morada.

La razón de su discrepancia reside en que, conforme a la resultancia fáctica, a la fecha del cambio de cerradura y la entrada en la vivienda de su mujer, no existía resolución judicial atribuyendo el domicilio de DIRECCION001 nº NUM000 , en DIRECCION002 , a Sacramento ni a Gines .

Sin embargo, tal objeción no puede ser atendida porque los hechos probados narran que desde el mes de septiembre del año 2015 la posesión de la vivienda entonces común, pasaba a detentarla de forma exclusiva Sacramento , la cual incluso había cambiado la cerradura, hecho que conocía el acusado. Se detalla en consecuencia en el *factum* de la sentencia recurrida la consideración de morada ajena. Y no es sino un año y casi cuatro meses después cuando el acusado, conociendo que no tenía llaves, llegó a tal morada, y asistido de un cerrajero pudo entrar en la vivienda, para cambiar seguidamente la cerradura, entrando en el domicilio de su esposa, de la que se encontraba en trámites de separación, sin consentimiento alguno. Es verdad que acto seguido le proporciona un juego de llaves que deja a su disposición en el buzón de la casa, pero este acto no legitima su entrada ilegítima, y por consiguiente, la perpetración de un delito de allanamiento de morada.

En consecuencia, este motivo, desde esta perspectiva sustantiva, no puede prosperar.

**DÉCIMO-CUARTO**.- Al proceder la desestimación del recurso, se está en el caso de condenar en costas procesales al recurrente ( art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1º.- DESESTIMAR** recurso de casación interpuesto por la representación legal del acusado **DON Gines** , contra Sentencia núm. 13/2018 de 5 de junio de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

**2º.- CONDENAR** a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

**3º.- COMUNICAR** la presente resolución al Tribunal de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar**

**Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García**

**Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Susana Polo García**

**Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

## VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 2428/2018 Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. PABLO LLARENA CONDE.

I.-



Siento discrepar de mis colegas; pero lamento más aún exteriorizar las razones de ese disenso. Hacerlo, *i n casu*, se me antoja imperativo ineludible. Con ello, a lo mejor -y lo he sopesado, tanto antes de anunciar el posible voto particular como, ahora, al elaborarlo-, contribuyo a generar incertidumbre en los aplicadores del derecho, cuando lo que se pide a un Tribunal de Casación es lo contrario: alumbrar certidumbres, siendo así que es esa una de las razones más significadas de mi apartamiento del criterio mayoritario. Para mitigar ese no querido *efecto colateral*, de un lado; y, de otro, justificar mi falta de contención, vayan por delante un anuncio y una disculpa.

**a)** El anuncio es tan simple como claro: no se intuya que este voto particular, ni siquiera remotamente, síntoma de un debate jurisprudencial llamado a prolongarse, dado lo ajustado de la mayoría, o a producir nuevos zigzagueos, como consecuencia de cambios en los componentes de este órgano, o legítimas variaciones de la opinión de sus integrantes. Por mi parte con la firma de este voto particular, quedará zanjado el asunto: no solo porque lógicamente me ajustaré a ese criterio en mi función jurisdiccional, sino porque incluso en la eventualidad de que en poco tiempo se suscitase la procedencia de modificar otra vez el criterio me decantaré de forma beligerante -dialécticamente beligerante- por mantener la pauta que ahora proclama la sentencia mayoritaria. Como trato de explicar *infra* entiendo que para un cambio de tesis jurídica a un Tribunal de Casación no le basta considerar más acertada la posición que antes se descartó, siendo ambas razonables y defendibles. Es necesario un plus. O se presenta alguna modificación legislativa o elementos novedosos, o enfoques hasta ese momento ignorados o no puestos de manifiesto, o, pese a considerar más acertada la opinión que ahora expongo en contradicción con la mayoría, me decantaré por la estabilidad en nuestra doctrina. Para un cambio jurisprudencial -un auténtico *overruling*- se precisa algo de más fuste.

**b)** A continuación, la disculpa: no podía agazaparse en este caso en una siempre elegante discreción no exhibiendo mi opinión fuera del marco de la rica y enriquecedora deliberación. Una poderosa razón lo impedía: mi opinión está ya publicada. No ya mi opinión como jurista (que eso es lo de menos) -y no en mi función jurisdiccional-. Mis valoraciones y posiciones interpretativas como jurista a veces, muchas coinciden con la doctrina jurisprudencial; otras, no pocas, divergen. Mis pronunciamientos como juez, por el contrario, tratan de guardar estricta fidelidad a esa doctrina jurisprudencial (dentro de sus contornos, no siempre ni en todos los temas perfectamente cincelados). En este caso lo que consta ya es mi criterio jurisdiccional expuesto y argumentado con firme convencimiento en la STS 205/2018, de 25 de abril, de la que fui ponente y que sostiene una opinión abiertamente discrepante con la que ahora ha salido triunfante del debate colegiado. De firmar de manera silente esta resolución de Pleno -y Pleno jurisdiccional- el recurrente cuya condena se ve confirmada como consecuencia de ese nuevo criterio estaría plenamente legitimado para exigirme las razones por las que me desdigo, justamente cuando conozco de su asunto, de las que entonces defendí con tanta convicción y que me llevaron -junto con mis coyunturales compañeros de Sala, obviamente- a desestimar el recurso del Fiscal que, invocando razones similares a las que ahora fundan la sentencia mayoritaria, quería hacer valer su pretensión de condena frente a quien acusaba de delitos de maltrato habitual a la mujer con la que había convivido y a los hijos comunes y, más en particular de penetrar anal, bucal y vaginalmente a una hija menor. ¿Por qué en ese caso se admitió que la expareja y la hija se acogiesen a su derecho a no declarar pese a haber ejercido la acusación particular y ahora, justamente ahora, se regatee esa facultad reivindicada por quien ha sido la única o, al menos principal, testigo de cargo? Solo mediante un voto particular, haciendo protesta de que persiste mi adhesión al criterio entonces expuesto, quedo *dispensado* de otras explicaciones adicionales y reforzadas.

No he cambiado de opinión, aunque en la siguiente ocasión en que profesionalmente me enfrente al dilema, me ajustaré a lo que se asume mayoritariamente en la presente sentencia. Mi explicación llegada ese momento será simple: es la posición de la jurisprudencia.

Lo mismo que la víctima tiene derecho a cambiar de opinión sin que deba explicaciones a nadie (nadie puede expropiarle su capacidad de decidir cómo resolver su conflicto personalísimo en ese universo de vínculos afectivos cualificados), y pasar de ejercitar la acusación particular a acogerse a la dispensa del deber de declarar (lo que es muy distinto de sostener simultáneamente dos actitudes incompatibles), también los magistrados en particular y la jurisprudencia en general (que, en mi concepción, es mucho más, que la opinión de la mayoría de los que componen la correspondiente Sala del Tribunal Supremo en un momento dado) pueden cambiar de opinión. Nada más lógico e incluso digno de alabanza y alentable. Es atributo de *sabios* según el imaginario popular. Pero, a diferencia del testigo pariente, nosotros sí estamos obligados a explicar concienzudamente por qué cambiamos de opinión: no sólo por qué optamos por un criterio diferente, sino también explicitar cuáles son las razones -que han de ser poderosas- que determinan el abandono de una posición asentada (vid. SSTC 25/1987, 170/1987 o 150/2001). Es una explicación que debemos al justiciable actual, a todos los justiciables anteriores que vieron resueltos sus asuntos de una forma diferente, y a la comunidad jurídica y sociedad en general. Yo no he encontrado esas razones. La única forma de ofrecer mi



explicación es una opinión disidente que muestre no debo explicaciones pues no he variado de opinión: sigue siendo la que se defiende en esa sentencia de 2018.

## II.-

De estos comentarios introductorios se deducen ya las dos líneas paralelas a través de las que fluye mi respetuosa crítica a la solución que cristaliza en la sentencia mayoritaria.

a) Una versa sobre el problema concreto analizado: me parece más acorde tanto con la naturaleza del derecho en juego de nivel constitucional (renunciable *in actu*, pero no para el futuro); como con las razones que nos movieron a excluir del derecho al pariente personado como acusación (Pleno no jurisdiccional de 23 de abril de 2013); así como con un mejor acoplamiento en la praxis para ahuyentar el grave riesgo de renunciadas *desinformadas* de ese derecho constitucional, que irán seguidas de la conminación judicial a prestar declaración ahondando todavía más el conflicto al colocar al pariente en la tesitura de o incurrir en falso testimonio, o incurrir en desobediencia, o sentirse (injusta y equivocadamente, desde luego; pero los sentimientos, que es lo que prioriza el legislador, priman en esas decisiones más que la racionalidad), la pieza esencial para enviar a prisión al padre o progenitor de sus hijos o a aquel con quien mantuvo (y en ocasiones mantiene) una relación marital.

b) La otra gira alrededor de la oportunidad y condicionantes de los cambios jurisprudenciales. Son necesarios, irrenunciables, plausibles, imprescindibles ... Pero hace falta una cierta y prudente autocontención. Lo exige la seguridad jurídica y la misma funcionalidad de la jurisprudencia, si quiere de verdad completar el ordenamiento jurídico homogeneizando su interpretación para contribuir a la predecibilidad de las decisiones judiciales. Un *overruling* de las dimensiones de las que representa esta sentencia (en las dos ocasiones es el Pleno quien se pronuncia), tan radical (dos tesis antagónicas), en tan corto espacio de tiempo (poco más de dos años) y en relación a una temática presente casi cada día en las Salas de justicia de nuestro país, exigía algo más que un "*ahora nos parece más convincente la otra tesis*", aunque ciertamente pueda concitar a su favor tantos o más argumentos que la que asumimos hace dos años. El resultado de muchos procesos penales, a contar por decenas, probablemente, dependerá de la fecha en que esta sentencia vea la luz. Justo el día después (o unos días más tarde si el juzgador anda tan desbordado de trabajo que no está a su alcance el seguimiento cotidiano de la jurisprudencia) lo que habría tenido un resultado (en tanto los jueces asumían, pese a poder discrepar, el criterio de esta Sala plasmado en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 2018), podrá tener el contrario. Y además propiciará una sensata inquietud: si en 2009 el Tribunal Supremo parecía ver las cosas de una forma, en 2013 dio paso a otro criterio que, tras vacilaciones, fue aclarado en 2018, para en 2020 rectificar esa aclaración, ¿quién le asegura que dentro de dos años, cuando el asunto que ahora enjuicia, acceda a casación, no habrá cambiado otra vez su criterio? En esas condiciones, ¿no será mejor aplicar el propio criterio sin complicaciones y sin intentar acomodarse al cambiante emanado de la casación? Creo -y en lo que puede encontrarse de reproche me lo dirijo exclusivamente a mí: a veces es necesario sacrificar más drásticamente el criterio personal para que el pronunciamiento gane en claridad- que nuestra doctrina jurisprudencial ha de mejorar en claridad y estabilidad (aunque esa labor no es desde luego favorecida por un legislador penal hiperactivo).

La lectura del erudito dictamen efectuado por el Ministerio Fiscal en este mismo asunto constituye una buena demostración de semejante afirmación: va identificando varias posiciones y sus contrarias basando unas y otras en un nutrido ramillete de precedentes jurisprudenciales, para acabar disculpando por razones cronológicas lo que considera un error de la Magistrado-Presidente al no admitir que la testigo se acogiese a la dispensa: el juicio se celebró unos días antes del acuerdo del Pleno de 2018. Finalmente impugna el recurso, entre otras razones y en alguna medida, sugiriendo que, aunque la respuesta ofrecida contradice la jurisprudencia (Acuerdo de Pleno de 23 de enero de 2018), no podría otorgarse a la misma efecto retroactivo (*prospective overruling*). El Fiscal que hace bandera en su dictamen de los criterios establecidos en la STS 209/2018, que rechazó un recurso suyo, verá ahora cómo las razones que en su día blandió y en las que ya no insiste, pues fueron desatendidas por esta Sala, ahora sí de oficio y sin alegación previa reaparecen en la sentencia mayoritaria (ineludiblemente con eficacia retroactiva, en tanto se aplica a este supuesto y en tanto en nuestro derecho no se conocen los *prospective overruling*). Ciertamente puede sentir justificadamente el Ministerio Público cuando comprueba que precisamente en el momento en que él abandona resignado el criterio que defendía para acomodarse a la doctrina jurisprudencial, ésta cambia para adherirse a unos argumentos que, pocos meses antes, en su boca no fueron atendidos.

Para prestar el servicio que está llamada a prestar constitucionalmente, la jurisprudencia debe lucir en la mayor medida posible, dos características que salen maltrechas: estabilidad y claridad. A mi juicio ambas padecen más de lo necesario: la estabilidad, en cuanto se produce un giro de ciento ochenta grados en un tema resuelto unánimemente hace muy poco tiempo por el Pleno y con una grandísima presencia en nuestros órganos jurisdiccionales; la claridad porque al fundamentar la variación se apuntan argumentos que, sin ser refrendados



de forma inequívoca, empujan, de manera no deliberada pero real, a buscar y establecer nuevas excepciones del art. 416 LECrim que se derivan naturalmente de los fundamentos que se apuntan como soporte de la decisión adoptada, provocando confusión en el intérprete y en el aplicador del derecho que puede vacilar a la hora de dar o no esos pasos más audaces que no da la sentencia pero que resultan congruentes con su argumentario: si, en unas significativas dosis, la postura de la sentencia mayoritaria se basa, de forma indirecta y más o menos ambigua, en que la víctima no es un testigo cualquiera; o en que la dispensa está pensada en rigor exclusivamente para el tercero testigo y no para la víctima; o que ésta ya ha adoptado una posición al ejercer la acusación particular (¿y al denunciar?), ¿hay razones para reconocer a una víctima o al denunciante -se haya personado o no como acusación particular- la dispensa?

La jurisprudencia no puede petrificarse, ni fosilizarse. Ha de evolucionar; pero más a ritmo de *vals* que de *yenka*. Un ritmo trepidante cogerá al justiciable *con el pie cambiado* como aquí se puede haber visto sorprendido el Fiscal. La predecibilidad del derecho es un valor importante y en ocasiones -y yo me siento también preocupado por esta reflexión- no lo situamos en el lugar que le corresponde: una solución en teoría justa deja de serlo si se aplica desigualmente, según el tiempo, o según el tribunal, o según la composición del órgano, sin que se identifique una razón clara y patente para la desigualdad, no meras opciones interpretativas tan válidas o razonables una como la contraria.

### III.-

En cuanto al tema de fondo debe bastar con reproducir ahora los argumentos que nutrían la solución opuesta y que emanaron del Pleno de esta Sala Segunda de fecha 23 de enero de 2018 en el que fue asumido por unanimidad el siguiente acuerdo:

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

El criterio inspiró la STS 205/2018, de 25 de abril en la que había surgido la incidencia que se reputó imprescindible llevar a pleno. En ella, sin opinión disidente alguna sobre esa cuestión (si sobre la otra decidida en el Pleno -valor de la prueba preconstituida-, suscrita precisamente por mí, que, desde aquel momento asumo y aplico el criterio de la mayoría que merece igual estabilidad que propugno ahora), se contenía un argumentario que considero vigente:

"Aduce primeramente el Fiscal el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda de 24 de abril de 2013 a tenor del cual la dispensa prevista en el art. 416 LECrim no debe amparar a quien se ha constituido como acusación particular. En este caso tanto la pareja como los hijos comunes, actuando aquélla en nombre de éstos, habían estado personados como acusación, aunque se habían apartado de esa posición tiempo antes.

Decía tal acuerdo:

"La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.

Se exceptúan: ... b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso".

Lo controvertido es si la proclamada excepción solo alcanza al pariente que sigue ejercitando la acusación en el momento en que ha de prestarse la declaración, o se extiende a cualquiera que haya estado personado en tal calidad.

Esta cuestión es especialmente relevante en el ámbito de violencia sobre la mujer. El art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala que las víctimas de violencia contra la mujer contempladas en la ley tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia; así como 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. Por ello, es frecuente que la víctima actúe personada como acusación en el inicio del proceso. Y es situación en absoluto insólita que luego opte por no continuar con la acción.

El hecho de haber actuado como acusación en alguna de las fases procesales ¿implica la desaparición de la dispensa del deber de declarar?.

La STS 1010/2012, de 21 de diciembre, anterior al Acuerdo de Pleno de 24 de abril de 2013, declaraba la validez de la dispensa ejercida al amparo del artículo 416 LECrim, pese a que la víctima había comparecido en el juicio oral asistida de letrado.

La STS 449/2015, de 14 de julio, posterior ya al acuerdo e invocada por el Fiscal, analiza la denuncia por la valoración de la declaración de la víctima familiar pese a no haber sido realizada por el Presidente del Tribunal la advertencia de la dispensa a que podía acogerse, ( art. 416 LECrim).



El Tribunal Supremo desestima el motivo en tanto que la víctima, en fase de instrucción, ejerció la acusación particular durante un año (aunque, ya no la ejercía al tiempo del plenario). Se la consideró de esa forma incluida en la excepción a que se refiere el punto segundo del Acuerdo de Pleno citado. Era innecesario realizar la advertencia".

Me interesa subrayar aquí que en aquella ocasión ( STS 449/2015) se ventilaba un problema vinculado directamente a la omisión de la advertencia obligada de la dispensa; no de imposición de la obligación de declarar a quien busca el amparo de la dispensa. Igualmente, la STC 94/2010, invocada por la mayoría, no analiza el alcance a dar a la dispensa, sino únicamente aclara que ningún efecto cabe derivar de la omisión de la advertencia, cuando la beneficiaria ha mostrado de forma indudable, por actos concluyentes (personación como acusación, declaración persistente, posición y estrategia procesal) que no quería acogerse a tal facultad.

Tras consignar el acuerdo del Pleno ya transcrito, la sentencia que citamos se esfuerza por justificarlo:

"El criterio obedece a una pluralidad de razones que convergen y se apoyan mutuamente.

El art. 416 LECrim supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional proclamado en el art. 24 CE. Es un derecho procesal atribuido -posiblemente sea el único supuesto-, a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.

Es un derecho que tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (vid STC 94/2010, de 15 de noviembre). Esta consideración es esencial para no desviarnos de la recta interpretación del art. 416 LECrim. Con lenguaje calderoniano apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973 el fundamento de la previsión: sortear la colisión entre la *voz de la sangre* y el deber ciudadano de colaborar con la justicia. Con esa idea conecta una nutrida serie de pronunciamientos de esta Sala. (...).

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

Caben indudablemente limitaciones efectuadas desde la legalidad. No es eso discutible. La propia LECrim prevé algunas (vid. art. 418). Pero esos límites han de venir impuestos en principio por la ley (bien expresamente, bien por deducirse natural e inmediatamente de ella) y merecen una interpretación restrictiva. En la duda hay que optar por la máxima amplitud del derecho, aunque sin dejar de ponderar el otro bien constitucional en conflicto, las exigencias de la justicia penal y del *ius puniendi*, lo que no constituye, sin embargo, un derecho fundamental (aunque también indirectamente algunos derechos fundamentales reclamen la actuación penal de lo que puede derivarse la relevancia constitucional- ligada a la misma protección del derecho fundamental de su eficaz tutela penal: entre muchas, SSTEDH de 9 de junio de 2009 - asunto *Opuz* contra Turquía -, ó 2 de marzo de 2017 -*Talpiz* contra Italia-.)

La dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aun provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar. Y no hace distinciones según se sea víctima o persona no afectada por el delito objeto de esclarecimiento o enjuiciamiento (sin perjuicio de que en el art. 263 LECrim encontramos alguna asimetría en la regulación de ese tema en sede de denuncia, frente a la testifical del art. 416 LECrim).

La jurisprudencia, no sin vacilaciones, ha introducido algunas modulaciones en la poco matizada regulación de la ley.

De una parte, interpretándola extensivamente al considerar que también acoge la norma a quienes han cesado en su relación conyugal o asimilada.

De otra parte, y tras dudas y zigzagueos, limitándola aparentemente al considerar que principios generales del derecho -no ir contra los propios actos- y la misma lógica excluyen, por contradictoria en sí misma, la figura de un acusador particular que se acoge a la dispensa. Quien ejercita la acusación reclamando del Estado una



condena, no está legitimado para, al mismo tiempo, escamotear las pruebas que tiene en su mano, están a su alcance y son necesarias para que su pretensión pueda ser atendida.

Estas razones alumbraron el acuerdo de Pleno de abril de 2013 aludido que impide, por ser contrario a los propios actos y resultar contradictorio e incongruente, acogerse al art. 416 a quien simultáneamente enarbola una petición de condena por los hechos a cuyo esclarecimiento rehúsa contribuir. Es fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización. Puede ejercitar su derecho a reclamar la condena; pero en ese caso no puede regatear al Estado, cuya tutela impetra, los medios para poder acoger su pretensión. Esa postura esquizofrénica e incongruente es la repudiada por aquél acuerdo.

La formulación del acuerdo dejó subsistente la duda a que nos enfrentamos ahora y que muy pronto aparecería en la praxis de nuestros juzgados y tribunales: si era exigible para ese decaimiento de la dispensa del art. 416 la actualidad de la personación como acusación particular; o si, por el contrario, una vez personada, había que entender que la víctima había renunciado definitivamente a esa dispensa, para ese momento y para el futuro.

El precedente invocado por el Fiscal ( STS 449/2015) se inclina aunque con alguna dosis de ambigüedad por la segunda de las tesis. Las dudas han hecho conveniente un nuevo pronunciamiento del Pleno de esta Sala antes transcrito que se ha decantado por unanimidad por la primera de las tesis. Es la congruente con los argumentos esbozados.

De un lado, porque interpreta de la forma más amplia posible lo que es un derecho constitucional. No puede recortarse éste interpretativamente sin un fundamento claro, preciso e indiscutible. No significa esto que el legislador no pueda hacerlo en un futuro. El legislador cuenta con ciertos márgenes -bastante amplios dada la muy genérica formulación del art. 24 CE y su casi global remisión al legislador- si se plantea una reforma de este régimen, reclamada por muchos, para establecer limitaciones o modulaciones. Pero este Tribunal no puede erigirse en legislador inventando excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa *interpositio legislatoris* a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional: está permitido su desarrollo legal, también con limitaciones; pero no su limitación con la única base de criterios jurisprudenciales no anclados directamente en la ley sino en consideraciones de política criminal más o menos atendibles, pero no explícitamente asumidas por el legislador.

Por otra parte, este entendimiento enlaza de forma más natural con la filosofía que preside la excepción proclamada en el citado Acuerdo de 2016: es contradictoria la simultaneidad de una petición de condena ejercitada por quien al mismo tiempo está privando al Tribunal del material probatorio necesario para concretarla: puede parecer una burla.

La situación es radicalmente diferente cuando esa persona, por las razones que sean (incluso por el deseo de no afrontar nuevamente la tensión de declarar en contra de su familiar), ha renunciado a esa pretensión desistiendo de su condición de acusación particular. No se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar): es un derecho renunciable, nunca una obligación legal, sin perjuicio de las consecuencias que en ciertos casos pudiera arrastrar (v.gr. costas procesales).

No hay razones plausibles para derivar de una personación como acusación particular en un momento dado la renuncia definitiva e irrevocable a acogerse a la dispensa. Podrá exigirse a quien se acoge a la dispensa que renuncie a ejercer una acusación a la que pone dificultades y trabas; pero no que por haber ostentado en algún momento la condición de acusación particular se vea ya despojado de ese derecho constitucional; al menos mientras que el legislador no prevea otra cosa.

Como tampoco sería aceptable una renuncia de futuro a ese privilegio. Puede hacerse uso *in actu* de la dispensa o no: en esa medida es un derecho renunciable. Pero no cabe la renuncia proyectada al futuro; por muy *informada* que sea esa renuncia.

Nótese, además, en un plano más pragmático, como la legislación específica en esta materia, rodeada de una especial y elogiada sensibilidad hacia la víctima (art. 20 de la ley especial antes citada), empuja de alguna forma a la víctima a la personación para robustecer su posición. El Estado pone a su disposición los medios alentando esa decisión de constituirse en acusación. Significaría un exceso que, pasados esos momentos iniciales, la víctima se viese privada de la facultad de eludir ese conflicto -declaración contra el familiar *versus* falso testimonio-, viéndose abocada a la opción entre delinquir o traicionar los fuertes sentimientos surgidos de esa relación familiar.

Hay que dar la razón a la Audiencia y concluir que su decisión de permitir a las víctimas acogerse a la dispensa del art. 416 LECrim, pese a haber estado personadas como acusación particular, fue correcta en la medida en que habían abandonado ya esa posición procesal de parte acusadora".



Nada nuevo ha sucedido desde entonces que justifique el cambio jurisprudencial. Seguimos estando ante un derecho constitucional cuya restricción parece reclamar algo más que una interpretación voluntarista que puede abocar a muchos titulares del derecho a renunciar al mismo (no creo que sea admisible una renuncia tácita o presunta anticipada a un derecho constitucional), inadvertidamente, sin captar la trascendencia de su decisión: basta con que al ser asistidas por un letrado como es preceptivo manifiesten en esos momentos preliminares del proceso que acogen esa asistencia jurídica que el Estado les brinda para que se considere, sin ninguna cautela para una información sobre esa consecuencia quizás no querida, que automáticamente ha renunciado a su derecho a la dispensa de los arts. 416 LECrim y 24 CE; no tanto por ministerio de la ley, sino por ministerio de la *jurisprudencia* en virtud de una interpretación cargada de voluntarismo. Si más adelante reclama esa facultad, se le conminará a declarar (la negativa sería delito de desobediencia), bajo juramento y con la advertencia explícita de las penas que se establecen para el falso testimonio contra quien es o ha sido su marido o pareja afectiva; y quizás sea padre de sus hijos comunes. Le hemos arrebatado, por una vía oblicua, y casi sin que se dé cuenta, la herramienta que la Constitución pone en sus manos para escapar del conflicto. Su rango constitucional era enfatizado una vez más en la STS 225/2020, de 25 de mayo.

La sentencia mayoritaria, según entiendo, orilla esas objeciones sin conferir a la cuestión la relevancia que impone enfrentarnos a una norma constitucional y sin extraer de ello las consecuencias de fuste que comporta; ni analiza si es admisible una renuncia presunta a un derecho constitucional. Y cuando ensaya un fundamento lo sitúa en cuestiones que van más allá de la estricta cuestión planteada (estatuto especial de los testigos-víctima, testigos- denunciantes, o testigos-acusación, frente al resto de testigos) y pueden acarrear secuelas poco mensurables.

#### IV.-

Paso con brevedad a cerrar la otra línea argumental que enlaza con el valor de los precedentes (en particular los emanados de una Corte de casación y por tanto con vocación de convertirse en guía interpretativa de todos los Tribunales) y la necesidad de estabilidad y claridad. No se trata ahora ni de analizar diferencias o semejanzas con un sistema basado en el *stare decisis*, ni de importar, sin más, las teorías elaboradas alrededor de la técnica conocida como *overruling*, ni de desarrollar un tratado sobre el precedente judicial, teoría que en todo caso tiene ya mucho que decir también en el derecho continental, y también, en nuestro propio sistema (donde accedió invitado por el principio de igualdad y el derecho a la tutela judicial efectiva). La relativa vinculación al precedente enlaza con el *desiderátum* de previsibilidad y calculabilidad. Trata de asegurar que las decisiones de los tribunales sean coherentes: si el punto de partida es la obligación de basar sus resoluciones en decisiones previas, se asegura el trato igual a todos siempre que las circunstancias sean equiparables. La jerarquía entre tribunales coadyuvará a homogeneizar las resoluciones judiciales dictadas por los distintos tribunales locales y conseguir igualdad de trato. Los tribunales no tienen que estudiar cada caso que les llega partiendo de cero. Si existen precedentes (autoprecedentes o precedentes de órganos superiores) deben aplicar la misma solución, con lo que ello supone de economía de esfuerzos y tiempo: buena parte de nuestras resoluciones de casación consisten en recordar y aplicar al caso concreto lo resuelto en supuestos similares, quizás con alguna adaptación impuesta por las singularidades del supuesto o algún argumento de refuerzo: no es necesario cada vez replantearse el problema, por discutido y controvertido que pueda resultar, optar por alguna de las varias interpretaciones o soluciones razonables. Si ya se optó razonadamente por una, basta con remitirse al precedente. Con eso los tribunales inferiores se sienten más seguros y el justiciable puede predecir con ciertos márgenes la respuesta a su problema. Por eso tiene toda la lógica que el art. 885.2 LECrim prevea como causa de inadmisión de un recurso que el Tribunal Supremo haya desestimado otros asuntos sustancialmente iguales por muy valiosos que sean los argumentos que se blanden.

Estas indudables ventajas han de conciliarse con la necesidad de que la jurisprudencia no se anquilese convirtiéndose en un fósil, no caiga en un autismo que la haga impermeable a toda crítica, a cualquier demanda social, o a la evolución del pensamiento jurídico.

En los sistemas de common Law se combinan con medida ambas necesidades. Lo sintetiza bien, una reflexión de la sentencia del Tribunal Supremo americano ( *Patterson v. Malean Credit Union*, 1989, 172): "Nuestros precedentes no son sacrosantos, porque nosotros hacemos *Overruling* respecto de decisiones previas cuando la necesidad y prioridad así lo establecen. No obstante, hemos sostenido que, "cualquier salida de la doctrina de *stare decisis* demanda una especial justificación".

Esta es a mi juicio la clave: no se llega a ofrecer una justificación reforzada, justificación que viene reclamada por la cierta deferencia (que no servilismo) que debemos al precedente y que ha de inspirar nuestras resoluciones. Siendo el mismo el estado de la cuestión, donde hace dos años se dijo "A" en virtud de unas razones; ahora se dice "B" en virtud de otras razones contrapuestas que ya entonces estuvieron presentes y fueron descartadas; sin detenerse a desmontar pieza a pieza el edificio argumental entonces construido, sino por el expediente de la demolición.



Precisamente para salvaguardar la deseable seguridad jurídica se ideó la técnica del *prospective overruling* (desconocida en nuestro derecho) que se utiliza cuando el Tribunal advierte del inminente cambio que va a realizar de sus fallos, sin caer en la discriminación que comporta una modificación repentina y sin aviso de las reglas que se consideraban como válidas. Cambio repentino que en este caso se produce, además, a espaldas de los argumentos vertidos por la sentencia de instancia que basa su decisión esencialmente en la inexistencia de vínculo conyugal en el momento de la declaración.

#### V.-

La sentencia mayoritaria pivota sobre la pérdida definitiva de la facultad de acogerse a la dispensa en el instante en que se ejerce una acusación particular. La razón no es ya la contradicción que supone reclamar del Estado una condena y, simultáneamente, privarle de las pruebas en que podría basarse. Se sitúa en otro lugar: el ejercicio de la acusación supone una opción definitiva que no puede mutar, que es irrevocable: se pierde el estatuto de testigo amparado por el art. 416. Si preguntamos el porqué, en la sentencia mayoritaria se descubren varias razones: que no se puede perder un estatuto procesal y luego adquirirlo de nuevo (¿ por qué? ¿no se puede ser acusación particular y dejar de serlo?; más aún, volver a personarse otra vez en tanto no llegue el término preclusivo - arts. 109 y 110 LECrim-); junto a otras menos enfatizadas pero que se entienden mejor: que el art. 416 no debiera amparar al testigo-víctima; o que al constituirse en denunciante se pierde el derecho a la dispensa (en tesis acogida en algún antiguo precedente, pero pronto abandonada por la jurisprudencia de forma tajante, y que no debe confundirse con la controversia sobre si el denunciante pariente debe ser advertido de la facultad del art. 416 LECrim, cuestión en la que predomina, acertadamente en mi opinión, la tesis de que en esos casos no es necesario).

Esas motivaciones adicionales y colaterales que no se presentan como *ratio decidendi*, haciéndose protesta expresa de que solo se pretende variar en un punto la doctrina jurisprudencial (el relativo a la no recuperación de la facultad de acogerse a la dispensa si se desiste del ejercicio de la acción penal), sin embargo introducen una racionalidad interna que, si se guarda coherencia, conduciría naturalmente a negar la facultad de acogerse a la dispensa tanto a la víctima de un delito como a quien con su denuncia dio lugar a la apertura del procedimiento penal (pues ya optó por lo contrario). La lectura detenida de la motivación de la sentencia da alas a esas dos posibles posturas, legítimas y defendibles pero con grandísimas repercusiones. No es en absoluto descabellado interpretar que la argumentación que adorna la decisión mayoritaria hace viable recuperar viejas tesis demandadas en ocasiones ante este Tribunal y rechazadas (vid, por más reciente, STS 225/2020, de 25 de mayo). En sentido opuesto habrá quienes sostengan que hay que atenerse en exclusiva a lo que se declara expresamente rectificado. La ambivalencia de la argumentación es campo bien abonado para sembrar confusión y provocar que germinen y crezcan posicionamientos contrapuestos dispersando de nuevo una exégesis que se había querido unificar a través de progresivos pronunciamientos: la sentencia, según entiendo, no solo se desdice del criterio del Pleno de 2018, sino que también inculca una célula cancerígena en el acuerdo del Pleno de abril 2013. Entonces se negó la dispensa a quien estaba constituido como acusación particular. El acuerdo era más importante por lo que afirmaba implícitamente, que por lo que proclamaba explícitamente: al decir que quien era acusación particular no podía acogerse a la dispensa, se estaba sobre todo afirmando al mismo tiempo (en tesis que fracasó y que hizo surgir como alternativa la plasmada finalmente) que quien era sencillamente denunciante, pero no acusación, sí que podía acogerse a la dispensa. Los pilares de aquella decisión se ven ahora, al menos, cuestionados por la argumentación de la sentencia mayoritaria y -ojalá me equivoque- más pronto que tarde se producirá la metástasis en forma de dispersión de criterios en la instancia: esa exégesis que puede ser legítimamente adoptada por el legislador (como hacía algún texto prelegislativo); que incluso gozó de algún refrendo jurisprudencial pronto abandonado de forma reiterada y contundente, contará con buenos argumentos para reaparecer: en este punto la sentencia es poco clara.

No estamos capacitados en mi opinión para imponer esa insinuada tesis, amén de que supondría otro *overruling* revolucionario, en tanto contradice la ley: el art. 416 habla de testigos; y quien es llamado a prestar testimonio es un testigo (sea víctima, denunciante, o alguien totalmente ajeno al hecho).

#### VI.-

Sirva de colofón un fragmento de la reciente STS 351/2020 de 25 de junio:

"Más allá de estrictos mandatos legales (como puede ser el contenido en el art. 5 LOPJ, o los que provienen de derecho supranacional y marcan la imperatividad de los criterios fijados por el TJUE), un Tribunal, al ejercer su poder jurisdiccional, ha de sentirse parte de una institución del estado que es mucho más que los miembros que lo componen y que se ubica en un contexto formado por legislación y normas, pero también por una tradición de precedentes. Es- regla no legislada pero que debe asumirse que la -seguridad jurídica, valor de rango constitucional, impone no la inmovilidad, o la petrificación con la consiguiente imposibilidad de evolución, de los criterios establecidos. Tampoco puede llevar a una servil esclavitud al precedente o



a la interpretación jurisprudencial vigente. Pero sí ha de determinar un cierto estándar de deferencia hacia las previas decisiones que en alguna medida se convierten en derecho: el cuerpo doctrinal emanado de los Tribunales (también los inferiores) no asimilable a la ley, pero es también derecho (es ley interpretada); es algo que no podemos desconocer en la función de decir el derecho (*juris dictio*). La teoría sobre el precedente no tiene en el derecho continental el papel que se le atribuye en el derecho anglosajón (*stare decisis*), pero es también un componente clave. En los últimos años han proliferado estudios con esa perspectiva.

Una jurisprudencia dubitativa, o cambiante, o contradictoria no es buen derecho por más que esté adobada con excelentes argumentos o razones siempre convincentes. Tomando prestadas las palabras de una jueza en un famoso pronunciamiento del Tribunal Supremo Americano, "una decisión que revise una jurisprudencia anterior debe estar justificada por una razón especial que debe ser superior a la simple constancia de que la decisión anterior había sido mal juzgada". Hacen falta razones cualificadas. No basta la mera discrepancia, o divergencia; o la evaluación entre dos posiciones, bien fundadas ambas, de que [a no siendo la asumida por los precedentes resulta más convincente en ese momento a quienes componen el órgano judicial".

**Antonio del Moral García Pablo Llerena Conde**

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 2428/2018

1. Con la consideración debida y voluntariamente asumida al quehacer de mis compañeros que integran el voto mayoritario de esta resolución, entiendo, como los tres compañeros que emiten otro voto particular, que a pesar de la intencionalidad protectora que aquellos anima, el criterio establecido, origina grietas en la conexión de la dispensa con su reconocimiento constitucional.

2. La dispensa de la obligación a declarar como testigos, establecida con el art. 416 LECr entronca con el inciso final del art. 24 CE, cuando 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*. Y al menos, cuando del cónyuge se trata, como es el caso de autos, esta dispensa la deriva el TEDH, con el derecho a la vida privada y familiar (STEDH, Gran Sala, de 3 de abril de 2012, asunto 42857/05, *Van Der Heijden c. Holanda*); y así en la sentencia de 11 de diciembre de 2018, asunto 67816/14, *Kryševičius c. Lituania*, declara la violación por parte de este Estado, del derecho del solicitante a respetar su vida familiar, al obligarle a prestar testimonio en relación con las actividades de su esposa en proceso donde esta tenía la condición asimilada a la de investigada (testigo especial).

3. Entiendo, perdón por la simplificación, que el voto mayoritario trata de evitar, que en los casos de violencia de género, donde la esposa sea la víctima, sufra coacciones para que se acoja a la dispensa o en su caso, renuncie a la renuncia de la dispensa y reste sin pruebas el procedimiento, dado que la mayoría de estos delitos se produce en la intimidad del hogar; pero entiendo, de ahí mi diferente parecer, que: a) dada la conexión de la dispensa con los derechos fundamentales, antes citados, la justificación dada para el cambio jurisprudencial ahora establecido, es insuficiente; no parece factible que con ese nivel de reconocimiento, que al cónyuge que invoque la dispensa y no le sea admitida, sea obligado a jurar o prometer decir verdad y si es el caso, perseguirle por falso testimonio; y b) en nada garantiza el cese de las presiones que trata de evitar, pues quien coacciona para obligar a invocar la dispensa, igualmente estará dispuesto a coaccionar para que la declaración del cónyuge tenga un concreto contenido, que le sea favorable.

4. Parece, que no privar de validez y eficacia las declaraciones emitidas con renuncia a la dispensa, a pesar de que su beneficiaria se acoja de nuevo a ella, sería más eficaz en la evitación de coacciones, por cuanto el nuevo acogimiento devendría con frecuencia estéril desde la perspectiva del investigado; a la vez, que no confronta con los derechos fundamentales implicados, como supone la privación del ejercicio de la dispensa por causa no prevista en la ley.

5. De ahí mi disenso.

**Andrés Palomo del Arco.**

### VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 2428/2018



Con el máximo respeto y consideración a mis compañeros de tribunal, me sumo y adhiero a los votos particulares formulados por D. Antonio del Moral García y por Don Andrés Palomo del Arco.

Por la relevancia de la doctrina establecida en la sentencia de la que discrepo me siento en la obligación de expresar mi divergencia de criterio, añadiendo algunas consideraciones que no son nuevas pero que quiero destacar.

I

Comparto la preocupación por buscar una solución al problema de las víctimas que denuncian y que, posteriormente, se acogen al derecho a no declarar, pero es un problema complejo que debe abordar el Legislador ponderando todos los intereses en juego y las consecuencias de la solución que se adopte. El derecho a la dispensa es un derecho constitucional que está sujeto a la reserva de ley y ese límite debe ser respetado.

Comparto también la preocupación expresada en el voto particular del Sr. Del Moral en el sentido de que los cambios jurisprudenciales exigen un especial esfuerzo de argumentación y en este caso la sentencia mayoritaria no justifica el cambio de criterio y no responde suficientemente a los muchos interrogantes jurídicos que plantea el derecho a la dispensa y que fueron los que determinaron que en la STS 205/2018, de 24 de abril, se optara por la posición contraria.

II

En la sentencia de la mayoría se excluye de la dispensa al familiar que ha sido denunciante o acusador particular por una serie de argumentos que resumo: Que el denunciante pueda abstenerse deja sin contenido el propio significado de la denuncia; el estatuto procesal del denunciante o del acusador particular debe ser el mismo durante todo el proceso sin que exista fundamento para que renazca un derecho que ha sido renunciado; si la víctima denuncia ya no hay espacio para la colisión entre el deber de declarar y los vínculos de solidaridad que unen al testigo con el acusado; eliminando la dispensa se evita que la víctima pueda ser coaccionada y el estatuto procesal de la víctima no puede quedar a expensas de su voluntad.

Me parecen argumentos muy débiles que, sobre todo, no sortean las objeciones legales que plantea la nueva doctrina.

- La denuncia tienen sentido aunque el denunciante haga uso de la dispensa. Se mezclan instituciones diferentes. Además, es posible que, aunque el denunciante no declare en el juicio, existan pruebas que conduzcan a la condena.

- No acierto a comprender el fundamento de que el estatuto de la acusación particular deba ser el mismo durante todo el proceso. Me pregunto ¿si el acusador particular desiste de su acción, debe continuar siendo parte para que su posición no cambie?

- No es cierto que el conflicto entre los vínculos familiares y el derecho a la dispensa desaparezca cuando se formula denuncia o se constituye la víctima en parte acusadora. La realidad nos enseña que el conflicto puede seguir latente y esa es la razón por lo que hasta ahora esta Sala ha tenido un criterio contrario al que establece la sentencia. Negar la realidad no es un argumento para justificar el nuevo pronunciamiento.

- Es cierto que excluyendo la dispensa se puede eliminar la coacción sobre la víctima pero, como señala en el voto particular del Sr. Del Arco, las presiones pueden subsistir para conseguir un testimonio favorable.

III

Uno de los argumentos centrales de la sentencia mayoritaria es que la dispensa establecida en el artículo 416 de la LECrim carece de fundamento en caso de testigos que sean víctimas del hecho enjuiciado. Se distingue entre testigo y víctima (FJ 8º) y de ahí se deduce que la dispensa no tiene sentido cuando la víctima es denunciante o cuando es o ha sido acusación particular.

Me centraré en la primera afirmación, la relativa a que la dispensa no está pensada para quien sea víctima del delito. Se trata de una declaración *obiter dicta*, que no tienen incidencia directa en el caso sometido a enjuiciamiento, pero que puede dar lugar a que se deniegue el derecho a la dispensa a toda clase de víctimas, creando una situación confusa que no debería producirse en una cuestión tan trascendental.

Desde siempre se ha reconocido a todas las víctimas vinculadas familiarmente con el responsable el derecho a la dispensa. Decir lo contrario exige un esfuerzo argumental que no se ha hecho.

Se cita en apoyo de esta aseveración la STC 94/2010, de 15 de noviembre. En esa sentencia no se afirma que la dispensa carezca de fundamento en el caso de víctimas. Todo lo contrario. Se da por sentado y no se cuestiona ese alcance.



En el caso analizado por el Tribunal Constitucional, la Audiencia Provincial había anulado una condena dictada por un Juzgado de lo Penal que tenía como soporte probatorio la declaración de la mujer, víctima del hecho, y que había declarado en el juicio sin que previamente se le hicieran las advertencias del artículo 416 de la LECrim. El Tribunal Constitucional acogió el recurso de amparo considerando que no era causa de nulidad que no se informara del derecho a la dispensa a una víctima que estaba ejerciendo la acusación particular. El alto tribunal entendió que en esa situación el testigo ya está ejerciendo su derecho renunciando a la dispensa, criterio que también ha seguido esta Sala y que comparto íntegramente. Aun así, el Tribunal Constitucional afirmó que lo procesalmente correcto, era informar al testigo del contenido del artículo 416 de la LECrim. El texto de la sentencia es elocuente:

"En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas".... 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 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el ius ut procedatur del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad (FJ 6º)

La sentencia que estoy comentando, con cita de precedentes de esta Sala, añade que, si bien es necesario que se informe del derecho a la dispensa de los testigos

"su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima ( SSTS, Sala de lo Penal, 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero ; y 292/2009, de 26 de marzo )".

Por tanto, el Tribunal Constitucional, al igual que venía haciendo esta Sala, han resuelto este tipo de situaciones valorando si hay o no renuncia a la dispensa, sin limitar su ámbito subjetivo.

IV

La sentencia no explica tampoco como sortear la reserva de ley que proclama el artículo 53.1 de la CE y a la que se aludió expresamente en la STS 205/2018, de 25 de abril.

Los artículos 416 a 418 de la LECrim constituyen el desarrollo legal de un derecho de rango constitucional ( artículo 24.2, párrafo último, de la CE). Se trata de un derecho fundamental y no de un simple derecho creado por el Legislador de lo que se infiere que sólo la Ley puede regularlo y limitarlo por exigencias del artículo 53.1 CE.

Sólo el Legislador tiene la potestad de perfilar el contenido del derecho constitucional y sus límites, respetando, en todo caso, su contenido esencial, cuestión ésta no exenta de dificultades y de directa incidencia en el problema sobre el que se centra este voto particular. Es el Legislador el que debe determinar el núcleo irreductible del derecho frente a aquellas otras facetas que pueden quedar excluidas de protección y las razones de esa diferencia de tratamiento y es el Legislador, en fin, el que debe definir, con criterios de proporcionalidad y valorando los intereses en conflicto, la configuración de ese derecho.

Por más que la sentencia circunscriba su pronunciamiento a un supuesto muy concreto (exclusión de la dispensa para quien ha sido acusador particular), su argumentación abre las puertas a planteamientos más ambiciosos que, a buen seguro, van a dar lugar a posicionamientos contradictorios de jueces y tribunales, que deberíamos evitar.

V



Las interpretaciones a los límites de un derecho constitucional deben ser restrictivas ( STC 90/2006, de 27 de marzo, por todas) y no parece que ese haya sido el criterio de la sentencia al establecer límites que no se deducen del texto de la ley.

Debe tenerse en cuenta que cuando la Ley ha querido precisar el contenido de las acciones o derechos que corresponden a los familiares entre sí lo ha hecho con el necesario detalle ( artículo 103 LECrim, por ejemplo), por lo que no es de recibo que se declaren excepciones que el propio artículo 416 de la LECrim no establece (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

El texto original del precepto que comentamos fue modificado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre y, más recientemente, por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por lo que si el Legislador hubiera querido excluir a las víctimas o hubiera querido hacer alguna precisión sobre el ejercicio y límites de esta dispensa, al margen de lo que ya establece, lo habría hecho.

Ni la ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ni la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, han establecido especialidad alguna en relación con la dispensa. En estas leyes la protección de la víctima se ha proyectado sobre los derechos de intervención e información procesal, pero no ha tenido incidencia en las obligaciones y derechos que la ley atribuye a los testigos.

El Legislador, por tanto, ha tenido ocasiones especialmente relevantes para limitar la dispensa y no lo ha hecho, circunstancia que no puede pasarse por alto a la hora de abordar la interpretación del artículo 416.

## VI

Por último, la sentencia no justifica suficientemente su afirmación fundamental. Dice la sentencia de la mayoría que *"una vez que se ha dado ese paso (denunciar o constituirse en acusación) no tiene sentido ya recobrar un derecho del que voluntariamente se ha prescindido"*. Se declara, por tanto, que la dispensa es un derecho único que si se renuncia no renace y no tiene sentido que renazca.

Es cierto que el artículo 416 de la LECrim reconoce un derecho renunciable y es evidente que cuando se denuncia o cuando se declara con la condición de acusador particular el uso de la dispensa resulta incompatible con la posición procesal que se tiene en ese momento porque la propia conducta evidencia una renuncia al derecho. Se trata de un acto concluyente o incluso de un acto expreso si se informa a la víctima y decide declarar, de ahí que esta Sala haya afirmado con reiteración que quien denuncia no puede, a la vez, hacer uso de la dispensa o que quien está constituido como acusación particular no puede ampararse en el artículo 416 de la LECrim para no colaborar en el enjuiciamiento del hecho denunciado.

Sin embargo, la sentencia mayoritaria va más allá de ese planteamiento inicial y declara que quien se constituye en parte acusadora renuncia de modo irrevocable a hacer uso de la dispensa en el futuro aunque haya dejado de ser acusación.

El derecho a la dispensa nace cada vez que el testigo es llamado a declarar y así se deduce del contenido de los artículos 416 y 707 de la LECrim que reconocen ese derecho cada vez que se declare y en las distintas fases procesales. No estamos en presencia de un derecho único para todo el proceso, según sugiere la sentencia, sino de un derecho que nace cada vez que el testigo es llamado. Lo mismo puede decirse del derecho al silencio del imputado o acusado y lo mismo podríamos decir de la inviolabilidad del domicilio. Si el titular de la vivienda consiente que la policía entre en su casa a registrar, ese consentimiento no se extiende a futuras injerencias, que requerirán nuevo consentimiento o autorización judicial. No atisbo a comprender porque en el caso del derecho a la dispensa esto es distinto y desde luego la sentencia no lo explica.

Hemos dicho que se trata de un derecho renunciable pero conviene recordar que la renuncia es un acto unilateral de dejación voluntaria o abandono de un derecho y sólo es posible respecto de derechos disponibles. Los derechos fundamentales no lo son. Las personas a que alude el artículo 416 de la LECrim tienen el derecho a la dispensa siempre que sean llamados a declarar y sólo pueden renunciar a ella cada vez que se ven en la tesitura de prestar declaración. No cabe la renuncia preventiva a ese derecho fundamental.

Tampoco es posible afirmar que quien denuncia o se constituye en parte acusadora esté renunciando de forma definitiva a la dispensa. La renuncia a un derecho debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícito deducirla de expresiones de dudoso significado o de actos que no sean concluyentes o inequívocos, por lo que no es admisible deducir la voluntad de renunciar el derecho por el acto inicial de denunciar o por el hecho de ejercer la acusación particular en algún momento. En este caso la renuncia no se deduce del acto del testigo sino que se le impone por haber actuado de una determinada forma.

Esta Sala ha venido admitiendo el diferente comportamiento del testigo con absoluta normalidad porque es algo que sucede con frecuencia y porque exterioriza un conflicto que puede subsistir durante todo el proceso.



Sirva de ejemplo la STS 31/2009, de 27 de enero, en la que se puede leer: *"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"*.

En todo caso y como cierre, para que el ejercicio de la acción penal pudiera ser estimado como un acto concluyente de renuncia debería existir una información previa. Si al ejercicio de la acción penal se anuda el efecto añadido de la renuncia definitiva al derecho constitucional previsto en el artículo 24.2 CE, sería necesaria una información expresa y previa al afectado, a fin de que pueda ponderar la situación y actuar en consecuencia. Sólo en tal caso podría hablarse de renuncia expresa o por acto concluyente.

**Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

FONDO DOCUMENTAL CENDI