

PROTAGONISMO PROBATORIO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO  
PENAL: INCONVENIENTES Y ¿POSIBLES SOLUCIONES? (AL HILO  
DEL CONVENIO DE ESTAMBUL)

*THE VICTIM AS MAIN EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE:  
DISADVANTAGES AND, POSSIBLE SOLUTIONS? (IN THE LINE OF THE  
ISTANBUL CONVENTION)*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 326-363*



José Francisco  
ETXEBERRIA  
GURIDI

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 23 de noviembre de 2021

**ARTÍCULO APROBADO:** 30 de noviembre de 2021

**RESUMEN:** Uno de los ejes que informan el Convenio de Estambul es el de la consideración integral de la víctima. En el plano procesal ha de garantizarse la efectividad en el castigo de los crímenes, pero sin que la carga de la misma recaiga sobre la víctima al objeto de evitar la victimización secundaria. A tales efectos resulta esencial un tratamiento adecuado de la necesidad de interponer denuncia, de la dispensa a declarar y de la posibilidad de preconstituir como prueba el testimonio de la víctima.

**PALABRAS CLAVE:** víctima; proceso penal; victimización secundaria; denuncia; dispensa; preconstitución probatoria.

**ABSTRACT:** *One of the main axes of the Istanbul Convention is the integral consideration of the victim. At the procedural level, effectiveness in crime punishment must be guaranteed, but without its burden falling on the victim in order to avoid secondary victimization. To this end, an adequate treatment of the need to file a complaint, the dispensation to testify and the possibility of pre-constituting the victim's testimony as evidence is essential.*

**KEY WORDS:** *victim; criminal procedure; secondary victimization; complaint; dispensation; evidentiary preconstitution.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN. II. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.- 1. La denuncia como presupuesto de procedibilidad.- 2. El caso particular de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.- 3. La trascendencia del perdón del ofendido en los delitos semipúblicos.- III. LAVÍCTIMA EPICENTRO PROBATORIO. ALGUNAS DEFICIENCIAS.- 1. Evitar la victimización secundaria: objetivo del Convenio de Estambul.- 2. ¿Cómo descentralizar el testimonio de la víctima?- 3. Los problemas derivados del ejercicio por la víctima-testigo de su derecho a la dispensa de la obligación de declarar.- A) *El fundamento de la dispensa y los vaivenes interpretativos jurisprudenciales al respecto.*- B) *La anhelada clarificación acerca de la dispensa por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.*- 4. Reiteración de testimonios, victimización secundaria y la prueba preconstituida (¿como posible solución?).- A) *Evitación de la reiteración de testimonios en el Convenio de Estambul.*- B) *Preconstitución probatoria como solución. Posibles conflictos con el principio de contradicción.*- C) *La preconstitución probatoria obligatoria en la LO 8/2021.*

---

## I. INTRODUCCIÓN.

En la acreditación de los hechos constitutivos de infracciones penales intervienen diligencias de investigación o medios de prueba de distinta índole y naturaleza. Tradicionalmente se ha sostenido que, así como en el proceso civil el documento era la prueba reina o protagonista al preconstituirse con regularidad como manifestación de la relación jurídica-material con carácter previo a que pueda, en su caso, surgir el conflicto en dicha relación, en el proceso penal ese protagonismo ha correspondido a la prueba testifical. En la actualidad ha de relativizarse el anterior aserto, al menos en lo que concierne al proceso penal. Han proliferado en este ámbito del proceso en los últimos años, en paralelo al desarrollo de la misma sociedad, diligencias de investigación y de prueba de carácter tecnológico y científico. Las vinculadas a las tecnologías de la información y de la comunicación o las de carácter científico como el uso del ADN en el esclarecimiento de los hechos constituyen una realidad incuestionable en nuestro ordenamiento procesal y, sobre todo, en nuestros tribunales y en la actividad ordinaria de las autoridades competentes en la investigación y enjuiciamiento de los hechos criminales.

Esta realidad relega afortunadamente a la víctima y a su declaración como medio de prueba a un segundo plano. Este aserto precisa de una explicación, pues a primera vista parece difícil comprender el motivo por el que la víctima del delito, en cuanto fuente de prueba de absoluta relevancia, haya de quedar

### • José Francisco Etxeberria Guridi

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco. Docente en los Grados de Derecho y Criminología. Director del Máster de Protección de Datos y Ciberseguridad. Autor de más de 100 publicaciones (5 monografías como autor único). Líneas de investigación: ADN en el proceso penal; videovigilancia; protección de datos personales; Inteligencia Artificial; cooperación penal en la UE; arbitraje y mediación. Profesor invitado en Universidades de Bolivia, República Dominicana, Colombia y Honduras (patxi.etxeberria@ehu.es).

relegada, si no a un segundo plano, sí al menos a la intervención que resulte absolutamente precisa. Esto es, el peso o la carga de la prueba en procesos en los que se enjuician hechos a menudo muy graves contra la vida o la integridad física o indemnidad sexual o contra bienes jurídicos relevantes no puede recaer exclusivamente o principalmente sobre la propia víctima de tales hechos. En caso contrario se sometería a la víctima<sup>1</sup> a una nueva experiencia de victimización (secundaria) derivada de su posterior intervención a lo largo de todo el proceso judicial y del previo policial<sup>2</sup>.

En ocasiones, en muchas, la propia índole de la comisión delictiva, en un contexto de semiclandestinidad o en el ámbito privado del domicilio, determina que la víctima del delito constituya, si no la única, sí la principal fuente de prueba (abusos o agresiones sexuales, violencia contra la mujer, violencia doméstica, etc.). En estos supuestos, el ordenamiento ha de articular los adecuados mecanismos jurídicos que garanticen que la efectividad en la persecución y sanción de tales hechos no ha de serlo a costa de un absoluto desprecio a los derechos de las víctimas. Con el objetivo, entre otros, de hallar el justo equilibrio entre ambos intereses legítimos, se ha aprobado recientemente en España la Ley Orgánica (LO) 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que contiene importantes disposiciones en lo que ahora nos afecta: limitaciones al ejercicio del derecho de dispensa a declarar o denunciar que corresponde a determinados parientes o a los cónyuges, la preconstitución probatoria como regla general en caso de que la víctima sea menor de cierta edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, etc.

Estas reformas se han de comprender en un contexto normativo más amplio. Esto es, en el marco de la Unión Europea (UE) se han dado importantes pasos en orden a la protección de los intereses de las víctimas con carácter general. No pueden obviarse la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Directiva que deroga una previa Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Aquella Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento español mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Pero más allá del ámbito de la UE, se ha de mencionar igualmente en el seno del Consejo de Europa el Convenio de Estambul

- 
- 1 Sería oportuno ampliar el concepto de víctima a los efectos que nos ocuparán, tal y como hace el Convenio de Estambul en cuyo Preámbulo se indica que los niños son víctimas de la violencia doméstica, "incluso como testigos de violencia dentro de la familia".
  - 2 Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.: "La protección de las víctimas especialmente vulnerables en los delitos sexuales", en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. VARONA MARTÍNEZ), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 376-389; SERRANO MASIP, M.: "Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2013, pp. 1 y ss.

sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011 (ratificado por España en mayo de 2014), que ha tenido una incidencia directa en las últimas reformas procesales españolas<sup>3</sup>. A todo ello habría que añadir, de cara a futuro, las importantes medidas contempladas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género ratificado en diciembre de 2017, algunas de las cuales presentan claramente carácter procesal.

En las siguientes líneas abordaremos algunas de las cuestiones de índole procesal sobre las que son precisas reformas para adaptarlas a los compromisos internacionales asumidos o sobre las que se han introducido recientemente cambios en nuestro ordenamiento al objeto de analizar su compatibilidad con los mismos.

## II. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

Tal y como se ha apuntado en la introducción, se ha de garantizar la efectividad en la investigación y enjuiciamiento de los hechos delictivos, pero sin hacer recaer en la víctima de los mismos la mayor parte de la carga y responsabilidad con tal objetivo, sobre todo cuando se ha empleado en su comisión violencia o coacción de cualquier clase. Lo anterior se traduce en la conveniencia de que, como regla general, la incoación o el inicio del proceso, esto es, la persecución de los hechos criminales, no se haga depender de la iniciativa de la propia víctima<sup>4</sup>. El no hacer depender la investigación y persecución de los delitos de la interposición de denuncia por la propia víctima tiene otra lectura, y significa que corresponde a las autoridades públicas competentes la responsabilidad de garantizar aquéllas asumiendo un papel proactivo durante la investigación teniendo en cuenta la posición de vulnerabilidad de las víctimas en determinados delitos<sup>5</sup>.

Además de no hacer condicionar totalmente la investigación o el procedimiento por los delitos indicados a que la víctima interponga una denuncia, exige igualmente el Convenio que las Partes firmantes garanticen que la tramitación de los mismos continuará incluso si la víctima se retracta o retira su denuncia (art. 55.1 *in fine*). Por todo ello, procede analizar si el ordenamiento español condiciona o no la perseguibilidad de los hechos delictivos a que se refiere el Convenio a que la víctima interponga una denuncia sobre los mismos o a la persistencia o mantenimiento de aquélla.

3 Así lo reconoce expresamente el Preámbulo de la LO 8/2021 mencionada, que también cita otros Convenios adoptados en el seno del Consejo de Europa.

4 Sobre este extremo el Convenio de Estambul exige que las Partes han de velar para que las investigaciones o los procedimientos por los delitos más graves comprendidos en el mismo “no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se haya cometido en parte o en su totalidad, en su territorio” (art. 55.1).

5 Así se recoge en el Informe Explicativo que acompaña al Convenio de Estambul relativo a esas modalidades delictivas: *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, núm. 210, p. 47.

## I. La denuncia como presupuesto de procedibilidad.

En lo que concierne al ordenamiento español, corresponde, en principio, al MF el ejercicio de la acción penal. Esta es la regla general. Con fundamento constitucional, el MF ha de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124.I CE). Para el cumplimiento de dichas funciones, y en el ámbito de la jurisdicción penal, su Estatuto Orgánico (EOMF) le encomienda el ejercicio de las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas (estas últimas hoy desaparecidas) u oponerse a las ejercitadas por otros cuando proceda (art. 3.4). Se trata, en realidad, de una obligación de ejercicio de la acción penal. Así lo dispone, conforme al principio de oficialidad, la LECrim al “obligar” a los funcionarios del MF el ejercicio de “todas” las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en la causa (art. 105.I). Por otra parte, tratándose de hechos aparentemente constitutivos de delito público también podrá el Juez de Instrucción competente incoar el procedimiento penal que corresponda de oficio (art. 303 LECrim).

La regla anterior tiene dos excepciones: que se trate, por un lado, de delitos cuya perseguibilidad queda reserva por el CP a la querrela privada (art. 105.I)<sup>6</sup> y que se trate, por otro lado, de delitos semipúblicos que requieren para su persecución del requisito de la denuncia del ofendido, a partir de la cual estará obligado el MF al ejercicio de las acciones penales en su condición de acusación pública. Siendo de carácter público y perseguibles de oficio la mayoría de los delitos tipificados en el CP español y absolutamente excepcionales los perseguibles exclusivamente mediante querrela del ofendido, resta determinar cuándo nos hallamos ante los de naturaleza semipública, esto es, cuándo se requerirá la denuncia de la persona agraviada. Esta circunstancia se concreta en el CP o en las leyes penales especiales<sup>7</sup>.

Las razones que justifican la existencia de infracciones penales que son perseguibles bajo la condición de que el agraviado denuncie tales hechos suelen girar en torno a la escasa gravedad de los mismos (criminalidad de bagatela), a la salvaguarda de la intimidad de la víctima o la conveniencia de su decisión de poner en marcha el procedimiento<sup>8</sup>.

6 En la actualidad exclusivamente los delitos de calumnia e injuria contra particulares, pues tratándose de ofensa dirigida contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, se procederá de oficio (art. 215.I CP).

7 El tratamiento que reciben estos delitos semipúblicos en el CP no es homogéneo y, por ello, alguna doctrina los clasifica en “semipúblicos con interés público”, “semipúblicos puros” y “semipúblicos con interés privado”; vid. GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 261-264.

8 LIBANO BERISTAIN, A.: “La perseguibilidad a instancia de parte como proyección de las facultades de la víctima”, en AA.VV.: *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (dir. M. DE HOYOS SANCHO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p. 122; GÓNZALEZ CUSSAC, J. L.: “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. J. L. GÓNZALEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2019, p. 302; ROMEO CASABONA, C.Mª.: *Los delitos*

Si tomamos como referencia los paradigmáticos delitos a que se refiere el Convenio de Estambul, antes mencionado, resulta que el tratamiento no es homogéneo y la exigencia de no hacer condicionar la investigación y enjuiciamiento a que la víctima interponga la denuncia correspondiente, no afecta por igual a todos los delitos comprendidos bajo el ámbito de dicho Convenio. Éste no incluye en la relación del art. 55.I a los delitos de violencia psicológica (art. 33) ni a los de acoso (art. 34). En el primer supuesto, el ordenamiento español va más allá de las exigencias del Convenio, pues las coacciones y amenazas no están sujetas a la citada condición de denuncia. Salvo en el supuesto de que fueran leves, en cuyo caso sí se requiere la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (arts. 171.7 y 172.3 CP), excepto que se trate de amenazas y coacciones que siendo leves tienen como víctima a la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad.

También el delito de acoso (art. 34 del Convenio) queda al margen de la obligación de persecución de oficio (art. 55.I del Convenio). El CP español, al incorporar con la reforma del mismo mediante la LO 1/2015 el nuevo delito de acoso ilegítimo o *stalking* (art. 173 ter), lo ha hecho de forma diferenciada dependiendo de la condición subjetiva del sujeto pasivo o víctima. La regla general es la perseguibilidad mediante denuncia del agraviado o de su representante legal (art. 173 ter:4 CP), esto es, asumiendo la naturaleza correspondiente a los delitos semipúblicos. Sin embargo, cuando las víctimas sean las contempladas en el art. 173.2 CP (violencia de género o doméstica) no es necesaria la indicada denuncia, es decir, se les atribuye la condición de delitos públicos y perseguibles de oficio (art. 173 ter:2 CP).

Más problemática es la situación normativa en relación con los delitos de violencia física del art. 35 del Convenio. En estos casos, resulta impropio, ex art. 55.I del Convenio de Estambul, que se pueda condicionar su perseguibilidad a la interposición de denuncia por parte de la víctima. Hubiera sido ello posible, en cambio, si el Estado español hubiera formulado la correspondiente reserva al art. 55.I del Convenio y si la reserva de exclusión se limitara exclusivamente a las infracciones por violencia física de "menor importancia" (art. 78.2). Resulta, sin embargo, que el Estado español no ha formulado reserva alguna sobre este punto, ni sobre ningún otro, con lo que no cabe sino concluir que no resulta exigible la denuncia del ofendido para perseguir los delitos de violencia física, sean de mayor o de menor gravedad. Contra este pronóstico, algunas formas leves de lesión o

---

de descubrimiento y revelación de secretos: especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 69; ALMODOVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles a instancia de parte. Respuestas materiales y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 49.

de maltrato castigados con pena de multa sólo pueden ser perseguidas mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (art. 147.4 CP)<sup>9</sup>.

Se ha de añadir a lo anterior que la asistencia del MF a los juicios por estos delitos perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado no resulta en todos los supuestos preceptiva. La asistencia o no del MF al juicio oral dependerá de exigencias de "interés público", dispone la LECrim, correspondiendo a la Fiscalía General del Estado (FGE) impartir instrucciones al respecto (art. 969.2). Según la Circular de la FGE I/2015, de 19 de junio, los fiscales "asistirán" al enjuiciamiento de los delitos leves de lesiones dolosas (art. 147.2 CP) y a los de maltrato de obra (art. 147.3 CP) pero en este último caso sólo cuando la víctima sea "persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad", no en los demás casos<sup>10</sup>.

## 2. El caso particular de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Los delitos atentatorios de la libertad sexual, incluida la violación (art. 36), forman parte del núcleo duro de las infracciones penales contempladas en el Convenio de Estambul y en lo que nos atañe ahora, junto contra otras (violencias físicas graves, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilización forzosos), no admiten excepciones al régimen jurídico general previsto en él, ni tampoco la posibilidad de formular reservas totales o parciales. El régimen general de perseguibilidad establecido para tales delitos es el recogido en el art. 55.1, esto es, su investigación y enjuiciamiento no se puede hacer depender totalmente de la denuncia de la víctima. El ordenamiento español, sin embargo, configura la persecución de estos delitos de un modo particular, como semipúblicos o perseguibles previa denuncia, en primer lugar y de forma preferente, esto es, reconociendo un amplio margen de decisión a la voluntad de la víctima, pero incorporando un elemento corrector de protección pública cuando la víctima no esté en condiciones de manifestar o pueda cuestionarse su libertad volitiva.

Conforme a su redacción actual, "para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará

9 Nos referimos a los delitos de lesiones que no requieran de posterior asistencia facultativa o de tratamiento médico o quirúrgico (art. 147.2 CP) o a los de maltrato de obra que no cause lesión (art. 147.3 CP). Estos hechos, ahora delitos, eran constitutivos de falta con anterioridad a la reforma del CP mediante la LO I/2015 pero en todo caso perseguibles de oficio. Con la citada reforma se convierten en delitos leves y además semipúblicos, esto es, sólo perseguibles mediante denuncia del agraviado o de su representante legal. Vid. LIBANO BERISTAIN, A.: "La perseguibilidad", cit., pp. 126-127.

10 La asistencia o no a juicio del MF afecta igualmente al posible ejercicio del principio de oportunidad previsto en los arts. 963 y 964 LECrim para los delitos leves. La decisión de asistencia condiciona, pues, al posible planteamiento de la oportunidad. Vid. con mayor extensión al respecto LIBANO BERISTAIN, A.: "La perseguibilidad", cit., pp. 130-133; ALMODÓVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles*, cit., pp. 211-213.



la denuncia del Ministerio Fiscal” (art. 191.I CP). El precepto en su literalidad es consecuencia de una lenta evolución que corre paralela a la propia denominación que reciben estos delitos en función del bien jurídico afectado.

Los argumentos empleados para explicar la relevancia que se reconoce en estos supuestos a la voluntad de la víctima giran en torno al carácter personalísimo del bien jurídico vulnerado y a la evitación de un nuevo proceso de revictimización para aquella<sup>11</sup>. Sin embargo, las reformas mencionadas se han orientado a una progresiva contracción de la “privatización” al perseguir tales delitos. Las razones son igualmente de peso. Siendo la libertad e indemnidad sexual el bien jurídico tutelado, no ya la honestidad, y caracterizándose por la gravedad de los hechos, el Estado y la actuación del *ius puniendi* no pueden mantenerse al margen de su castigo, ni tiene cabida el principio de oportunidad<sup>12</sup>. Sin olvidar los posibles riesgos criminógenos que puede conllevar el mencionado presupuesto de procedibilidad en la medida en que puede fomentar extorsiones o presiones sobre la víctima, particularmente cuando esta criminalidad tiene lugar en el entorno familiar o más próximo a aquella o riesgos de reiteración en la comisión de tales delitos por el agresor que los ejecutó anteriormente con total impunidad<sup>13</sup>. Lo anterior contribuye, además, a mantener esta fenomenología delictiva en una zona oscura, al margen del conocimiento real y de la posibilidad de adoptar las medidas precisas para afrontarla.

No es de extrañar que ante esta situación surjan voces sumamente críticas con la posibilidad de que la persecución de estos delitos se condicione a determinados requisitos, entre los que destaca la denuncia de la víctima<sup>14</sup>. El vigente art. 191.I CP contempla también que se pueda proceder por los delitos que nos ocupan mediante querrela del MF que habrá de actuar “ponderando los legítimos intereses en presencia”. Esta confusa redacción plantea no pocas dudas. La primera de todas ellas, si el MF puede querrellarse de forma subsidiaria, esto es, una vez la persona agraviada ha exteriorizado de alguna manera que carece de voluntad persecutiva o si, por el contrario, se trata de una alternativa más por la que puede optar el MF al margen de cuál sea la voluntad de la víctima<sup>15</sup>. Seguidamente, se puede cuestionar

---

11 DÍAZ MORGADO, C.: “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLO Y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 703; MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R.: “Capítulo VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”, en AA.VV.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. QUINTERO OLIVARES), Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 408; ALMODÓVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles*, cit., pp. 316 y 338.

12 ALMODÓVAR PUIG afirma que el interés social en perseguir y castigar estos delitos es más elevado que en cualquier otro condicionado a requisitos de perseguibilidad; *vid. Delitos perseguibles*, cit., pp. 335-340.

13 ALMODÓVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles*, cit., p. 338.

14 ALMODÓVAR PUIG es partidario de dotar a los delitos contra la libertad sexual de un carácter público absoluto; *vid. Delitos perseguibles*, cit., p. 336.

15 Pueden consultarse las distintas posturas doctrinales al respecto en el trabajo de ALMODÓVAR PUIG, B.: quien se decanta manifiestamente por la segunda opción, *Delitos perseguibles*, cit., pp. 342-343.

acerca de lo que ha querido el legislador significar con la exigencia de que el MF ha de ponderar los legítimos intereses en presencia. Las interpretaciones al respecto son igualmente diversas. Se ha entendido, por ejemplo, que se trata de una manifestación del principio de oportunidad<sup>16</sup>, pero que ello no impide la consulta al agraviado para constatar si se opone o no persecución del delito. También que, como consecuencia de la ponderación de los intereses legítimos, se ha de primar el interés público en la persecución de los hechos delictivos por encima de las pretensiones de la víctima en los supuestos de reincidencia o habitualidad o de especial lesividad o alarma social<sup>17</sup>.

### 3. La trascendencia del perdón del ofendido en los delitos semipúblicos.

Algunos de los delitos arriba analizados sólo son perseguibles previa denuncia del agraviado o de su representante legal. Son semipúblicos. En estos supuestos el perdón del ofendido tiene, por regla general, especial trascendencia como motivo de extinción de la responsabilidad penal. Así lo dispone el CP al regular la cuestión (art. 130.1.5 CP). Sobre todo cuando se trata de delitos leves perseguibles a instancia del agraviado. Sin embargo, junto a las condiciones generales relativas a la forma expresa del perdón, al momento procesal de otorgarlo y a la necesidad de oír al ofendido, añadía el precepto en cuestión la posibilidad de control judicial sobre el perdón otorgado por los representantes legales en los supuestos de delitos contra menores o personas necesitadas de especial protección. Conforme al mismo, los jueces o tribunales podían rechazar (“podrán”) la eficacia del perdón en estos supuestos ordenando la continuación del procedimiento, previa audiencia del MF y del representante.

Hablamos en tiempo pasado, pues la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha reformado este punto y ha eliminado la facultad potestativa correspondiente al juez de rechazar la eficacia del perdón otorgado por el representante. En la actualidad, en los delitos cometidos contra personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección “que afecten a bienes jurídicos eminentemente personales, el perdón de la persona ofendida no extingue la responsabilidad criminal” (art. 130.1.5 CP *ex novo*).

16 MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R.: “Capítulo VI. Disposiciones comunes”, cit., p. 409; ALMODÓVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles*, cit., p. 345.

17 MORALES PRATS, F.; GARCÍA ALBERO, R.: “Capítulo VI. Disposiciones comunes”, cit., p. 409; ALMODÓVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles*, cit., pp. 343-345.

### III. LA VÍCTIMA EPICENTRO PROBATORIO. ALGUNAS DEFICIENCIAS.

#### I. Evitar la victimización secundaria: objetivo del Convenio de Estambul.

El Convenio de Estambul contiene, como no podía ser de otra manera, importantes pronunciamientos sobre la posible condición que de testigo o fuente de prueba pueda tener la víctima. No puede ignorarse que la intervención de la misma a lo largo del proceso penal, ya sea exigiéndole que denuncie los hechos criminales para su persecución –como se ha visto en el apartado anterior-, ya sea deponiendo sobre los mismos hechos como testigo, conlleva un importante efecto de revictimización. Sobre este punto, el texto del Convenio requiere a las Partes firmantes la adopción de las medidas necesarias “para salvaguardar los derechos e intereses de las víctimas, incluidas sus necesidades específicas cuando actúen en calidad de testigos” (art. 56.I Convenio).

La victimización secundaria como consecuencia del contacto con las autoridades competentes en la investigación y persecución del hecho delictivo es difícil de evitar. Con frecuencia la víctima asume la condición de testigo indispensable de los hechos y su testimonio resulta crucial en el marco del acervo probatorio preciso para desvirtuar la presunción de inocencia del supuesto autor de los mismos. Si no bastara con ello, la víctima-testigo es, también con frecuencia, un menor de edad o persona vulnerable con notable incremento del riesgo de revictimización. El ordenamiento español contempla una serie de medidas orientadas a sortear el indicado riesgo: evitando la presencia del autor de los hechos en las declaraciones del testigo ante los tribunales, recurriendo a las tecnologías de la comunicación o todo contacto con el mismo, por ejemplo. También preconstituyendo la prueba consistente en la declaración del testigo o del testigo-víctima de modo que se documente en soporte apto para la reproducción de la imagen y del sonido y que se reproduzca dicha grabación en el juicio oral sin necesidad de hacer comparecer nuevamente a aquél<sup>18</sup> o tomando declaración a los testigos más necesitados de protección mediante la intervención de expertos. Lo anterior puede crear fricciones con los derechos del acusado, sobre todo, a su derecho a la presunción de inocencia y a la defensa (art. 24.2 CE). El equilibrio entre los derechos de unos

---

18 El principal factor de victimización secundaria para un menor, apunta la doctrina, es la sobreexposición a distintas evaluaciones-entrevistas que le suponen una re-experimentación continuada de emociones negativas y una sensación de descrédito, si se pone en cuestión su testimonio, que afecta a su autoestima y puede crearle sentimientos de culpa. Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J.; ECHEBURUA ODRIÓZOLA, E.: “Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, núm. 1º, 2018, p. 23; PÉREZ CARA, M. L., BEMBRIBE SERRANO, J. y RAMOS TAPIA, I.: “La protección frente a los efectos de la victimización secundaria en el proceso penal con menores víctimas de abuso sexual: un análisis mediante revisión de sentencias”, *Revista Electrónica de Criminología*, vol. 4, 2019, p. 2.

y de otros se antoja en ocasiones difícil o así ha ocurrido en la práctica forense española como tendremos ocasión de analizar<sup>19</sup>.

## 2. ¿Cómo descentralizar el testimonio de la víctima?

Uno de los puntos que el Primer informe de Evaluación GREVIO sobre España destaca como susceptible de manifiesta mejora es el de la excesiva dependencia que la investigación y el enjuiciamiento tienen respecto de la víctima y de su declaración, que ha de ser superada<sup>20</sup>. Esta prioridad que se reconoce a la víctima y a su declaración como fuente de prueba encuentra su razón de ser en motivos esencialmente procesales, sobre todo relacionados con el hecho incuestionable de que con frecuencia la propia víctima es, a su vez, el único testigo de los hechos<sup>21</sup>. En el mencionado Informe GREVIO sobre España se “anima encarecidamente” a las autoridades que promuevan investigaciones policiales “efectivas y proactivas” que incluyan “la recopilación de pruebas distintas de la declaración de la víctima, la documentación de lesiones, entrevistas a testigos, la recogida a fotografías o muestras de ADN”<sup>22</sup>. Esta situación es particularmente grave en los casos de violencia por la pareja o expareja y de violencia sexual.

Aunque buscar alternativas entre las pruebas de carácter objetivo fuera lo deseable, no es lo usual en la práctica del foro. Así lo atestiguan estudios realizados en relación a menores víctimas de abusos sexuales<sup>23</sup> en los que destaca como principal prueba de carácter objetivo sobre las restantes la obtención de perfiles de ADN a partir de restos biológicos<sup>24</sup>. Sobre este último punto se ha de concluir que las disposiciones legislativas sobre el uso forense del ADN existentes en el ordenamiento español son lo suficientemente amplias y flexibles al objeto de recurrir a dicha modalidad de investigación para no hacerla depender excesivamente del testimonio de la víctima. El uso de perfiles de ADN en el esclarecimiento de hechos delictivos se ve favorecido por dos circunstancias de

19 Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 415-416.

20 “Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica” (GREVIO) previsto en el art. 66 del Convenio de Estambul. Este Primer informe fue aprobado el 13 de octubre de 2020.

21 Aunque no exclusivamente. Desde el punto de vista del Derecho sustantivo resulta igualmente trascendental la definición del tipo penal y sus elementos integradores. Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J.: “La reforma de las agresiones sexuales”, *Diario La Ley*, núm. 9790, 2021.

22 En la doctrina vid. VACAS CHALFOUN, Á.E.: “Dispensa del deber de declarar de familiares: evolución jurisprudencial y propuestas de actuación en materia de violencia sobre la mujer y violencia doméstica. Posible nulidad de la dispensa viciada por intimidación”, *La Ley Penal*, núm. 146, 2020, p. 11.

23 Vid. PÉREZ CARA, M. L., BEMBRIE SERRANO, J. y RAMOS TAPIA, I.: “La protección”, cit., pp. 4-5. En este estudio se analizan resoluciones dictadas por diferentes Audiencias Provinciales sobre delitos de abusos sexuales infantiles. Según el mismo, en el 20,73% de los casos el tribunal contó con pruebas objetivas que facilitaron el esclarecimiento de los hechos, mientras que en el 79,27% restante no se disponía de otro tipo de prueba más allá de los testimonios de las partes y testigos.

24 Según el anterior estudio, se recurrió a los análisis de ADN en un 10,98%, a los mensajes de texto, fotografías o grabaciones en un 7,32% y a exploraciones ginecológicas que determinaron la consumación de las relaciones sexuales en 2,44%. *Ibidem*, p. 4.

una influencia esencial sobre su viabilidad: por un lado, que, tras no pocos vaivenes, es posible actualmente recurrir al uso de la coacción en la extracción de muestras biológicas del sospechoso si este se negara a una extracción voluntaria<sup>25</sup>; por otro lado, la laxa interpretación con la que la Comisión Nacional sobre el Uso Forense del ADN (CNUFADN) ha determinado el ámbito de aplicación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidas a partir del ADN<sup>26</sup>.

### 3. Los problemas derivados del ejercicio por la víctima-testigo de su derecho a la dispensa de la obligación de declarar.

#### A) El fundamento de la dispensa y los vaivenes interpretativos jurisprudenciales al respecto.

El Convenio de Estambul contempla, en aras a asegurar una eficaz persecución y enjuiciamiento de los delitos contemplados en su ámbito de aplicación, que no se haga depender totalmente dicho proceder de la denuncia de la víctima, como ya se ha visto (art. 55.1). También, y en idéntico precepto, el texto del Convenio emplaza a las Partes para que aseguren que el “procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia”. Este planteamiento nos conduce al tratamiento que en el ordenamiento jurídico español se hace de la dispensa de la obligación de declarar de los testigos, tratamiento no exento de polémica en la persecución de los delitos vinculados con la violencia doméstica y de género considerando que los mismos se cometen a menudo en la intimidad del ámbito doméstico o con la máxima clandestinidad, con lo que la principal fuente de prueba suele ser a menudo la propia víctima<sup>27</sup>. Además, también con frecuencia existe entre la víctima y el agresor o agresores un vínculo matrimonial o afectivo similar o una relación de parentesco que puede servir de excusa legítima para no colaborar en la persecución y castigo del delito. A ello hay que añadir la profusa casuística que ha rodeado a dicha cuestión y la,

25 Arts. 520.6.c) LECrim y 129 bis CP. Vid. LIBANO BERISTAIN, A.: “Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN”, en AA.VV.: *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (dirs. M. JIMENO BULNES; J. PÉREZ GIL), Bosch Editor, Barcelona, 2016, p. 697.

26 En relación al art. 3.1 de la LO 10/2007, el Pleno de la CNUFADN celebrado el 7 de julio de 2010 aprobó un listado de los posibles delitos comprendidos en aquél. Puede consultarse en [https://www.mjusticia.gob.es/es/EIMinisterio/OrganismosMinisterio\\_/Documents/1292428320953-Memoria\\_de\\_la\\_Comision\\_Nacional\\_para\\_el\\_uso\\_forense\\_del\\_ADN\\_Actividades\\_20092010.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/EIMinisterio/OrganismosMinisterio_/Documents/1292428320953-Memoria_de_la_Comision_Nacional_para_el_uso_forense_del_ADN_Actividades_20092010.PDF). En contra de tal amplitud vid. ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: “La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN”, *Diario La Ley*, núm. 6901, 2008, pp.1-8. La mayoría de los delitos a que se refiere el Convenio de Estambul estarían comprendidos en tal listado. Las únicas excepciones serían el delito de acoso (*stalking*) del art. 172 CP y el de matrimonios forzados del art. 172 bis CP por la sencilla razón de que su incorporación a la norma penal ocurre posteriormente, con motivo de la reforma de la misma mediante LO 1/2015, pero sin duda se han de entender incluidos atendiendo al bien jurídico que menciona el art. 3.1 LO 10/2007.

27 NAVARRO VILLANUEVA, C.: “La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género”, en AA.VV.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. M. DE HOYOS SANCHO), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 478.

en no pocas ocasiones, cambiante opinión de nuestros tribunales, lo que no ha aportado claridad al tema<sup>28</sup>. La recientemente aprobada LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia, ha puesto fin a algunos vaivenes y dudas interpretativas.

El vínculo conyugal o afectivo similar o la relación de parentesco son considerados por nuestro ordenamiento procesal en varias ocasiones, pero sobre todo, con motivo del deber de denunciar, pues constituye una excepción a la amplitud con la que se recoge dicha obligación (art. 261 LECrim) y, por otro lado, en relación con la obligación de declarar que afecta a los testigos con carácter general (art. 410 LECrim), pues también en estos casos tal obligación experimenta excepciones por la existencia de los vínculos y relaciones indicadas (arts. 416, 418 y 707 LECrim). Estas exenciones o dispensas son comunes en otros ordenamientos procesales y en nuestro caso cuentan, además, con respaldo constitucional, lo cual potencia su trascendencia<sup>29</sup>.

En relación al fundamento de la dispensa, ha entendido constante jurisprudencia que es el vínculo familiar y su trascendencia el que se antepone y prima ante la obligación de declarar que afecta al testigo. Así, afirma el Tribunal Supremo (TS) que “la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. (...). Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido”<sup>30</sup>. Hay que constatar igualmente que nuestros tribunales, tanto el TC como el TS, han propiciado el exacerbado valor de la dispensa al reconocerle efectos también en el caso de su ejercicio en el juicio

- 
- 28 RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, 2010, p. 27; MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género”, AA.VV.: *Tutela jurisdiccional*, cit., p. 458; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada”, *Estudios de Derecho Judicial*, “La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género”, núm. 139, 2007, pp. 192-194
- 29 Así, el art. 24.2 *in fine* CE dispone 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”. *Vid.* acerca de su naturaleza de derecho constitucional fundamental de configuración legal y en negativo RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: “Dispensa del deber de declarar contra parientes (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)”, *Diario La Ley*, núm. 7577, 2011, pp. 1-2.
- 30 SSTS 134/2007 22 febrero; 294/2009 28 enero; 319/2009 23 marzo; 160/2010 5 marzo. De forma análoga el Tribunal Constitucional en su STC 94/2010, de 15 de noviembre. Igualmente el TEDH en su ya célebre, en esta materia, sentencia en el caso *Unterpertinger c. Austria*, de 24 de noviembre de 1986, proclamaba en relación a la dispensa del deber de declarar contra parientes (art. 152.1 StPO austríaca) que la misma no transgredía el art. 6 CEDH “teniendo en cuenta los problemas particulares que puede plantear la confrontación entre un ‘acusado’ y un testigo de su propia familia, pues tiende a proteger a este último ahorrándole un problema de conciencia” (párrafo 30). En la doctrina *vid.* acerca de su fundamento CASTILLEJO MANZANARES, R.; SERRANO MASIP, M.: “Denuncia y dispensa del deber de declarar”, en AA.VV.: *Violencia de Género y Justicia* (dir. R. CASTILLEJO MANZANARES), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, pp. 556-559; HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: “La facultad”, cit., p. 197; HERRERO YUSTE, M.: “Violencia de género y art. 416 de la LECrim”, *La Ley Penal*, núm. 24, 2006, pp. 62-63.

oral<sup>31</sup> e impidiendo la posibilidad de incorporar a través de otras vías procesales (arts. 714 y 730 LECrim) las declaraciones que prestó el pariente-víctima en la fase preparatoria o de instrucción cuando no hizo uso de su facultad de dispensa<sup>32</sup>. No pocos pronunciamientos judiciales consideraron, además, que las declaraciones prestadas por quienes pudieron acogerse a la dispensa sin haber sido advertidos de dicha posibilidad eran radicalmente nulas y no podían desplegar ninguna eficacia probatoria (SSTS 662/2001 6 de abril; 385/2007 10 de mayo; 294/2009 28 de enero; 160/2010 5 de marzo) y que el derecho al que nos referimos se mantiene aunque se hubiera producido una ruptura del vínculo matrimonial o la análoga relación de afectividad, siempre que se refiriera a hechos acaecidos durante la pendencia de la relación<sup>33</sup>.

Como puede fácilmente deducirse, esta amplia interpretación de la dispensa implica que con frecuencia la acusación pierda con la ausencia de dicho testigo una posible prueba incriminatoria esencial para sancionar la infracción cometida en el ámbito de la violencia de género o violencia doméstica o contra la mujer, en general<sup>34</sup>. Por todo ello, el propio TS procuró ajustar su jurisprudencia incorporando una serie de limitaciones en el ejercicio de la dispensa. En concreto, a través de su Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 24 de abril de 2013, se resuelve la exclusión de la posibilidad de ejercicio de la dispensa en relación a los hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. A la anterior exclusión se añadió el supuesto “en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”. Como puede fácilmente colegirse, no se aclaraba en este último supuesto qué

31 El TS reconoció que cabía el ejercicio “tardío” del derecho a la dispensa en el juicio oral conforme al art. 707 LECrim aunque hubiera renunciado previamente al mismo y prestado declaración (SSTS 160/2010 5 marzo; 129/2009 10 febrero y 459/2010, 14 mayo). Algunas opiniones doctrinales eran de idéntico tenor, argumentando que, en consideración a su dimensión constitucional, como derecho fundamental que es, no puede presumirse la existencia de renunciaciones previas al ulterior ejercicio del derecho. A favor de dicha interpretación RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 312; en contra MAGRO SERVET, V.: “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, *Diario La Ley*, núm. 6333, 2005, p. 4.

32 SSTS 129/2009 10 febrero; 17/2010 26 enero; 95/2010 12 febrero; 160/2010 5 marzo; 459/2010 14 mayo). Esta doctrina jurisprudencial no obstaba a la existencia de opiniones favorables a la incorporación de las declaraciones sumariales. Vid. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: “El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 779, 2009, p. 8; PÉREZ CEBADERA, M. A.: “Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género”, en AA.VV.: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (coord. J. L. GÓMEZ COLOMER), Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón, 2007, p. 404. Vid. al respecto el análisis más completo de BELTRÁN MONTOLIÚ, A.: “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: Evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018, pp. 13-46.

33 Vid. el análisis de HERRERO ÁLVAREZ, S.: “El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio”, *Diario La Ley*, núm. 9693, 2020, p. 4.

34 El Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ propuso en su Informe de 20 de abril de 2006 que la dispensa del art. 416 LECrim no se extendiera a los parientes que fueran víctimas. Conforme a los datos recogidos en la Memoria de la FGE de 2020 se afirma “que la dispensa del art. 416 LECrim es la causa principal de la conclusión de los procedimientos sin fallo condenatorio, lo que produce sensación de impunidad”. <https://www.fiscal.es/documents/20142/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f>; pp. 790 y 792 [última consulta: 01-07-2021].

ocurría en el caso de que habiendo ejercido inicialmente la acusación, renunciara posteriormente a la misma y quisiera disfrutar de su derecho a la dispensa en el juicio oral. Alguna resolución del TS entendió que si la víctima-testigo había actuado en la causa como acusación particular su derecho a no declarar decaía “definitivamente” aunque con anterioridad al plenario renunciara a sus acciones penales y civiles (SSTS 449/2015 14 de julio; 557/2016 23 de junio).

Sin embargo, un nuevo Acuerdo del Pleno no jurisdiccional, de 23 de enero de 2018, enmienda esta línea interpretativa al estimar que “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 principal argumento utilizado por el TS descansa en que en el supuesto del art. 416 LECrim nos hallamos ante el desarrollo en el ámbito del proceso penal de “un derecho de rango constitucional proclamado en el art. 24 CE”. Lo anterior comporta, en opinión del TS, unas consecuencias exegéticas nada desdeñables en el sentido de que las limitaciones a ese derecho de rango constitucional han de ser interpretadas restrictivamente y han de venir impuestas por una norma con rango legal que sea respetuosa con el contenido esencial del derecho. En conclusión, resultan admisibles futuras restricciones del derecho mediante la correspondiente ley, pero el TS “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”<sup>35</sup>.

La cuestión parecía resuelta atendiendo a los argumentos de fundamento constitucional esgrimidos y a que no se había producido intervención legislativa en sentido restrictivo, tal y como contemplaba el Acuerdo y la posterior jurisprudencia del TS. Sin embargo, se vuelve a producir un nuevo giro con la STS 389/2020 10 de julio. En contra del Acuerdo de 2018, resolverá ahora el TS que la denuncia y la personación como acusación particular implican una renuncia al derecho a la dispensa que ya no puede recuperarse, aun cuando la víctima-testigo renuncie a ser parte acusadora.

Las razones esgrimidas por el TS en su cambio de posicionamiento serían, sintéticamente, las siguientes<sup>36</sup>: a) la interposición de denuncia, sobre todo en

35 También la STS 225/2020 25 mayo. No faltaron críticas a dicha interpretación al entender que así se debilitaba la persecución de los delitos de violencia de género. Vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L.: “El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo”, *Foro, Nueva época*, vol. 22, núm. 1, 2019, pp. 267-276.

36 Coincidimos con quienes suscriben los votos particulares en que las razones esgrimidas no justifican un cambio jurisprudencial de tal magnitud. Aceradas sobre este punto, particularmente, son las críticas que el magistrado DEL MORAL GARCÍA formula en aras a la necesaria seguridad jurídica y la misma funcionalidad de la jurisprudencia. En la doctrina destacan las críticas de VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L.: “A propósito de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio: reinterpreto el art. 416 LECrim en el ámbito de la violencia familiar”, *Diario La Ley*, núm. 9732, 2020, pp. 6 y ss.; CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género”, *Diario La Ley*, 2020, núm. 9713, p. 10; FLECHA



delitos de violencia de género, es incompatible con el ejercicio de la dispensa, pues supondría dejar sin contenido aquélla; b) una vez interpuesta denuncia y personada como acusación particular, la víctima renuncia a la dispensa y se entiende resuelto el conflicto que fundamenta la misma; ese estatuto ha de permanecer ya durante todo el proceso y la dispensa es irrecuperable como consecuencia de la renuncia; c) una vez expuesta la voluntad de denunciar, sin ser ello obligatorio, no hay espacio para la colisión entre el deber de declarar y posible conflicto con los vínculos familiares; d) de esta manera se evitan posibles coacciones a la víctima-testigo; e) resulta inadmisibles que una persona conserve la posibilidad de tener uno u otro estatuto a expensas de su voluntad; y f) al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente. Por último, aunque no se incorpore como una razón más, sino como conclusión, que a nuestro entender es la más importante, señala el TS que “una adecuada protección de la víctima justifica nuestra decisión”.

Como puede comprobarse sin mucho esfuerzo, son argumentos endebles para justificar el cambio de rumbo. Aunque se puede estar conforme con el resultado final (eliminar la dispensa y evitar el vacío probatorio subsiguiente) resulta incomprensible que nada se argumente acerca del fundamento que sostenía el Acuerdo de 2018 (explicado por la STS 205/2018 25 de abril), esto es, que la dispensa del art. 416 LECrim tiene un fundamento constitucional y que sólo mediante una ley, que ha de respetar su contenido esencial, pueden incorporarse posibles restricciones, pero en ningún caso por el TS. Sin embargo, contradiciendo lo anterior, hace el TS una interpretación restrictiva del ámbito de actuación del derecho a la dispensa. Pero no hay que confundir la crítica al modo cambiante de proceder del tribunal con la consecuencia o resultado últimos de dicho cambio, que satisfacen en última instancia las reclamaciones sostenidas de antiguo por los encargados de la persecución y enjuiciamiento de los delitos vinculados a la violencia de género y doméstica<sup>37</sup>, y que coinciden, además, con la opción del legislador de la LO 8/2021, de 4 de junio.

***B) La anhelada clarificación acerca de la dispensa por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.***

Como se ha visto arriba, la reclamación de que procedía una reforma de la dispensa a declarar estaba ampliamente extendida, sobre todo cuando el testigo

---

MUÑOZ, J.A.: “La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.I LECRIM y el ejercicio de la acusación particular”, *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020, p. 26.

37 En efecto, no son pocas las voces que miran a los resultados de la sentencia en cuestión. Así, se entiende que se protege mejor a la víctima de violencia de género frente a coacciones del agresor y se disminuye la probabilidad de una sentencia absolutoria. Vid. RUIZ RODRIGUEZ, M. A.: “La dispensa al deber de declarar (art. 416 Lecrim). Nueva vuelta de tuerca. Comentario a la Sentencia 389/2020 de 10 de julio”, *Diario La Ley*, núm. 9710, 2020, p. 6; FRANCO SERRANO, M.T.: “La declaración testifical de parientes. La dispensa a declarar de la víctima del delito. Tratamiento jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 9717, 2020, pp. 11-11; MARI FARINÓS, E.: “La STS 389/2020, de 10 de julio y el fundamento de la dispensa del derecho a no declarar del artículo 416 LECrim”, *La Ley Penal*, núm. 147, 2020, pp. 2-3.

es a su vez víctima del delito y también en los delitos de violencia de género. El argumento para la reforma no es otro que la ausencia de prueba de la acusación cuando la víctima-testigo hace uso de su derecho a la dispensa, pues su testimonio supone el medio de prueba más determinante, cuando no el único. Pues bien, esta reforma legal se ha materializado con la LO 8/2021 que tiene un ámbito de aplicación muy amplio y que no podía obviar los problemas interpretativos derivados de la dispensa y las trascendentales consecuencias prácticas que de ellos se derivan.

Pese al encabezamiento de la ley -protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia- las reformas que incorpora en materia de dispensa son más amplias y trascienden más allá de la consideración del menor. En el Preámbulo no se da cuenta detallada de las razones que impulsan la reforma en la materia. Cuando lo hace, alega que las excepciones a la dispensa de la obligación de declarar tienen como fin “proteger en el proceso penal las personas menores o con discapacidad necesitadas de especial protección”. Lo anterior es cierto, pues en adelante la dispensa a declarar no dependerá exclusivamente del vínculo que exista entre el investigado y el testigo, sino también en la condición de dicho testigo y en la de la víctima (minoría de edad o discapacidad). Pero tiene un ámbito que lo supera, pues incide en el recurrente tema de qué ocurre cuando quien tiene derecho a la dispensa se persona como acusación y, en su caso, renuncia a tal condición posteriormente.

El supuesto de hecho que fundamenta con carácter general el derecho a la dispensa en la nueva redacción del art. 416 LECrim no experimenta ningún cambio más allá de la lógica supresión de la remisión a los parientes “hijos naturales” que contemplaba el inciso 3º del art. 261 LECrim. En concreto, dispone como regla general dicho precepto que están dispensados de la obligación de declarar (art. 416.1 LECrim):

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

Lo que ahora nos interesa en esencia es el régimen de excepciones a esta regla general de la dispensa, que sí ha incorporado importantes modificaciones. Estas excepciones podemos agruparlas en tres categorías: a) las que atienden sobre todo a la víctima y a su condición de menor de edad o discapacitado; b) las que

atienden a la condición de menor de edad o discapacitado del testigo; y c) las que atienden a la condición del testigo que realiza actuaciones procesales que implican una renuncia previa al ejercicio de la dispensa.

En la primera categoría nos hallamos con las siguientes excepciones que implican una auténtica novedad legislativa: 1° “Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección”; 2° “Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”. En estos supuestos, la excepción a la dispensa de la obligación de testificar tiene fundamento en la prioridad que se concede a la tutela de la víctima menor de edad o discapacitada necesitada de especial protección frente al vínculo familiar, matrimonial o análogo del testigo. No cabe propiamente conflicto y existe obligación de declarar<sup>38</sup>.

A la segunda categoría pertenecería el inciso 3° del art. 416 LECrim que excluye la dispensa “cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oír previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver”. Esta situación, que se resuelve relativamente en la ley, sí que ha sido objeto de cuestión en los tribunales<sup>39</sup>. Conforme al nuevo inciso, sin el grado de discernimiento suficiente para comprender el sentido de la dispensa, no procede su reconocimiento y tampoco, por ende, la advertencia del juez de que no existe obligación de declarar. Sin embargo, no termina de rematar el legislador dos cuestiones cruciales al respecto. En primer lugar, qué ocurre con los menores o discapacitados que sin ser parientes o hijos del investigado conviven con él. Al no existir en sentido estricto ninguno de los vínculos antedichos, no procedería, en principio, ejercicio del derecho a la dispensa. Sin embargo, sí que puede producirse un conflicto convivencial en el caso de mantener la obligación de declarar. En segundo lugar, con qué edad se puede considerar que se comprende el sentido

38 Esta reforma de la dispensa a declarar como testigo se ha de entender como un complemento de las excepciones a la dispensa de la obligación de denunciar. En efecto, junto a la no obligación de denunciar que corresponde a los unidos por vínculo matrimonial o análogo o por vínculo de parentesco, se ha incorporado en el art. 261 LECrim un nuevo párrafo que excluye de la no obligación de denuncia por vínculo los casos en que “se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

39 En el asunto resuelto por la STS 1061/2009 26 octubre, entendieron los tribunales de instancia y el TS que “la corta edad de la menor (seis años en el momento de la exploración) le impedía tener capacidad –por sí misma- para determinar y distinguir aquello que en su relato pudiera perjudicar a su progenitor como imputado. Con lo que la exigencia del art. 416 LECr. no sería aplicable a nuestro caso”. Acerca del necesario “grado de discernimiento”, vid. RODRIGUEZ LAINZ, J. L.: “En torno”, cit., p. 33 y en *Juzgado de Violencia*, cit., pp. 301-302.

de la dispensa. Conforme a la ley será el juez quien resuelva, oyendo al afectado y pudiendo recabar el auxilio de peritos<sup>40</sup>.

La tercera categoría de excepciones al derecho a la dispensa tiene que ver con su compatibilidad respecto de determinadas actuaciones procesales previas con las que puede entrar en conflicto. Se resuelve así la incertidumbre que generó la STS 389/2020 sobre el ejercicio de la acusación y su eficacia respecto de la dispensa en una proyección de futuro. En adelante, no podrá ejercitar la dispensa el testigo que “esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular” (art. 416.1.4º LECrim). En definitiva, el ejercicio en cualquier momento de la acción penal como parte acusadora lleva implícita una renuncia al derecho a la dispensa, una renuncia con proyección futura. Idéntica proyección es la que resulta del nuevo inciso (5º) añadido al art. 416 LECrim que también ha convertido en irrecuperable el derecho a la dispensa una vez que el testigo, sin llegar a personarse como parte acusadora, renuncia a aquel derecho y acepta declarar. Exige la ley que para que la renuncia a la dispensa surta este efecto irrevocable es preciso que el testigo haya sido informado o advertido debidamente de su derecho a no declarar.

Ha de reconocerse que la reforma legal en materia de dispensa va a contribuir al aseguramiento del acervo probatorio en el que ha de incluirse el testimonio de la víctima y que resulta crucial en la mayoría de los delitos comprendidos bajo el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul. De esa manera se contribuirá, a su vez, a disminuir el riesgo de impunidad en un contexto de escasez probatoria. Pero ello se hará a costa de la voluntad de la víctima que en un momento dado ha renunciado al ejercicio de la dispensa. Por tal motivo, no se puede desdeñar la opinión de quienes concluyen que la solución en supuestos similares no consiste tanto en “obligar a la víctima a declarar, no permitiéndola acogerse a la dispensa del 416 LECr, sino que las Administraciones competentes en esta materia, incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su propia voluntad”<sup>41</sup>.

40 Algunos entienden que la madurez suficiente para entender el sentido de la dispensa a que se refiere el precepto puede situarse en la edad de 14 años considerando lo dispuesto en el art. 449 ter LECrim en su nueva redacción; vid. MAGRO SERVET, V.: “Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Diario La Ley*, núm. 9862, 2021, p. 9. Poco antes de que se aprobara la LO 8/2021, el TS consideró en relación a la dispensa de los testigos menores que la necesidad de ponderación surgiría en la franja de edad de los 12 y los 14 años (STS 329/2021 22 abril). Vid. igualmente el análisis jurisprudencial sobre este punto de MARAVALL BUCKWALTER, I.: “El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *InDret*, núm. 1, 2019, pp. 13-17.

41 Así se expresaba con anterioridad a la reforma legal, pero comentando la STS 389/2020 10 julio, CASTILLEJO MANZANARES, R.: “Nueva doctrina”, cit., p. 10. También VACAS CHALFOUN, A.E.: “Dispensa del deber”, cit., p. 10. LÓPEZ CHACÓN, M.J. pone su foco de atención en la necesidad de prestar una asistencia letrada adecuada y de calidad en un momento tan trascendental como es el de interponer denuncia (y renunciar a la dispensa) algo que no ocurre siempre y tampoco en las condiciones precisas de serenidad y sosiego para ello: “La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECRIM y el ejercicio de la acusación particular Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9729, 2020, pp. 4-6.

#### 4. Reiteración de testimonios, victimización secundaria y la prueba preconstituida (¿como posible solución?)

##### *A) Evitación de la reiteración de testimonios en el Convenio de Estambul.*

El Convenio de Estambul plantea la necesidad de un adecuado equilibrio entre dos vectores cuya existencia plantea en no pocas ocasiones problemas de compatibilidad. Se pretende, por un lado, que la investigación y persecución de los hechos delictivos que contempla sea efectiva, sin dilaciones injustificadas y sin perjuicio del derecho a la víctima a todas las fases del proceso penal. Pero, aun a sabiendas de que la propia víctima ostenta un protagonismo probatorio incuestionable, pretende que aquellos objetivos se alcancen evitándole a aquélla más perjuicios de los que sean absolutamente imprescindibles. En consonancia con lo anterior, exige el Convenio a los Estados Parte que adopten las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para salvaguardar los derechos e intereses de las víctimas, “incluidas sus necesidades específicas cuando actúen en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y procedimientos judiciales” (art. 56.1). Se mencionan de este modo una serie de objetivos-medidas que los Estados Parte han de procurar garantizar en consideración a la víctima que interviene como testigo, entre otras, amparar a aquélla ante el riesgo de una nueva victimización [a] implícita en la participación en el procedimiento policial preliminar o en el proceso judicial (art. 56.2).

##### *B) Preconstitución probatoria como solución. Posibles conflictos con el principio de contradicción.*

De todas las medidas mencionadas, quizás la más controvertida sea la que propugna evitar la victimización secundaria que se deriva del hecho de que la víctima haya de declarar como testigo en reiteradas ocasiones y en distintas fases del proceso, procediéndose para ello a realizar una grabación de la declaración por medios audiovisuales y reproduciéndola en el juicio oral en sustitución de la que correspondería prestar en dicha fase procesal. La sustitución mencionada evitaría, en efecto, la victimización secundaria derivada de la reiteración de las declaraciones a la que se ve compelida la víctima y que está, precisamente, en el punto de mira del primer Informe GREVIO sobre España hasta el punto de “instar” –esto es, nivel de urgencia prioritario- a las autoridades españolas “evitar(se) que las víctimas atraviesen de forma repentina experiencias traumáticas durante los procesos de investigación y judiciales”. La situación es, en especial, apremiante en lo que toca a los menores que hayan sido víctimas y testigos, no sólo con el objeto de velar por el superior interés del menor, sino porque también su testimonio presenta características particulares, pues a menor edad del testigo el riesgo de deterioro o degradación de la memoria es mayor; pues la misma se va desarrollando progresivamente, y también el riesgo de sugestibilidad que, además,

se incrementa igualmente por el transcurso del tiempo desde el acontecimiento<sup>42</sup>. En estos casos se dan, por consiguiente, razones añadidas para proceder a explorar de forma inmediata al menor y para preconstituir la prueba mediante su grabación y audiencia en el acto del juicio oral sin someter a aquél a posteriores situaciones de victimización secundaria. Procede, por lo tanto, actuar siguiendo el protocolo que ya apuntaba el Convenio de Lanzarote en tal sentido<sup>43</sup>.

El principal obstáculo que plantea la grabación de la declaración del testigo y su reproducción en el juicio oral en sustitución de su deposición presencial es el relacionado con el derecho a la defensa y a la contradicción que corresponde al acusado y con el derecho al proceso (juicio) público y con todas las garantías. El equilibrio entre la consideración debida a la víctima-testigo, sobre todo si es menor, y los derechos correspondientes al acusado se antoja difícil de alcanzar, máxime cuando con frecuencia estas conductas delictivas tienen lugar en un contexto de clandestinidad y cuando la declaración de aquella víctima constituye la única prueba de cargo.

Tratándose de menores de edad víctimas de delitos, con frecuencia contra la indemnidad sexual, se ha admitido en la jurisprudencia la preconstitución probatoria del testimonio de aquéllas con anterioridad al juicio oral procediendo a la grabación del mismo y a su posterior reproducción en el plenario. El argumento utilizado ha sido el expuesto anteriormente, esto es, evitar la victimización secundaria y también rodear la práctica de esta diligencia de las debidas garantías ante la posible degradación de la memoria del menor y su mayor sugestibilidad con el transcurso del tiempo. En todo caso, esta medida no se ha aplicado de forma automática, sino cumpliendo una serie de requisitos entre los que destaca el debido respeto al derecho de contradicción y defensa del acusado.

42 Esta situación afectaría a los menores de 3 a 5 años. Vid. ÁLVAREZ RAMOS, F.: "El testimonio infantil: técnicas de obtención y evaluación de su credibilidad", en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. VARONA MARTÍNEZ), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 434-440. Sobre tales problemas se han pronunciado igualmente los tribunales españoles (SSTS 579/2019 26 noviembre; 222/2019 29 abril). A ello habría que añadir el riesgo de presiones externas o el peligro de manipulación del ánimo del menor especialmente vulnerable a posibles influencias externas. Vid. al respecto ORMAZABAL SÁNCHEZ, G.: "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo", en AA.VV.: *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (dirs. T. ARMENTA DEU; S. OROMÍ VALL-LLOVERA), Colex, Madrid, 2010, p. 140.

43 A saber, que: a) las entrevistas al niño tengan lugar sin demora injustificada; b) las entrevistas al niño se realicen, en su caso, en lugares concebidos o adaptados a tal fin; c) las entrevistas al niño se lleven a cabo por profesionales debidamente formados a tal efecto; d) en la medida de lo posible y siempre que sea apropiado, el niño sea siempre entrevistado por las mismas personas; e) el número de entrevistas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento penal; f) el niño pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, salvo decisión motivada en contrario respecto de dicha persona (art. 35.1). Junto a las anteriores, en inciso diferente, se añade que las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, "puedan ser grabadas en vídeo y para que dicha grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno" (art. 35.2). Sobre el ordenamiento español vid. SERRANO MASIP, M.: "Medidas de protección de las víctimas", en AA.VV.: *La víctima del delito* (dir. M. DE HOYOS SANCHO), cit., pp. 37-145.

Resulta habitual que este tipo de procedimientos comience mediante la interposición de una denuncia ante la policía y constituye este momento el primero en que la víctima-testigo ha de recordar ante instancias oficiales el acontecimiento delictivo que resulta con frecuencia traumático. Pero la declaración hecha por la víctima ante las fuerzas de seguridad carece de valor probatorio si no se ratifica ante la autoridad judicial y no puede ser considerada para desvirtuar la presunción de inocencia aunque se haya procedido a la grabación del testimonio y su reproducción en el juicio oral<sup>44</sup>. La misma suerte ha de correr la declaración prestada ante la psicóloga forense adscrita al juzgado si en la misma no intervino el juez de instrucción ni las partes, en particular el imputado con su abogado para que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo con garantía de la posibilidad de contradicción<sup>45</sup>.

La posibilidad de que la declaración del testigo grabada por medios audiovisuales en la fase de instrucción pueda reproducirse en el juicio oral y pueda servir para desvirtuar la presunción de inocencia llegando a sustituir la declaración presencial prestada por aquél con intermediación ante el tribunal enjuiciador tiene su fundamento en el art. 448 LECrim<sup>46</sup> y en el art. 730 LECrim<sup>47</sup>. El primero es relativo a la forma de recibir declaración a los testigos –con especial referencia a los testigos menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada- y a las garantías que han de rodear la misma –sobre todo asegurando la posibilidad de contradicción de las partes- cuando se contemple la posibilidad de que el testigo no vaya a concurrir al juicio oral –prueba anticipada o preconstituida-. El segundo

44 Según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS, de 3 de junio de 2015, “Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 de la LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECrim. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron”. También según constante jurisprudencia. Entre otras, la STS 222/2019 29 abril.

45 Vid. lo resuelto en la STS 222/2019 29 abril, sobre la incorporación al juicio oral bajo la forma de un informe pericial de lo que en realidad era la grabación de la declaración prestada por las víctimas-testigos ante la psicóloga forense pero sin presencia judicial ni de las partes.

46 Su párrafo primero dispone que “Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifestamente impertinentes”. De forma similar para el procedimiento abreviado el art. 777.2 LECrim, pero con un título habilitante más amplio, no limitado al lugar de residencia de un testigo o víctima (“o por otro motivo”).

47 “Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Acerca de la falta de coordinación entre tales preceptos vid. SERRANO MASIP, M.: “Medidas de protección”, cit., pp. 158-159.

es relativo al modo de incorporación de esa prueba preconstituida o anticipada en el acto del juicio oral, cuando no sea posible la reproducción de las diligencias sumariales en dicho acto.

En realidad, del conjunto de los preceptos mencionados no se deriva de forma automática que se vayan a grabar las declaraciones de los testigos, menores o no, y se reproduzcan en el juicio oral en sustitución de la declaración prestada por aquéllos con intermediación ante el tribunal enjuiciador. Así lo ha establecido con claridad la jurisprudencia del TS que parte de la necesidad de respetar adecuadamente los derechos del acusado en el proceso penal, pues “en ningún caso se puede justificar prescindir de las garantías esenciales del derecho a la defensa”. El principio de contradicción y el derecho de defensa no pueden desplazarse “por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad, esto es, la presencia de un niño en el proceso no permite un debilitamiento de las garantías procesales” (SSTS 598/2015 14 de octubre; 579/2019 26 de noviembre, entre otras).

Por consiguiente, la jurisprudencia del TC y del TS contempla como regla general que sólo las pruebas practicadas en el juicio oral son válidas para enervar la presunción de inocencia y esto es aplicable, en principio, también al menor. Para exceptuar esta regla general y para que la declaración grabada en fase sumarial y practicada como prueba preconstituida pueda sustituir a la prestada con intermediación en el juicio oral se han de dar una serie de presupuestos y requisitos que conforme a la jurisprudencia mencionada serían los siguientes: a) la existencia de una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral; b) la necesaria intervención del juez de instrucción; c) la garantía de la posibilidad de contradicción, para lo que habrá de convocarse al abogado del imputado a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo; y d) la incorporación al juicio oral del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta o mediante el visionado de la grabación de la diligencia, posibilitando que su contenido acceda al debate procesal público.

En el supuesto concreto de los menores testigos-víctimas y de la posibilidad de preconstitución probatoria mediante la grabación de su declaración en la fase de instrucción, son dos las cuestiones que han generado mayor controversia: la concurrencia de una causa legítima que justifique la no declaración en el juicio oral, por un lado, y la necesaria garantía del derecho de defensa del acusado, por otro.

Sobre el primero de los presupuestos, lo cierto es que los preceptos que hemos mencionado como fundamento se refieren a la “imposibilidad” de concurrencia (art. 448 LECrim), de práctica (art. 777.2 LECrim) o de reproducción de las diligencias sumariales (art. 730 LECrim). En el caso que nos ocupa no concurre en su literalidad dicho impedimento en la mayor parte de las ocasiones, esto es, la imposibilidad material o física de que el menor comparezca como testigo en el



juicio oral. El concepto de imposibilidad de asistir al juicio oral ha de asumir, en este caso, un sentido distinto. Así, ha entendido la jurisprudencia del TS que dentro del concepto de imposibilidad de asistencia al juicio se han de incluir los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales "con el fin de evitar riesgos de su victimización secundaria cuando sea previsible que dicha comparecencia en juicio puede comportar daños psicológicos"<sup>48</sup>. La concurrencia de esta circunstancia sería razón suficiente y fundada para justificar la ausencia en el juicio oral<sup>49</sup>. Sin embargo, la mera condición de menor del testigo no opera automáticamente, ni justifica en todo caso dicha imposibilidad. Como ha insistido el TS, la victimización secundaria y el riesgo de daño psicológico en el caso de comparecer y verse sometido al interrogatorio de las partes no puede presumirse, sino que debe ser explícito y acreditarse mediante el correspondiente informe psicológico o mediante cualquier otra circunstancia que permita objetivar y avalar la existencia del perjuicio del menor, por lo que no existe una especie de "presunción de victimización secundaria", sino una circunstancia que ha de ponderar y valorar el tribunal en cada caso (STS 579/2019 26 de noviembre).

El segundo de los presupuestos que más controversia ha generado es el relativo a si se garantiza y en qué grado el derecho a la defensa y la debida contradicción del acusado si se toma como fundamento para enervar la presunción de inocencia una declaración no practicada en el juicio oral y público, sino grabada con anterioridad, incluso estando justificada la evitación del juicio como es el caso de los menores víctimas<sup>50</sup>. La garantía de la defensa y la contradicción está contemplada en los preceptos que sirven de fundamento a la prueba preconstituida o anticipada. Tanto el art. 448 LECrim para el procedimiento ordinario por delitos graves, como el art. 777.2 LECrim para el procedimiento abreviado, prevén que la declaración del testigo se practique "asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes" y el primero de los preceptos añade, además, que se ha de permitir al abogado defensor y a las restantes partes que puedan formular cuantas preguntas tengan por conveniente<sup>51</sup>.

48 SSTS 71/2015 4 febrero; 366/2016 28 abril; 750/2016 11 octubre; 178/2018 12 abril; 579/2019 26 noviembre. También es opinión pacífica del TC (STC 57/2013, de 11 de marzo) y del TEDH (STEDH asunto *Bocos-Cuesta c. Países Bajos*, de 10 de noviembre de 2005). Vid. igualmente al respecto MONTESINOS GARCÍA, A.: "La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral", en AA. VV.: *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales* (coord. O. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 246; MARAVALL BUCKWALTER, I.: "El derecho", cit., p. 38; BLANCO GARCÍA, A.I.: "El nuevo régimen de la declaración de testigos del Estatuto de la Víctima del delito: reforma del artículo 433 de la LECrim", en AA. VV.: *El Proceso Penal*, cit., pp. 208-217.

49 El art. 433 LECrim, reformado igualmente por la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, se refiere al modo de recibir declaración al testigo menor o con la capacidad judicialmente modificada –con la intervención de expertos– sin hacer mención explícita alguna a la imposibilidad de su reproducción, pero imponiendo al juez la obligación de acordar la grabación de la declaración. Vid. al respecto BLANCO GARCÍA, A.I.: "El nuevo", cit., pp. 208-217.

50 MONTESINOS GARCÍA, A.: "La lectura", cit., p. 225.

51 Acerca de la excepcionalidad de tal posibilidad vid. SERRANO MASIP, M.: "La protección del menor víctima de delito durante el interrogatorio o exploración en el proceso penal", en AA.VV.: *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer* (coord. J. L. GÓMEZ COLOMER), vol. II,

Idéntico estándar en la ponderación de los intereses del testigo menor merecedores de tutela y de los derechos a la defensa del acusado es el que cabe extraer de la jurisprudencia del TEDH acerca del derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra [art. 6.3.d) CEDH] que es un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH). También en estos supuestos, parte el TEDH del hecho como regla general de que, conforme al art. 6 CEDH, “todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas”. Admite, sin embargo, que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con dicho precepto<sup>52</sup>. Sobre este punto reconoce el TEDH un cierto margen de arbitrio a los tribunales nacionales para decidir si es necesario o aconsejable recibir el testimonio de un testigo, dado que el art. 6 CEDH “no confiere al acusado un derecho ilimitado a exigir la comparecencia del testigo en el juicio”<sup>53</sup>. El TEDH admite, por consiguiente, la posibilidad de excepciones como en el supuesto de las causas penales relativas a delitos sexuales que resultan particularmente penosas para la víctima, sobre todo cuando ha de personarse en contra de su voluntad frente al acusado y cuando se trata de un menor. Por lo tanto, estima el Tribunal de Estrasburgo que para valorar si se ha sometido al acusado a un juicio con todas las garantías, debe tenerse en cuenta también el derecho a la intimidad de las supuestas víctimas<sup>54</sup>.

Por otro lado, la no comparecencia del testigo de cargo en el acto del juicio debe ser compensada con el reconocimiento al acusado de la “oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento”. Sólo de esta manera se considerarán respetados los derechos de la defensa. Pero a la hora de ponderar si el acusado ha dispuesto de un proceso equitativo, el TEDH se remite a la necesidad de considerar los intereses contrapuestos de la defensa, de la víctima y de los testigos, así como del interés público en la administración

---

Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015, p. 1151; MONTESINOS GARCÍA, A.: “La lectura”, cit., p. 225.

52 Decisión del TEDH en el asunto *González Nájera c. España*, de 11 de febrero de 2014; SSTDH asunto *Bocos-Cuesta c. Países Bajos*, de 10 de noviembre de 2005; asunto A.S. c. *Finlandia*, de 28 de septiembre de 2010; asunto *Gani c. España*, de 19 de febrero de 2013.

53 Decisión TEDH asunto *González Nájera c. España*, de 11 de febrero de 2014. STEDH asunto A.S. c. *Finlandia*, de 28 de septiembre de 2010: “As a general rule, paragraphs 1 and 3(d) of Article 6 cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his lawyer, whether by means of cross-examination or by any other means, but rather that the accused must be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statements or at a later stage”.

54 Vid. al respecto COSSINS, A.: “Cross-Examination in Child Sexual Assault Trials: Evidentiary Safeguard Or An Opportunity To Confuse?”, *Melbourne University Law Review*, 2009, vol. 33, disponible en internet: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2009/3.html>. [última consulta: 10-07-2021].

efectiva de la justicia. En este contexto, el TEDH resume de la siguiente manera las mínimas garantías (*minimum guarantees*) relativas al acusado que han de ser respetadas: a) el sospechoso debe ser informado de que va a declarar el menor; b) debe ofrecérsele la oportunidad de observar la declaración, bien durante su desarrollo, bien posteriormente en una grabación audiovisual; y c) debe disponer de la oportunidad de formularle preguntas, directa o indirectamente, en el curso de su primera entrevista o en un momento posterior<sup>55</sup>.

La doctrina sentada por el TEDH en supuestos como los que nos ocupan ha sido asumida por nuestro TC. Así lo reconoce expresamente en varias de sus resoluciones, de modo que, como punto de partida, hemos de considerar que “en nuestra tradición jurídica la forma natural de refutar las manifestaciones inculpativas que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral”. Pero admitiendo, a su vez, que “el testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia”. En estos supuestos, “resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada” (SSTC174/2011, de 7 de noviembre; 57/2013, de 11 de marzo).

El estándar exigido por el TS para equilibrar la merma que en los derechos del acusado supone no poder confrontar el testimonio del testigo en el acto del juicio oral es, sin embargo, más elevado. Entiende, con razón, el TS que la contradicción en la fase de instrucción y la que puede tener lugar en la fase de plenario no son comparables. Dice al respecto que “por más que en la prueba preconstituida se garantizase la contradicción, se trata de una contradicción limitada y no equivalente a la propia del juicio oral”. La contradicción se garantizaría en su plenitud sólo en el juicio oral, “pues sólo en ese momento se dispone de la hipótesis acusatoria formalizada y se conoce el contenido de los elementos investigativos empleados para construirla, así como el listado de los medios de prueba propuestos para verificarla”. La contradicción en la prueba sumarial preconstituida es, sin embargo, distinta, pues “se produce cuando existe una simple inculpación, generalmente vaga, por cuanto el acto investigativo esencial tanto para delimitar debidamente dicha inculpación como para apoyarla tendrá lugar precisamente en este acto de preconstitución”. Esta diferencia resulta esencial desde el punto de vista del derecho a la defensa que puede resultar menoscabado limitando de este modo la contradicción, pues no se conoce todavía el resultado de otras diligencias de

55 SSTDH asunto A.S. c. *Finlandia*, de 28 de septiembre de 2010; asunto *Gani c. España*, de 19 de febrero de 2013; Decisión TEDH asunto *González Nájera c. España*, de 11 de febrero de 2014.

investigación que se practicarán en el futuro, ni datos o circunstancias relevantes cuya introducción en el interrogatorio del menor podrían resultar relevantes<sup>56</sup>.

Esta merma en el derecho a la defensa del acusado podría mitigarse de alguna manera mediante la reproducción del soporte audiovisual que documenta la exploración del menor en el juicio oral y posibilitando someter nuevamente a contradicción la prueba. Pero como muy bien concluye el mismo TS tampoco serían equivalentes el derecho a la contradicción sobre la prueba ya formada y el derecho a la contradicción sobre la prueba en formación<sup>57</sup>. La situación es compleja y la solución equilibrada difícil de alcanzar<sup>58</sup>. Resulta preciso perfilar el momento del proceso en que resulte más adecuada la práctica de la exploración del menor teniendo en cuenta los derechos y circunstancias afectados<sup>59</sup>.

### C) La preconstitución probatoria obligatoria en la L.O. 8/2021.

Las dificultades que plantea el tratamiento de la cuestión, la complejidad en la búsqueda del necesario equilibrio entre los derechos del acusado, los de la víctima y los de la propia sociedad, derivaron en una reclamación a favor de que se abordara la misma por el legislador<sup>60</sup>. Esta regulación ha venido de la mano, nuevamente, de la L.O. 8/2021. De entre sus relevantes aportaciones destaca el de la incorporación en estos casos de la prueba preconstituida. No sólo se regula expresamente, sino que en dicha regulación la prueba preconstituida se configura como obligatoria, debiendo la autoridad judicial acordarla "en todo caso"<sup>61</sup>.

Parte el legislador de la premisa de que la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para "evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección" (Preámbulo). Desde el punto de vista del ámbito de aplicación subjetivo de la reforma, la prueba preconstituida se acordará por la autoridad judicial, en todo caso, "cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial" (art. 449 ter. I LECrim). De este modo se amplía considerablemente el abanico de supuestos

56 STS 579/2019 26 noviembre. En la doctrina, vid. SERRANO MASIP, M.: "La protección", cit., p. 1167.

57 STS 579/2019 26 noviembre. Igualmente, CABEZUDO RODRIGUEZ, N.: *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 155-156.

58 En un momento, además, en el que se cuestiona en la propia cultura jurídica de *commom law* que el interrogatorio cruzado (*cross-examination*) del menor sea lo más adecuado, pues aquél se utiliza de forma inapropiada para aprovecharse de la vulnerabilidad del menor dificultando su recuperación psicológica. Vid. COSSINS, A.: "Cross-Examination", cit.

59 SERRANO MASIP, M.: "La protección", cit., pp. 1171-1172.

60 Reclamación de nuestros tribunales (STC 57/2013, de 11 de marzo) y también de la doctrina: MONTESINOS GARCÍA, A.: "La lectura", cit., p. 220.

61 El Pacto de Estado contra la violencia de Género propone también "establecer el uso preceptivo de la video-grabación de las declaraciones de los/las menores para evitar la revictimización".

en los que subjetivamente procede acordar la prueba preconstituida, ya que no se trata, como en la mayoría de casos controvertidos analizados en la jurisprudencia, de menores preescolares (3-5 años), sino que se amplía esa franja de edad hasta los 14 años. Además, se añade con buen criterio el supuesto de las personas con discapacidad necesitada de especial protección.

Dentro todavía del ámbito subjetivo, conviene matizar que la preconstitución probatoria no está vinculada necesariamente a la suma de la condición de testigo y víctima de quien ha de deponer, pues los preceptos reformados o incorporados como novedad se refieren en todo caso al “testigo” menor de edad o persona con discapacidad necesitada de protección, pero no a que el mismo sea, además, víctima del delito. Lo que permite cuestionar el fundamento mismo de la reforma según el Preámbulo cuando proclama que la prueba preconstituida es “un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

Desde el plano objetivo se produce igualmente una considerable ampliación de los delitos en que resulta procedente el recurso a la preconstitución probatoria. Si hasta ahora ha predominado el perfil de delitos de agresión sexual cometidos contra menores o personas con discapacidad, con la reforma se amplía a otros en los que se pretende, en nuestra opinión, una protección del testigo por motivos distintos a los de evitar la victimización secundaria o a los de evitar los graves perjuicios psicológicos que implica enfrentarse al acto del juicio oral con plenitud de debate. En efecto, se trata a partir de ahora de que el procedimiento judicial en el que se acuerde la prueba preconstituida “tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo” (art. 449 ter. I LECrim)<sup>62</sup>.

Cumpléndose ambos requisitos, subjetivo y objetivo, la ley obliga a la autoridad judicial a acordar, en todo caso, la práctica de la audiencia al menor como prueba preconstituida.

En cuanto a los requisitos formales de práctica de la prueba preconstituida, podemos distinguir dos finalidades diferentes al respecto. Por un lado, nos encontramos con las formalidades orientadas a proteger al testigo que ha de deponer para impedir o reducir los perjuicios que para el mismo puedan derivar

<sup>62</sup> Resulta difícil de entender en este contexto la previsión contemplada en el mismo precepto *in fine* relativa a que “las medidas previstas en este artículo podrán ser aplicables cuando el delito tenga la consideración de leve”.

de la práctica de la diligencia; así, procurando evitar la confrontación visual entre el menor y la persona investigada utilizando para ello, si fuera necesario, cualquier medio técnico (arts. 449 ter.III y 707.II LECrim); también contemplando la posibilidad de que la audiencia al menor se practique a través de expertos (art. 449 ter LECrim). Estas medidas ya estaban previstas con anterioridad en la norma procesal (arts. 433, 448, 707 LECrim) y fueron incorporadas mediante la Ley 4/2015, del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. Sin embargo, las novedades incorporadas con la LO 8/2021 obvian u olvidan la referencia expresa a la víctima (testigo) salvo en el caso del nuevo art. 730 LECrim.

Por otro lado, podemos diferenciar un segundo grupo de formalidades previstas en la práctica de la prueba con la finalidad de garantizar el derecho de defensa y la contradicción durante la misma. Tampoco constituyen en sí mismo una novedad, pues ya con anterioridad a la reforma se hacía referencia expresa a la necesidad de “asegurar en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes” en la práctica de la prueba anticipada a través de la presencia del procesado y de su abogado defensor y con la posibilidad de que las partes pudieran formular al testigo las repreguntas que considerasen convenientes y el juez estimare pertinentes (art. 448 LECrim o art. 777.2 LECrim para el procedimiento abreviado). En todo caso, lo que antes de la reforma consistía en la presencia de imputado y su abogado, ahora exige: a) que la persona investigada haya sido debidamente citada, pues en ese caso su ausencia no impedirá la práctica de la prueba preconstituida; y b) que, esté presente o no la persona investigada, es incuestionable la asistencia, “en todo caso”, de su defensa letrada que podrá, sin embargo, ser sustituida por el abogado de oficio expresamente designado al efecto en los casos de incomparecencia injustificada del defensor del investigado o de concurrir razones de urgencia para proceder inmediatamente (art. 449 bis LECrim).

Garantizado de esa manera el principio de proporcionalidad, han de adoptarse igualmente las medidas de aseguramiento necesarias para que la futura reproducción de la grabación audiovisual de la víctima o testigo en el acto del juicio oral sea posible. Dispone la ley posterior a la reforma (art. 449 bis. III LECrim) que corresponde a la autoridad judicial asegurar la documentación de la declaración “en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen”. Se añade a lo anterior algo que, por obvio, no resulta menos importante atendiendo a las incidencias que se producen a diario en nuestros tribunales, y es que deberá el LAJ “comprobar la calidad de la grabación” y ha de hacerlo inmediatamente al objeto de evitar

desagradables sorpresas en el futuro<sup>63</sup>. Este último autorizará igualmente acta sucinta con la identificación y forma de todas las personas intervinientes<sup>64</sup>.

Por último, nos encontramos con los requisitos que han de cumplimentarse para la posible valoración de la prueba preconstituida. La principal novedad incorporada por la LO 8/2021, junto a la obligatoriedad de que el juez acuerde la prueba preconstituida siendo el testigo menor de catorce años o persona discapacitada, es que como regla general no será necesaria la presencia de éste en la vista. Es decir, si existe prueba preconstituida conforme a lo visto hasta ahora, se sustituye la presencia física del testigo y su declaración ante el tribunal enjuiciador por la reproducción, en su lugar, de la grabación audiovisual<sup>65</sup> que contiene dicha declaración practicada con la debida contradicción. Evidentemente, y con pleno respeto del principio de aportación de prueba a instancia de parte, la reproducción de la grabación en el juicio ha de ser solicitada expresamente por aquélla a la que interese (arts. 703 bis, 730.2 y 788.2 LECrim).

Ahora bien, siendo la regla general la no necesaria presencia del testigo menor de catorce años o persona discapacitada en el acto de la vista si ya existe una prueba preconstituida, ha optado el legislador, con acierto en nuestra opinión, por no revestir esa regla general de tintes absolutos o categóricos. Esto es, se admiten excepciones. Así, dispone el nuevo art. 703 bis LECrim que la autoridad judicial “solo” podrá acordar la intervención del testigo en el acto del juicio “con carácter excepcional”. Contempla el legislador al respecto dos situaciones distintas de forma un tanto confusa. Por un lado, cuando la intervención en juicio del testigo menor de catorce años o discapacitado: a) sea interesada por alguna de las partes; b) se considere necesaria por el juez; y c) así lo justifique en una resolución motivada (párrafo segundo). Por otro lado, cuando la misma intervención en juicio sea acordada por la autoridad judicial encargada del enjuiciamiento a instancia de parte “cuando la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el artículo 449 bis y cause indefensión a alguna de las partes” (párrafo tercero)<sup>66</sup>.

63 Vid. sobre las garantías de autenticidad e integridad de las grabaciones y el control de su adecuado funcionamiento, los importantes pronunciamientos del TS (SSTS 529/2017 11 julio; 84/2018 15 febrero) y el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de dicha Sala, de 24 de mayo de 2017.

64 En opinión de MARTÍNEZ GUERRERO, A. la referencia al acta sucinta supone un elemento distorsionador si supone la presencia del LAJ durante el acto. “Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim”, *Diario La Ley*, núm. 9872, 2021, pp. 3-7.

65 La reproducción en el juicio oral de la grabación audiovisual otorga más criterios de valoración al órgano de enjuiciamiento que la mera lectura de las declaraciones del testigo. Vid. MAGRO SERVET, V.: “Análisis de”, cit., p. 13.

66 Los dos supuestos recogidos en dos párrafos distintos están planteados un tanto confusa. Los requisitos del primer supuesto (necesidad, resolución motivada, petición de parte) son trasladables, entendemos, al segundo supuesto. En el segundo supuesto, además, no entendemos el empleo de la conjunción copulativa para ambos presupuestos, pues consideramos que con la concurrencia de cualquiera de ellos sería deseable excluir la prueba preconstituida.

La incorporación de cierta flexibilidad es de agradecer para poder considerar las circunstancias particulares concurrentes en cada caso. A la diferente eficacia de la contradicción plena o limitada hemos de añadir que el legislador ha optado por una franja de edad muy amplia. Menores de catorce años. Dice el Preámbulo que se trata de evitar que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio oral “afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables”. Pero hemos visto que, por regla general, el riesgo de deterioro de la memoria y de sugestibilidad del testigo infantil se centra en la edad preescolar y que a partir de los cinco años los recuerdos son cualitativamente iguales a los de los adultos<sup>67</sup>. La misma exigencia de ponderación puede derivarse de la particular consideración en cada caso del testigo con discapacidad necesitada de especial protección y de sus circunstancias. Por último, no hay que perder de vista que los preceptos que se incorporan en la LECrim con la reforma se refieren constantemente al testigo. No al testigo víctima del delito (sí el Preámbulo, en cambio). Es un error que hay que corregir inmediatamente en nuestra opinión. Los tribunales nacionales y sobre todo el TEDH han sido comprensivos con la limitación del derecho del acusado a confrontar la declaración del testigo en un juicio público [arts. 6.1 y 6.3.d) CEDH], pero en circunstancias muy particulares y siempre, o casi siempre, atendiendo al sufrimiento añadido y a las dificultades de recuperación psicológica que la declaración en la vista puede reportar a la víctima. Aunque la referencia al testigo-víctima se sugiere en el articulado, no estaría de más una mención expresa al respecto.

---

67 ÁLVAREZ RAMOS, F.: “El testimonio”, cit., pp. 434-439.



## BIBLIOGRAFÍA

ALMODÓVAR PUIG, B.: *Delitos perseguibles a instancia de parte. Respuestas materiales y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ÁLVAREZ RAMOS, F.: "El testimonio infantil: técnicas de obtención y evaluación de su credibilidad", en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. VARONA MARTÍNEZ), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

BELTRÁN MONTOLIU, A.: "Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: Evolución jurisprudencial", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, 2018.

BLANCO GARCÍA, A. I.: "El nuevo régimen de la declaración de testigos del Estatuto de la Víctima del delito: reforma del artículo 433 de la LECrim", en AA. VV.: *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales* (coord. O. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M.: "Denuncia y dispensa del deber de declarar", en AA.VV.: *Violencia de Género y Justicia* (dir. R. CASTILLEJO MANZANARES), Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: "Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9713, 2020.

COSSINS, A.: "Cross-Examination in Child Sexual Assault Trials: Evidentiary Safeguard Or An Opportunity To Confuse?", *Melbourne University Law Review*, 2009, vol. 33, disponible en internet: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/2009/3.html> [última consulta: 10-07-2021].

DÍAZ MORGADO, C.: "Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLO Y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: "La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN", *Diario La Ley*, núm. 6901, 2008.

FLECHA MUÑOZ, J.A.: "La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.l LECRIM y el ejercicio de la acusación particular", *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020.

FRANCO SERRANO, M.T.: "La declaración testifical de parientes. La dispensa a declarar de la víctima del delito. Tratamiento jurisprudencial", *Diario La Ley*, núm. 9717, 2020.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2ª ed., 2015.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2015.

GÓNZALEZ CUSSAC, J. L.: "Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio", en AA.VV.: *Derecho Penal. Parte Especial* (coord. J. L. GÓNZALEZ CUSSAC), Tirant lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2019.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: "La reforma de las agresiones sexuales", *Diario La Ley*, núm. 9790, 2021.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F.: "El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 779, 2009.

HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: "La facultad de abstención del deber de declarar por vínculos personales con la persona acusada", *Estudios de Derecho Judicial, "La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género"*, núm. 139, 2007.

HERRERO ÁLVAREZ, S.: "El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio", *Diario La Ley*, núm. 9693, 2020.

HERRERO YUSTE, M.: "Violencia de género y art. 416 de la LECrim", *La Ley Penal*, núm. 24, 2006.

LÍBANO BERISTAIN, A.: "Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN", en AA.VV.: *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva* (dirs. M. JIMENO BULNES; J. PÉREZ GIL), Bosch Editor, Barcelona, 2016.

LÍBANO BERISTAIN, A.: "La perseguibilidad a instancia de parte como proyección de las facultades de la víctima", en AA.VV.: *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales* (dir. M. DE HOYOS SANCHO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

LÓPEZ CHACÓN, M. J.: “La STS 389/2020, de 10 de julio: el antagonismo definitivo entre el derecho a la dispensa del artículo 416.I LECRIM y el ejercicio de la acusación particular Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9729, 2020.

MAGRO SERVET, V.:

- “Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *Diario La Ley*, núm. 9862, 2021.
- “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, *Diario La Ley*, núm. 6333, 2005.

MARAVALL BUCKWALTER, I.: “El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar. Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *InDret*, núm. 1, 2019.

MARÍ FARINÓS, E.: “La STS 389/2020, de 10 de julio y el fundamento de la dispensa del derecho a no declarar del artículo 416 LECrim”, *La Ley Penal*, núm. 147, 2020.

MARTÍNEZ GUERRERO, A.: “Comentario al nuevo artículo 449 bis LECrim”, *Diario La Ley*, núm. 9872, 2021.

MIRANDA ESTRAMPES, M.: “Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género”, AA.VV.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. M. DE HOYOS SANCHO), Lex Nova, Valladolid, 2009.

MONTESINOS GARCÍA, A.: “La lectura o reproducción de las declaraciones sumariales de los menores en el juicio oral”, en AA. VV.: *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales* (coord. O. FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MORALES PRATS, F. y GARCÍA ALBERO, R.: “Capítulo VI. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”, en AA.VV.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (dir. G. QUINTERO OLIVARES), Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016.

NAVARRO VILLANUEVA, C.: “La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género”, en AA.VV.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (coord. M. DE HOYOS SANCHO), Lex Nova, Valladolid, 2009.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: "El derecho de confrontación del acusado con los testigos-víctima en el proceso penal español. Especial referencia al menor testigo", en AA.VV.: *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América* (dirs. T. ARMENTA DEU; S. OROMÍ VALL-LLOVERA), Colex, Madrid, 2010.

PÉREZ CARA, M. L.; BEMBRIBE SERRANO, J.; RAMOS TAPIA, I.: "La protección frente a los efectos de la victimización secundaria en el proceso penal con menores víctimas de abuso sexual: un análisis mediante revisión de sentencias", *Revista Electrónica de Criminología*, vol. 4, 2019.

PÉREZ CEBADERA, M. A.: "Particularidades en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos y faltas de violencia de género", en AA.VV.: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género* (coord. J. L. GÓMEZ COLOMER), Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castellón, 2007.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.:

- "Dispensa del deber de declarar contra parientes (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)", *Diario La Ley*, núm. 7577, 2011.
- "En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente", *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, 2010.
- *Juzgado de Violencia sobre la Mujer y Juzgado de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006.

ROMEO CASABONA, C. M.: *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos: especial consideración a su comisión en conexión con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RUIZ RODRÍGUEZ, M. A.: "La dispensa al deber de declarar (art. 416 Lecrim). Nueva vuelta de tuerca. Comentario a la Sentencia 389/2020 de 10 de julio", *Diario La Ley*, núm. 9710, 2020.

SERRANO MASIP, M.: "Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2013.

SERRANO MASIP, M.: "La protección del menor víctima de delito durante el interrogatorio o exploración en el proceso penal", en AA.VV.: *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellicer* (coord. J. L. GÓMEZ COLOMER), vol. II, Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015.

SERRANO MASIP, M.: “Medidas de protección de las víctimas”, en AA.VV.: *La víctima del delito* (dir. M. DE HOYOS SANCHO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.: “La protección de las víctimas especialmente vulnerables en los delitos sexuales”, en AA.VV.: *Victimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas* (dir. G. VARONA MARTÍNEZ), Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. y ECHEBURUA ODRIOZOLA, E.: “Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, núm. 1º, 2018.

VACAS CHALFOUN, Á. E.: “Dispensa del deber de declarar de familiares: evolución jurisprudencial y propuestas de actuación en materia de violencia sobre la mujer y violencia doméstica. Posible nulidad de la dispensa viciada por intimidación”, *La Ley Penal*, 2020, núm. 146.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L.:

- “A propósito de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio: reinterpreto el art. 416 LECrim en el ámbito de la violencia familiar”, *Diario La Ley*, núm. 973, 2020.
- “El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo”, *Foro, Nueva época*, vol. 22, núm. 1, 2019.

