

La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)

José Antonio Díaz Cabiale

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad de Granada

Cristina Cueto Moreno

Magistrada. Juzgado de Violencia sobre la Mujer N° 1 de Granada. Doctora en Derecho

DÍAZ CABIALE, José Antonio y CUETO MORENO, Cristina. La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-22, pp. 1-38. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-22.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-22 (2017), 2 dic]

RESUMEN: El trabajo explica la necesidad de modificar la jurisprudencia acerca de las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio oral. Se analiza la peculiar naturaleza de un derecho fundamental procesal ostentado por un tercero que no puede impedir el empleo de las declaraciones anteriores realizadas cumpliendo las exigencias de contradicción: no existen impedimentos a su uso en el plano de constitucionalidad ni el de legalidad. Los sujetos que intervienen en un proceso no tienen capacidad de disposición sobre sus actos una vez que se han realizado válidamente. Se trata de un instrumento esencial en la lucha contra la violencia de género y doméstica.

PALABRAS CLAVE: Dispensa, derecho a no declarar, derechos fundamentales procesales, violencia de género, violencia doméstica.

ABSTRACT: This paper explains the need to modify the jurisprudence about the consequences of the use of the privilege against the incrimination of relatives in the trial. It analyzes the peculiar nature of a fundamental procedural right held by a third party that cannot prevent the use of previous statements made in compliance with constitutional requirements of the defence's rights: there are no impediments at the level of constitutionality or legality. Those who participate in justice proceedings have no disposal of the acts validly performed. It is an essential tool in the fight against gender and domestic violence.

KEYWORDS: Privilege against the incrimination of relatives, privilege against self-incrimination, fundamental procedural right, gender violence, domestic violence.

Fecha de publicación: 2 diciembre 2017

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA JURISPRUDENCIA DEL TS ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DE HACER VALER EN EL JUICIO LA DISPENSA: 1. Evolución jurisprudencial sobre la dispensa. 2. Los argumentos centrales de la jurisprudencia. 3. El análisis crítico de esta jurisprudencia. III. LA EXCLUSIÓN DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES AL HACER VALER LA DISPENSA EN EL JUICIO NO ES UNA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA DESDE LOS ALBORES DE LA LECRIM. IV. LA NATURALEZA DE LA DISPENSA: UN DERECHO FUNDAMENTAL PROCESAL OSTENTADO POR UN TERCERO CON RASGOS SINGULARES QUE NO COMPORTA LA EXCLUSIÓN DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES: 1 La dispensa como derecho fundamental procesal, ¿realmente estamos ante un derecho de esa índole? 2 Las singularidades de la dispensa como derecho fundamental procesal: 2.1 ¿Por qué los terceros no ostentan derechos fundamentales y la dispensa es una auténtica excepción? De hecho, la única expresamente prevista. 2.1.1 Aunque los terceros ostenten derechos o facultades en el proceso no se trata siempre de derechos fundamentales procesales. 2.2 La tutela intraprocesal limitada del derecho fundamental procesal del tercero y, concretamente, de la dispensa. 2.3 Carácter disponible de la dispensa de declarar. 2.4 Además se trata de un derecho fundamental procesal de desarrollo legal. 3 La delimitación del contenido esencial de la dispensa a través de la confrontación y comparación con otros derechos fundamentales procesales. V. LA IMPOSIBILIDAD, EN ATENCIÓN A LA NATURALEZA DEL PROCESO, PLANO DE LEGALIDAD, DE CONSENTIR A LAS PARTES O INTERVINIENTES DISPONER SOBRE LOS ACTOS PROCESALES: 1. La ausencia de facultad de disposición de las partes y de los sujetos intervinientes en el proceso sobre la eficacia de los actos procesales. 2. Cuando se excluye la declaración anterior al hacer valer la dispensa se confunde la naturaleza del proceso y la de los actos que la integran. VI. LA INEXISTENCIA DE IMPEDIMENTO ALGUNO EN EL PLANO CONSTITUCIONAL Y LEGAL PARA EL EMPLEO DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES DEL PARIENTE CUANDO SE PRACTICARON CON CONTRADICCIÓN. VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Como resulta conocido, los arts. 416.1 y 707.I LECrim constituyen el desarrollo normativo del derecho fundamental procesal a no declarar por razones de parentesco, art. 24.2.II CE. A tenor de los mismos ciertos parientes¹ no tienen la obligación de declarar en contra del investigado o acusado. En el primer caso el empleo de la dispensa tiene lugar en la declaración sumarial mientras que en el segundo se hace valer en el juicio. A ellos se suma la previsión del art. 418 LECrim según la cual incluso cuando el testigo está deponiendo no tiene por qué responder a las preguntas que puedan perjudicar material o moralmente a su pariente².

¹ Parientes en línea recta, cónyuge o persona unida por una relación de hecho análoga, y colaterales consanguíneos hasta el segundo grado.

² En la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 81/2013 de 5 febrero, RJ\2013\1850, FD Primero 2 y Segundo 2, se explicita que el ejercicio de adecuado de dicha advertencia por el Presidente no supone infracción alguna (se trataba de la esposa del querellante). Por otra parte, la redacción literal de este precepto parece otorgar una facultad más amplia a la dispensa del testigo (los perjuicios materiales y morales exceden de las declaraciones inculpativas que darían lugar al ejercicio del *ius puniendi*), de difícil

El problema principal de dichos preceptos estriba en la jurisprudencia del TS sobre las consecuencias de hacer valer la dispensa en el juicio, art. 707.I LECrim. Según la misma, *infra*, su ejercicio no sólo comporta la ausencia del deber de declarar, sino que también imposibilita el uso de las declaraciones sumariales en las que se declinó su empleo, aunque se hubiesen prestado con la debida contradicción. Consiguientemente, la jurisprudencia cuya revisión propugnamos conlleva dos consecuencias esenciales:

-Nos encontramos, *infra*, ante el único supuesto en el que resulta vedada la utilización en el juicio de un material que reúne todas las exigencias impuestas por los derechos fundamentales procesales al proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia, art. 24.2 CE.

-Además, y a diferencia de lo que sucede con otro derecho fundamental procesal con el que guarda un parentesco íntimo, el derecho a guardar silencio del acusado, art. 24.2 CE, la dispensa por razón de parentesco otorgaría a su titular un doble contenido procesal: uno negativo, la ausencia del deber de declarar, y otro positivo, la exclusión de un acto previo.

En el presente trabajo se va a demostrar que no existe motivo alguno para excluir del juicio las declaraciones de la víctima o del testigo prestadas ante el juez instructor con todas las garantías en las que aquélla, advertida de su derecho a no declarar, declina el uso de la dispensa aunque luego la haga valer en el momento del juicio. Como se va comprobar al delimitar el contenido de la dispensa, en atención a su propia naturaleza y por oposición y comparación con el de otros derechos fundamentales procesales, en modo alguno comporta tal consecuencia. A mayor abundamiento, incluso desde el punto de vista procesal resulta imposible inferir tal conclusión porque ello supondría otorgar al titular de la dispensa un poder de disposición sobre una actuación válidamente incorporada al proceso que resulta incompatible con la naturaleza de éste, además de que no cabe entender que el ejercicio de la dispensa en las distintas secuencias procesales en las que se hace valer constituye una suerte de acto único que diluye la entidad de cada una de esas conductas independientes.

Ni que decir tiene que se trata de una doctrina jurisprudencial con importancia capital en el ámbito de los delitos de violencia doméstica y de género, por cuanto la prueba decisiva y casi exclusiva en los mismos suele ser el testimonio de la víctima o testigo³.

compatibilidad con el alcance constitucional de la misma en cuanto que derecho fundamental procesal. Lo lógico es interpretarlo de suerte que si un testigo está narrando ciertos hechos que no tienen por qué incriminar a su pariente y no ha recibido la advertencia de los arts. 416 y 707 LEC, por ejemplo porque existen varios investigados o acusados o bien porque aquél no ostenta dicha cualidad, en el momento en el que surja esa posibilidad entre en escena el art. 418 LECrim. AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. III, Madrid, 1912, p. 602, señala que el precepto está previsto para cuando el pariente del testigo no está procesado y se atiene al concepto amplio de perjuicio.

³ Según la Memoria de la FGE de 2008, el 44% de los supuestos en los que se retiró la acusación se de-

Estamos por tanto ante uno de esos raros casos en los que se puede lograr un avance decisivo en la lucha contra la violencia doméstica y de género simplemente mediante la corrección de una jurisprudencia equivocada que ha desnaturalizado los límites consustanciales del derecho fundamental procesal a no declarar por razón del parentesco.

En cualquier caso, la argumentación que se despliega y las conclusiones expuestas también resultarían aplicables a otros supuestos en los que asimismo se contempla la dispensa al deber de declarar del testigo, tanto cuando también existe el derecho fundamental a no declarar por razón del secreto profesional, art. 24.2.II CE, como, con mayor motivo, a las otras hipótesis en las que ni siquiera está en liza una situación procesal de tanta trascendencia constitucional, como puede ser la dispensa por incapacidad o secreto oficial (dado que no parece que se pueda incluir a éste dentro del secreto profesional, puesto que alcanzaría entonces a todos los funcionarios)⁴, art. 417.2º y 3º LECrim.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TS ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DE HACER VALER EN EL JUICIO LA DISPENSA

Tal y como se ha anticipado, el resultado de la jurisprudencia consolidada del TS sobre esta cuestión se puede resumir de la siguiente manera: si en el juicio el pariente hace valer su derecho a no declarar impide el acceso a la vista de sus declaraciones anteriores en las que declinó el ejercicio de aquella facultad.

1. Evolución jurisprudencial sobre la dispensa

Dentro de la jurisprudencia del alto tribunal cabe distinguir dos etapas: la primera comienza en 1973 y presenta la exclusión de la declaración sumarial como algo tradicional, sin embargo padece fisuras, sobre todo por parte de la jurisprudencia menor; la segunda se origina en 2009 donde se impone con rotundidad y sin excepciones la imposibilidad de emplear las declaraciones de la fase de investigación. Ésta es la que impera en la actualidad.

bió a que la víctima se acogió en el juicio a la dispensa. Y en el segundo semestre de 2015, a nivel nacional, en el ámbito de la violencia de género, 2267 víctimas se acogieron a la dispensa y en ese periodo en España se dictaron 6109 sentencias absolutorias en esos procesos. SÁNCHEZ ALFONSO, J.C., “La dispensa de la obligación de declarar como testigo de la víctima-denunciante en los delitos de Violencia de Género. Una perspectiva para la reforma del artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Diario La Ley*, núm. 8778, Sección Doctrina, 8 de junio de 2016.

⁴ Además, no atisbamos argumento alguno de mayor fortaleza que el que se empleó en la STS 26 de noviembre de 1973, RJ 4574, para justificar la existencia y el alcance de la dispensa por razón de parentesco: “evitar el poner en contradicción la voz de la sangre con del deber de todo ciudadano de colaborar en el descubrimiento y sanción de los delitos” o con la misma vehemencia pero mejor prosa: “se funda en la consideración potísima de que repugna a la propia naturaleza humana, y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos estrechos de parentesco”, AGUILERA DE PAZ, E., *op. cit.*, p. 600.

a) En 1973, STS 26 noviembre, RJ 4574 (ROJ STS 460/1973, Ponente Sr. Díaz Palos), se señala que ya desde 1885 se utilizaba tal criterio porque de otra manera el contenido de la dispensa queda en nada; se desvirtuaría de manera indirecta su alcance. Una conclusión que se reafirma en las SSTs 331/1996 de 11 de abril (ROJ STS 2150/1996, Ponente Sr. Montero Fernández-Cid), y 1587/1997, de 17 de diciembre, recurso núm. 1656-1996 (ROJ STS 7745/1997, mismo Ponente). Si bien en este caso, FJ Segundo, la objeción jurisprudencial se centra en el ámbito de la exigencia de contradicción, “ya que se vulnera así el principio de contradicción si son sometidas las declaraciones sumariales a lectura en el plenario, con arreglo al art. 730 LECrim, *en tanto en cuanto en las mismas no se dio la oportunidad ni al acusado ni a su Letrado defensor de estar presentes en las mismas* y ello supone la violación de los arts. 6.3,d) Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y 14.3,e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con ello la vulneración de su derecho de defensa y, consecuentemente, el de presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE” (énfasis añadido). Ahora bien, lo curioso de este fallo es que la doctrina afirmada no se ciñe al supuesto analizado, la ausencia de contradicción en las declaraciones sumariales, sino que se acaba sosteniendo, sin distinciones, la imposibilidad de que en supuesto alguno accedan las mismas al juicio: “A efectos de mayor clarificación para el futuro de lo que es doctrina jurisprudencial de esta Sala, se debe recalcar que se trata de una simple excepción a la regla general que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala establece para los supuestos excepcionales en que se permite la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario si aquél no comparece a tal acto, pero nunca para los supuestos en que –como se señaló– comparece al juicio oral y se somete, acogiéndose a una dispensa legal, al derecho a no declarar contra el acusado.”. Acontece, pues, una incongruencia entre la fundamentación jurídica y la conclusión a la que se llega: si, como se ha señalado, la única objeción que se esgrime frente al empleo de la declaración sumarial, con un extenso análisis de la jurisprudencia del TEDH al respecto, es que en ese supuesto padecería la contradicción, el derecho a contrainterrogar los testigos, al no haber estado presente la defensa en aquélla, resulta imposible concluir que incluso en la hipótesis contraria, si la defensa hubiese gozado de esa facultad, tampoco sería factible utilizar dicha declaración. Obviamente, el razonamiento jurisprudencial resulta errado: habría que haber argumentado simplemente que el contenido de la dispensa imposibilita en cualquier caso el uso de la declaración prestada en el sumario, tal y como hacía el fallo de 1973, y prescindir de cualquier argumentación atinente a la conculcación del derecho a contrainterrogar a los testigos (que es lo único que se hace).

No se trata de una línea jurisprudencial monolítica, pues en ocasiones puntuales el TS admitió la posibilidad de introducir en el acto del juicio oral las declaraciones prestadas en fase policial o ante el juez instructor cuando el testigo se acoge en el

plenario a la dispensa, pudiendo citarse al efecto la STS de 21 de septiembre de 2005 (ROJ STS 5408/2005, Ponente Sr. Giménez García)⁵, y la STS de 3 de noviembre de 2006 (ROJ STS 6953/2006, Ponente Sr. Maza Martín)⁶.

b) Pero sin duda, el momento decisivo acontece en 2009, que es cuando se reafirma con mayor contundencia la imposibilidad de utilizar las declaraciones sumariales en todo caso y desaparece desde entonces cualquier rastro de oposición a dicha línea jurisprudencial, STS de 27 de enero de 2009 (ROJ STS 135/2009, Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar). El razonamiento del TS se centra en dos aspectos. Por un lado, en el propio contenido del derecho fundamental procesal a no declarar por razón de parentesco, la dispensa, que sería “incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial”, ya que (siguiendo la estela de la STS de 1973 que, a su vez, se anclaba en la de 1885) lo contrario supondría una conculcación indirecta de la misma: “es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculpativa”⁷. Por otra parte, y a diferencia de la STS de 1996, proclama la imposibilidad en todo caso de utilizar dicha declaración a tenor de las garantías que rodean la actividad probatoria: ésta es la que se practica en el juicio oral y en el caso que nos ocupa no cabe incorporar la declaración sumarial a través del art. 730 LECrim, en tanto que dicho precepto “no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción”, siendo su presu-

⁵ Fundamento de Derecho Primero: “(...) hay que advertir (...) que el padre fue interrogado por la policía judicial y durante la encuesta judicial y en ambas ocasiones, previa instrucción de su derecho a no declarar por razón del parentesco con el recurrente, manifestó lo ya recogido más arriba. Ciertamente en el Plenario, nuevamente instruido, hizo --aquí sí-- uso de su derecho a no declarar. Ciertamente, el Jurado conoció de aquellas primeras declaraciones porque las mismas fueron incorporadas como testimonio al acta del veredicto de conformidad con el art. 46-5º LOTJ, y aunque en buena lógica se puede argumentar que el silencio del padre no equivalía a contradicción con sus anteriores declaraciones, es lo cierto que el Jurado las conoció, que aquellas fueron prestadas previa instrucción de los derechos del declarante, y singularmente, del derecho a no declarar por razón de ser el padre del imputado, y en este contexto, no se observa la violación que se denuncia”.

⁶ Fundamento de Derecho Primero: “(...) aunque la versión de la víctima no pudo ser oída en Juicio por haber declinado esa posibilidad, dada su condición de madre del acusado, fue, no obstante introducida en el acervo probatorio mediante la lectura en el acto de la vista de sus declaraciones sumariales, versión que fue ratificada, a su vez, tanto por lo manifestado por su hija ante el Tribunal "a quo" como por los datos objetivos (...)”.

⁷ Fundamento de Derecho Cuarto: “La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra los acusados, de acuerdo con el art. 707 de la LECr, en relación con el art. 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. (...) Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra los acusados en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculpativa. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se trasmute ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa”.

puesto de aplicación la “irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate”, lo que no ocurre cuando la falta de declaración del testigo en el plenario es “la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley”⁸.

Y, por lo que respecta al art. 714 LECrim, la resolución concluye que a través del mismo tampoco cabe incorporar la declaración prestada en fase de instrucción, por cuanto “cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”⁹.

Esta interpretación jurisprudencial se consolidó con la STS de 10 de febrero de 2009 (ROJ STS 629/2009, Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar)¹⁰, que, con cita de la misma, reproduce los argumentos de la de 27 de enero de 2009¹¹, y se ha reiterado posteriormente en resoluciones como la STS de 26 de junio de 2009 (ROJ STS

⁸ Fundamento de Derecho Cuarto: “Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas -como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible a los efectos del art. 730 debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye”.

⁹ Fundamento de Derecho Cuarto: “Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”.

¹⁰ Un certero análisis crítico de esta jurisprudencia se encuentra en ESCOBAR JIMÉNEZ, R., *El interrogatorio de acusados, responsables civiles, testigos y peritos*, en *El juicio oral en el proceso penal*, VV.AA., Dir. SERRANO BUTRAGUEÑO, I, y DEL MORAL GARCÍA, A., Granada, 2010, pp. 255 y ss.; así como en “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1º LECrim.)”, *Diario La Ley*, núm. 7301, Sección Doctrina, 11 diciembre de 2009.

¹¹ Fundamento de Derecho Quinto.

4843/2009, Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar)¹², la STS de 5 de marzo de 2010 (ROJ STS 797/2010, Ponente Sr. Berdugo Gómez de la Torre)¹³, la STS de 14 de mayo de 2010 (ROJ STS 2648/2010), que indica (volviendo a redirigir el debate a la exigencia de contradicción) que, “de afirmar la posibilidad de acudir al material sumarial para sustentar el pronunciamiento condenatorio, estaríamos negando a la Defensa, paradójicamente como consecuencia de una decisión adoptada por quien, en principio, abriga el deseo de no inculpar al acusado, la posibilidad del interrogatorio, contradictorio y a presencia del Tribunal, de un testigo esencial y, por ende, impidiéndole disponer de opción tan básica, para las garantías del enjuiciamiento, como la de intentar evidenciar ante los Juzgadores, por medio de sus preguntas, los posibles datos que pudieran desacreditar la credibilidad de la versión ofrecida en la denuncia”¹⁴, lo que, añadimos nosotros, no acontecería si la defensa pudo contrainterrogar al testigo en la fase de instrucción. Siguen también la ortodoxia jurisprudencial la STS de 21 de diciembre de 2012 (ROJ STS 8789/2012)¹⁵, la STS de 29 de octubre de 2014 (ROJ STS 4466/2014, Ponente Sr. Palomo del Arco)¹⁶, y la STS 400/2015. Y más recientemente se ha reafirmado la doctrina jurisprudencial en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 557/2016, de 23 junio RJ\2016\2833 (ROJ STS 3041/2016, Ponente Sr. Giménez García), aunque significativamente, FD Segundo, se indica sólo que en ese caso existía un déficit de contradicción en el material sumarial: “sin que tampoco se pueda *rescatar* la declaración que pudieron prestar en la instrucción porque de un lado, la misma no fue sometida a contradicción, y de otro lado no se introdujo tal declaración en el Plenario.” Y en el FD Tercero se explicita, con transcripción literal del acta, la ausencia de contradicción. Por el contrario, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 486/2016 de 7 junio RJ\2016\2338 (ROJ STS 2631/2016, Ponente Sr. Marchena Gómez) reitera con rotundidad y sin atisbo de dudas la exégesis jurisprudencial vigente desde 2009 y 2010 mediante su transcripción literal¹⁷.

¹² Fundamento de Derecho Tercero, con cita de la STS de 10 de febrero de 2009.

¹³ Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁴ Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁵ Fundamento de Derecho Tercero. Recoge esta línea jurisprudencial, TARDÓN OLMOS, M., “Los delitos de violencia de género en el enjuiciamiento de instancia y en la apelación”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 47, 2015, pp. 16 a 19, y también en “Dificultades probatorias en los procedimientos por delitos de violencia de género”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 12, 2014, pp. 15 y 16.

¹⁶ Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁷ “Es el caso de la STS 160/2010, 5 de marzo. Razonábamos entonces que “... la libre decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr, en relación con el art. 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia.

- Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.

Ni que decir tiene que la “notoria y consolidada” jurisprudencia del TS es acatada¹⁸ por los restantes tribunales, así por ejemplo y recientemente, Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª), Sentencia núm. 254/2016 de 20 septiembre JUR\2016\245876 (ROJ SAP VI 551/2016, Ponente Sra. Cabero Montero), FD Primero; Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 2ª) Sentencia núm. 222/2016 de 6 octubre (ROJ SAP IB 1811/2016, Ponente Sra. De la Serna de Pedro), FD Tercero, JUR\2016\251185; Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª) Sentencia núm. 216/2016 de 3 junio JUR\2016\191871 (ROJ SAP L 439/2016, Ponente Sra. Juan Agustín), FD Tercero. Sin embargo, no cabe desconocer otra línea jurisprudencial minoritaria que, con un acertado razonamiento, discrepaba fundadamente, hasta 2009, con las directrices del TS, Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª) Sentencia núm. 204/2008, de 10 de octubre de 2008 (ROJ SAP H 761/2008, Ponente Sr. Bellido Soria) y Sentencia núm. 304/2008 de 19 diciembre, (ROJ SAP H 1062/2008, mismo Ponente) JUR\2013\141472 que recoge y hace suyos los argumentos desplegados en sendas resoluciones de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, Sentencia 150/2006, de 12 de abril (ROJ SAP CS 601/2006, Ponente Sr. Antón Blanco) y 115/2006, de 13 de marzo (ROJ SAP CS 644/2006, mismo Ponente)¹⁹.

-Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del art. 416 LECr que no está comprendido en el art. 730 LECr. Llamar a la negativa a declarar "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende.

- Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al juicio oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye ”.

Este recuerdo del significado estructural del principio de contradicción está también presente en otros muchos pronunciamientos de esta Sala, de algunos de los cuales se hace eco el bien elaborado recurso de la defensa. Se trata de las SSTs 400/2015, 25 de junio y 459/2010, 14 de mayo, entre otras.”

¹⁸ También existen posturas doctrinales que suscriben la línea jurisprudencial, por ejemplo, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., “Sobre la aplicabilidad de la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2013, incidiendo en el carácter de acto de investigación de la declaración sumarial. Por el contrario otras muchas se muestran críticas, así, además de las otras citadas en este trabajo, SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La dispensa en nuestro ordenamiento penal”, *Diario La Ley*, núm. 8430, Sección Tribuna, 27 de noviembre de 2014.

¹⁹ En ellas se recalca, como hicimos *supra*, que las objeciones del TS formuladas en 1997 no tienen sentido si existió contradicción y que el ejercicio de la dispensa no puede otorgar a su titular la facultad de excluir con eficacia “retroactiva” un acto procesal. Concluyendo que la vía adecuada para su introducción es el art. 730 LECrim: “(...)es factible no solo en los casos de fallecimiento o ausencia del testigo en ignorado paradero, sino también en supuestos como el que nos ocupa de falta de resultado, como es el caso de que no se puedan reproducir en el juicio las declaraciones por causas independientes a la parte que interesa la lectura, pues la falta de declaración no es imputable a las partes sino al testigo, por lo tanto su declaración de instrucción existe y puede reproducirse a través de su lectura.”, FD Tercero, *in fine*, Audiencia Provincial de Huelva (Sección 1ª) Sentencia núm. 304/2008 de 19 diciembre, JUR\2013\141472 (ROJ SAP H 1062/2008, Ponente Sr. Bellido Soria).

Por su parte, la FGE²⁰ acoge, desde entonces, acriticamente la jurisprudencia del TS mayoritaria desde 2009, Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer²¹.

2. Los argumentos centrales de la jurisprudencia

Como se ha podido constatar, el núcleo de la fundamentación de la jurisprudencia dominante (al margen de los otros pronunciamientos que sí centran la cuestión en lo esencial: la ausencia de contradicción) estriba en dos aspectos fundamentales. Uno es el propio contenido de la dispensa: si se emplea en el juicio se impide hacer valer las declaraciones sumariales en esa sede porque de otra manera se desvirtuaría indirectamente en el contenido de la misma. Y el otro consiste en achacar al diseño de la actividad probatoria de nuestro sistema procesal la imposibilidad de hacer valer aquellas declaraciones: como el ejercicio de la dispensa no encaja en la imposibilidad prevista en el art. 730 LECrim ni tampoco existe declaración alguna respecto de la cual predicar la contradicción contemplada en el art. 714 LECrim, no se permite ni la lectura ni el empleo de la deposición sumarial.

Obsérvese en cualquier caso que no se trata de dos argumentos complementarios sino alternativos: si es el propio contenido del derecho fundamental a no declarar por razón de parentesco el que veda el acceso del material anterior sobre cualquier argumento ulterior, y si no existe un mecanismo procesal que permita dicho empleo resulta indiferente cuál sea el contenido de la dispensa²².

²⁰ Los antecedentes más remotos de la exégesis que hace la FGE respecto a los arts. 416 y 418 se encuentran en la Instrucción de 15 de septiembre de 1883 (en realidad se trata de una Instrucción incluida en una relación que comprende una serie de Instrucciones sin fecha, por lo que se datan en relación con el día de la publicación de la Memoria de 1883): 19. Personas que no pueden ser obligadas a declarar (artículos 416, 417, 418 LECrim.). Si hubieren declarado en el sumario voluntariamente no por ello pueden ser obligadas a declarar en el plenario.

Sin embargo, en las conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer del año 2005, aprobadas por el FGE, se propuso que "(...) el Fiscal interesará la lectura de la declaración que hubiere realizado en fase de instrucción de conformidad con el art. 730 de la LECrim, que debió hacerse con asistencia del Letrado del imputado o habiendo sido citado a tal efecto y con el conocimiento por parte de la víctima de su derecho de dispensa recogido en el art. 416 LECrim. Si por el Juez o Tribunal se denegara la lectura de dicha declaración, se hará constar la oportuna protesta y, a la vista de la sentencia, se valorará la conveniencia de interponer el correspondiente recurso", SÁNCHEZ ALFONSO, J.C., *op. cit.*, pp. 12 y 13.

²¹ Apartado III.2.3 La información del contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Supuestos y efectos. Concluye "Se puede distinguir: (...) d) La testigo fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y voluntariamente presta declaración y en el Plenario se acoge a su derecho a no declarar: no se podrá introducir aquella primera declaración en virtud del art. 730 o 714 de la LECr (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 129/2009; 160/2001; 459/2010). e) La testigo fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y voluntariamente presta declaración y en el Plenario opta por declarar habiendo sido advertida de la posibilidad de no hacerlo, pero rectifica la primera declaración, que fue prestada con todas las garantías: se deberán someter a contradicción aquellas de conformidad con el artículo 714 de la LECr para que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas (Sentencia del Tribunal Supremo 952/2010 de 3 de noviembre)."

²² ESCOBAR JIMÉNEZ, R., *El interrogatorio...*, *op. cit.*, p. 257, hace hincapié en esta cuestión.

Además es evidente que se trata de dos argumentaciones de calado muy diferente: una resulta ontológica o metafísica, la propia esencia de la dispensa impide acudir a las declaraciones anteriores, mientras que la otra es accidental o contingente, esto es, que no existe un mecanismo procesal para hacer valer aquéllas. Así, si fuera necesario, que no lo es, *infra*, bastaría disponer lo contrario para salvar la segunda objeción. No puede extrañar, en consecuencia, que centremos nuestros esfuerzos en demostrar la falta de consistencia del primer argumento, el esencial.

El resultado teórico de esta jurisprudencia, como ya se ha anticipado *supra*, al margen de su fundamentación, es el siguiente: cuando se trata de la dispensa por razón de parentesco nos enfrentamos al único supuesto en el que una actividad practicada con todas las garantías (si es el caso) no puede acceder al juicio y utilizarse como medio de prueba frente a otros supuestos como la declaración del acusado que hace valer su derecho a no declarar, el testigo que se niega a hacerlo a pesar de las consecuencias que arrostra, sanciones materialmente administrativas o penales; el testigo que fallece o se encuentra en paradero desconocido, el perito que se encuentra en las mismas situaciones; o bien, simplemente cuando lo declarado en el juicio se contradice con lo depuesto con anterioridad. En todos esos supuestos las declaraciones sumariales, si se han prestado con la debida contradicción, pueden acceder al juicio y a través de su oportuna reproducción utilizarse en el fallo, arts. 730 y 714 LECrim.

Y es que, a la postre, la jurisprudencia del TS lo que hace es erigir a la dispensa en un derecho singular del testigo con un doble contenido: a negarse a declarar en el juicio y a la vez excluir la posibilidad de que accedan al mismo sus declaraciones anteriores. Estamos pues ante el único derecho fundamental procesal que se reconoce a un sujeto que interviene en el proceso, sin que ni siquiera adquiera el estatus de parte, que le permite disponer del material procesal en el que ha intervenido con anterioridad.

3. El análisis crítico de esta jurisprudencia

La revisión crítica de dicha línea jurisprudencial se articula secuencialmente de la siguiente manera: en primer lugar, se va a demostrar que la exclusión de la declaración prestada en la fase de investigación cuando se hace valer la dispensa no resulta ser la opción tradicional, bicentenaria, de la jurisprudencia. A continuación y desde el plano de constitucionalidad se analiza el contenido de la dispensa como derecho fundamental procesal para constatar si ello comporta la consecuencia dispuesta por el TS. Una vez comprobado que no es así, y en tercer lugar, se desciende al plano de legalidad, en concreto a la institución del proceso y la teoría general del mismo, para dilucidar si en él resultaría asumible disponer tal efecto. El análisis de la cuestión gravita entonces en torno a dos ejes fundamentales: a) la facultad de disposición de las partes y terceros sobre los actos procesales en los que

han participado; b) la posibilidad de entender que la declaración de los testigos consiste en una suerte de acto único de manera que la conducta desplegada en el testimonio que se presta en el juicio influye o resulta decisiva respecto a la validez de la efectuada con anterioridad. Y por último, en cuarto lugar, se retorna al plano de constitucionalidad para dilucidar si el empleo de una declaración prestada en la fase de investigación con todas las garantías resulta inaceptable a tenor del juego del contenido de algún derecho fundamental procesal, en concreto las garantías de inmediación y contradicción que integran el proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, para acabar, muy brevemente, reafirmando que ni siquiera en el plano de legalidad, art. 730 LECrim, existe objeción alguna para utilizar la declaración sumarial practicada con contradicción aunque luego se opte por guardar silencio.

III. LA EXCLUSIÓN DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES AL HACER VALER LA DISPENSA EN EL JUICIO NO ES UNA JURISPRUDENCIA CONSOLIDADA DESDE LOS ALBORES DE LA LECRIM

Ya se ha hecho notar que en 1973, S. 26 de noviembre, RJ 4574 (ROJ STS 460/1973), Cdo. Primero, el TS presenta la exclusión de las declaraciones sumariales como el resultado de una jurisprudencia consolidada desde un primer momento: de otra manera, si aquéllas accedieran al juicio a través del art. 730 LECrim el contenido de la dispensa quedaría en nada: “ (...) no solo reconocido de antiguo de esta Sala, como no podía ser menos, dada la clara normativa que le inspira, sino puntualizado e interpretado en todo su humanístico alcance a fin de evitar omisiones extensivas y atentatorias del mismo, (...) pues de permitir tal cosa, autorizada en principio por el art. 730 de la Ley, se haría ilusorio el referido derecho y anulado el precepto del citado art. 416 del mismo ordenamiento (S. de 13 de noviembre de 1885)”.

Se trata, además, del argumento capital que se reitera literalmente en 2009 y se reproduce en las últimas resoluciones del TS: emplear las declaraciones sumariales deja en nada al contenido de la dispensa.

Pues bien, en una labor que tiene más de arqueología que de investigación jurídica, cuando se rastrea hasta sus orígenes, 1885, la presunta génesis de dicha corriente jurisprudencial, se constata que la referencia que se hace en 1973 a aquélla dista mucho de ser exacta. En concreto la S. de 13 de noviembre de 1885 (ROJ STS 1072/1885) (inserta en la Gaceta de 31 de agosto de 1886; ponente D. Antonio María de Prida), que versaba sobre un caso de asesinato (de “la Gertrudis”, *sic*) juzgado por la Audiencia criminal de Ronda, concluía, Primer Considerando *in fine*, efectivamente que resultó acertado negar la lectura de las declaraciones sumariales “pues de otra suerte habría venido a quedar ilusorio el referido derecho y

anulado el precepto del citado art. 416”, mas el párrafo que antecede inmediatamente a dicha conclusión reza así: “el Tribunal denegó justamente la lectura de la declaración que el propio testigo, *no advertido de tal derecho por el Juez instructor*, había prestado en el sumario, pues de otra suerte...” (énfasis añadido).

En definitiva, en 1885 el TS razona con todo rigor y lógica que si ante el ejercicio de la dispensa en el juicio se lee una declaración sumarial en la que el testigo no fue advertido de su derecho, el contenido de aquélla resultaría ilusorio y quedaría en nada. Y sin embargo, desde 1973, se mutila interesadamente cualquier referencia a la premisa del razonamiento para concluir algo totalmente ajeno a la STS de 1885 y exorbitarlo: utilizar las declaraciones sumariales deja en nada al contenido de la dispensa. Lo único cierto es que el resultado de esta *suggestio falsi* o *suppressio veri* alumbró un argumento tan pegadizo que ha cosechado el mayor éxito imaginable oscureciendo lo elemental: que el ejercicio de la dispensa en el juicio se agota y consume en sí mismo, en el momento en el que se hace valer: excluyendo el deber de declarar en ese trance y no tiene nada que ver con el valor procesal de una declaración anterior en la que se declinó el empleo de la misma.

Consiguientemente, la jurisprudencia que criticamos carece del carácter bicentenario o plurisecular del que presume, fundamentalmente porque no es ni mucho menos, sino todo lo contrario, la opción lógica y natural que se intenta presentar. Ahora bien, somos conscientes de que disponer de tan conspicuo linaje a la jurisprudencia dominante no es un argumento decisivo porque en cualquier momento el TS puede afirmar que ése es precisamente el contenido de la dispensa. Se requiere, pues, de un análisis radical de la naturaleza y alcance de la dispensa como derecho fundamental procesal para despejar definitivamente cualquier duda al respecto.

IV. LA NATURALEZA DE LA DISPENSA: UN DERECHO FUNDAMENTAL PROCESAL OSTENTADO POR UN TERCERO CON RASGOS SINGULARES QUE NO COMPORTA LA EXCLUSIÓN DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES

Sin duda el argumento decisivo consiste en determinar si el contenido de la dispensa en cuanto que derecho fundamental procesal comporta por sí mismo la exclusión de las declaraciones anteriores cuando se hace valer en el juicio. Porque efectivamente, en ello estriba el dilema que nos ocupa y no en el momento en el que la jurisprudencia llega a tal conclusión. Para dar respuesta a dicho interrogante resulta preciso perfilar la naturaleza de la dispensa. Pues bien, los arts. 416.1, 418 y 707.I LECrim confieren el desarrollo legal a un verdadero e indubitable derecho fundamental procesal inserto explícitamente en el art. 24 CE.

1. La dispensa como derecho fundamental procesal, ¿realmente estamos ante un derecho de esa índole?

La respuesta afirmativa, como se ha visto que reconoce la jurisprudencia, resulta del propio contenido del art. 24.2.II CE que es donde aparece expresamente previsto el derecho a no declarar por razones de parentesco y secreto profesional. No cabe, por consiguiente duda alguna al respecto. Sin embargo es imposible no reparar inmediatamente en que es el único derecho fundamental procesal allí contemplado cuya titularidad corresponde a un tercero. Y que éste, el tercero, es el verdadero titular se denota en que el único que puede disponer del mismo es él (aunque en ocasiones, en los supuestos de incapacidad, se hace valer a través de los representantes legales): quien decide si lo ejerce o si por el contrario declina su empleo y declara. Y ello con independencia de que mediante su ejercicio también se pueda beneficiar al investigado u otros parientes²³.

Es decir, se trata la situación jurídica procesal de mayor trascendencia y calado que existe, pues es un derecho subjetivo público que trasciende el plano de legalidad para radicarse en el de constitucionalidad y por consiguiente recibe la mayor protección jurídica que se puede brindar tanto por el legislador cuando se ocupa de su contenido como por parte de los tribunales al ejercitarse en el proceso, arts. 53.2, 81.1, 82, 86.1, 161.1.b) CE, 44 LOTC.

2. Las singularidades de la dispensa como derecho fundamental procesal

Pues bien, a pesar de tratarse de un derecho fundamental procesal, su contenido presenta unas marcadas singularidades que van a resultar decisivas para determinar si el mismo conlleva la exclusión de las declaraciones sumariales cuando se hace valer en el juicio: a) es el único derecho fundamental procesal que se reconoce explícitamente a un tercero; b) ello comporta que su tutela intraprocesal, la natural, difiera y tenga un alcance mucho más restringido que la de los restantes derechos fundamentales procesales; c) es un derecho fundamental que resulta disponible por su titular; d) además es un derecho de desarrollo legal que tolera posibles restricciones por el legislador

2.1. ¿Por qué los terceros no ostentan derechos fundamentales y la dispensa es una auténtica excepción? De hecho, la única expresamente prevista

Los derechos fundamentales procesales los ostentan como regla general exclusivamente las partes porque son derechos subjetivos públicos de naturaleza instrumental respecto de los intereses legítimos sustantivos. Es decir, en tanto que

²³ Distinto sería el caso si, como sucede en algunas jurisdicciones del *common law*, no cupiera utilizar el testimonio de la pareja a pesar del deseo de ésta, en cuyo caso la titularidad del *marital privilege* se desplaza hacia el acusado, *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., 1990, pp. 967 y 968 (“Marital communications privilege” y “Marital privileges”).

surgen dentro del proceso, de la relación jurídica procesal, comparten la misma naturaleza que ésta. Así, están al servicio de la tutela jurídica que se impetra: son las herramientas esenciales para que los tribunales se puedan pronunciar con las debidas garantías sobre aquello que se les presenta además de asegurar, si es necesario, la futura efectividad de la tutela solicitada y, en su caso, llevarla a efecto.

Por eso, los derechos fundamentales, aunque gozan de una naturaleza autónoma no ostentan un carácter abstracto absoluto o independiente: se generan y orbitan en función de los específicos derechos subjetivos e intereses legítimos sustantivos que se hacen valer. Así, *e.g.* el derecho a practicar las pruebas pertinentes siempre está en función del objeto que se somete al tribunal..., y lo mismo cabe decir de la tutela judicial efectiva: sólo existe en función de una petición específica y singular que se afirma ante el tribunal..., incluso cuando en los recursos se alcanza la mayor abstracción y se tutelan las propias garantías y derechos fundamentales procesales ello sólo tiene sentido en la medida que influye o puede hacerlo en el pronunciamiento sobre el objeto que se sometió al tribunal.

Ahora bien, el carácter instrumental con el que se articulan los derechos fundamentales procesales respecto de los intereses legítimos sustantivos no impide que su tutela se realice, casi siempre, *infra*, de forma autónoma en el propio proceso en consonancia con su propia esencia aunque en todo caso orbiten en torno a aquéllos.

Pues bien, si los derechos fundamentales procesales tienen carácter instrumental respecto de los intereses legítimos sustantivos en liza, lo lógico es que sólo los ostenten quienes litigan en defensa de aquéllos: las partes. Por eso, como regla general, exclusivamente a éstas se les reconoce la titularidad de los derechos fundamentales procesales, porque son las únicas que están interesadas directa o indirectamente (en este caso con una especial intensidad) en el resultado final. Sólo con carácter excepcional los terceros ostentan derechos fundamentales procesales cuando existen unos intereses legítimos sustantivos especialmente afectados de forma puntual en el proceso. Una legitimación extraordinaria con un ámbito de acción/protección muy reducido en el propio proceso como se va comprobar.

Precisamente a raíz de la ineludible interconexión entre la titularidad de los intereses legítimos sustantivos en juego y la de los derechos fundamentales procesales se pueden explicar las dudas acerca de cuál es el ámbito de la tutela que se reconoce a estos últimos si los ostentan partes que se encuentran alejadas de los primeros. En concreto, aquéllas que sin ser titulares de los intereses legítimos sustantivos han sido autorizadas, de forma extraordinaria, a impetrar su tutela ante los tribunales²⁴.

²⁴ Se trata, fundamentalmente, de la legitimación del M.F. o de los acusadores populares para acudir a amparo: su grado de desconexión con los intereses legítimos en liza ha justificado la tradicional negativa del

2.1.1. *Aunque los terceros ostenten derechos o facultades en el proceso no se trata siempre de derechos fundamentales procesales*

Conviene aclarar inmediatamente que aunque los terceros no ostenten la titularidad de los intereses legítimos en liza o estén habilitados para solicitar su tutela, sí que pueden ser dueños de otros que se van a ver afectados de forma incidental por el mismo y que requieren o permiten su intervención. Así puede pensarse en los menores o la víctima en general²⁵. ¿No cabe hablar entonces de derechos fundamentales procesales? La respuesta es negativa. No cabe confundir todas las situaciones jurídicas activas procesales, facultades y derechos²⁶, con derechos fundamentales procesales, ya que de otra manera se produciría una confusión absoluta entre el plano de legalidad y el de constitucionalidad. Algo que sucede con las partes y con más razón, por lo que se ha explicado, con los terceros. Así, por ejemplo, aunque el licitador tenga derecho a participar en la subasta, el testigo a la indemnización, la víctima a declarar cuantas veces quiera..., no estamos en presencia de derechos fundamentales procesales. Estos constituyen una situación jurídica activa procesal muy singular por su trascendencia y exigen la posibilidad de arbitrar mecanismos específicos a través de los cuales se puedan hacer valer por su titular en el propio proceso. Por eso, para reconocer la presencia de derechos fundamentales procesales se requiere que su titular tenga la posibilidad de, al amparo de aquél, llevar a cabo una conducta con una inmediata trascendencia procesal, sin que sea suficiente que se limite a afirmar su existencia ante el tribunal. Por ejemplo, nadie duda del derecho del menor a ser oído o de la víctima a ser informada de sus derechos²⁷, pero si no pueden reaccionar inmediata y

TC. Aunque ahora, en atención a la nueva configuración del recurso de amparo, dada la limitadísima vía de acceso que supone justificar la trascendencia constitucional desde 2007, art. 50.1.b) LOTC y STC 155/2009, dicha negativa carezca de sentido. Sobre todo cuando se percibe que lo decisivo para la tutela procesal de los intereses legítimos sustantivos no es tanto quién ostenta su titularidad sino la posibilidad que se brinda a ciertos sujetos de acudir a los tribunales para recabar su tutela: a partir de ahí se articulan los derechos fundamentales procesales respecto de quien adquiere la condición de parte al margen de cuál sea su relación con el interés legítimo sustantivo.

²⁵ Como se comprueba *infra* no estamos afirmando que la víctima no ostente, en ocasiones, la titularidad de derechos fundamentales procesales sino que resulta imposible calificar todas las atribuciones que le otorga la ley como tales. Todo ello derivado del complejo estatus procesal de la víctima que resulta de la Directiva 2012/29/UE, la L 4/2015 EV, y la LECrim y que, a la postre, se traduce en que puede erigirse en parte (penal y civil o sólo alguna de ellas) o bien, sin alcanzar dicha cualidad, intervenir en el proceso con una condición privilegiada. Por eso sus declaraciones, como testigo, se producirán con la condición de testigo/víctima o bien, testigo/víctima/acusador, a lo que debe añadirse la posibilidad de que también se trate del denunciante.

²⁶ Así se llega a definir al proceso como el “conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión, cuya realización, a través de los oportunos actos procesales, origina la aparición de sucesivas situaciones procesales...”, GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2015, p. 312.

²⁷ Nuevamente el estatus de la víctima se presta a confusión porque el art. 5.1.i) L 4/2015 EV, dentro de los derechos de información, recoge la obligación de poner en conocimiento de la víctima los recursos que pueda interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos, pero más adelante, *infra* en

directamente frente a la conducta del tribunal que compromete su existencia con efectividad y afectando decisivamente al desarrollo del proceso, no está en liza un derecho fundamental procesal. Porque esa conducta activa que puede desplegar el titular del derecho fundamental procesal en el propio proceso no es sino la manifestación del argumento de mayor peso para reconocer la existencia de aquél: sólo ante intereses legítimos de especial trascendencia de los terceros afectados el legislador está obligado a consentir la “interferencia” de aquéllos en el proceso ajeno²⁸. Por el contrario, cuando, como es habitual, el legislador articula intereses de terceros sin hacer nacer un derecho fundamental procesal, su forma de tutela no es inmediata ni en el mismo proceso.

Así pues, los derechos fundamentales procesales cuya titularidad ostenta un tercero son una verdadera rareza o excepción, salvo en aquellas hipótesis excepcionales en las que el tercero ostenta un interés legítimo de tal intensidad que su intervención lo convierte en una auténtica parte aun cuando sus facultades procesales puedan diferir en función de si son titulares del objeto debatido o de otro conectado por vínculos de prejudicialidad o dependencia (interviniente adhesivo simple), además de que su participación puede reducirse al incidente declarativo de que se trate: así sucede, por ejemplo, en el proceso civil con los intervinientes, arts. 13 y 14 LEC, las tercerías, arts. 595 y 614 LEC, el tercer poseedor, art. 528.1.3º LEC, el cónyuge titular de bienes en régimen de gananciales que se embargan, art. 541 LEC, los ocupantes de un inmueble, arts. 661, 675, 704 LEC..., y en el proceso penal con los terceros afectados (penalmente) en el caso del decomiso, arts. 803 ter a y ss. LECrim,... En el resto de los supuestos, encontrar derechos fundamentales procesales ostentados por terceros resulta harto complicado. Así, podría señalarse en la ejecución civil el caso de los terceros titulares de cargas posteriores que están habilitados a oponerse al convenio de ejecución o al avalúo del bien, arts. 639, 640.3 y 659 LEC, mientras que en el caso del proceso penal nos encontraríamos con la víctima que sin ser parte recurre el auto de sobreseimiento o ciertas decisiones del juez de vigilancia penitenciaria, arts. 779.1 LECrim, 12 y 13 L 4/2015 EV. En todos estos casos el legislador articula en favor del tercero un mecanismo de reacción inmediato y de indudable intensidad que afecta al devenir del proceso.

el texto principal, se concretan esas posibilidades en los arts. 12 y 13 de ese texto en supuestos muy puntuales. De lo que procede deducir que para que la víctima obtenga la posibilidad de recurrir las restantes resoluciones procesales habrá de convertirse en parte.

²⁸ Sin duda, cabría adoptar una postura reduccionista y negar la existencia de auténticos derechos fundamentales procesales a los terceros, salvo en aquellos supuestos, *infra*, en lo que se alcanza, o se pretende al menos, el estatus de parte aunque sea únicamente a efectos de ciertos incidentes declarativos en el proceso. Pero estimamos que las facultades procesales de impugnación que se otorgan en ciertos casos a los terceros legitiman el discurso del texto principal.

2.2. La tutela intraprosesal limitada del derecho fundamental procesal del tercero y, concretamente, de la dispensa

Ahora bien, la singularidad que supone que un tercero sea titular de un derecho fundamental procesal también comporta peculiaridades en la forma en la que se produce la tutela del mismo. Como resulta conocido, aquellos derechos (al igual que las otras situaciones jurídicas activas de las partes) se tutelan necesariamente en el propio proceso: no tiene sentido incoar un proceso específico para su amparo porque se necesita una respuesta inmediata frente a su lesión de manera que se pueda restaurar la situación jurídica perturbada²⁹. Es decir, resulta preciso calibrar los efectos específicos que en el proceso comporta la tutela del derecho fundamental lesionado. Es imposible, consiguientemente, como regla general, pretender acudir a un proceso autónomo para dilucidar si en otro proceso aconteció la infracción de un derecho fundamental procesal o de una determinada situación jurídica. Y es que el nuevo tribunal tendría que determinar la existencia de esa posible vulneración interfiriendo en el proceso ya finalizado y sin consecuencia procesal alguna para no atentar contra la seguridad jurídica que comporta la cosa juzgada, integrada en la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE. Por eso, por ejemplo, no es posible acudir a un nuevo proceso solicitando la tutela del derecho a practicar la prueba pertinente, el proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia... Todos esos derechos fundamentales procesales habrán de ampararse en el propio proceso a través de los oportunos recursos y, en su caso, mediante el incidente de nulidad de actuaciones, arts. 228 LEC y 241 LOPJ, además de que puedan constituir el objeto de un recurso de amparo, arts. 53.2, 161.1.b) CE y 44 LOTC. Esta es una de las diferencias esenciales entre los derechos fundamentales sustantivos y procesales junto al hecho de que los segundos, en cuanto que normas de derecho público (y en el caso de los derechos fundamentales procesales, constituir las reglas esenciales del mecanismo para impartir justicia), se vigilan de oficio necesariamente por el tribunal (con la salvedad de los recursos en nuestro sistema para salvar la regulación novedosa del recurso extraordinario por infracción procesal que nunca ha llegado a entrar en escena tal y como fue previsto originariamente, arts. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ).

Sin embargo, este sistema de tutela de los derechos fundamentales procesales cambia por completo cuando se trata de los terceros. Estos ven radicalmente reducida la forma de impetrar la protección de los mismos. Y es que la premisa, a tenor de lo expuesto, es que hay que minimizar la posibilidad de perturbar el desarrollo del proceso en el que se pretende la tutela de unos determinados intereses legítimos

²⁹ “En cambio, respecto de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, cuya infracción pueda producirse a lo largo y ancho de cualquier litigio, esta Ley descarta un ilógico procedimiento especial ante las denuncias de infracción y considera que las posibles violaciones han de remediarse en el seno del proceso en el que se han producido”, apartado X de la Expos. de Motiv. de la LEC.

sustantivos para amparar, incidentalmente, otros por muy importantes que sean (incluso aunque se trate de auténticos derechos fundamentales procesales) y que ostenta un tercero: porque lo que está en juego directa y principalmente son aquellos de suerte que, una vez producida la resolución definitiva, la protección que se brinda en el propio proceso es exclusivamente a las herramientas que se otorgaron para tutelarlos y no a otras que extraordinariamente se pudieron reconocer para amparar intereses de terceros. Así pues, frente a lo que sucede con la parte, el tercero verá limitada la forma de tutelar su derecho fundamental procesal en el proceso “ajeno”. De esta manera, ostenta lo que podría denominarse la tutela inmediata del mismo: podrá hacerlo valer en la actuación concreta de que se trate: oponiéndose al convenio de realización, negándose a declarar y resultando inmune frente a cualquier amenaza de ejercicio del *ius puniendi* con la que se le advierta... Y aquí se agota la tutela intraprocesal del mismo. Porque a la vista de la resolución definitiva sólo la parte es quien puede provocar “indirectamente” su tutela³⁰. Es decir, la parte podrá invocar la afectación de un derecho fundamental propio que se ve lesionado a consecuencia de la infracción de la lesión del derecho fundamental procesal del tercero³¹. Así, en el caso de la dispensa, una vez que se dicta la sentencia, la parte podrá recurrirla invocando la lesión de su derecho a la presunción de inocencia o al proceso con todas las garantías si entiende que su condena se fundó en la declaración del pariente sin ser advertido de la dispensa. Al tercero, por el contrario, le resulta vedada tal posibilidad porque el interés legítimo sustantivo que ostenta y que es el soporte a partir del cual nace su derecho fundamental procesal, la dispensa, resulta insuficiente para hacer surgir otros derechos fundamentales procesales, como la tutela judicial efectiva, necesaria para recurrir el fallo dictado en el proceso “ajeno”³².

De esta manera al tercero titular del derecho fundamental procesal sólo le resta, al igual que le sucede con las restantes situaciones jurídicas subjetivas procesales de las que es titular, impetrar la tutela del mismo en un proceso autónomo en el que

³¹ 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, Sección Doctrina, 25 de febrero de 2011, p. 5: “Realmente, nos encontramos ante un supuesto, hasta cierto punto excepcional, de los que permiten hacer valer la transgresión de un derecho constitucional de tercero por afectar directamente a un interés jurídico propio”. De hecho, los antecedentes de dicho fallo resultan paradigmáticos: el acusado había logrado la revocación de su condena por la AP esgrimiendo la presunta lesión de la dispensa de su mujer, quien no habría sido advertida de su derecho a no declarar en el juicio a pesar de que era parte acusadora. Ésta se ve obligada a recurrir en amparo aduciendo, a través de la tutela judicial efectiva, que no existía su derecho a la dispensa en el juicio. Y el TC logra imponer el sentido común, reconociendo este último hecho aunque sí se habría menoscabado el derecho fundamental procesal de la hija a quien únicamente se le había preguntado si quería declarar. Como consecuencia, se ratifica la nulidad de la declaración de esta última pero se mantiene la de la mujer quien desde el primer momento acusaba a su marido.

³² Una vez más la víctima en ciertas ocasiones origina un supuesto excepcional por la propia naturaleza de la resolución impugnada: si se recurre un auto de sobreseimiento podemos estar ante una resolución definitiva.

se reclame la oportuna indemnización de los daños padecidos: a través de la reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, error judicial, arts. 121 CE y 292, 293 y 295 LOPJ, o bien exigiendo responsabilidad penal al Juez o Magistrado a la vez que solicita la responsabilidad civil *ex delicto* del mismo y la subsidiaria del Estado, art. 121 Cp.

En definitiva, la dispensa sí es un indubitable derecho fundamental procesal ostentado por un tercero pero recibe, por su propia naturaleza, una tutela procesal mucho más limitada que la de los derechos fundamentales procesales de los que son titulares las partes.

2.3. Carácter disponible de la dispensa de declarar

Uno de los elementos que caracterizan a los derechos fundamentales procesales, a diferencia de los derechos fundamentales sustantivos, es su indisponibilidad por el titular. Para justificar dicha cualidad no hace falta acudir a una categoría jurídica necesariamente indefinida: el orden público, sino simplemente constatar que sí, son derechos subjetivos, una situación jurídica activa, pero a la par se trata de los pilares sobre los que se construye el instrumento esencial de uno de los poderes del Estado: el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Son, como se ha indicado, las garantías básicas del modelo de impartir justicia en un Estado de derecho. Por ello, la regla general es que su existencia y funcionamiento no puede quedar como regla general al libre albedrío de su titular. Así, puede pensarse en la presunción de inocencia, el derecho al juez imparcial.... De esta manera, lo habitual es que la voluntad de su titular no tenga trascendencia cuando entran en escena. Sin embargo, en ciertos supuestos acontece lo contrario. Ello sucede cuando el propio contenido del derecho fundamental procesal engloba como un elemento esencial a la voluntad del titular: si el Estado directamente brinda al sujeto, frente a sí, la posibilidad de adoptar una determinada conducta en el proceso. El contenido del derecho se puede decir que tiene un doble ámbito. Por una parte, el genérico, es decir, el Estado asegura la existencia de las condiciones, el andamiaje, para que el derecho se pueda hacer valer. Y, por otra, el contenido propio, estriba en ofrecer una facultad procesal al sujeto para que defienda con suficientes garantías sus intereses legítimos sustantivos. Podríamos calificar, aunque sea impropia, a estos derechos fundamentales procesales como “proactivos”. De esta suerte, a la postre, resulta decisiva la voluntad del titular, porque es consustancial a la esencia de aquéllos, de hacer valer esas facultades. Así, podría decirse que el derecho fundamental se formula de la siguiente manera: el Estado garantiza que el sujeto pueda guardar silencio si no quiere incriminarse, o incriminar a un pariente, a que al final de la vista del proceso penal pueda manifestar lo que estime pertinente, a que pueda recurrir su condena, a que pueda impugnar la resolución que le perjudica si el legislador lo ha previsto sin que las exigencias para hacerlo no se interpreten res-

trictivamente ..., e incluso de forma mucho más genérica y esencial, a que se le ofrezca la posibilidad de ser oído antes de que el Tribunal tome las correspondientes decisiones y a que goce de la posibilidad de contrarrestar la conducta que despliega la otra parte en el proceso. Sin embargo, y parafraseando a *Animal Farm*, también es cierto que en algunos de esos supuestos el ejercicio de la voluntad aparece como un elemento más decisivo que en otros: unos son más proactivos que otros. Ello acontece cuando la voluntad del sujeto no se hace valer dentro del ámbito de la libertad, la facultad, sino de la sujeción, de la obligación. Es decir, cuando existe un deber (que se imponen para que el poder judicial pueda ejercer la potestad jurisdiccional y tutelar los derechos e intereses legítimos adecuadamente, arts. 118 CE y 17 LOPJ) que constriñe la conducta de aquél a menos que haga valer un privilegio que se le reconoce en el plano de constitucionalidad o legalidad: no es que el sujeto pueda desplegar una determinada conducta, es que a menos que haga valer una específica facultad se ve impelido a realizar una determinada actividad. Y es aquí donde residen y se emparentan, en primera instancia, el derecho fundamental procesal del investigado o acusado a guardar silencio y no inculparse y el derecho del testigo a no declarar por razón de parentesco o secreto profesional. De esta manera, puede concluirse, aunque sea en forma de paradoja, que se trata de los derechos fundamentales procesales más proactivos porque su contenido consiste en una “resistencia” frente a un deber específico.

La dispensa se encuentra, pues, dentro de los infrecuentes derechos fundamentales procesales “disponibles”. Y es, además, uno de los más “proactivos” de ellos junto al derecho a guardar silencio. Lo trascendental es, por tanto, el margen de discrecionalidad, de libertad, de la que se encuentra investido el titular del derecho fundamental para adecuar su conducta procesal según estime oportuno para tutelar los bienes jurídicos que se van a ver afectados por el fallo, directamente si es el investigado o indirectamente si es el tercero³³.

2.4. Además se trata de un derecho fundamental procesal de desarrollo legal

El juego de los derechos fundamentales procesales por su propia esencia, en cuanto que “reglas del juego”, garantías esenciales para impartir justicia en un Estado de derecho, no sólo resulta habitualmente ajeno a la voluntad de sus titulares, con los matices señalados, sino que también es un ámbito tradicionalmente refractario a la voluntad del legislador. Es decir, una vez que en el plano de constitucionalidad la jurisprudencia del TC ha delimitado su contenido, a lo que hay que

³³ Aunque lo cierto es que ambos palidecen ante una categoría todavía más excepcional: cuando la voluntad del titular no se incardina en el propio contenido del derecho fundamental procesal porque se trata de una garantía esencial del sistema que no entraña facultad alguna (lo habitual en los derechos fundamentales procesales) y sin embargo el legislador decide que se pueda disponer de la misma. Es lo que acontece con la conformidad: el acusado es condenado sin una actividad probatoria que reúne las necesarias garantías para satisfacer la presunción de inocencia.

añadir la del TEDH y la del TJUE cuando explicitan el ámbito del CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, arts. 10.2 y 96 CE, los derechos fundamentales procesales no se encuentran con carácter general sometidos a una tensión restrictiva sobre la que pueda operar el legislador con una cierta flexibilidad. Esto es, la conocida afirmación de que los derechos fundamentales no son absolutos y que justifica la existencia de restricciones a los mismos no tiene apenas predicamento en el ámbito procesal. Por eso es un error partir de semejante premisa para justificar la restricción de un derecho fundamental procesal. El “sí, pero...” o “sí, salvo...” no pueden esgrimirse cuando se trata de la imparcialidad del tribunal, la presunción de inocencia, del proceso con todas las garantías... Ello se debe, una vez más, a su propia esencia: no parece que los pilares sobre los que se asienta el modelo de impartir justicia de un sistema puedan ser removidos en ocasiones o a tiempo parcial por el arquitecto, el legislador, sin que la estructura que sostienen se venga abajo. Y es que el plano sobre el que juegan los derechos fundamentales, el proceso, una realidad jurídica abstracta, no tiene parangón con el hábitat natural de los derechos fundamentales sustantivos: la realidad material. Un ámbito este último en el que existe un continuo enfrentamiento de derechos e intereses contrapuestos en el que la colisión de los mismos es un factor decisivo para delimitar el contenido de aquéllos: la intimidad *vs.* la libertad de información, la inviolabilidad del domicilio *vs.* el interés público en la investigación de los delitos... Lógicamente, no se trata de negar el carácter dialéctico del proceso, su caracterización como un combate o enfrentamiento a raíz de un conflicto intersubjetivo o social, pero sí conviene precisar que aquél, a tenor de su propia naturaleza, se puede contemplar, desde una cierta perspectiva, como como el conjunto de reglas prefijadas artificialmente por el legislador que compendia las condiciones esenciales o básicas de la contienda para que el Tribunal garantice que cada parte goza de un ámbito adecuado para tutelar sus intereses legítimos sustantivos. La delimitación del contenido de los derechos fundamentales procesales, la espina dorsal de aquellas reglas, no es, consiguientemente, un terreno abonado para que el legislador vaya estipulando excepciones o derogaciones a los mismos. Ahora bien, como acontece con toda regla, existen excepciones: el derecho a un proceso público sufre restricciones, arts. 681 LECrim, 232 LOPJ, 42 LOTJ, la posibilidad de intervenir y participar en la fase de investigación decae cuando se decreta el secreto de la misma, art. 302 LECrim, la exigencia de inmediación y contradicción se ve afectada cuando se utiliza el testimonio de un menor interrogado en la fase de instrucción a través de una persona experta, arts. 433 y 730 LECrim, el derecho a la asistencia de letrado de libre designación cede tras el paso de un cierto tiempo, art. 520 LECrim, o si existe incomunicación, art. 527 LECrim, incluso se han estipulado excepciones a

la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas... Mas, insistimos, se trata de excepciones a la regla general explicitada³⁴.

¿Entonces, la dispensa, en cuanto que derecho fundamental procesal, es uno de esos infrecuentes casos en los que el legislador puede estipular derogaciones puntuales a la misma? La respuesta es afirmativa. Y la razón hay que buscarla una vez más en la propia naturaleza de la dispensa: se trata de un derecho fundamental procesal de desarrollo normativo. Ello significa que el contenido esencial del mismo está reducido a la mínima expresión: debe existir en alguna hipótesis, pero más allá el legislador tiene libertad para definir su alcance en atención a los intereses en liza. Ni siquiera parece que exista un ámbito natural razonable de la misma o que se pueda estipular en atención a parámetros sólidos, como puede ser el caso de la asistencia jurídica gratuita a quien no tiene suficientes recursos dentro de la tutela judicial efectiva (en función de la existencia de indicadores económicos solventes como el IPREM, art. 3 LAJG, L 1/96). Por eso el legislador puede incluso definir con carácter general el ámbito en el que juega y a la par estipular excepciones en las que no tiene cabida³⁵. Eso es, sin más, lo que sucede con la desfasada previsión del art. 416.2 LECrim. Por eso, por ejemplo, se reclama desde algún sector la desaparición de la dispensa en los casos de violencia doméstica y de género³⁶. Pues bien, esta singularidad de la dispensa que no tiene parangón con ningún otro derecho fundamental procesal (sólo es, quizás, equiparable a la libertad del legislador a la hora de estipular recursos salvo en el caso del condenado en el proceso penal que, como es sabido, no constituye en sí mismo un derecho fundamental procesal autónomo sino que resulta ser uno de los contenidos de la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE), se torna en un elemento decisivo cuando se compara, si se nos permite la expresión, la fortaleza de este derecho fundamental procesal con aquél que, como se ha hecho notar, guarda una íntima relación de parentesco

³⁴ Sobre la posibilidad de restringir los derechos fundamentales procesales, MARTÍN MORALES, R., DÍAZ CABIALE, J.A., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, 2001, pp. 92 y ss.

³⁵ Recuerda RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra del pariente”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 46, enero-marzo, 2010, que cuando se introdujo el derecho fundamental procesal en una enmienda en el seno de la Comisión de Constitución del Senado tenía una delimitación subjetiva específica (cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos), que luego se perdió a lo largo de su tramitación. Y en *Dispensa...*, *op. cit.*, p. 10, recuerda que hay posturas acerca de lo que sería en contenido esencial o núcleo de certeza de la dispensa: padre, hijos y hermanos, DIEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2003.

³⁶ Así, por ejemplo, un análisis de los argumentos a favor y en contra de la extensión de la dispensa en el ámbito matrimonial, utilizando el ejemplo del *common law*, CAMPANER MUÑOZ, J., “Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 44, Octubre-Diciembre, 2016, pp. 40 a 46. De hecho, la opinión más radical es la interpretar directamente que la víctima no encaja en el art. 416 LECrim que estaría pensado exclusivamente para testigos sin dicha cualidad, MAGRO SERVET, V., “Criterios Orientativos del curso de Violencia de Género, 30 de noviembre a 2 de diciembre de 2005” y en *Revista Jurídica SEPIN* n.º 19, Penal, enero de 2006. En sentido contrario, *ex plurimis*, RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *Dispensa...*, *op. cit.*, p. 11.

(derechos proactivos que consisten en una resistencia al deber de declarar, de colaborar con la justicia): el derecho a guardar silencio del acusado o investigado, art. 24.2 CE. En este último caso su contenido es absoluto o radical: no consiente operación ulterior alguna del legislador para estipular excepciones a su juego. Es imposible pensar que el legislador decida que no se tiene derecho al mismo en ciertos delitos o bajo determinadas condiciones. Todo lo más que se discute es si cabe emplear el silencio en cuanto que ausencia de justificación como un indicio más a tener en cuenta cuando se fija un hecho que perjudica al acusado.

La dispensa es consiguientemente un derecho fundamental procesal singular: su titular no es una parte sino un tercero, por lo que su tutela intraprocesal es mucho más reducida que la de los restantes derechos fundamentales procesales, además de que está sometida decisivamente al juego de las voluntades: primero, a la hora de configurarla, al deseo del legislador, quien puede decidir cuándo la reconoce y en qué supuestos estipula excepciones a su juego, y, a continuación, a la voluntad de su titular, quien decide en último lugar si la hace valer.

Mas esta precisión del contenido de la dispensa como derecho fundamental procesal, aun resultando trascendental como se va a comprobar, no nos proporciona una respuesta inmediata al dilema que nos ocupa. ¿Por qué no se puede afirmar que precisamente su contenido esencial consiste en que si se hace valer en el juicio comporta la exclusión automática de las declaraciones anteriores? ¿Acaso no puede entenderse que precisamente es el único derecho fundamental procesal cuya naturaleza conlleva la consecuencia descrita?

3. La delimitación del contenido esencial de la dispensa a través de la confrontación y comparación con otros derechos fundamentales procesales

Para responder a dicho interrogante sólo existe un camino: examinar el contenido de la dispensa más de cerca. Ciertamente en el caso de muchos derechos fundamentales su delimitación corresponde a la jurisprudencia del TC contemplándolo de forma aislada, *per se ipso*. Y con ello se corre el riesgo, sin duda, de restar al arbitrio de aquélla (y del legislador en caso de que se trate de un derecho de desarrollo legal). Podríamos encontrarnos inmersos en pleno voluntarismo jurídico frente al que resta una escasa objeción: el contenido es así porque sí. Si ese fuera el caso de la dispensa resultaría imposible rebatir que su contenido comporta la exclusión de las declaraciones anteriores. Claro que entonces se nos objetaría, ¿y qué hay de malo en ello? ¿Acaso no acabamos de afirmar que uno de los rasgos que singulariza a la dispensa en tanto que derecho fundamental procesal es, en cuanto que derecho de desarrollo legal, la libertad del legislador para otorgarle el contenido que desee? Lo que, sin dejar de ser cierto, debe ser matizado: como vamos a comprobar inmediatamente, el albedrío del legislador tiene límites.

Y es que, junto a esa contemplación aislacionista o robinsoniana del derecho

fundamental procesal, también existen otros mecanismos para delimitar su contenido: socializándolo o poniéndolo en contacto con otros con los que comparte vecindad o incluso estrecho parentesco.

Consiguientemente, en la fijación de los límites de la dispensa, su frontera o *límites*, resulta decisivo tomar como parámetro los de otros derechos fundamentales procesales. Y para ello existen dos vías: la confrontación y la comparación. La primera consiste en contraponer el contenido de la dispensa al de otros derechos fundamentales procesales que también estén en liza y sustenten intereses contrapuestos. Ése es el caso del derecho a practicar las pruebas pertinentes de la acusación, art. 24.2 CE. Mas se trata de una vía con escaso recorrido. Acabamos de explicar que el contenido de los derechos fundamentales procesales no se delimita principalmente en virtud de la tensión de unos intereses frente a otros. Pero es que, aunque no fuera ése el caso, precisamente el contenido del derecho a practicar las pruebas pertinentes decae ante la presencia de otros derechos fundamentales: no cabe aportar pruebas que supongan el menoscabo de otros (el derecho al proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia y la exclusión de las pruebas ilícitas, arts. 11.1 LOPJ y 24.2 CE). Por si fuera poco, tampoco da mucho juego otro argumento en apariencia decisivo: ¿cómo es posible que el contenido del derecho fundamental procesal de una parte ceda ante el de un tercero que no ostenta tal condición y que por eso, como se ha visto, recibe una tutela intraprocesal más reducida? A lo que cabría responder que precisamente ésta, la tutela reducida que se otorga a la dispensa estriba en ello: en la exclusión no sólo del deber de declarar en el juicio sino también de lo ya depuesto. E inmediatamente se añadiría que de hecho en el caso de la dispensa las partes acusadoras, habitualmente, no serían las víctimas, por lo que la titularidad que ostentan sobre los intereses sustantivos en juego es tan lejana que, como se señaló, se les suele negar el acceso a amparo. En cualquier caso, aunque no resulte decisivo para despejar las dudas acerca del alcance de la dispensa, lo cierto es que conviene dejar constancia de que ésta no resulta indiferente para el derecho fundamental a practicar las pruebas pertinentes. Y a ello debe añadirse la trascendencia constitucional que en el proceso penal alcanza la búsqueda de la verdad, un argumento empleado por el propio TC precisamente para justificar excepciones a la exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas, STC 81/98. Por eso, puede concluirse que si bien el método de confrontar a la dispensa con otros derechos fundamentales procesales y valores en juego no sirve para precisar el contenido de aquélla, sí que permite inferir otra conclusión legítima: no resulta admisible extrapolar el ámbito de la dispensa más allá de lo razonable.

Ahora bien, en el caso de ciertos derechos fundamentales procesales existe otro parámetro decisivo a la hora de diseñar su contenido: aquél que se ha empleado para delimitar el de otros derechos que están emparentados estrechamente con el primero. Por eso, para determinar si el ejercicio de la dispensa comporta excluir las

declaraciones anteriores puede entenderse asumible en el plano constitucional no hay otro mecanismo que el de la comparación. Porque no cabe confundir las amplísimas posibilidades del legislador para configurar la extensión de la dispensa con una facultad omnímoda para determinar el contenido de la misma como desee. Es decir, éste (el contenido) no está completamente en manos del legislador. Es cierto que en el diseño del contenido de las categorías jurídicas la libertad de aquél juega un papel decisivo, mas dicho albedrío se ve reducido por su propia conducta: en la medida que prefigura el contenido de ciertas instituciones, en especial cuando comparten la misma naturaleza, ya está afectando al de otras que viven en colindancia. Porque las categorías jurídicas están llamadas a funcionar en permanente interacción unas con otras dentro del sistema y es preciso que no se produzcan disfunciones que terminen con la coherencia interna de éste y las garantías de los justiciables. Más concretamente, no cabe diseñar un derecho subjetivo con unas propiedades que chocan frontalmente con las que se han previsto para otros derechos que comparten una mayoría de rangos identitarios. Es decir, es perfectamente lógico que el contenido de un derecho se oponga al de otro en tanto que cada uno sustenta intereses diferentes o incluso contrapuestos, pero no es asumible, salvo que concurra una excepcional causa de justificación, configurar la esencia de un derecho en función de unos atributos que se contraponen frontalmente a los que han servido para moldear el contenido esencial de otros que sirven para tutelar el mismo interés legítimo u otro muy semejante. Porque entonces la libertad y la consiguiente discrecionalidad del legislador ha degenerado en arbitrariedad, art. 9.3 CE, en un capricho que acaba no sólo con la coherencia lógica del sistema sino que atenta fatalmente contra la seguridad jurídica: los sujetos, ante la ausencia de previsibilidad, sólo saben a ciencia cierta que dependen de cuál es la voluntad del legislador en cada momento: que hoy y por ahora el contenido de un derecho subjetivo está configurado así, a pesar de que ostenta unos atributos esenciales contrarios al de otro que ampara el mismo interés u otro muy semejante y que se hace valer en la misma relación jurídica. Esto es, ¿cómo resulta el diseño en el plano constitucional, la CE y la jurisprudencia del TC, del contenido de otro derecho fundamental procesal que tutele intereses semejantes o incluso de un valor superior a efectos del proceso penal en juego? Porque si existe tal derecho y su contenido no consiente la exclusión de las declaraciones anteriores, entender lo contrario en el caso de la dispensa ya no es posible: no estaríamos en presencia de la discrecionalidad inherente al legislador o su exégeta sino que se incurriría en arbitrariedad, art. 9.3 CE.

Pues bien, a los efectos explicados resulta crucial en el caso de la dispensa constatar la existencia de otro derecho fundamental procesal que mantiene unos vínculos especialmente estrechos con ella: no estamos ante un supuesto de vecindad sino de parentesco íntimo. Se trata, como se anticipó, evidentemente, del derecho a

guardar silencio del acusado o investigado, art. 24.2 CE. No puede extrañar, consiguientemente, que el párrafo § 55 (1) StPO alemana los contemple a la vez. Ya se ha explicado que los dos son derechos fundamentales procesales, proactivos, que se hacen valer frente al deber de declarar. De hecho, también se ha dejado constancia de que el derecho a guardar silencio ostenta mayor vigor que la dispensa: porque el legislador no puede estipular excepciones al mismo ni modular su amplitud, tiene un contenido fijo. En realidad, aunque no sea el momento para insistir en ello, podemos simplificar afirmando que la dispensa no es sino una versión muy reducida y parcial del derecho a guardar silencio del investigado o acusado. Éste ostenta dicho derecho fundamental procesal con un carácter absoluto y radical, mientras que la dispensa, dado su diverso fundamento, no es más que una manifestación abreviada de un privilegio, el de no declarar. Si en el derecho anglosajón se califica al primero de *privilege against self incrimination*, podemos denominar al segundo como el *privilege against incrimination of relatives*³⁷. Pero es tal el potencial que alcanza el primero que, junto a otros factores, hace imposible regular a la declaración del acusado junto a la de los restantes sujetos que han tenido conocimiento de los hechos en el proceso penal, mientras que la dispensa no impide incluir a su titular junto a aquéllos: la omnicomprendensiva categoría del testigo en el proceso penal que engloba junto al contenido tradicional de tercero en el proceso civil, al denunciante, la víctima y al acusador e incluso al acusado respecto de hechos que atañen a otros coimputados. A ello se suma el dato esencial de que el derecho a guardar silencio lo ostenta la parte por lo que, frente a la dispensa, goza de una protección intraprocesal plena. Pero además, el mayor fuste del *right to be silent* frente a la dispensa se constata en otro aspecto decisivo, el radical, que es el que explica todo el cuadro que se ha dibujado: cuando se contemplan los bienes jurídicos que se protegen con cada uno de esos derechos fundamentales procesales: el derecho del investigado a guardar silencio cobija aquellos derechos que se pueden ver restringidos al ejercitar el *ius puniendi*, en una gran mayoría de ocasiones el *ius libertatis*, art. 17 CE, mientras que la dispensa, aunque existen dudas al respecto, las relaciones familiares y afectivas, art. 39 CE³⁸. Consiguientemente, si el derecho fundamental procesal a guardar silencio, que es el que comparte la misma naturale-

³⁷ En propiedad, nos encontramos en el *common law* con lo que se conoce como *marital privilege*, con un distinto alcance en Inglaterra (donde existe el deber de declarar del cónyuge en determinados delitos) y en EE.UU., CAMPANER MUÑOZ, J., *op. cit.*, pp. 34 y 35.

³⁸ Así, y frente a otras interpretaciones, la citada STS 292/2009, de 26 de marzo (RJ 2009, 2377), “(...) acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el art. 39 de la Constitución”, tesis que se acaba imponiendo. Y sólo como ejemplo entre las últimas resoluciones, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 486/2016 de 7 junio RJ\2016\2338 (ROJ STS 2631/2016, Ponente Sr. Marchena Gómez) FD segundo “Los vínculos familiares pueden desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los delitos. El parentesco adquiere en el proceso penal una dimensión singular que hace de él algo más que una fría categoría jurídica. Los lazos de afecto que de ordinario laten en las relaciones familiares, exigen un tratamiento singularizado a la hora de fijar el verdadero alcance de la obligación de declarar. Este es el objeto de los arts. 416.1 y 418 de la LECrim.”

za o esencia con la dispensa y ostenta mayor vigor que ella, no consiente al acusado excluir las declaraciones sumariales, resulta imposible disponer que aquélla sí permite al pariente lo contrario sin atentar no sólo contra la lógica sino además, y esto es lo importante, sin incurrir en arbitrariedad, art. 9.3 CE.

V. LA IMPOSIBILIDAD, EN ATENCIÓN A LA NATURALEZA DEL PROCESO, PLANO DE LEGALIDAD, DE CONSENTIR A LAS PARTES O INTERVINIENTES DISPONER SOBRE LOS ACTOS PROCESALES

Pero una vez más nos encontramos, a tenor del argumento desplegado, con una respuesta provisional, no definitiva: la dispensa no comporta tal facultad sólo por comparación. ¿Y si el legislador o la jurisprudencia entienden que el ejercicio por parte del acusado de su derecho a guardar silencio en el juicio conlleva la exclusión de las declaraciones anteriores? ¿Es posible esa intelección?

En definitiva, la respuesta última al dilema que nos ocupa hay que brindarla desde el plano puramente procesal porque la afirmación de la jurisprudencia del TS que concluye que el ejercicio de la dispensa en el juicio impide el empleo de las declaraciones anteriores se sustenta, recuérdese, en la afirmación de que, si no, el contenido de aquélla quedaría en nada. Y ello supone partir, se quiera o no, de dos premisas lógicas: la primera es que el titular de la dispensa tiene la facultad, depende de su voluntad, de dejar sin efecto actos o conductas procesales anteriores en las que intervino; y la segunda, que existe una interconexión inseparable entre los actos procesales, de suerte que la eficacia de una conducta puede quedar supeditada a una condición ulterior, en este caso que un sujeto decida mantener su validez, de manera que los actos procesales y el proceso se reputan como una unidad que diluye la singularidad de cada conducta específica.

Por eso, las dos cuestiones que hay que analizar son: 1) La facultad de disposición que ostentan las partes sobre las conductas procesales en las que han participado: ¿cabe que un sujeto al desplegar una conducta procesal determinada, al margen de la concreta situación jurídica que se ostente, decida la exclusión de un acto procesal anterior del que él formó parte? ¿Puede operar la voluntad de un sujeto procesal, parte o tercero, tal consecuencia en el proceso?; 2) Hasta dónde alcanza la singularidad y autonomía de cada acto procesal, es decir, si con el devenir del proceso la misma se mantiene o si por el contrario se diluye o rebaja de manera que una conducta ulterior puede afectar a la validez de actos pretéritos.

Es, pues, el plano de legalidad, la óptica puramente procesal, donde, a la postre, se va a delimitar una parte esencial del contenido del derecho fundamental procesal a no declarar por razón de parentesco: determinar si su ejercicio en el juicio comporta la exclusión de las declaraciones anteriores.

1. La ausencia de facultad de disposición de las partes y de los sujetos intervinientes en el proceso sobre la eficacia de los actos procesales

No descubrimos nada nuevo al afirmar que las partes no ostentan disponibilidad alguna sobre la eficacia de los actos procesales. Simplemente porque la facultad de disposición no es otra cosa que la manifestación de la autonomía de la voluntad en aquellos ámbitos donde un sujeto ostenta la titularidad de los intereses en juego y el dominio sobre la relación jurídica que se articula en torno a los mismos. Si, por el contrario, ésta no les pertenece, resulta indiferente cuál es la voluntad del autor de la conducta que integra la relación jurídica en cuestión a efectos de su eficacia. Por eso, cuando se ha intentado construir una teoría general de los actos procesales a modo y semejanza de la teoría general del derecho y se han trasplantado los elementos que los integran, el consentimiento, el objeto y la causa, resulta evidente que el primero, el consentimiento, la voluntad del sujeto de provocar un determinado efecto jurídico, resulta intrascendente³⁹. La eficacia de una conducta procesal es aquélla que el titular de la relación jurídica, el proceso, en la que se integra, el Estado, ha dispuesto: lo que el legislador estipula en cada hipótesis, al margen de cuál sea el deseo del sujeto que la lleva a cabo. Eso se traduce en que, por ejemplo, cuando un sujeto resulta interrogado y declara, resulta indiferente cuál es su intención o interés: beneficiar a una u otra parte. Lo decisivo es que aporta un material que el tribunal tiene a su disposición para evaluar la cuestión que se le ha sometido⁴⁰.

Precisamente en el ámbito probatorio y dentro del marco en el que la voluntad de las partes resulta decisivo por cuanto habitualmente ostentan la titularidad de los intereses legítimos sustantivos en liza, en el proceso civil, hubo que formular el llamado principio de adquisición procesal según el cual “Cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, éstos pueden ser utilizados por la otra parte” y que en España se reconoce jurisprudencialmente

³⁹ ORTELLS RAMOS, M., MARTÍN PASTOR, J.M., *Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales*, en “Introducción al Derecho procesal”, VV.AA., Navarra, 2016, p. 367, “Consiguientemente, la voluntad de la parte carece del efecto *normativo* –característico del negocio jurídico– y sirve sólo para entender realizado un acto al que el Derecho objetivo anuda un determinado efecto.”

⁴⁰ Evidentemente, lo anterior no significa desdeñar por completo la importancia del juego de la voluntad de las partes en el proceso, pues como resulta evidente en última instancia sin ellas no existe aquél ni puede desarrollarse hasta el final, en virtud de la exigencia del derecho al juez imparcial. Además, aunque el titular del proceso sea el Estado y estemos en presencia de normas de derecho público, en ocasiones el propio legislador dispone que aquélla sea la que opere a la hora de suscitar una determinada consecuencia jurídica como sucede en el proceso civil con la sumisión en el ámbito de la competencia judicial internacional o la competencia territorial, la determinación del orden de los embargos, la forma de realizar un bien... E incluso existen actos de disposición sobre el proceso, como el desistimiento o sobre los intereses legítimos en liza (cuando ello es posible por la naturaleza de los mismos o el juego de otros principios como el de oportunidad) que se traducen en específicas consecuencias procesales. Mas en todas estas hipótesis es el propio legislador el que ha contemplado el juego de la voluntad como causa eficiente de la específica consecuencia jurídica y además está supeditada al control del tribunal que es el destinatario directo de los actos procesales en cuanto que titular de la potestad jurisdiccional.

desde 1945. Es decir, que la actividad probatoria desplegada se “desprende” del autor de la misma y surte eficacia al margen de su voluntad aunque le resulte perjudicial. Como se puede comprender, el principio de adquisición procesal no es más que un artificio que por razones históricas singulariza en el ámbito probatorio del proceso civil lo que se viene reseñando: que, por la propia naturaleza del proceso, la voluntad o intención de las partes resulta completamente ajena a la eficacia de la conducta procesal que se ha desplegado⁴¹. Por eso, hoy en día, es innecesario y resulta un anacronismo⁴².

Pues bien, si la titularidad de la relación jurídica procesal la ostenta el Estado y el tribunal su dominio actual y la voluntad de los intervinientes no es la que opera por sí misma las consecuencias jurídicas previstas en cada conducta procesal, con mucho mayor motivo hay que desdeñar la posibilidad de que la querencia de las partes o terceros que han participado en un acto procesal pueda *a posteriori* decidir la exclusión de la eficacia del mismo. Esto es, si la voluntad del titular de la dispensa no se toma en cuenta a efectos de la trascendencia procesal de la declaración que ha efectuado mucho menos podrá decidir con carácter retroactivo la exclusión de la misma.

A mayor abundamiento, hay que reparar en que ni siquiera quien controla la eficacia y validez de los actos que integran el proceso, el tribunal, puede disponer según su albedrío de los mismos: el principio de legalidad y la proscripción de la arbitrariedad impiden que excluya conductas procesales a su antojo salvo en aquellas hipótesis en las que el legislador y el plano de constitucionalidad lo imponen por concurrir alguna tara que afecta trascendentalmente a su validez, arts. 238 y 240 LOPJ, 225 y 227 LEC...

En definitiva, desde el plano puramente procesal la voluntad de los integrantes de la relación jurídica procesal, ni siquiera la del tribunal, permite excluir el valor de una conducta procesal ya desplegada. Se trata de una realidad tan innegable que el propio TS, al constatar las consecuencias de su jurisprudencia sobre el

⁴¹ El principio que nos ocupa lo formula originariamente CHIOVENDA, lógicamente, con carácter general, MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 2002, pp. 83 y 84, y se particulariza en el ámbito probatorio del proceso civil a consecuencia de las exacerbadas consecuencias que resultan de proyectar en el plano procesal la titularidad privada de los intereses debatidos: si las partes son las dueñas del proceso y el principio de aportación de parte comporta que sólo se practiquen las pruebas que aquéllas decidan, lo lógico es que también dispongan del resultado de éstas, de manera que sólo la parte que propuso la prueba pueda beneficiarse de su contenido y en ningún caso verse perjudicada por el mismo.

⁴² Otra cosa es el alcance que deba darse a los límites de la apuesta tradicional del legislador, el principio de aportación de parte (que junto al principio dispositivo se anudan bajo la rúbrica de principio de justicia rogada, art. 216 LEC): si un litigante renuncia a la prueba solicitada y admitida, ¿puede el otro contendiente o el tribunal exigir su práctica? ¿El principio de aportación de parte se agota en la proposición de la prueba o alcanza también a su práctica? Desgraciadamente no pasará mucho tiempo hasta que el mismo dilema se proyecte en el proceso penal como consecuencia del juego del llamado principio acusatorio, que no es sino una indebida constitucionalización del modelo o sistema acusatorio, que comparte con la aportación de parte la misma filosofía: el *adversary system of litigation* anclado en un principio técnico la neutralidad (que no imparcialidad, art. 24.1 CE) del tribunal, auspiciado por una concepción dialéctica de la prueba y nutrido habitualmente, aunque ello no resulte esencial, de determinadas opciones ideológicas.

ejercicio de la dispensa, se ha visto obligado a reafirmarla⁴³, mas el problema es que si a renglón seguido se concluye que se produce la exclusión de la declaración sumarial al hacerla valer, resulta un razonamiento de esta suerte: las partes, aunque eviten el empleo de la deposición anterior, no están disponiendo de los actos procesales, se trata simplemente del resultado del empleo de la dispensa. Lo que obliga, en un ejercicio de cinefilia, a traer a colación la célebre frase metafísica de *Jessica Rabbit*, al explicar el porqué de su conducta: “la culpa no es mía, a mí me han dibujado así⁴⁴”. Nos parece, dicho con todos los respetos, una operación de maquillaje que no resiste un riguroso análisis lógico: precisamente a través del examen de los efectos se infiere la causa y la naturaleza de ésta. Si se entiende que el juego de la dispensa opera de esa manera no hay otro remedio que concluir que aquélla otorga a su titular la facultad de excluir actos procesales y disponer de ellos.

2. Cuando se excluye la declaración anterior al hacer valer la dispensa se confunde la naturaleza del proceso y la de los actos que la integran

Permítasenos recordar que el proceso consiste en una serie de actos encaminados a un fin; no es un todo, una serie de conductas o actos que se diluyen y pierden su singularidad, su esencia, para conformar una realidad jurídica diferente. Es decir, el proceso sí es una categoría jurídica autónoma, nueva, distinta a la que constituye cada una de esas conductas aisladas, pero esa nueva realidad jurídica se caracteriza por conservar la identidad y singularidad de cada uno de los actos, situaciones jurídicas procesales y, si se quiere, relaciones jurídicas que lo conforman⁴⁵. Precisamente por ello al indagar sobre la naturaleza del proceso resulta tan difícil encuadrarlo dentro de las categorías jurídicas preexistentes y se acaba por concluir que constituye una institución jurídica propia caracterizada por la existencia de pluralidad de relaciones jurídicas compuestas a su vez por actos singulares. Si éstos se

⁴³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 557/2016 de 23 junio (ROJ STS 3041/2016, Ponente Sr. Giménez García) RJ2016/2833, FD Tercero, “El art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría.”

⁴⁴ *Who Framed Roger Rabbit?*, 1988, Robert Zemeckis (Dir.).

⁴⁵ No es el momento ni el lugar de discutir acerca de la naturaleza del proceso, al identificar a éste como una relación jurídica simplemente nos hacemos eco de la corriente dominante a pesar de ser conscientes de las inexactitudes que comporta, sobre estas cuestiones fundamentalmente DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, Madrid, 2004, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., pp. 19 a 30.

hubieran diluido en el todo, en el proceso, éste conformaría una relación jurídica única y cesarían así los problemas acerca de su discutida naturaleza. Y es que por muy tentador que resulte asumir una suerte de panteísmo heraclitiano y reputar al proceso como una especie de unidad en permanente movimiento o, si se prefiere, optar por la vena lírica del porteño⁴⁶, la realidad acaba desdiciendo semejante perspectiva. No se trata de exaltar hasta el extremo la singularidad de cada acto procesal y aislarla del resto porque se incurriría en el mismo error de Zenón: negar el movimiento de la flecha al diseccionar su trayectoria en una infinitud de situaciones estáticas. Por eso, Aquiles jamás alcanzará a la tortuga. En definitiva, hay que ser conscientes de la ambivalencia esencial de la institución: la existencia de una realidad jurídica propia, el proceso, dotada de unidad, que sería el fruto de una perspectiva dinámica y finalista, sin dejar de reconocer la entidad propia de cada uno de los actos que la integran, la óptica estática. Pues bien, cuando se afirma que el ejercicio de la dispensa en el juicio anula la declaración anterior es notorio que se reputa a la deposición del testigo como un todo: no existe la declaración en la fase de investigación como una realidad jurídica independiente por sí misma sino que su validez, su existencia, queda supeditada a la postura que se adopte en la declaración en el momento del juicio. Se ignora que la conducta del sujeto en cada uno de esos momentos procesales tiene entidad propia por sí misma integrándose en un acto específico y diferenciado, por lo que resulta autónoma respecto de la que se adopte ulteriormente en otro acto procesal diferente. Es decir, la dispensa se hace valer en actos procesales diferentes y distanciados en el tiempo y en cada una de esas ocasiones el derecho fundamental procesal se despliega y produce los efectos que le son propios con independencia absoluta de lo que suceda después. La dispensa es, pues, un derecho de ejercicio sucesivo pero diferenciado y con entidad propia en cada instante que se hace valer. Por eso, porque acaba por fundarse en la misma premisa, también es otro error el “determinismo” procesal: a partir de la postura adoptada en un acto desaparece el libre albedrío del sujeto en postreras conductas, que suele cobijarse bajo la imprecisa doctrina de los actos propios⁴⁷. Así, *e.g.*, se puede llegar a inferir equivocadamente que quien denuncia no podría hacer valer la dispensa, o quien rechaza el ejercicio de la dispensa en la fase de investigación no podría utilizarla en el juicio... Y sin embargo, la propia realidad jurídica, el funcionamiento de la institución demuestra lo errado de esta perspectiva. La piedra de toque a estos efectos consiste en reparar cómo funciona el examen de la validez de los actos procesales. No se trata de insistir en lo elemental, que a lo largo del deve-

⁴⁶ “Shelley dictaminó que todos los poemas del pasado, del presente y del porvenir, son episodios o fragmentos de un solo poema infinito, erigido por todos los poetas del orbe” (*A defence of Poetry*, 1821)”, BORGES, J.L., “La flor de Coleridge”, *Otras inquisiciones*, en *Obras Completas*, Vol. II, Valencia, 1992, p. 233.

⁴⁷ Así, por ejemplo, sobre la vaguedad de la misma en el ámbito del derecho privado, *La doctrina de los actos propios, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Díez-Picazo, L., Madrid, 2014.

nir, mientras el proceso está en construcción, se examina la aptitud y validez de cada acto por sí mismo, sino de reparar en que al final del proceso, cuando se denuncia la existencia de un vicio, cada uno de los actos procesales conserva su singularidad y se analiza, en un primer momento, independientemente: así, *e.g.*, una vez impugnada la sentencia de condena por haber lesionado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del condenado al emplear una declaración de la víctima en la que no se la advirtió de su derecho a guardar silencio, habrá que determinar primero si concurrió el vicio denunciado: si el testigo fue advertido de su derecho a no declarar. Y una vez constatada la existencia del defecto, en una segunda secuencia, hay que inferir si ello ha tenido trascendencia en el resultado del proceso, que es una consecuencia de la naturaleza finalista, o si se quiere maquiavélica, y utilitarista del proceso cuando se contempla desde la resolución definitiva: a efectos de la tutela judicial efectiva, de impartir justicia, no tiene sentido anular o retrotraer las actuaciones a un momento previo si ello no ha sido decisivo (aunque sea en potencia) en la decisión final. Puede decirse que la justicia del todo se impone a la justicia del acto, pero no porque éste se diluya, sino porque aun conservando su esencia no puede sobreponerse a la de la propia institución en la que se integra. Además, y lógicamente, el examen de la validez de un acto y los efectos que comporta su nulidad en el proceso se hace siempre desde el momento de su producción hacia el futuro: hay que determinar en qué medida los actos sucesivos fueron independientes o si el contenido de estos últimos hubiera sido el mismo sin haberse cometido la infracción. Evidentemente, no existe jamás una mirada retroactiva: es imposible tomar en consideración la validez o el presupuesto de un acto para analizar si ello comporta consecuencias respecto de los que se produjeron anteriormente. Es el conocido principio de conservación de los actos procesales, arts. 243 LOPJ y 22 LEC, cuyas dos premisas son las que venimos enunciando: el mantenimiento de la singularidad de cada acto procesal y la perspectiva finalista del proceso. Precisamente aquéllas que se rompen al aplicar la jurisprudencia sobre el ejercicio de la dispensa en el juicio: quiebra la independencia y singularidad de la declaración sumarial que se excluye y además se determina su validez con una perspectiva retroactiva.

V. LA INEXISTENCIA DE IMPEDIMENTO ALGUNO EN EL PLANO CONSTITUCIONAL Y LEGAL PARA EL EMPLEO DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES DEL PARIENTE CUANDO SE PRACTICARON CON CONTRADICCIÓN

Si el contenido del derecho fundamental procesal a no declarar por razón del parentesco no conlleva que su ejercicio en el momento del juicio excluya la declaración prestada con anterioridad, en realidad resulta todo lo contrario, y desde la

perspectiva puramente procesal resulta imposible estipular dicha consecuencia porque supone atribuir a las partes e intervinientes un poder de disposición sobre los actos procesales incompatible con la naturaleza del proceso, además de que ésta impide reputar a las declaraciones del testigo en el proceso como un único acto cuyo valor final queda supeditado a la conducta de aquél en el juicio, es el momento de retornar al plano de constitucionalidad para analizar si en el mismo existe algún impedimento para tomar en consideración la declaración prestada en la fase de investigación con todas las garantías. En concreto, para calibrar la posibilidad de utilizar como fundamento del fallo en el proceso penal una actuación desplegada en la fase de investigación se utilizan como parámetros las exigencias de inmediación y contradicción que se incluyen en el proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia, art. 24.2 CE. Pues bien, no hace falta insistir en demasía en que ninguna de las dos padece si el tribunal valora la declaración del testigo advertido de su derecho a no declarar ante el juez de instrucción en la que está presente el letrado del investigado y se le permite formular las preguntas que desee. Es cierto que se suele hacer hincapié en la distinta carta de naturaleza que resulta entre el acto de investigación y la prueba que se practica en el juicio para rechazar, con carácter genérico, el empleo del primero como material que sirve para fundar el fallo, pero conviene tener presente que nuestro modelo o sistema procesal penal acusatorio mixto o formal o, si se quiere, inquisitivo garantista (salvo en el proceso de menores), se caracteriza porque la fase de investigación se dirige por un órgano investido de la potestad jurisdiccional y en la medida en que se garantiza la contradicción, sobre todo desde 1978, en cada una de las diligencias allí practicadas y, por causas ajenas a la voluntad de las partes, resulta imposible la realización de la prueba en el juicio o resulta con un contenido contrario a la diligencia practicada, es posible acudir a dicho material para que, a través de su reproducción, se pueda utilizar en el fallo. Ésos son los nutrientes de los arts. 714 y 730 LECrim bajo una perspectiva constitucional. De esta manera, puede decirse que en muchas ocasiones existe una prueba anticipada “en potencia”, sin que formalmente haya recibido tal calificación, porque está a la expensa de los avatares del proceso (la irreproductibilidad sobrevinida o las contradicciones)⁴⁸. Sin duda con ello el juicio o la vista pierde trascendencia, y ése es precisamente uno de los argumentos técnicos para apostar por un modelo acusatorio (aunque también existen otras desventajas de la misma índole que no procede analizar aquí). Mas también es innegable que, si acontecen las condiciones descritas, en el empleo del acto de investigación practicado con todas las garantías no existe quebranto alguno de derecho fundamental

⁴⁸ Acerca de la posibilidad de practicar como prueba preconstituida las declaraciones de las víctimas de malos tratos, “La necesidad de evitar la reiteración de las declaraciones de las víctimas de malos tratos ante la justicia. El otorgamiento del valor de su primera declaración como prueba preconstituida”, MAGRO SERVET, V., *Diario La Ley*, núm. 7897, Sección Doctrina, 9 de julio de 2012.

procesal y de las garantías básicas del proceso aunque ello suponga afectar la garantía de inmediación.

Precisamente, en lo que atañe a esta exigencia es cierto que el empleo en el juicio del material producido ante el Juez de instrucción comporta un déficit de la misma que se suple mediante la lectura o reproducción de la diligencia en cuestión. Pero es un elemento común a toda la prueba anticipada practicada entonces y a aquellas diligencias que resulta imposible volver a practicar o si existen contradicciones entre las declaraciones efectuadas en una y otra sede, arts. 714, 730 LECrim. Por eso, en las previsiones más modernas se intenta paliar en cierta medida dicha carencia a través de la documentación de las mismas en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y sonido, arts. 433 y 777.2 LECrim. A estos efectos no existe, pues, ninguna diferencia entre la declaración sumarial de la víctima y aquellas otras deposiciones en esa sede de otros testigos, peritos y acusados que se pueden emplear en la sentencia. De hecho, cuando existen ciertos intereses en juego dignos de protección, como sucede en el caso de las víctimas menores de edad e incapacitados en situaciones de especial desprotección, la exigencia de inmediación desaparece al disponerse directamente el empleo de la declaración de la fase de investigación, arts. 433 y 730 LECrim⁴⁹, que resulta a su vez de las exigencias del derecho internacional y la UE, Directiva 2012/29/UE y art. 26 L 4/2015 EV. Mas, insistimos, ése no es el caso de las declaraciones del pariente que renuncia a hacer valer la dispensa.

Tampoco puede alegarse déficit alguno de contradicción si el abogado de la defensa está presente y se le permite practicar aquellas preguntas que se estimen oportunas. Éste es el elemento decisivo para salvaguardar la manifestación específica del derecho de defensa que consiste en poder contrainterrogar al testigo o formular preguntas al perito (o recusar y nombrar a otro experto, arts. 467, 471 LECrim), arts. 6.3 CEDH y 14.3 PIDCP, que desde siempre se ha recogido en nuestro texto procesal, arts. 333, 448, 476, 480 LECrim. Ciertamente es que en la tutela del derecho de defensa también se contempla una vertiente de la autodefensa en las actuaciones de la fase de investigación que consiste en la posibilidad de que el investigado presencie por sí mismo la diligencia en cuestión, lo que permitiría que las observaciones y preguntas formuladas por su letrado tuvieran un contenido muy preciso cuando ello fuera necesario, arts. 118 y 520 LECrim. Tampoco es menos cierto que sufren modulaciones las manifestaciones del derecho de defensa explicadas en atención a la necesaria protección de los menores de edad o incapacitados,

⁴⁹ SSTS 96/2009 de 10 de marzo (ROJ STS 1908/2009, Ponente Sr. Prego de Oliver Tolivar) (RJ 2009, 3284), 743/2010, de 17 de junio (ROJ STS 4235/2010, Ponente Sr. Saavedra Ruiz) (RJ 2010, 6674) , 925/2012, 8 de noviembre (ROJ STS 7931/2012, Ponente Sr. Del Moral García) (RJ 2013, 30), 593/2012, de 17 de julio (ROJ STS 5087/2012, Ponente Sr. Soriano Soriano) (RJ 2012, 10546), 19/2013, de 9 de enero (ROJ STS 173/2013, Ponente Sr. Marchena Gómez) (RJ 2013, 4382), 470/2013, de 5 de junio (ROJ STS 2887/2013, Ponente Sr. Conde-Pumpido Tourón) (RJ 2013, 7643), 840/2016 de 7 noviembre (ROJ STS 4937/2016, Ponente Sr. Colmenero Fernández de Lvarca) RJ 2016\5427, FD primero.

sobre todo si son víctimas, cabiendo la práctica de la diligencia sin confrontación visual o bien que las preguntas se formulen a través de un experto y no directamente por el defensor, arts. 433, 448 LECrim, art. 26 L 4/2015 EV. Pues bien, tampoco en estos casos la declaración del pariente reviste diferencia alguna respecto de aquellas otras que se pueden emplear en el fallo cuando se consintió la contradicción aunque no se practicaron formalmente como prueba anticipada, arts. 714 y 730 LECrim. Más concretamente, no tiene sentido intentar escudarse en que el silencio del pariente impide en el juicio hacer valer la contradicción, algo que naturalmente es evidente, porque lo decisivo es que aquélla sí existió en la diligencia sumarial que es la que se va a utilizar mediante su lectura o reproducción.

Este es el momento de recordar dos de las conclusiones que se formulaban al delimitar el contenido del derecho fundamental procesal que nos ocupa por confrontación y por comparación con otros que viven en colindancia o guardan parentesco íntimo con él en el art. 24 CE.

Respecto a la contraposición del derecho a la dispensa frente a otros intereses legítimos salvaguardados en diversos derechos fundamentales procesales, ya se advirtió que no era un camino de largo recorrido pero que sí permitía formular una conclusión inapelable: desde la óptica del derecho a practicar las pruebas pertinentes de las partes acusadoras y la trascendencia constitucional de la búsqueda de la verdad en el proceso penal no resulta indiferente la exclusión de la declaración sumarial del pariente. Todo lo contrario, existe una evidente tensión hacia el empleo de la misma.

Por lo que atañe al mecanismo definitivo que permite fijar el contenido constitucional de la dispensa, su comparación con el de otros que comparten la misma naturaleza, es evidente que no es admisible, pues se incurre en arbitrariedad, consentir, si se cumplen las exigencias de inmediación y contradicción, el empleo de la declaración del acusado en la fase de investigación que renuncia a guardar silencio (un derecho fundamental procesal de mayor fuste y con una tutela intraprocesal superior, *supra*) y repudiar en el mismo caso la del pariente.

Por último y aterrizando en el plano de legalidad, no entendemos necesario dedicar mucho espacio a tratar de argumentar que la declaración sumarial del pariente que ha declinado hacer valer la dispensa encaja en las previsiones del artículo 730 LECrim como un supuesto de imposibilidad sobrevenida, por cuanto la misma hipótesis en el caso del acusado que declaró en el sumario, renunciando a su derecho a guardar silencio, tiene una indudable cabida en dicho precepto. No merece la pena malgastar tiempo y espacio en explicar que, como se ha señalado *supra*, no existe diferencia alguna en cuanto a la exigencia de contradicción entre uno y otro caso: lógicamente nunca cabe achacar deficiencia alguna al respecto cuando se utiliza la declaración del investigado que renuncia a su derecho a guardar silencio, pero es que el empleo de la declaración del testigo advertido de su dere-

cho y en presencia del abogado del investigado se encuentra en la misma situación y no puede formularse reproche alguno. De hecho, como resalta con acierto ESCOBAR JIMÉNEZ⁵⁰, se llega a la paradoja de que si el pariente que ha declarado en la fase de investigación procesal fallece o resulta imposible localizarlo, no habría problema en utilizar su testimonio a través del art. 730 LECrim. Y en el mismo sentido, aunque ahora dentro del ámbito del art. 714 LECrim., si el pariente en sede sumarial declara en sentido inculpativo, asegurada la contradicción, y luego se desdice en el plenario, tampoco habría inconveniente en utilizar la primera deposición⁵¹.

VI. CONCLUSIONES

- Urge, para poder combatir con un mínimo de efectividad a la violencia de doméstica y de género, poner fin a una anomalía jurisprudencial: la imposibilidad de utilizar las declaraciones sumariales del testigo advertido de su derecho fundamental procesal a no declarar, siempre que se hubiesen practicado con contradicción, cuando se hace valer la dispensa en el juicio.
- Dicha línea jurisprudencial, a pesar de lo que se sostiene, no es el fruto de la exégesis tradicional de la dispensa, sino que se origina en dos momentos históricos puntuales, el segundo y decisivo en fecha relativamente reciente, 2009, que, además de mutilar el pronunciamiento originario del TS sobre esta cuestión, cercena una jurisprudencia menor mucho más acorde con el contenido del derecho fundamental procesal en liza.
- El derecho fundamental procesal a no declarar por razones de parentesco, art. 24.2.II CE, presenta un contenido singular: es el único cuya titularidad se prevé expresamente en favor de un tercero, por lo que su tutela intraprocesal es muy reducida en comparación con la de los restantes, además resulta disponible por su titular y está sometido a posibles restricciones por parte del legislador.
- Ni por confrontación ni por comparación con otros derechos fundamentales procesales con los que guarda estrecho parentesco puede decirse que el contenido constitucional de la dispensa comporte la exclusión de las declaraciones sumariales (practicadas con contradicción). Todo lo contrario, el derecho a practicar las pruebas pertinentes y la trascendencia constitucional de la búsqueda de la verdad material en el proceso penal tienden a la solución contraria. Además, y esto es lo que resulta definitivo, se incurre en arbitrariedad cuando se dispone que el derecho fundamental procesal a guardar si-

⁵⁰ ESCOBAR JIMÉNEZ, R., *El interrogatorio...*, *op. cit.*, p. 256.

⁵¹ MONTESINOS GARCÍA, A., “La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género” *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico* 11/2012.

lencio del investigado, que comparte los mismos rasgos genéticos que la dispensa, sí permite utilizar la declaración sumarial del acusado mientras que el ejercicio de aquélla en el juicio comporta la solución contraria. Se trata de una solución bipolar y paradójica: la tutela que se otorga al derecho fundamental procesal de mayor rango, el del acusado, que protege bienes jurídicos de valor superior, dotado de un amparo intraprocesal mucho más intenso y completo, y que resulta vedado a las restricciones del legislador, es justo la contraria que se brinda al derecho del pariente a no declarar.

- La consideración de la naturaleza del proceso y la de los actos que lo integran demuestra que el contenido constitucional de la dispensa no permite inferir la conclusión que combatimos: ni las partes ni el tribunal pueden disponer de los actos procesales válidamente celebrados. Tampoco cabe reputar al proceso como una entidad jurídica abstracta que diluye la singularidad de cada uno de los actos que lo componen. El examen de la validez de los actos procesales y el principio de conservación de los mismos reafirman la conclusión que propugnamos.
- No existe impedimento alguno desde el plano de constitucionalidad, exigencias de inmediación y contradicción que integran el derecho fundamental al proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia, art. 24.2 CE, para emplear la declaración sumarial del pariente advertido de su derecho a no declarar y en presencia del abogado del investigado.
- Atenta contra la lógica y la proscripción de arbitrariedad, art. 9.3 CE, sostener, en el plano de legalidad, que la declaración del acusado que renuncia a su derecho a guardar silencio encaja en las hipótesis de “imposibilidad” sobrevenida del art. 730 LECrim mientras que en el caso del pariente que declinó el ejercicio de la dispensa no sucede otro tanto.
- Resulta imperativo que, en la fase de investigación, el Juez de instrucción o de violencia sobre la mujer, cuando vaya a tomar declaración al pariente se asegure de hacer efectiva la contradicción: advirtiendo y citando al abogado del investigado a la misma y también, cuando es posible, a éste (aunque en ocasiones la declaración se practique sin confrontación visual). También resultaría oportuno hacer notar al pariente de la posibilidad de emplear dicha declaración en el juicio a pesar de que entonces se acoja a la dispensa.