

Teresa Peramato Martín

La ruptura del silencio cómplice. Especial referencia a la obligación de denuncia de los profesionales y a la dispensa del art. 416 de la LECrim.

## **VI CONGRESO DEL OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO (CGPJ)**

### **La ruptura del silencio cómplice. Especial referencia a la obligación de denuncia de los profesionales y a la dispensa del art. 416 de la LECrim**

**Teresa Peramato Martín**

#### **Fiscal adscrita a la Fiscalía de Sala contra la violencia sobre la mujer (FGE)**

Sólo llega a conocimiento de los Jueces un 28,5% de la violencia que sufren las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja, pese a que el 81% contaron su situación a familiares, amigos o conocidos y el 50,15% lo hicieron a algún profesional socio-sanitario, lo que obliga a reflexionar sobre las causas y consecuencias de esa resistencia a comunicar los hechos a la autoridad judicial o al Fiscal en cumplimiento de la obligación de denuncia de los arts. 259 y 262 de la LECrim.

También se estudiará el silencio de la víctima al amparo de las dispensas de la obligación de denunciar y de declarar (261 y 416 de la LECrim), sus causas y consecuencias y se hará un análisis jurisprudencial de la interpretación de esos preceptos y del derecho comparado, lo que reforzará los argumentos para solicitar una reforma de dichas normas, como tantas veces ha hecho la Fiscalía.

## Índice

I.- APROXIMACIÓN A LA CIFRA OCULTA DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER ....	2
II.-LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA OBLIGACIÓN DE LOS PROFESIONALES SOCIO-SANITARIOS.....	4
III.- EL SILENCIO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL: ALGUNOS DATOS.....	8
IV.- LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR COMO TESTIGO POR RAZÓN DE PARENTESCO O AFECTIVIDAD.....	10
IV.1.-Fundamento de la dispensa .....	11
IV.2.- Sujetos que tiene derecho a la dispensa .....	12
IV.3.- La dispensa y testigos menores de edad .....	13
IV.4.-Obligación de advertir al testigo de la dispensa y de las consecuencias de no hacerlo. Especial posición respecto del testigo denunciante.....	16
IV.5.- Contenido de la dispensa.....	19
IV.6.- Momento en que han de concurrir las relaciones del 261 y 416 de la LECrim para aplicar la dispensa.....	19
IV.7. Una vez efectuada la renuncia a la dispensa por la/el testigo, renace ésta en ulteriores declaraciones procesales .....	22
IV.8:- Imposibilidad reproducir en el acto del juicio oral las declaraciones anteriores de la testigo víctima, si en éste se acoge a la dispensa de conformidad con el art. 707 de la LECrim .....	24
IV.9. Silencio de la víctima, testigos directos y de referencia. La prueba indiciaria.....	27
V.- LA DISPENSA EN EL DERECHO COMPARADO .....	30
VI.- NECESIDAD DE REFORMA DEL ART. 416 DE LA L.E.Crim .....	33

### I.- APROXIMACIÓN A LA CIFRA OCULTA DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Tras la entrada en vigor de la L.O.1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante Ley integral), uno de los primeros efectos positivos apreciados estadísticamente fue el ascenso importante en el nº de denuncias formuladas por actos de esta naturaleza; es cierto que desde el 2009 al 2013 se registró una caída cercana al 8% respecto de la cifra máxima computada en 2009, lo que pudo obedecer a distintas causas, pero se va efectuando una recuperación poco a poco.

Ese rápido incremento de denuncias se debió por una parte , sin duda alguna, al trabajo que diariamente efectúan las asociaciones de mujeres con las víctimas y al eco

que tuvo la aplicación de la ley y de los recursos que desde la perspectiva multidisciplinar, integral y transversal se pusieron en marcha para proteger y ayudar a las víctimas y, también, ha de reconocerse, a la campañas publicitarias que la administración en general han llevado a cabo continuamente con el objetivo de que las víctimas denuncien y pidan ayuda en la confianza de que hay salida frente al maltrato, campañas que, por otra parte, también persiguen, como objetivo fundamental, concienciar a la ciudadanía en general de la conveniencia de que cuando conozcan de la existencia de esos hechos, lo pongan en conocimiento de las autoridades.

Sin embargo, y pese a que han sido muchos los esfuerzos, los estudios nos dicen que sigue existiendo una cifra oculta de esta violencia muy importante.

De acuerdo con la Macroencuesta del año 2015<sup>1</sup> podemos concluir que, de toda la violencia que en el ámbito de la pareja o ex pareja sufren las mujeres en España, sólo el 28,5% llega a conocimiento del juez lo que quiere decir que, si descontamos el 6,4% de las encuestadas que no contestan, el **65%** de esa violencia permanece oculta y ello es debido no sólo al silencio de la propia víctima sino, también, al de los familiares, vecinos, amigos que conocen esa situación y callan, y a la falta de denuncia por los profesionales socio-sanitarios.

No se puede llegar a otra conclusión si tenemos en cuenta que, según la misma fuente, el 81% de las mujeres víctimas han contado su situación alguna vez a parientes, amigos, vecinos o profesores y que el 50,15% han acudido a algún servicio médico o a un servicio de atención social (37,2% y 13,13% respectivamente)

Esta conclusión viene corroborada por los datos que facilita el Observatorio de Violencia de Género y Doméstica del CGPJ<sup>2</sup>, según los cuales en el año 2015, sólo el 2,25% de los procedimientos penales se iniciaron a denuncia de los familiares y sólo en 13,20% a denuncia de un profesional; respecto de esta última información hemos de tener en cuenta que la mayoría de estas denuncias se hicieron a través de la emisión del correspondiente parte de lesiones físicas de conformidad con el art. 355 de la LECrim (11,28%), lo que pone en evidencia que esta comunicación en la práctica se reduce a aquellos supuestos en los que el maltrato es físico y que, prácticamente, no se comunica la violencia psicológica detectada.

Lo que en todo caso queda absolutamente claro es que la víctima no calla su situación; que no guarda silencio; la víctima está pidiendo auxilio como puede y ante quien cree que puede ayudarle; son los demás los que callan o no reaccionan como era de esperar. No se trata de culpabilizar a nadie de lo que sólo es responsable el propio agresor, pero resulta escalofriante saber que de los familiares a los que la víctima les contó su situación, el 18,5% les aconsejaron que dieran otra oportunidad al maltratador, el 18,1% reaccionaron con indiferencia y, lo que es peor, el 11,5% recriminó a la mujer maltratada.

---

<sup>1</sup>Macroencuesta de Violencia contra la Mujer. 2015. Colección contra la violencia de género. Documentos. Libro 22. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

<sup>2</sup><http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

Frente a estos datos, claramente negativos, quiero poner de relieve uno que de alguna manera pudiera ser esperanzador e ilusionante: de las víctimas que denunciaron sabemos que el 50,2% rompieron la relación a consecuencia de la denuncia. Ahora bien, no seamos autocomplacientes, el 27,5% continuaron con la relación lo que estará seguramente relacionado con el silencio de las víctimas en el procedimiento penal.

## **II.-LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIA: ESPECIAL REFERENCIA A LA OBLIGACIÓN DE LOS PROFESIONALES SOCIO-SANITARIOS**

En Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, dispone en el art. 27 que *“Las Partes tomarán las medidas necesarias para alentar a toda persona testigo de la comisión de cualquier acto de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio, o que tenga serias razones para creer que se podría cometer algún acto o que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos, para que lo denuncie a las organizaciones u autoridades competentes”*

Por otra parte en el art. 28 dispone que *“Las Partes tomarán las medidas necesarias para que las normas de confidencialidad impuestas por sus legislaciones internas a ciertos profesionales no impidan, en condiciones apropiadas, hacer una denuncia a las organizaciones u autoridades competentes si tienen razones serias para creer que se ha cometido un acto grave de violencia incluido en el ámbito de aplicación del presente Convenio y que hay riesgo de que se produzcan nuevos actos graves de violencia”*.

En nuestro ordenamiento jurídico tales provisiones ya estaban contempladas con anterioridad, pues, en el art. 259 de la LECrim se establece la obligación de denunciar a todo ciudadano que presencie la perpetración de un delito público<sup>3</sup> y en el art. 262 se regula la obligación de todos los profesionales de denunciar esos delitos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus profesiones u oficios.

Además, y para alentar a los ciudadanos a que denuncien tales hechos aunque no los presencien pero si los conozcan, la administración está haciendo una gran labor divulgativa a través de los medios de comunicación.

Pese a ello, tanto entre familiares y amigos como por profesionales socio-sanitarios se advierte una gran resistencia para dar cumplimiento a esa obligación. Si tenemos en cuenta que la violencia sobre la mujer, además de ser la manifestación más grave de

---

<sup>3</sup> Todos los de violencia de género, a excepción de los delitos contra la libertad sexual, son en nuestro derecho delitos públicos, es decir perseguibles de oficio.

En relación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se sigue exigiéndose como requisito de procedibilidad la denuncia de la víctima- art. 191 del C.P.-, pese a que el Convenio de Estambul en el 55 dispone que *“Las Partes velarán por que las investigaciones o procedimientos relativos a los delitos previstos en los artículos 35, 36, 37, 38 y 39 del presente Convenio no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y por qué el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia”, siendo así que en el art. 36 se hace referencia al a Violencia sexual incluida la violación”*

la discriminación por razón de género, se caracteriza por ser un procesual y extensiva, que va deteriorando poco y poco a la víctima y afecta no sólo a la mujer que la sufre en todas las esferas de su vida, sino también a las personas de su entorno, particularmente a los hijos e hijas menores de edad, no cabrá justificación alguna para que quien conociendo tal situación no reaccione poniendo en marcha los mecanismos adecuados para evitar que el agresor siga en esa sucesión de conductas demoledoras.

A parte de la obligación legal, la responsabilidad moral frente al maltrato exigirá de todos y todas una respuesta inmediata que consistirá en actuar de acuerdo a las posibilidades de cada cual: asistiendo a la víctima, apoyándola, poniendo en marcha los mecanismos que procedan para garantizar su protección, y, en todo caso, poniendo en conocimiento de la autoridad los hechos, para que se ponga fin a esa situación y sancione al culpable.

Por tanto el fundamento de la obligación de la denuncia no ha de entenderse sólo relacionada con el *ius puniendi*, la potestad del Estado de sancionar los delitos, sino con la necesidad de poner fin a la conducta delictiva y la de proteger a las víctimas frente a las mismas. Precisamente desde el año 2003, con la Ley Orgánica 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica, este objetivo, el de la protección, se erigió como primordial en relación a la obligación de denuncia, por lo que el art. 544 ter párrafo 2º de la LECrim, introducido por esa Ley, dispuso que *“Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta ley, las **entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior**- delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad - deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección”*

Es precisamente el art. 262 de la LECrim. el que se refiere a la obligación de denuncia con el siguiente tenor:

*“Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratase de un delito flagrante.*

*Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.*

*Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250.*

*Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.*

*Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes”*

La redacción pudiera parecer obsoleta sobre todo si se atiende a la sanción que se prevé, que se cifra aún en las antiguas pesetas. No obstante es un precepto de gran importancia en la lucha contra la violencia de género, pues, nadie debe desconocer que los grandes protagonistas en la detección de esta violencia son, precisamente, los profesionales del ámbito socio- sanitario; y lo son, no sólo en relación a aquella que daña la integridad física de la mujer que acudirá a solicitar asistencia médica y que normalmente se comunica a través del parte de lesiones, sino también de la violencia psicológica, mucho más difícil de detectar y de probar; en este sentido la trabajadora social Raquel Millán dice, en relación al maltrato psicológico, que *“Desde el ámbito socio-sanitario, como servicio de entrada de todo tipo de población, tenemos más posibilidades de detectarlo y por tanto de trabajarlo”*<sup>4</sup>

Las razones que se aducen para no comunicar al Juez o al Fiscal los hechos de los que tiene conocimiento esos profesionales son de muy diferente índole, desde aquellas de menor entidad que apuntan al miedo a represalias o al conflicto de lealtades -cuando también el agresor es paciente del profesional-, a aquellas de mayor peso que vienen referidas a dos cuestiones fundamentales:

1. A la posible pérdida de la confianza de la paciente si en contra de su voluntad se pone en conocimiento de la autoridad el hecho lo que, dicen, redundaría en la pérdida de opciones para mejorar su salud y calidad de vida, además de la creencia de que si lo hacen en lugar de ayudarla la perjudican.
2. Y al aparente conflicto entre, por un lado el deber del secreto profesional y la autonomía de la paciente y su derecho a la intimidad y, por otro, el deber de colaborar con la justicia a través de la denuncia.

Si analizamos el primer argumento y tenemos en cuenta que la violencia sobre la mujer es una violencia Ideológica, instrumental, repetida, cíclica y procesual y además, extensiva<sup>5</sup>, el hecho de no comunicar a la autoridad la sospecha fundada de violencia supone permitir que la víctima continúe en esa situación que la esquilma y daña progresivamente y que, insisto, no sólo le afecta a ella sino también a las personas de su entorno más próximo, especialmente a los hijos e hijas menores de edad. Incidiendo en esa idea, Pilar Blanco<sup>6</sup> pone de manifiesto que las consecuencias a que pueden estar sometidos los niños y niñas expuestos a la violencia de género son muchas, muy dañinas y variadas: problemas emocionales y de comportamiento,

---

<sup>4</sup> Millán, Raquel, “El trabajo social con mujeres maltratadas. Intervención Individual” En *“La violencia contra las mujeres. Prevención y Detección. Cómo promover desde los servicios sanitarios relaciones autónomas, solidarias y gozosas”.*, Editorial Díaz de Santos. 2006, Cosué Ruiz- Jarabo y Pilar Blanco.; pág. 153. **ISBN-13:** 978-8479786281

<sup>5</sup> Paz Rodríguez, Juan Ignacio. “La prueba pericial”. III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Algunos problemas en torno a la guarda y custodia. Pág. 3

<sup>6</sup> Blanco Prieto, P. “Consecuencias de la violencia sobre la salud de las mujeres. La detección precoz en consulta”. En *“La violencia contra las mujeres. Prevención y Detección. Cómo promover desde los servicios sanitarios relaciones autónomas, solidarias y gozosas”.* Díaz de Santos (Eds). Consue Ruiz- Jarabo Quemada y Pilar Blanco Prieto. Díaz de Santos (Eds) 2006. Pag. 110

depresión, ansiedad, bajo rendimiento escolar, desobediencia, pesadillas y síntomas físicos vagos y es posible que tengan conductas agresivas en la infancia y adolescencia. Además nos dice que entre el 30 y el 60% de las familias en las que la mujer es maltratada también los niños lo son. La misma conclusión se desprende de la Macroencuesta 2015 que nos dice que un 21% del total de hogares con una mujer con hijos que ha sufrido violencia física, sexual o miedo manifiestan que sus hijos e hijas menores sabían lo que estaba sucediendo pero no sufrieron la violencia directamente y un 37,7% que, aparte de recibir ellas el maltrato, también lo sufrieron o tuvieron miedo sus hijos e hijas.<sup>7</sup>

Por ello, sin perjuicio de que la comunicación del profesional a la autoridad pueda aplazarse el tiempo imprescindible a fin de valorar los riesgos y poner en marcha los mecanismos de intervención y apoyo que estén a su disposición, esa comunicación es una obligación ineludible, pues la víctima y sus hijos tienen derecho a la incolumidad en todos sus aspectos y a la protección que el Estado puede y debe dispensarle ante actos que la pongan en peligro aún en contra de la voluntad de aquellas. No denunciar supondría una privación de ese derecho a la/s víctima/s por decisión propia del profesional socio-sanitario, sin que el argumento de una desconfianza generalizada hacia la justicia les ampare de ninguna de las maneras; han de tener claro que la respuesta judicial depende de la información con la que se cuente de la situación de maltrato a que es o son sometidas las víctimas; si esta información la tienen los profesionales socio-sanitarios, los familiares, amigos, vecinos,.. y no la comunican, el conocimiento de la justicia quedará limitado, muy probablemente, a lo que quiera contar la víctima quien, en muchos casos, por muy diferentes razones como veremos más adelante, optan por callar; en esa situación probar no sólo la existencia de indicios de delitos y la situación objetiva de riesgo que exige la Ley para darles protección, será muy difícil por no decir imposible. Otro gallo cantaría si contáramos con toda la información que tiene estos profesionales y los familiares y amigos de las víctimas.

En relación a la autonomía de la paciente, la petición de la maltratada de que no se ponga en conocimiento de la autoridad la situación de violencia detectada, no exime al profesional de su obligación de denuncia; es más, la inhibición automática del profesional ante esa negativa puede ser maleficiente; siguiendo al teoría *principalista* de la Bioética, cuando entran en colisión los principios de “no maleficencia”, “beneficencia”, “autonomía” y “justicia”, hay consenso en que han de primar el de “no maleficencia” y el de “justicia”<sup>8</sup>.

Nadie discute que el maltrato es maleficiente, pero también lo es la inhibición en su detección y en la obligación de denuncia de los profesionales ante el detectado, pues al no hacerlo la mujer queda sometida a una situación progresiva de maltrato que la daña también progresivamente; denunciar los hechos no sólo puede ayudar a las víctimas a salir de esa situación que les está dañando y en su proceso de

<sup>7</sup> Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015, pg. 168.

<sup>8</sup> Barbero Gutiérrez, Javier. El Maltrato de género en las relaciones de pareja: una mirada desde la bioética. En “La violencia contra las mujeres. Prevención y Detección. Cómo promover desde los servicios sanitarios relaciones autónomas, solidarias y gozosas”,. Editorial Díaz de Santos. 2006; Cosue Ruiz- Jarabo y Pilar Blanco pag. 228

recuperación, sino que es bueno y justo denunciarlos, pues sólo desde la justicia se pueda proporcionar la protección adecuada a las víctimas limitando el margen de actuación del agresor y además, es necesaria una respuesta contundente frente al maltrato desde el ámbito penal, con sus efectos de prevención especial y general.

Por otra parte, esa actuación no vulnerará nunca la obligación de guardar el secreto profesional a que vienen obligados los profesionales socio-sanitarios pues, entendido este como una obligación de confidencialidad que garantiza el derecho a la intimidad del paciente, esa no es una obligación absoluta sino relativa que admite excepciones basadas en la prioridad de otros intereses como son, precisamente, el de la protección de la víctimas y la persecución de estos delitos públicos.

Esa es la razón sin duda por la que la mayoría de las legislaciones establecen la obligación de denunciar los hechos delictivos de los que se tenga conocimiento en el ejercicio de la profesión, especialmente, de los profesionales sanitarios y de la educación<sup>9</sup>

La inacción, al igual que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, no sólo puede determinar la puesta en marcha del procedimiento sancionador a fin de imponer la ridícula multa con que sanciona tal omisión en art. 262 de la LECrim o para determinar las responsabilidades disciplinarias en las que haya podido incurrir el profesional sino, también, el procedimiento penal para depurar las responsabilidades penales de conformidad con el art. 450-2 del Código Penal.

### III.- EL SILENCIO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL: ALGUNOS DATOS.

No sabemos con certeza absoluta el porcentaje de mujeres que, incoado un procedimiento penal por violencia de género, en el curso de su tramitación, ya sea durante la fase de instrucción o en el juicio oral, se acogen a la dispensa de la obligación de declarar prevista en el art. 416 de la LECrim., pues, los datos que facilita el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género no se convienen bien con la percepción de los fiscales y de otros profesionales jurídicos que tenemos la sensación de que el porcentaje es mucho mayor.

---

<sup>9</sup>; CPP de Perú art. 326; C.P.P. de República Dominicana, art. 264. C.P.P. de Costa Rica, art. 281. C.P.P. de Paraguay, art. 286,... es cierto que en todas las legislaciones referidas en esta nota, se hace referencia a esa obligación “...salvo que el conocimiento adquirido por ellos esté protegido por la ley bajo el amparo del secreto profesional”; véase por ejemplo el art. 382.2 de, C.P.P. de Costa Rica. Ello obliga a hacer una interpretación conjunta de esos preceptos con otros de la legislación penal; por ejemplo en el caso de Costa Rica con el art. 397 del C.P. en el que se castiga “al facultativo o cualquier empleado de sanidad que, notando en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito grave contra las personas, perseguible de oficio, no diere parte oportunamente a la Autoridad, salvo el caso de que, por darlo, expusiere a la persona por él a procedimientos penales” por lo que la obligación de denuncia de estos profesionales vendrá referida a los delitos públicos de los que tuvieran conocimiento sin excepciones. (En este sentido: Rodríguez Campos. A. “El secreto médico: apuntes sobre el secreto profesional del médico forense en Costa Rica” Medicina legal. Costa Rica vol.16 n.1-2 Heredia Sep. 1999



Según datos del CGPJ la proporción en el año 2015 era del 12,3% en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, es decir, durante la fase de instrucción; en relación a las mujeres que se acogieron a la dispensa en el Juzgado de lo Penal, la ratio es de 7,90%<sup>10</sup>.

Sin embargo, cuando nos enfrentamos a casos más graves, aquellos que son conocimiento en primera instancia por las Audiencias Provinciales, el porcentaje desciende al 1,51%. Hemos de tener en cuenta que la mayoría de procedimientos resueltos por estos órganos fueron sumarios (233) o Jurados (26)- sólo 63 fueron procedimientos abreviados- lo que significa en algunos de ellos la víctima habría fallecido a consecuencia de los hechos violentos y que todos los enjuiciados por las Audiencias son hechos muy graves por lo que, el dato de que 5 de esas víctimas supervivientes, pese a la gravedad de los hechos, optaran por no declarar pone en evidencia las características de éstas, bien distintas a las de cualquier otro tipo de víctima.

Ese silencio, basado en la dispensa de la obligación de declarar como testigos, produce efectos perversos tanto para la protección de las víctimas como para la consecución de la justicia.

No podemos olvidar que la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja o ex pareja suele cometerse en el más estricto ámbito de la intimidad en la que la presencia de terceros ajenos al círculo familiar es excepcional; esa intimidad no sólo va a facilitar la ejecución de los actos violentos al agresor, sino que, dados los vínculos afectivos con las víctimas, en la mayoría de los casos testigos presenciales únicos, y la vigencia de una dispensa como la que voy a analizar a continuación, le garantizan la impunidad, pues, ante el silencio de las víctimas, la posibilidad de no contar con una prueba suficiente que enerve la presunción de inocencia va a ser muy alta. Ese resultado colocará a la víctima en una situación de mayor vulnerabilidad mientras que el agresor se verá reforzado en su posición de dominio, con el consiguiente incremento del riesgo.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Según el CGPJ las mujeres que se acogieron a la dispensa ante los Juzgados de lo Penal en el año 2015, fueron 2267, lo que en relación al total de procedimientos resueltos- 28.694\_ supone el 7,90%

<sup>11</sup> Obviamente, son muchas las razones por las cuales no se alcanza el convencimiento judicial pero es cierto, que en muchas ocasiones el silencio de la víctima al acogerse a la dispensa aboca a ese resultado; si atendemos a datos que facilita el propio CGPJ en el año 2015, resulta que el 43,2% de los procedimientos incoados en los JVM terminaron con Sobreseimiento- libre o provisional, cifra que incluso se incrementa en el segundo semestre del año 2016 (el 46,4%); por otra parte, en los Juzgados de lo Penal, la proporción de sentencias absolutorias de los procedimientos resueltos en esos periodos, también son muy altas( 44,8 y 43,1% respectivamente); si tenemos en cuenta que más del 40% de los procedimientos incoados en los JVM en cualquiera de los periodos no llegan a enjuiciamiento porque se sobresean en la fase de instrucción, y que de los que llegan al J. de lo Penal para enjuiciamiento terminan también en más de un 40% en sentencia absolutoria, comprenderemos la necesidad de contar con la declaración de la víctima, prueba fundamental para enervar la presunción de inocencia.

#### IV.- LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR COMO TESTIGO POR RAZÓN DE PARENTESCO O AFECTIVIDAD.

La Dispensa de la obligación de denunciar y de declarar se reguló por primera vez en España en la Ley Provisional de Enjuiciamiento criminal de 1872, en los arts. 157 y 311, y con idéntico tenor pasaron a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre<sup>12</sup>.

Esa redacción se mantuvo hasta que se procedió a modificar en el año 2009<sup>13</sup> el contenido la dispensa del art. 416-1 de la LECrim para incluir junto al cónyuge a la persona unida al procesado por “una relación de hecho análoga a la matrimonial”; pese a ello no se modificó el art. 261-1º que regula la dispensa a la obligación de denuncia, de manera, que como consecuencia de esa defectuosa técnica legislativa, este precepto seguía refiriéndose sólo al cónyuge lo cual era absolutamente contradictorio y contrario al sentido común. Antes de esta reforma, el Tribunal Supremo ya había efectuado una interpretación para incluir junto al cónyuge a aquellas personas unidas al procesado por un relación *more uxorio*.<sup>14</sup>, interpretación que, obviamente, se mantuvo de una forma absolutamente coherente en relación al art. art. 261-1º de la LECrim tras la reforma mencionada.

Estando así el panorama, con la Ley 4/2005, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito<sup>15</sup>, se ha modificado el art. 261 de la LECrimy, de nuevo, adoleciendo de esa defectuosa técnica legislativa, no se ha hecho lo propio con el art. 416-1, lo cual nos llevará a plantearnos, seguramente, una nueva interpretación de ambos preceptos.

El tenor actual, por lo que aquí importa, es el que sigue:

**Artículo 261.** “*Tampoco estarán obligados a denunciar:*

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

**Artículo 416.** “*Están dispensados de la obligación de declarar:*

**1.** *Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia...*”

<sup>12</sup> Gaceta de Madrid de 17 de septiembre a 10 de octubre.

<sup>13</sup> L.13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

<sup>14</sup> Sentencia de la Sala II del TS 134/07, de 22 de febrero, rec. 10712/2006 P. Pte: Giménez García, Joaquín. [En línea] Roj: STS 1947/2007 [Consultado el 7 de octubre de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<sup>15</sup> BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015

De esta regulación podríamos decir, como lo hace la FGE en la Circular 6/2011<sup>16</sup> que la excepción a la obligación de declarar “...afecta así a una fase preprocesal (la denuncia) y a dos procesales (fase de instrucción y juicio oral)”, pues, el art. 707 de la LECrim, al regular la obligación de los testigos de declarar en el acto del juicio se remite a las excepciones establecidas en el art. 416, entre otras.

Como de todos es sabido, ambas dispensas han sido objeto de una numerosa jurisprudencia que afecta a los siguientes extremos:

#### IV.1.-Fundamento de la dispensa

Han sido numerosos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional considerando como fundamento de la dispensa la solidaridad familiar y la conveniencia de apartar al testigo del conflicto que pudiera plantearle su deber de lealtad familiar y su deber de decir verdad. En este sentido encontramos múltiples resoluciones:

- La STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, 134/2007 de 22 de febrero, Roj: STS 1947/2007 nos dice que *“La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado”*
- La STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, 1010/12 de 21 de diciembre. ROJ: STS 8789/2012, respectivamente, en el mismo sentido explica que el legislador *“... no persigue otra finalidad que la de otorgar una dispensa precisamente al propio testigo para que resuelva el conflicto que eventualmente pudiera plantearse entre su deber legal de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad, cuando no afectivo, que le uniera con el acusado”*

Sin embargo, la postura consolidada ha sido la de valorar junto a la solidaridad y familiaridad, la intimidad como fundamento. En ese sentido la STS, Sala II, Secc. 1ª 292/2009, Roj: STS 1547/2009 entendió que *“La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución , ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución”*. En el mismo sentido se pronunció la STS 459/2010 de 14 de mayo, Roj: STS 2648/2010 y la más reciente STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 557/16 de 23 de junio<sup>17</sup>, que nos recuerda que *“No es difícil encontrar una justificación de esta dispensa de declarar, ya que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada tanto por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que*

<sup>16</sup> Circular 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

<sup>17</sup> . [En línea] ROJ: STS 3041/2016. Consultado el 7 de octubre de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

*resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que dispensa el art. 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo [sic] familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416 LECriminal”*

#### **IV.2.- Sujetos que tiene derecho a la dispensa**

Dado que el estudio viene referido a la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja, sólo me voy a aludir a la concreción de los sujetos que en esas relaciones pueden acogerse a la dispensa de denunciar o de declarar.

No cabe duda de que el precepto incluye a quienes son cónyuges o mantienen una relación de pareja con convivencia *“more uxorio”* con el investigado/acusado, si bien en relación a los mismos se ha discutido mucho y se seguirá discutiendo sobre el momento en que ha de concurrir esa relación para reconocerle tal posibilidad, problemática a la que me referiré más adelante.

En cuanto a las relaciones de noviazgo, la Circular 6/2011 de la FGE, expone que los preceptos citados (261-1 y 416-1 de la L.E.Crim) aluden *“... a las personas unidas al imputado por matrimonio o por una relación análoga al matrimonio, a diferencia de lo que ocurre en los tipos penales relativos a la violencia sobre la mujer y a la violencia doméstica, en los que se incluyen como sujetos pasivos a las personas que estén o hayan estado unidas al autor por una relación de afectividad análoga, aun sin convivencia, por lo que la doctrina y la jurisprudencia vienen limitando la aplicación de la dispensa a aquellas personas que mantienen una relación matrimonial con el imputado o una relación more uxorio (de análoga afectividad con convivencia) quedando pues, fuera de tal precepto las relaciones de noviazgo”*

En ese sentido, por ejemplo, al STS 134/2007 ya citada, dice con absoluta claridad que *“La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación more uxorio y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos.”* Al sensu contrario, podemos decir con la misma contundencia que las relaciones de noviazgo, a estos efectos, no son equiparables a las de matrimonio o de pareja con convivencia en las que el vínculo se estrecha generando esos lazos de solidaridad que fundamentan la dispensa, e incluso los de la intimidad familiar, que por propia definición, no se da entre los novios; cuestión distinta es que en estas relaciones de noviazgo pueda darse la discriminación en que se basa la violencia sobre la mujer, plus de antijuridicidad al que atendió el legislador para sancionar específicamente esa violencia con la reforma efectuada por la L.O. 1/2004 de los arts. 153, 171, 172 y 148 del C.P. o al que ha atendido el legislador con la LO. 1/2015 para incluir al agravante de género (art. 22-4 del C.P.)

Esta posición, sin embargo, no ha sido compartida por la Sección 27ª de la A.P. de Madrid, que entiende que *“...si bien consideramos que ha de exigirse una relación con estabilidad y vocación de permanencia, quedando excluidas, en todo caso, las relaciones pasajeras o esporádicas, entendemos que se tratará de una cuestión de prueba, sin fórmulas apriorísticas, el determinar si una pareja, que no convive por*

*diferentes circunstancias, constituye una pareja de hecho con vínculos de afecto y lealtad en la que puede surgir el conflicto entre la obligación de declarar del testigo y el deber de solidaridad con el acusado. Además carecería de sentido que a las personas unidas al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial que no convivieran, se les excluyera de la dispensa legal a no declarar recogida en el artículo 416 de la LECrim, y, sin embargo, se le pudiese aplicar la exención de responsabilidad penal que por encubrimiento se recoge en el artículo 454 del Código Penal”* (Sentencia 1040/13 de 15 de julio, Roj: SAP M 16387/2013; 261/2013 de 22 de febrero, Roj: SAP M 3752/2013; 172/2013 de 7 de febrero, Roj: SAP M 3880/2013; 28/2014 de 14 de enero, Roj: SAP M 678/2014; ...).

Cualquier decisión que haya de adoptarse al respecto no puede obviar, en este momento, en mi opinión, el hecho de que con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, se ha introducido una reforma en el art. 216-1 de la LECrim de gran calado, pues, restringe la dispensa de la obligación de denuncia al **cónyuge no separado o de hecho** o la **persona que conviva** con él en análoga relación de afectividad con el procesado, y este precepto sin duda ninguna deberá también traerse a colación al interpretar el art. 416, como veremos más adelante, lo que incidirá en excluir de la dispensa a quien no mantenga en el momento de la declaración una relación de convivencia y por tanto, en ningún caso a quien mantiene con el procesado una relación de noviazgo, caracterizada por la ausencia de esa convivencia estable.

#### IV.3.- La dispensa y testigos menores de edad

El planteamiento de esta cuestión ha de tratarse desde dos perspectivas:

##### 1.- Aplicación de la dispensa al testigo menor de edad; intervención de sus representantes legales.

En el caso de testigos menores, si mantienen alguna relación con el agresor de las indicadas en el art. 416 de la LECrim, surgen dos cuestiones:

- a. Si todos los testigos menores son sujetos con derecho a la dispensa.
- b. En el caso de puedan acogerse a ella, el problema estará en determinar si ha de ser al menor informado de esa posibilidad o si esa información ha de hacerse a sus representantes legales y, en consecuencia, quien es el que ha de tomar la decisión de declarar o no, el menor o aquellos.

Obviamente, la postura que se adopte deberá partir en todo caso de que ese menor tenga la capacidad de declarar y del grado de madurez del mismo tanto para que se le reciba la declaración preservando su incolumidad como para conocer las consecuencias de su decisión.

La Sentencia de la A.P. de Barcelona, Secc. 20ª 26/2009 de 14 de enero- Roj: SAP B 1/2009- en base al art. 433 de la LECrim, entendió que no entraba en juego el art. 416 en relación a una testigo de 6 años de edad “Ya [que] el legislador tratándose de un testigo mayor o menor de edad establece entre ambos una importante distinción como es la necesidad de tomarles juramento o promesa de decir verdad. Así el art. 433 de la LECrim dispone que " los testigos mayores de edad prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez

*obligado a informarles en lenguaje claro y comprensible de la obligación de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal...Es evidente que la nueva redacción dada al art. 433 de la Lecrim por Ley Orgánica 8/ 2006 de 4 de diciembre introduce importantes diferencias entre la declaración testifical del testigo mayor y menor de edad, resultando así de la lectura de dicho precepto que al testigo menor de edad y sin duda precisamente por dicha minoría de edad y de la imposibilidad de entender el alcance y transcendencia del acto no se le toma promesa o juramento de decir verdad, ni se les advierte de la obligación de ser veraces ni de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio”*

Efectivamente, junto a ese precepto- art. 433- , en el ámbito del juicio oral el art. 706 limita la obligación de prestar juramento en la forma establecida en el artículo 434, a los testigos mayores de 14 años, pero, en el art. siguiente se recoge la obligación de todos los testigos de declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

El tema por tanto es muy complicado y también ha sido tratado por el TS, en concreto por la sentencia de la Sala de lo Penal, 699/2014 de 28 de octubre, que, además de recordarnos que la dispensa es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado, es muy clarificadora al decir que *“...un niño, ni con cuatro, ni con siete ..., ni con ocho..., ni con once años...., goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella. No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador”*.

La determinación de un edad concreta a partir de la cual se entienda que el menor tiene la madurez suficiente al efecto es, a mi modo de ver, imposible de determinar y habrá de fijarse en relación a las circunstancias concurrentes en cada caso, pues, como dispone la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (L.O.P.J.M.) *“Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. (Art. 2-1 in fine)*

En ese sentido, el TS, en la sentencia antes referida, entiende que *“...esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i) ; ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿ doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo: vid, por todos, art. 770 LEC)(iii)...”*.

Lo que si determina con absoluta claridad el alto Tribunal es que careciendo de esa madurez, de conformidad con el art. 162 del C.C., la decisión corresponderá a los representantes legales y que, cuando exista un conflicto de intereses con uno de los progenitores será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (art. 163 del Código Civil), lo que ocurrirá en los



procedimientos de violencia de género en los que el investigado sea el padre del testigo menor de edad no maduro.

Obviamente, si el conflicto existe con ambos progenitores, lo que podría ocurrir en aquellos casos en los que la madre no quisiera colaborar en el procedimiento prestando su declaración, se habrá de nombrar, a petición del Fiscal, un defensor judicial que le represente y vele por sus intereses, todo ello de conformidad con el art. 26 de la Ley del E.V.D. que dispone que *“El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima, para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:*

***a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.***

*b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra a) de este apartado exista con uno de los progenitores y **el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.***

*c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares”*

## ***2.- Problemática en torno a la aplicación de la dispensa al testigo pariente cuando los hechos investigados y enjuiciados afectan a menores de su círculo familiar.***

Centrando el tema en relación a la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja, la pregunta es si debe reconocerse a la víctima la posibilidad de no declarar en contra del imputado cuando los hechos afectan a las/os hijas/os o menores que con ella convivan.

Del análisis del derecho comparado, al que me referiré en otro apartado, se deduce que existen legislaciones que exceptúan la aplicación de la dispensa a aquellos supuestos en que las víctimas o perjudicados son menores de edad; en este sentido, en el derecho británico, se regula la obligación de declarar del cónyuge o pareja del investigado en los casos de violencia doméstica y, especialmente, cuando la víctima es un menor de 16 años que conviviera en el núcleo familiar.

En el derecho argentino se prohíbe testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, al cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.

En nuestra legislación no se establece ninguna limitación a la dispensa del art. 416 de la L.E.Crim

Pese a ello, no podemos olvidar que ya no se puede poner en duda en carácter de víctima de los menores expuestos a la violencia, pues, la nueva Ley 4/2015 del

Estatuto de la Víctima del Delito, tiene en cuenta a los menores en los procedimientos de violencia de género no sólo cuando son víctimas directas- cuando él es también sujeto pasivo de la violencia física o psicológica ejercida por el investigado- o indirectas- cuando la madre, tutora, curadora, acogedora o guardadora del menor haya fallecido o haya desaparecido a consecuencia del acto de violencia de género- sino que también como víctimas directas por los efectos que la exposición a la violencia se producen sobre todos los aspectos de su vida. Por ello, en el Preámbulo, el legislador manifiesta que con la Ley se “...busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral”<sup>18</sup>

En tales casos, cuando los menores viven en ese entorno que les daña, los deberes inherentes a la patria potestad de velar por ellos, de ejercer esa responsabilidad paternal siempre en su interés y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental -art. 154 del CC-, así como, la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia- art. 2 de la L.O.P.J.M.- debería llevarnos a plantear la necesidad de no reconocer a la madre la posibilidad de no declarar en tales supuestos, pues, el interés superior del menor a vivir al margen de la violencia y en un entorno seguro y adecuado a su desarrollo, deberá primar sobre cualquier otra motivación que pudiera llevar a la madre a no declarar en contra del investigado/acusado.

#### **IV.4.-Obligación de advertir al testigo de la dispensa y de las consecuencias de no hacerlo. Especial posición respecto del testigo denunciante.**

El Tribunal Supremo de forma reiterada ha puesto de manifiesto que la información al testigo sobre la posibilidad de acogerse a esa dispensa en los supuestos legalmente previstos, es una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos, reputando nulas y no utilizables aquellas prestadas contra el procesado sin esa previa advertencia; sintéticamente, de la Sentencia del TS 854/2013<sup>19</sup> pueden extraerse dos primeras conclusiones:

“1) “...la advertencia debe hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario), no teniendo el pariente del acusado incluido en los arts. 261 ó 416 LECrim obligación de conocer que está eximido del deber de denunciar o declarar: para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo, ya que nadie puede renunciar a algo que desconoce; y, en todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores”; En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias- 385/2007 de 10 de mayo; 294/2009 de 28 de enero; 160/2010 de 5 de marzo. En concreto la Sentencia 385/07<sup>20</sup> dice que

<sup>18</sup> Fue por esta razón por las que ha modificado con la Ley del EVD el art. 544 ter 7 de la L.E. Crim y con la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, los arts. 1, 64, 65 y 66 de la L.O. 1/2004

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda Secc. 1ª, 854/2013 de 30 de Octubre; Roj: STS 5487/2013 [Consultado el 7 de octubre de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<sup>20</sup> STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, 385/2007 de 10 de mayo. [En línea] Roj: STS 2751/2007. [Consultado el 7 de octubre de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>



*"el incumplimiento del deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416,1º LECrim no sólo alcanza al Juez. La finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción"*

2) *"...la ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí (STS núm. 160/2010, de 5 de marzo)"*

Ahora bien, la Sentencia de la Sala Segunda del TS de 12 de julio de 2.007<sup>21</sup>, introdujo una matización de gran interés pues estimó que *"...cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECrim ,..."* ya que- STS 101/2008<sup>22</sup>- *"...resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la "notitia criminis", se indaga el delito"*

Siguiendo la misma línea la STS 294/09<sup>23</sup> insistió en que *"...por la propia razón de ser y fundamento de la norma cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente"*

También el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse al respecto y así en la Sentencia 94/2010<sup>24</sup> nos dice, refiriéndose a la línea jurisprudencial apuntada, que si bien se requiere que se informe a los testigos de la dispensa, se ***"...admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima"***

La STS, Sala II, Secc. 1ª 788/11 de 20 de diciembre, Roj: STS 8543/2012, fue especialmente clara al respecto al entender que *"La sentencia de instancia, salió al paso de la objeción que ya allí fue planteada, destacando que D. Cecilio "compareció*

<sup>21</sup> STS, Sala de lo Penal Secc. 1ª, 625/2007 de 12 de julio. Roj: STS 5286/2007

<sup>22</sup> STS, Sala de lo Penal, Secc 1ª, 101/2008 de 20 de febrero .Roj: STS 685/2008. Consultada el 7 de octubre de 2016. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<sup>23</sup> STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª , 294/2009 de 28 de enero . [En línea] Roj: STS 1647/2009. [Consultado el 7 de octubre de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 94/2010, de 15 de noviembre de 2010 [en línea]. [Consultado el 7 de octubre de 2016]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=20993>

*al Juzgado de Guardia en calidad de denunciante de forma voluntaria, sin citación previa, a fin de denunciar los hechos que posteriormente han sido objeto de investigación y posterior enjuiciamiento (f. 12). En tal momento procesal no tenía la condición de testigo, por lo que no es de aplicación el art. 416 LECrim ., según unánime doctrina al respecto, siéndole de aplicación el art. 261 LECrim . que exime de la obligación de denunciar a los parientes y cónyuge de las personas mencionados en dicho precepto. Que estén eximidos de denunciar, en modo alguno significa, que no puedan denunciar. A diferencia del resto de ciudadanos que están obligados siempre a hacerlo como un deber inexcusable de colaboración con la Administración de Justicia pudiendo ser sancionados con una multa ( art. 259 LECrim .), a los parientes no se les puede exigir dicha responsabilidad si deciden no denunciar cuando son conocedores de una infracción penal cometida por una persona vinculada con ellos por determinados lazos familiares. La no obligación de denunciar no equivale a prohibición y, si denuncia su declaración tiene los mismos efectos que la denuncia interpuesta por cualquier otro ciudadano en un delito de carácter público como el aquí juzgado: la condición de perseguibilidad del delito se desvanece tras la incoación del procedimiento, siendo el Ministerio Fiscal el que pasa a ejercer la acusación en aplicación del principio de legales. La condición de testigo se adquiere posteriormente al ser citado, en tal condición, por el Juzgado de Instrucción o en el juicio oral, razón por la cual se le informó de la dispensa a no declarar en perjuicio del acusado, acogándose a dicha dispensa. **El Tribunal Supremo ha excluido la observancia del art. 416 LECrim. respecto de los denunciante en SSTs 625/2007, de 12 de julio , nº 1255/2004, de 27 de octubre y 101/2008, de 20 de febrero**”*

Posición que no ha sido abandonada en otras sentencias más recientes como en la de 5 de abril de 2016<sup>25</sup>, en la que nos recuerdan que “...la Jurisprudencia de esta Sala ha venido reiterando que se trata de un derecho irrenunciable en beneficio de los testigos, **pero no de las personas denunciante espontáneas**, respecto de los hechos que les han perjudicado, y que acuden a la policía en busca de protección, como sucede en el presente caso. Ciertamente hay que distinguir cuando como denunciante se acude a las autoridades para denunciar hechos de los que ha sido víctima para que actúen e inicien una investigación de aquellos otros supuestos en los que se cita como testigo a una persona incluida en la esfera de aplicación del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y así se ha pronunciado esta Sala, como es exponente la Sentencia 449/2015, de 14 de julio , en la que se declara que otra cosa sería contradictorio con la clara y libre iniciativa de ser denunciante de hechos de los que ha sido víctima” Y añade “Situación que es perfectamente compatible con el Acuerdo tomado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 24 de abril de 2013, referido a la dispensa de la obligación de declarar”

Para culminar baste referir la ya mencionada STS 557/2016 de 23 de junio- Roj: STS 3041/2016-, que tras hacer referencia al fundamento de la dispensa dice que “...De ello se deriva que con carácter vinculante, antes de proceder a la declaración de la persona que pueda estar protegida por tal dispensa, debe ser instruido precisa y concretamente por quien va a recibirle tal declaración, y ello se mantiene en todas y

<sup>25</sup> STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, 270/2016 de 5 de abril. [En línea] Roj: STS 1553/2016. [Consultado el 7 de octubre de 2016]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

*cada una de las declaraciones que pueda prestar, por tanto el deber de instruirle es predicable para la policía en fase de atestado policial , al Juez de Instrucción en fase de la encuesta judicial , y por el Presidente del Tribunal en relación a las declaraciones en fase de juicio plenario , siendo relevante recordar que el art. 707 de la LECriminal , así lo tiene expresamente reconocido. La sanción en caso de omisión de tal deber de información es la imposibilidad de valorar tal declaración que como tal es nula”. E insiste, remitiéndose la STC 94/2010, en que “Cuestión diferente es cuando el testigo en quien concurre el derecho de dispensa sea al mismo tiempo víctima del delito en cuyo caso, **la espontánea denuncia que efectúe de los hechos, en cuanto que es víctima no exige la previa instrucción del derecho de dispensa.**”*

#### **IV.5.- Contenido de la dispensa.**

En aras a la brevedad y por entender muy ilustrativa al efecto la Sentencia de la Sala II del TS 486/16 de 7 de junio- baste reproducir la doctrina contenida en la misma: “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”

#### **IV.6.- Momento en que han de concurrir las relaciones del 261 y 416 de la LECrim para aplicar la dispensa.**

La determinación del momento procesal en el que el testigo tendrá derecho a la dispensa, está íntimamente vinculado al fundamento de ésta.

Si se considera que es sólo la **solidaridad familiar** y la conveniencia de evitar al testigo el conflicto que se le podría plantear entre decir la verdad y el deber de lealtad y afecto que le une al investigado/acusado, como entendieron las STS 134/2007 de 22 de febrero y 1010/12 de 21 de diciembre y la FGE en la Circular 6/2011, ya citadas, ese vínculo familiar o de afectividad debería concurrir en el momento en el que el testigo es llamado para prestar declaración, de manera que si en ese momento procesal el testigo se hubiera divorciado del investigado/acusado o hubiera roto la convivencia more uxorio con él, no podría acogerse a esta dispensa. En este sentido, la STS, Sala de lo Penal, Secc. 1ª, 164/2008 de 8 de abril, Roj: STS 1412/2008 , nos recuerda que “Esta Sala viene asimilando, al seguir la línea marcada por varios artículos del Código Penal que cita el Tribunal a quo, la convivencia more uxorio con el matrimonio, a los efectos del art. 416.1º CP ; aduciendo al respecto que la dispensa resuelve el conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el

*vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en al equiparada. Pero, en consonancia con tal argumento, supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio -así aparece claramente en la sentencia del 22/2/2007”.*

En igual sentido la STS, Sala II, Secc. 1ª, 13/2009 de 20 de enero, Roj: STS 136/2009, dice que *“La jurisprudencia de esta Sala ha extendido la dispensa a las personas unidas al procesado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge, siguiendo el criterio de las últimas reformas legales. Pero también ha precisado que la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. En este sentido la STS nº 164/2008, de 8 de abril”.*

El TS incidió en esa postura en la sentencia 17/2010 de 26 de enero, Roj: STS 655/2010 al requerir que *“...la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado”*

Y esa fue la doctrina que mantuvo la FGE en la Circular 6/11 recordando a los Fiscales que, por las razones apuntadas, el *“... vínculo familiar o de afectividad ha de concurrir en el momento en el que es llamado para prestar declaración, de manera que si en ese momento procesal (ya sea en instrucción –artículo 416 de la LECrim.– o en el Juicio Oral –artículo 707 del mismo texto legal–) se ha producido el divorcio o se ha roto la convivencia en el caso de pareja de hecho, ya no asistirá al testigo la dispensa regulada en aquellos preceptos.”* Y añadía, en base a una interpretación teleológica y contextual de las normas que *“Esta postura vendrá avalada...también por la diferencia existente entre estos preceptos procesales –arts. 416 y 707 de la LECrim. – y los sustantivos recogidos en los arts. 153, 171-4 y 5, 172.2 y 148.4 del CP pues mientras el art. 416 y 707 de la LECrim. se refieren al testigo que sea cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, al procesado, los tipos penales refieren como posibles sujetos pasivos del delito a aquellas personas que mantuvieron aquellos vínculos con el presunto agresor tanto en el momento de la comisión de los hechos como con anterioridad, es decir, que sean o hayan sido cónyuges o parejas del presunto agresor. Si el legislador procesal hubiera querido extender estas excepciones a la obligación de denunciar o declarar a quienes ya no mantienen el vínculo afectivo, lo hubiera hecho expresamente como lo hace en la redacción de los tipos penales, en los que se amplía el círculo de sujetos pasivos a los ex cónyuges, ex parejas y ex novios”.*

Sin embargo, si el fundamento de la excepción a la obligación de declarar reside no sólo en la **solidaridad** sino también en la **intimidad familiar**, como ha mantenido el TS en las sentencias más arriba referidas, aun cuando la relación de afectividad hubiera concluido, la dispensa actuaría para evitar la afectación que una obligación de esta naturaleza pudiera producir en el derecho a aquella intimidad. Ello motivó el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del TS de 23 de abril de 2013 por el cual se estableció que *“La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1*

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que **están o han estado unidas** por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto: b) supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso" (STS, Sala II, Secc. 1ª 304/2013 de 26 de abril, Roj: STS 2435/2013)

Sin embargo, llegados a este punto y ante la modificación efectuada en el art. 261-1 de la LECrim por la L.4/2015 del Estatuto de la víctima del Delito, tendríamos que plantearnos si el legislador atiende a esa doble fundamentación para regular estas excepciones, o si por el contrario quiere restringirlas sólo y exclusivamente a cuando la solidaridad y lealtad entre parientes puede verse afectada por la obligación de declarar; y ese planteamiento obedece a que hoy se incluye sólo en la dispensa de la obligación de denunciar al "**cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad**". Es cierto, que con una defectuosa técnica legislativa, no se ha efectuado la misma modificación en el art. 416 de la LECrim<sup>26</sup>, pero ello no es óbice para hacer una interpretación conjunta de ambos preceptos, íntimamente relacionados, tal y como ha venido haciéndose reiteradamente por el TS.

Lo que queda absolutamente claro, es que el legislador ha querido excluir de la dispensa al cónyuge aun cuando subsista el vínculo matrimonial, si no convive con el investigado/acusado, tanto si se ha separado de hecho como a través de un procedimiento judicial, y de la misma manera al testigo que habiendo mantenido una relación *more uxorio*, ya no conviva con el encausado. El legislador vuelve, así, a la posición mantenida por el TS antes del acuerdo referido en la que se sostenía que "*...la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado*" (STS 1412/2008; 13/2009; 17/2010,...).

No cabe duda, en mi opinión, que nos encontramos ante una nueva regulación que obligará a replantearnos la interpretación del alcance de la dispensa en cuanto a los sujetos que tienen derecho a acogerse a la misma al ser llamados a declarar, como en cuanto a si ha de concurrir o no esa relación en dicho momento, pues, es absurdo pensar que el legislador no exima a la esposa/a del agresor de la obligación de denuncia si no convive con el/la investigado/a y sin embargo, se le permita después de

---

<sup>26</sup> Entiendo que esa incongruencia se debe exclusivamente a un olvido del legislador; la defectuosa técnica legislativa se aprecia de igual manera cuando por la Ley 5/2015 de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, se modifica el art. 416 para incluir en el párrafo 3º a Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y los letrados, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación y, sin embargo, no se les incluye en el 261 o en el 263, para excluirlos de la obligación de denuncia.

“obligarle” a denunciar a no declarar sobre esos hechos a presencia judicial, al subsistir el vínculo matrimonial.

#### **IV.7. Una vez efectuada la renuncia a la dispensa por la/el testigo, renace ésta en ulteriores declaraciones procesales**

La respuesta a esta cuestión, de conformidad con la doctrina jurisprudencial examinada, debe ser que no decae la posibilidad de acogerse a esta excepción por el hecho de que el testigo en quien concurren las relaciones referidas más arriba, en una declaración anterior haya optado por no hacer uso de la dispensa, es decir, haya optado por declarar, salvo que se haya constituido en acusación particular. Esta excepción, que fue ya constatada por la TC en la Sentencia 94/2010<sup>27</sup> al entender que el ejercicio de la acusación implica una renuncia a la dispensa del art. 416 de la L.E.Crim, fue acogida por el TS en su acuerdo no jurisdiccional de 23 de abril de 2013 al exceptuar del derecho a la dispensa al testigo que “*esté personado como acusación en el proceso*”.

Ante esta excepción, lo primero que quizá haya de plantearse es que, al ser esta posición procesal distinta a la de testigo denunciante, deberemos concluir que si bien al testigo pariente denunciante no se le ha de advertir de la posibilidad de acogerse a la dispensa de acuerdo a la línea jurisprudencial mantenida al respecto y ya examinada, si no se ha personado como acusación podría acogerse a esta en cualquier momento procesal, lo cual nos lleva a la paradoja de reconocerle un derecho a un testigo respecto del cual no ha de ser informado necesariamente.

Hecha esa precisión, obviamente, la personación se produce desde el momento en que el/la testigo víctima o perjudicado se persona en las actuaciones formalmente de conformidad con el art. 110 de la LECrim.

En los supuestos de violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja, la víctima tiene, en teoría, posibilidad de asistencia letrada desde el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procedimientos desde su inicio (art. 20 de la L.O.1/2004 y 2.g de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.), lo que supone que, cuando comparece al primer llamamiento judicial

---

<sup>27</sup> “...siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim., lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim. cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim.”

ya cuenta con la asistencia letrada y en esa primera declaración es cuando se produce, si así lo desea, la personación en la causa como acusación particular.

Su actividad como tal acusación dependerá del procedimiento ante el que nos encontremos; si se trata de unas Diligencias Urgentes (art. 797 y ss de la L.E.Crim) que continua por los trámites del Juicio Rápido (art. 800 y ss.), la actuación de ésta será muy limitada: intervención en los interrogatorios del investigado, testigos y peritos, participación en la comparecencia de medidas provisionales (arts. 505 y 544 ter de la LECrim.) y en la del art. 798 de la LECrim. y formulación del escrito de acusación. Sin embargo, si el procedimiento es el de Diligencias Previas, Procedimiento Abreviado, Sumario Ordinario o Tribunal de Jurado, obviamente, las posibilidades de una participación más intensa y proactiva, será mayor.

Igualmente es obvio, que la acusación deja de serlo desde el momento en el que se aparta del procedimiento, renunciando al ejercicio de las acciones. Y ésta es, precisamente, la realidad a la que nos enfrentamos en muchísimas ocasiones; aquella en la que la víctima, antes del Juicio Oral, incluso, a veces al comienzo del mismo, se aparta como acusación y, pese a ello, ha de comparecer como testigo; es aquí donde se plantea el problema de si al apartarse de la acusación renace el derecho a acogerse a la dispensa de declarar o, por el contrario, se entiende que esa renuncia que supuso el ejercicio de la acusación es irrevocable y por tanto tendrá las mismas obligaciones que cualquier otro testigo.

Esta disyuntiva se planteó en el recurso de casación que dio lugar a la STS, Sala de lo Penal , Secc. 1ª, 449/2015 de 14 de julio, Roj: STS 3500/2015, optando el alto tribunal por entender que *“En este escenario debemos declarar que en la medida que la víctima, Maribel , ejerció la Acusación Particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013”*

Es cierto que en el supuesto analizado en la sentencia, la víctima había ejercido la acusación particular durante un año y que en la fase de instrucción efectuó diversas peticiones; pero, en mi opinión eso no significa que, en aquellos procedimientos de más rápida tramitación<sup>28</sup> en los que la intervención de la acusación particular, por la propia naturaleza del procedimiento, queda limitada a pocas y determinadas actuaciones, lleguemos a la conclusión de que esa personación no produzca el decaimiento de la dispensa; creo que la naturaleza de las actuaciones en las que se manifiesta ese ejercicio, como son la solicitud de medidas cautelares y la formulación de un escrito de acusación en el que se pide la condena del investigado, son suficientes para entender decaída definitivamente la dispensa, pues, no podemos desconocer que, además de la intervención que pueda tener la acusación particular solicitando la práctica de diligencias que permitan la acreditación de los hechos, la actuación más reveladora de su posición al respecto, es la de solicitar aquellas

---

<sup>28</sup> Supuesto del Juicio Rápido (art. 800-3 de la LECrim)

medidas cautelares, siempre limitativas de la libertad del investigado, o la de formular acusación.

Sin embargo, ésta no es la posición de la mayoría de las Audiencias Provinciales<sup>29</sup>, lo que quizá haga necesario un nuevo pronunciamiento por parte del TS al respecto, para aclarar este extremo sin que ello suponga convertir la parte del Acuerdo que afecta a este extremo, en simple papel mojado.

#### **IV.8:- Imposibilidad reproducir en el acto del juicio oral las declaraciones anteriores de la testigo víctima, si en éste se acoge a la dispensa de conformidad con el art. 707 de la LECrim**

En las Conclusiones de los Fiscales especialistas el año 2005, las primeras tras la creación de esta especialidad, se acordó en una Conclusión refrendada por el Fiscal General del Estado que *“Si la víctima se acoge a su derecho a no declarar, 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 artículo 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”*

---

<sup>29</sup> **Sentencia de la Secc. 26ª de la A.P. de Madrid 527/2016 de 20 de julio. Roj: SAP M 10272/2016:** la AP. en esta sentencia entiende que el acuerdo no jurisdiccional tantas veces referido *“... en su letra b) refiere como exceptuado de la exención de la obligación de declarar el testigo que “esté personado como Acusación”, no al testigo que “hubiera estado” personado en momento anterior como Acusación en el proceso, Haber ejercido la Acusación Particular no supone ni conlleva que haya definitivamente decaído su derecho a no declarar, o, lo que es igual, la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim.*

En la misma línea, la **Sentencia de la A.P. de Tarragona Secc. 4ª, 281/2016 de 18 de julio. Roj: SAP T 929/2016:** *“...este derecho a decidir libremente, no parece que deba ser orillado en aquellos casos en que la presunta víctima, pese a haberse erigido en acusación particular, decide en un momento del procedimiento dejar de ser parte acusadora, pues el hecho de haber decidido y transmitido al tribunal de forma expresa y clara la renuncia a continuar incriminando a la persona con la que se encuentra ligada por alguno de los vínculos a los que se refiere el art. 416, a nuestro parecer hace que recupere también de forma clara la pietas familiaris o la razón de ser de su voluntad de guardar silencio.*

Por último, **Sentencia de la A.P de Girona Secc. 4ª, 443/2016 de 6 de julio. Roj: SAP GI 733/2016,** que sencilla y claramente expone en relación a la posición mantenida por el TS en la sentencia 449/2015 que *“...este Tribunal no está conforme con dicha teoría, que viene constituida por una sola sentencia y que en modo alguno constituye jurisprudencia consolidada de la Sala, como sí que lo es ya el contenido del acuerdo, lo cierto es que en la situación que nos ocupa no se produce un ejercicio de acusación particular.”, o aquella otra en la que manifiesta que “...la referida sentencia realiza una interpretación extensiva del acuerdo del pleno y convierte, de hecho, el ofrecimiento de acciones al perjudicado, en una carga, porque en ningún momento, se informa al perjudicado que si se constituye en acusación particular, no va a poder ejercitar el derecho a no declarar, aun cuando retire en cualquier momento del procedimiento dicha acusación particular.” Y tras dar otros argumentos al respecto, concluye que “...es por ello por lo que la Sala no puede admitir ni la existencia, ni la eficacia jurídica, de una presunta renuncia implícita de derechos por parte de la víctima cuando dicha renuncia se fundamenta en una información parcial e insuficiente de las consecuencias jurídicas anudadas a su decisión de constituirse en acusación particular”*



Esta posición fue acogida por algunas Audiencias Provinciales; así, la Secc. 27ª de la A.P. de Madrid entre otras muchas, en la Sentencia 1579/2008 de 29 de diciembre-Roj: SAP M 19745/2008 – entendió que *“Los que sostienen una interpretación contraria a la lectura de las declaraciones sumariales del pariente testigo silente en el juicio oral arguyen que en este caso no estamos ante uno de los supuestos de imposibilidad del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que han de entenderse como de imposibilidad material (fallecimiento, testigo desaparecido o en el extranjero), siendo que en el caso del testigo pariente el mismo comparece en el juicio oral. Sin embargo lo que ese artículo 730 dispone es que “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.” Y aquí ocurre que es por la voluntad del testigo-pariente por lo que no se puede practicar su declaración en el Juicio Oral, lo que constituye a nuestro juicio una causa independiente de la voluntad de las partes., desde luego, independiente de la voluntad de la acusación pública, que es quien se ve aquí privado de su práctica. Ni siquiera cabría admitir tal reproche en el caso de la víctima o el pariente que se ha personado en el proceso, ya que, aun cuando pudiera alegarse que en tales supuestos estamos ante una parte y que es por la voluntad de “esa parte” por la que no se practica su declaración en Juicio Oral, tal interpretación no resulta correcta, porque no puede identificarse a la víctima o al pariente personado en el proceso con la parte procesal misma Pero además, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo han reconocido como válida la lectura de la declaración sumarial del acusado que en el acto del Plenario se acoge a su derecho constitucional a no declarar y su valor como prueba de cargo (incluso de la lectura de su declaración policial; STS 1215/2006 de 4 de diciembre ). Y en definitiva, se trata de la misma situación que la que se produce en el caso de la víctima-pariente personada en el proceso que se acoja a su derecho a no declarar contra su pariente: falta de declaración por la negativa del declarante, ya sea acusado (art. 24 CE ) ya sea testigo (art. 416 LECrim)*

*Así pues, el ejercicio del derecho del art. 416 LECrim. por parte del testigo-pariente que sí había declarado válidamente en fase de instrucción, no queriendo hacerlo en el plenario, no puede ser interpretado en el sentido de privar de toda eficacia probatoria a las sus declaraciones anteriores, impidiendo que entren a formar parte del acervo probatorio. Como acertadamente se expone en la SAP Castellón, Sec. 2ª, de 150/2006 (FJ 4 ), cuyos argumentos compartimos plenamente, <<El hecho de que un testigo se acoja válidamente a no declarar en el preciso acto del juicio, no elimina su declaración anterior, que aparece inocultablemente en la causa, ni supone la manifestación de una crucial disposición privada -por parte de un testigo- del material probatorio que pudiere haber resultado acopiado en fase anterior, en determinadas condiciones de respeto severo a los principios penales y procesales. Sería como dar al derecho a no declarar del testigo, que antes no se utilizó, una especie de abracadabrante efecto anulatorio para convertir, como supuesto añadido a las causas del art. 238 LOPJ , en inexistente lo que existía y había nacido sin la menor tacha de nulidad”<sup>30</sup>*

---

<sup>30</sup> En igual sentido Sentencia 1159/2008 de 29 de diciembre, Roj: SAP M 19740/2008; Sentencia 27/2009 de 29 de enero, Roj: SAP M 2028/2009;....

Sin embargo, esta tesis fue totalmente desechada por el Tribunal Supremo, por lo que la Fiscalía en las Conclusiones del año 2009 acordó, como no podía ser de otra manera, con el refrendo también del Fiscal General del Estado, dejar sin efecto la conclusión del año 2005 transcrita.

Efectivamente, esa ha sido la postura mantenida de forma unánime por el Alto tribunal; sirva como ejemplo de todas ellas la fundamentación recogida en la Sentencia de la Sala II del TS, Secc. 1ª 129/2009 de 10 de febrero, Roj: STS 629/2009: *“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 LECrim. 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. .... Su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad 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....”*. En el mismo sentido se pronunció el TS en las Sentencias 703/2014 de 29 de octubre- Roj: STS 4466/2014; 17/2010 de 26 de enero- Roj: STS 655/2010; 160/2010 de 5 de marzo- Roj: STS 797/2010,...

Por ello en la Circular 6/211 de la Fiscalía General del Estado se recuerda a los Fiscales que si *“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 LECrim. (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo 129/2009; 160/2001; 459/2010)”*

Esta teoría, impecable en todos sus aspectos, en el ámbito de la violencia de género en el que el grado de utilización de la dispensa es muy alto, produce una sensación de impotencia absoluta a los fiscales pues sabemos que, ese uso, obedece no tanto a razones de solidaridad con el acusado/investigado ni a la necesidad de preservar la intimidad de la mujer o de la familia, sino a otras circunstancias como es el temor a represalias del procesado o de las personas próximas a éste; ello se constata en la

Macroencuesta 2015<sup>31</sup> que cifró esta causa en el 28,7% de las mujeres que optaron por “retirar la denuncia”.

Cuando la víctima, en el acto del juicio oral se acoge a la dispensa pese a haber declarado en la fase de instrucción, es muy habitual que jueces, fiscales y abogados, tengan el convencimiento íntimo de que los hechos ocurrieron tal y como los declaró en la fase anterior y, sin embargo, nos enfrentamos a un pronunciamiento absolutorio ante la imposibilidad de valorar las declaraciones anteriores, relegándolas al mundo de lo inexistente, como si nunca se hubieran producido, a lo que hay que añadir que el resto de elementos probatorios- declaraciones testificales, informes periciales- , en la valoración judicial, quedan, en muchas ocasiones, carentes de fuerza probatoria, con mucho que dieran consistencia y corroboraran el contenido de esas primeras declaraciones de la testigo-víctima; lógicamente, esto tiene que resultar incomprensible para el ciudadano medio y, además causa desasosiego e impotencia a los profesionales referidos que ven cómo, a pesar de todo el esfuerzo realizado por ellos, por la policía, por otros profesionales,... y por la propia víctima, que tuvo el valor de denunciar e incluso de declarar en las primeras fases del procedimiento, todo queda en el limbo y la víctima desasistida y en una situación de mayor vulnerabilidad

Ello nos llevará, no sólo a interesar modificaciones legales, ya afecten al art. 416 de la L.E.Crim, o al art. 730 del mismo texto legal, sino también a analizar la valoración de otros medios de prueba en ausencia de la declaración de la víctima, lo que paso a hacer en el siguiente apartado.

#### **IV.9. Silencio de la víctima, testigos directos y de referencia. La prueba indiciaria.**

También el año 2005, en el primer seminario de Fiscales especialistas se alcanzó una conclusión, de total vigencia en la actualidad, que ratificada por el Fiscal General del Estado, tiene el siguiente contenido:

*“1.- Debido a la posible falta de colaboración efectiva por parte de la víctima a lo largo del procedimiento y a la privacidad del entorno donde la violencia se desarrolla -que en ocasiones pueda suponer una dificultad añadida de comprobación de datos con suficiente valor de prueba-, se hace preciso que el Fiscal prepare y aporte al juicio oral toda la prueba que le sea posible.*

*Así, citará a cuantas personas hayan sido testigos de los hechos, a los agentes de Policía intervinientes, a los médicos que asistieron a la víctima cuando sea necesario a fin de acreditar las lesiones que presentó la víctima en ese momento, inmediato a los hechos, y el mecanismo de su producción, a los médicos forenses cuando sea necesario para acreditar los extremos antes referidos, psicólogos y demás profesionales... Igualmente, sería conveniente se realizaran y aportaran reportajes fotográficos que pudieran hacer los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuantes”*

---

<sup>31</sup> Macroencuesta de Violencia contra la Mujer. 2015. Colección contra la violencia de género. Documentos. Libro 22. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Pág. 188

Ya se ha adelantado que esta violencia suele cometerse en el ámbito más íntimo del domicilio y de la relación de pareja por lo que no es habitual, en tales contextos contar con testigos presenciales de la agresión; ahora bien, es habitual con que nos encontremos en situaciones que, pese a la privacidad del domicilio y de la ausencia de tales terceros, existan otros medios de prueba incriminatorios. Estas pruebas, sin embargo, ante el silencio de la víctima, en muchas ocasiones pierden su valor, siendo muchos los pronunciamientos absolutorios pese a contar en el Juicio Oral con el testimonio de los agentes de la policía que intervinieron en la inmediatez de los hechos y que recibieron noticia de la agresión y de la identificación de autor por la propia víctima, que percibieron por sí mismos determinadas circunstancias íntimamente relacionadas con la agresión investigada, como son las lesiones o el estado y comportamiento de la víctima y presunto agresor o del lugar donde la agresión se produjo,... Pese a contar, además, con un parte de lesiones en el que se refleja, no sólo el menoscabo físico que presenta aquella, sino la referencia que ésta hace al mecanismo de producción y de quien es el presunto agresor, y contar con una informe médico forense que acredita la entidad de las lesiones y la compatibilidad de las mismas con el mecanismo de producción reflejado en aquel parte.

La razón por la cual se producen, pese a todo ello, esos pronunciamientos absolutorios, está íntimamente relacionada con la valoración judicial de aquellos testigos, los policías, como simples testigos de referencia, olvidando que así lo son respecto de lo que oyen que dice la víctima en relación a la agresión, pero que son testigos directos de todo aquello que ven y perciben por sí mismos; es decir, son testigos directos de que lo que dice la víctima lo hace espontáneamente, sin presión alguna, así como del contenido de lo que dijo y ellos oyeron; que presenta lesiones por las que ha sido atendida por el servicio sanitario; cuál era su aspecto exterior (lesiones aparentemente recientes, ropa, peinado,...); como se encontraba el lugar de los hechos; que personas estaban presentes y al *sensu contrario*, si solo se encontraba en aquel lugar la pareja a quien la mujer imputo el maltrato,...

Aunque la víctima se acoja a la dispensa del art. 416 de la LECrim y no existan terceros presentes en el momento en el que la agresión se produjo, todas esas circunstancias traídas al juicio por la declaración de los testigos policías o terceros que acudieran a auxiliar a la víctima, constituyen una pluralidad de indicios que habiendo sido objeto de prueba directa y cierta, deberían ser valorados conjuntamente y llevar convencimiento lógico y razonable del tribunal de que esa agresión se produjo y de que el autor fue el acusado.

En este sentido se ha pronunciado el TS en numerosas ocasiones. Así, en la sentencia de la Sala II del TS, Secc. 1ª, nº 625/2007 de 12 de julio, Roj: STS 5286/2007, ya se decía que *“La Audiencia ha considerado que los testimonios de las personas que ayudaron a la denunciante en su huida y que intervinieron en la recepción de la denuncia y en su remisión al Servicio de Urgencias son testigos de referencias (art. 710 LECrim ). Los testigos de referencias son los que no habiendo percibido los hechos con sus sentidos refieren al Tribunal manifestaciones de otras personas que no comparecen como testigos. En este sentido es preciso aclarar que es errónea la apreciación de la Audiencia al considerar a las personas que atendieron y auxiliaron a la víctima como testigos de referencia. Esas personas son testigos*

**directos de todo aquello que percibieron con sus sentidos.** En todo caso, sólo serán testigos de referencia en lo referido a la autoría de las lesiones. Pero, las circunstancias sobre las que declaran como percibidas con sus sentidos pueden, además, constituir la base de la prueba indiciaria.”

Siguiendo la misma línea, en la Sentencia nº 1010/2012, de 21 de diciembre- Roj: STS 8789/2012- nos recuerda que “...**una cuestión es la prueba referencial sobre el hecho punible, carente de virtualidad acreditativa cuando no se dan los presupuestos constitucionales para su aprovechamiento –imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal-, y otra muy diferente es la prueba indirecta** que permite la construcción de inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas, sin necesidad de acudir a la fuente de referencia. Solución que fue recogida en la STS. 12.7.2007, en la que de forma clara se identifica el espacio de operatividad reconstructiva de la prueba indirecta respecto a la prueba referencial.

*Es evidente que cuando los testimonios policiales o de terceros en cuanto a las circunstancias de producción observadas directamente suministran suficiente indicios para construir de forma sólida hechos base –por ejemplo, personación de la policía en virtud de llamada de urgencia, confirmada por la actitud victimizada de una persona que aparece con lesiones de etiología agresiva y coetánea presencia en el lugar de los hechos del presunto agresor, actitud violenta del mismo y constancia de inexistencia de otras personas en el lugar-cabría inferir con un grado de altísima conclusividad inferencial del todo compatible con las exigencias derivadas de la regla de presunción de inocencia como regla de enjuiciamiento, la autoría del sujeto y la etiología lesiva de las lesiones apreciadas”*

De la misma manera, la Sentencia de la Sala II del TS, n 703/2014 de 29 de octubre- Roj: STS 4466/2014- dice que “...*el propio Tribunal Constitucional señala que “el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió –audito propio–, o lo que otra tercera persona le comunicó –audito alieno–, y que en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa” (STC 217/1989, de 21 de diciembre); pero esa doctrina es solo predicable de supuestos donde los datos informativos que suministra la percepción directa por parte de los testigos de referencia, de **circunstancias concurrentes que pueden permitir construir una sólida cadena de indicios que arroje como inferencia el hecho punible con una altísima tasa de conclusividad**; es decir de prueba referencial a partir de los hechos base suministrados por quienes a su vez, son testigos de referencia sobre la comisión y su autor.*”

Por último, la reciente sentencia de la Sala II del TS nº 226/16 de 17 de marzo -Roj: STS 1186/2016- tras descartar en principio el valor de prueba subsidiaria de los testimonios de referencia cuando la testigo directo estuvo presente en el acto del juicio oral y se acogió a la dispensa de su obligación de declarar del artículo 416.1 LECrim., reconoce sin embargo que “...*el testimonio de referencia también tiene naturaleza de prueba complementaria que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios,*

*como hemos señalado más arriba, de forma que **si concurren otros indicios o datos de cargo a partir de los cuales puede inferirse racionalmente el juicio de autoría la prueba testifical de referencia es válida por ser complementaria y reforzar la conclusión lógica y racional a la que puede llegar el Tribunal sobre la certeza del hecho presunto***"

## V.- LA DISPENSA EN EL DERECHO COMPARADO

Si examinamos el derecho comparado veremos cómo, partiendo de una cierta homogeneidad en la regulación de la dispensa, se recogen matices que la hacen diferente según el país del que estemos hablando. La primera de ellas es que, mientras en la mayoría de las legislaciones se regula la obligación general de declarar de los testigos y como una excepción el derecho de no hacerlo a determinados testigos relacionados con el procesado por determinados vínculos, algunos ordenamientos, establecen una prohibición de declarar contra el procesado a los testigos que mantienen esos lazos familiares, si bien establecen después excepciones para obligarles a declarar en determinadas situaciones o bien para permitirselo hacer.

Veamos algunas de ellas.

En **Italia** se dispensa de la obligación de declarar a los parientes próximos al procesado pero se excluye de la dispensa al testigo pariente que hubiera formulado denuncia o querrela por los hechos o cuando él mismo o un pariente próximo suyo-del testigo-, fueran los ofendidos por el delito; estas excepciones, dice expresamente el art. 199 del Código Procesal Penal (C.P.P.) Italiano, se aplicaran a hechos cometidos por el imputado durante la convivencia conyugal, al que, no siendo cónyuge del imputado, convivan o hayan convivido con él; al cónyuge separado del imputado y a la persona frente a la que se haya dictado sentencia de nulidad, divorcio o cesación de los efectos civiles del matrimonio contraído con el imputado.

En Francia, el **C.P.P. Francés** establece la **prohibición de tomar declaración bajo juramento** a determinadas personas entre las que se encuentran los progenitores y otros descendientes del encausado, los hijos o descendientes, los hermanos y hermanas y afines en los mismos grados y los cónyuges incluso después del divorcio (art. 335); ahora bien, en el artículo siguiente, prevé la posibilidad de que se le recibiera declaración bajo juramento, si el Ministerio Fiscal y ninguna de las partes se oponen a ello, pero si se opusieran, podría tomarse declaración a esos testigos a mero título informativo, en cuyo caso quedan exonerados de decir verdad (art. 336)<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Artículo 335 (Ley n° 93-2 del 4 de enero de 1993 art. 85 Diario Oficial de 5 de enero de 1993 en vigor el 1° de octubre de 1994) (Ley n° 93-1013 del 24 de agosto 1993 art. 28 Diario Oficial de 25 de agosto de 1993 en vigor el 2 de septiembre de 1993)

No podrán recibirse bajo juramento las declaraciones:

1º Del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente del acusado, o de uno de los acusados presentes y sometidos al mismo debate;

2º Del hijo, de la hija o de cualquier otro descendiente;

3º De los hermanos y hermanas;

4º De los parientes en los mismos grados;

5º Del marido o de la mujer; esta prohibición subsistirá incluso después del divorcio;

En el **Reino Unido** se regula la obligación de declarar del cónyuge o pareja del investigado cuando concurre un interés público en la persecución del delito, como ocurre en los casos de violencia doméstica y, especialmente, cuando la víctima es un menor de 16 años que conviviera en el núcleo familiar. (Sección 80 de la Police and Criminal Evidence Act de 1984)<sup>33</sup>

En **Alemania** la legislación<sup>34</sup> regula de una forma prácticamente absoluta y sin excepciones el derecho del pariente a no declarar en contra del encausado y ello pese a la crítica de la doctrina que entiende que así se garantiza la impunidad de delitos muy graves que se cometen en el ámbito de la familia. Efectivamente se regula el derecho a negarse a declarar, entre otros parientes, a la prometida/ del acusado y del cónyuge o pareja del acusado, aunque el matrimonio ya no exista o haya cesado la convivencia.- § 52 - y si optare por declarar, la renuncia a su derecho no es absoluta sino que podrá negarse a contestar a las preguntas que considere convenientes -§55 - y en este caso, **podrían negarse a prestar juramento**-§ 61.

Ejemplo de una regulación muy detallada de la dispensa es la que hace el legislador **Suizo** en el art. 168 del Código de Procedimiento Penal que transcribo a continuación:

*“Derecho a negarse a declarar.*

*Por vínculos personales*

*1 tienen derecho a negarse a declarar:*

- a. el cónyuge o pareja de hecho de los acusados;*
- b. aquellos que tienen hijos en común con el acusado;*
- c. los familiares o parientes en línea recta de los acusados;*
- d. hermanos o hermanas y medios hermanos o medias hermanas de los acusados, así como sus cónyuges;*
- e. hermanos o hermanas y medios hermanos o medias hermanas del cónyuge del acusado, y los cónyuges de aquellos;*
- f. los padres acogedores, y los niños confiados al cuidado del acusado y acogidos en la familia del acusado*
- g. el tutor, curador o asistente del acusado*

*2.-El derecho a negarse a declarar en virtud del apartado 1, letras a y f existe incluso si el matrimonio se disuelve o la relación de acogimiento ha finalizado.*

*3.- La unión registrada es equivalente al matrimonio*

**4.- El derecho a negarse a declarar no se aplica si:**

---

<sup>6º</sup> De la parte civil;

<sup>7º</sup> De los hijos menores de dieciséis años.

Artículo 336 (Ley nº 93-2 del 4 de enero de 1993 art. 85 Diario Oficial de 5 de enero de 1993 en vigor el 1º de octubre de 1994) (Ley nº 93-1013 del 24 de agosto 1993 art. 28 Diario Oficial de 25 de agosto de 1993 en vigor el 2 de septiembre de 1993)

No obstante, la audiencia bajo juramento de las personas mencionadas en el artículo anterior no conllevará nulidad cuando ni el Ministerio Público ni ninguna de las partes se oponga a la prestación de juramento.

En caso de oposición del Ministerio Público o de una o varias de las partes, el testigo podrá ser oído a título de información, en virtud del poder discrecional del presidente

<sup>33</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/80>

<sup>34</sup> Strafprozeßordnung. 1. Buch - Allgemeine Vorschriften (§§ 1 - 150) 6. Abschnitt - Zeugen (§§ 48 - 71) <https://dejure.org/gesetze/StPO/>

a. *la causa penal en relación con los delitos mencionados en los artículos 111-113, 122, 140, 184, 185, 187, 189, 190 o 191 CP; y*

b. *el delito fue cometido contra una persona con la que el testigo tiene una conexión personal con el contenido de los párrafos 1 a 3.*

De esta regulación destaca la excepción a la dispensa que se hace por dos razones:

- Por la **naturaleza del delito enjuiciado**, de manera que el testigo incluido en cualquiera de las relaciones analizadas en los párrafo 1 a 3, deberá declarar sin excusa si el delito por el que el imputado el acusado es un delito contra la vida, de lesiones graves, de robo con violencia, de secuestro, contra la indemnidad sexual de menores de 16 años, contra la libertad sexual de cualquier persona y delitos de agresión sexual contra la mujer o persona discapacitada.
- Por razón de la **persona ofendida por el delito**, de manera que el testigo tendrá obligación de declarar si la víctima mantiene con él cualquiera de las relaciones referidas en los párrafos 1 a 3.

El C.P.P. de **Brasil** en el art. art. 206. Tras establecer la obligación de todo testigo de declarar prevé la posibilidad de que se niegue a hacerlo al cónyuge del procesado aunque esté separado, a su hermano y su padre, a la madre o el hijo adoptivo de los acusados, **“excepto cuando no sea posible, por lo contrario ser obtenida o integrar la prueba del hecho y sus circunstancias”**, lo que, como sabemos, se producirá en la mayoría de los supuestos en los que hecho enjuiciado esté relacionado con la violencia doméstica o de género en el ámbito de la pareja o ex pareja.

En el **CPP de Chile**, en el art. 302-1, se dispone que *“No estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado”* y que *“...deberán ser informadas acerca de su facultad de abstenerse antes de comenzar cada declaración”*; del tenor literal del precepto transcrito parece que sólo se reconoce esa posibilidad a quien mantiene el vínculo conyugal con el imputado o convive con él en una relación de semejante naturaleza en el momento en que es llamado a prestar declaración; por otra parte, el legislador chileno reconoce la posibilidad de acogerse a esa dispensa si el testigo está unido al imputado por alguna de las relaciones a que se refiere en el párrafo 1º aunque en ocasiones anteriores hubiera renunciado a la dispensa pues, en el párrafo 3ª se dispone literalmente que *“El testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración”*.

Semejante es la **regulación costarricense** al admitir que podrá abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente del imputado, entre otros familiares, y estos deberán ser informados de esa facultad de abstención, antes de prestar declaración y *podrán ejercerla “aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas.”* (art. 205 del C.P.P. de Costa Rica). En igual sentido se regula la dispensa en el **C.P.P. de R. Dominicana**- art. 196- ; el de **Paraguay** -art. 205; el de **Bolivia** –art. 196; el de **Ecuador**- art. 126; el de **Honduras**-art. 228; el de **Nicaragua**- art. 197 y, el de **El Salvador**- art. 204



Expresamente, el art. 165 del C.P.P. de **Perú** reconoce la facultad de abstención de la obligación de declarar al cónyuge o conviviente del imputado, *aunque hubiese cesado el vínculo conyugal o de convivencia*. Sin embargo, el C.P.P. de la República de **Colombia**- art. 385- , que recoge la posibilidad de abstenerse de declarar contra “...el cónyuge o compañera o compañero permanente “ al igual que la L.E.Crim, no incluye la referencia a que pueda hacerlo si ha desaparecido el vínculo conyugal o cesado la convivencia e, igual parece desprenderse de la **regulación guatemalteca** que de una forma general dispone que no están obligados a declarar “*Los parientes cuando sus declaraciones puedan perjudicar a sus familiares, dentro de los grados de ley; los adoptantes y adoptados, los tutores y pupilos recíprocamente, en los mismos casos. Sin embargo, podrán declarar, previa advertencia de la exención, cuando lo desearan*”- art.212-1.

Mucho más extensa es la previsión de la dispensa en el Código Federal De Procedimientos Penales de **Méjico** en el que se dispone que “*No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculcado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculcado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si estas personas tuvieren voluntad de declarar se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración*”- art. 243

Por último, resulta interesante citar la **legislación argentina** que regula la prohibición de declarar a determinados parientes si bien **exceptúa aquellos casos en los que el testigo es la víctima del delito o pariente de ofendido si éste es de grado igual o más próximo que el del imputado**; el efecto, el C.P.P. Federal de Argentina, en el art. 242 dispone que “*No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado*.”<sup>35</sup>.

## **VI.- NECESIDAD DE REFORMA DEL ART. 416 DE LA LECrim**

La Fiscalía de Sala contra la Violencia sobre la Mujer ha venido reclamando desde el principio de su existencia la modificación de la dispensa de la obligación de declarar para que ésta se regule excluyendo al testigo-víctima del delito, o al menos para que queden excluidos los testigos denunciadores, en coherencia con la línea jurisprudencial referida en el apartado IV.4

Esa reclamación la han venido haciendo también diferentes asociaciones de mujeres (Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Federación de Mujeres Progresistas, Comisión para la Investigación de Malos Tratos, Asociación Vivir

---

<sup>35</sup> En sintonía los hacen los códigos estatales, por ejemplo en C.P.P. de Tierra de Fuego en el art . 217: “No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge o persona con quien conviva en aparente matrimonio, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado”.

sin Violencia de Género, Fundación Mujeres y Enclave Feminista,) que dirigieron una carta al Ministro de justicia el día 16 de febrero de 2016 en la que a través de una adenda solicitaron la reforma de los arts. 416 y 418 de la LECrim

En su justificación argumentaron que *“...la Ley Integral perdería gran parte de su efectividad, si a las personas víctimas de la violencia de género se las eximiese de la obligación de declarar en los procesos promovidos por ellas misma”,* además *“...los efectos perniciosos que para las propias víctimas de malos tratos representaría el que, en el estado de ánimo en que generalmente se encuentran, y tras del esfuerzo realizado para llevar adelante su acción, se las invitase a reconsiderar como previa determinación a su declaración, la disyuntiva de tener que afrontar la ya de suyo penosa declaración o verse liberada de tal trámite; una alternativa que, en la mentalidad de la declarante, fácilmente será percibida con el matiz de un reproche hacia su acción de denuncia en boca del Instructor.*

*En sus circunstancias, la advertencia a que la declarante haga "las manifestaciones que considerar oportunas", según el artículo 416, n. 1º. pfo. segundo, la tomará la interesada, en el caso mejor, como la legitimación de su deseo de no declarar, pero también es posible que aparezca, subjetivamente, ante la víctima de los malos tratos como una forma insoportable de maltrato institucional.”*

Las asociaciones entendieron que la única vía para evitar esos graves perjuicios a las víctimas es la modificación de esos preceptos y propusieron que se adicionara al art. 416 el siguiente párrafo: *“No procederá la dispensa de la obligación de declarar expresada en el presente artículo, cuando la declaración verse sobre la violencia de género a que se refiere la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 2004 en su artículo 1.3”,* y en el art. 418 el siguiente: *“Tampoco están exoneradas de declarar las personas a que se refiere el número 3º del artículo 416 cuando la declaración se refiera a los delitos contemplados en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 2004”.*<sup>36</sup>

Por su parte el CGPJ, ya en el año 2006 <sup>37</sup> también entendió preciso que *“... para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas,..., se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECrim. que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto.”*

Siguiendo esa línea, en el año 2011, insistió el Consejo en la necesidad de esa reforma para que no se reconozca la dispensa *“al testigo víctima y/o perjudicado del delito que se persiga”.* Esta propuesta tiene su origen en el Informe del Grupo de

---

<sup>36</sup> <http://www.redfeminista.org/pnoticia.asp?id=3686>

<sup>37</sup> Informe del Grupo de Expertos de Violencia Domestica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan. (2006)

Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ de 2011<sup>38</sup> en el que partiendo de las características específicas de la víctima de violencia de género, por las que se mueve “...en una situación de permanente agresión-denuncia-arrepentimiento-agresión”, el recurso procesal “*termina siendo un nuevo instrumento de dominación al servicio del violento cunado al testigo es la víctima de los hechos*”. La propuesta en este caso del Consejo fue más allá de la exclusión de la dispensa al testigo víctima, en la previsión que ésta, ante la obligación de declarar como cualquier testigo, lo hiciera a favor del acusado, y así proponía excluir a dichos testigos de la posibilidad de ser perseguidos como autores de un delito de falso testimonio.

Como propuesta alternativa, plantearon la posibilidad de introducción de las declaraciones de las víctimas que hubieran declarado con contradicción en la fase de instrucción, a través de su lectura de conformidad con el art. 730 de la L.E.Crim, cuando en el acto del Juicio Oral se acojan a la dispensa e incluso propusieron una nueva redacción del art. 730 de la LECrim<sup>39</sup>.

A la vista de todas estas propuestas y también de la evolución que se está registrando en el derecho comparado, pues, el silencio de las víctimas de violencia de género y sus consecuencias es una realidad universal y, sobre todo, en atención a que la violencia de género, como ha quedado patente a lo largo de este trabajo, no afecta sólo a la mujer que la sufre sino también a los menores que con ella conviven y, en atención a los efectos perversos que en su aplicación se producen para la protección de aquella y estos, entiendo que es absolutamente necesaria la reforma de la dispensa del art. 416 de la LECrim. para excluir al testigo pariente que sea el ofendido por el delito o cuando lo sean personas de su entorno familiar sobre todo los menores que estén bajo su patria potestad, guarda o custodia, como lo hacen la legislación del Reino Unido o Argentina, sin perjuicio de arbitrar fórmulas que impidan iniciar procedimientos contra estos testigos que, teniendo la obligación de declarar, faltaran a la verdad.

Alternativamente, debería limitarse la dispensa en dos aspectos:

1. Siguiendo la línea iniciada por el legislador con la reforma operada con la Ley 4/2015 del EVD del art. 261 de la LECrim., debería limitarse la dispensa de la obligación de declarar exclusivamente al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad- lo que excluiría definitivamente a los novios-. en el momento en el que vaya a recibírsele declaración, pues sólo si en ese momento continua la convivencia, podrá producirse el conflicto moral derivado de la solidaridad y lealtad en la pareja,

---

<sup>38</sup> Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004.

<sup>39</sup> La propuesta era la siguiente: “podrá leerse, también, a instancia de cualquiera de las partes, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos víctima so perjudicados del delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”

fundamentos a los que parece querer volver el legislador con esta reforma.

2. Por otra parte, y siguiendo la línea jurisprudencial examinada, debería excluirse de la dispensa al testigo pariente denunciante, pues una vez tomada la libre decisión de denunciar, iniciativa que determina la puesta en marcha del procedimiento, debería entenderse decaída definitivamente la posibilidad de no declarar cuando sea requerido al efecto.

Por último y de no prosperar las anteriores propuestas, al menos deberían realizarse las modificaciones oportunas para posibilitar la incorporación de las declaraciones de los testigos víctimas efectuadas en la fase de instrucción con respeto a las garantías de inmediación, contradicción y defensa, a través de su lectura o audición en el Juicio Oral para su valoración, junto al resto de pruebas articuladas, por el Tribunal. Así se evitaría no solo la impunidad del agresor en muchos supuestos, más teniendo en cuenta la enorme dificultad de que prosperen los recursos que se puedan interponer contra las Sentencias Absolutorias,<sup>40</sup> con todas las consecuencias negativas que ello produce en las víctimas de esta violencia, sino también la incompreensión de la sociedad respecto a que, pese a la contundencia de las declaraciones prestadas en los momentos más inmediatos a la comisión de los hechos e incluso corroboradas con otras pruebas como pueden ser los partes de lesiones, aquellas aparezcan como no efectuadas, como si no hubieran existido, impidiendo que las demás adquieran el peso probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia.

---

<sup>40</sup> Dadas las *“severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias con la finalidad de consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia”* Sentencia de la Sala II del TS, 493/2015 de 22 de julio, que cita las Sentencias TEDH de 22 de Noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España; de 20 de Marzo de 2012, caso Serrano Contreras vs España y de 27 de Noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García vs España y la STC 22/2013 de 31 de Enero. Doctrina también recogida en las Sentencias de la Sala II del TS núm. 522/2015, de 17 de septiembre; 29/2016 de 29 de enero; 214/2016 de 15 de marzo; 619/2016 de 12 de julio