



## LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

Es un hecho incuestionable, puesto de manifiesto en las estadísticas judiciales de los últimos años, que numerosos procedimientos judiciales tramitados por episodios de violencia de género terminan sin condena al acogerse la víctima de los hechos a la dispensa del deber de declarar prevista en el art. 416. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim) y carecer el juzgador de otros elementos incriminatorios contra los presuntos autores de los mismos.

En este sentido, la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2008 hace constar que el 44% de las retiradas de acusación se deben precisamente a que la víctima de violencia de género se acogió en el plenario a la dispensa de declarar.

Esta circunstancia ha llevado, a diversos sectores, a plantear la posibilidad de acotar o suprimir dicha dispensa para los supuestos de violencia de género, entendiendo por tales aquellos a los que se refiere el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (*“todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”*).

El objeto del presente trabajo es reflejar las interpretaciones jurisdiccionales sobre los distintos aspectos relativos a la dispensa, poniendo de manifiesto aquellos aspectos controvertidos y aportando posibles soluciones.

### **Regulación legal:**

El art. 416.1 Lecrim establece que:

*“Están dispensados de la obligación de declarar: 1).- los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del art. 261 (exclusión de la obligación de denunciar a los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre, cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos).*

*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, consignándose la contestación que diere a esta advertencia”.*

Dicho precepto debe ponerse en conexión con el art. 418 párrafo 1 Lecrim que dispone:

*“Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416”.*

Dicha facultad se reitera, para el momento del juicio oral, en el art. 707 del mismo texto legal:

*“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a 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”.*

Por último, el contenido de dichos preceptos tiene acomodo constitucional en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna que dispone *in fine*: *“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

### **Fundamento y fin:**

En ocasiones se ha invocado como justificación de la dispensa el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar silencio, basándose, bien en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado (protección de las relaciones familiares –art. 39 CE-), bien en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar – art. 18 CE-.

Se trataría de resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido.

Lo que sí parece superado es la consideración de que la dispensa está concebida para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo como consta en algunas resoluciones judiciales.

Por el contrario, se concibe para la protección del testigo pariente en situación de conflicto entre la obligación de declarar con verdad y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por razones personales y familiares.

Se ha llegado a afirmar, recientemente, que la dispensa al deber de declarar tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática y ello en base a que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto

deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso.

Se plasman a continuación diversas resoluciones judiciales que han abordado la cuestión:

Así, la **STS, Sala 2ª, de 26 de marzo de 2009, nº 292/2009, rec. 11433/2008. Pte: Varela Castro, Luciano**, dice en su FD Tercero: *“La exención suele justificarse desde el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio. Tal fundamento es también el que justifica la exención de responsabilidad penal ante la eventual imputación de responsabilidad criminal a título de encubrimiento. Así resulta del artículo 454 del Código Penal.*

*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”.*

La **STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2007, nº 134/2007, rec. 10712/2006. Pte: Giménez García, Joaquín**, establece en el FD Primero que *“..... 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.*

*Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido. En el mismo sentido, STS, Sala 2ª, de 8 de abril de 2008, nº 134/2007, rec. 10712/2006. Pte: García Pérez, Siro Francisco.*

**La STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, rec. 11295/2008. Pte: Marchena Gómez, Manuel**, en su FD Primero establece que *“En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. 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”.

**La STS, Sala 2ª, de 17 de diciembre de 1997, nº 1587/1997. Pte: Montero Fernández-Cid, Ramón,** establece: “A mayor abundamiento, la STS. 331/1996, de 11 de abril, dictada en un supuesto absolutamente similar al presente, señala en su FJ Primero que el precepto contenido en el artículo 416-1º de la LECrim. está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo”.

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 31 de marzo de 2009, nº 13/2009, rec. 11/2009. Pte: Tardón Olmos, María,** en su FD Primero prescribe que: “ La razón de ser de dicho precepto no es el de proteger al imputado dentro del proceso, como viene a invocar la defensa, sino la protección del testigo pariente en situación de conflicto entre la obligación de declarar con verdad y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por el amor o por otras razones personales y familiares del testigo, en la consideración de que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen que pudiera incriminarle, o verse en la situación de poder mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio.

Estamos en definitiva ante un derecho personal del testigo en el proceso, y respecto de la obligación general que le exime de la obligación general que tienen todos los que residan en el territorio español de declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, y de decir verdad, conforme a lo establecido en los artículos 410 y 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que no puede interpretarse, como una especie de "derecho de disposición" sobre el proceso penal del que el testigo pariente ha sido víctima, oponiéndose a la práctica de cuantas diligencias de investigación y medios de prueba resulten lícitas y se practiquen conforme a los preceptos legales aplicables a cada caso, para el esclarecimiento de los hechos delictivos y la determinación de las personas que resulten responsables de los mismos. De lo contrario se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos o semipúblicos. Tal es la orientación que deriva de la reciente STS 58/08, de 25 de enero, cuando afirma que "no queda al arbitrio de la víctima el control de la aplicación del Derecho Penal", y que "lo que no es posible es la disponibilidad del derecho penal a la conveniencia de la víctima para cada caso".

### **Extensión de la dispensa a las parejas de hecho.**

Comoquiera que en el artículo 416.1 Lecrim no se menciona expresamente a las parejas de hecho entre aquellos que pueden acogerse a la dispensa de declarar se ha discutido sobre su inclusión o no.

En un primer momento se les excluyó, atendiendo a la literalidad de la ley, en base a que cuando el legislador los quiso equiparar así lo hizo (véase arts. 23, 153, 424, 443, 444 y 454 del CP). A mayor abundamiento y en apoyo de la exclusión también se adujo la no previsión de la equiparación en la excusa absoluta de parientes del art. 268 del CP.

Hoy en día, es pacífica la tesis de la equiparación a efectos de la dispensa estudiada, en base a que la pareja de hecho y el matrimonio se encuentran en la misma situación *more uxorio*. Además, se pone de manifiesto que se han equiparado expresamente los efectos en supuestos tales como la agravante mixta de parentesco (art. 23 CP), los delitos de violencia doméstica (art. 173 CP) y de encubrimiento de parientes (art. 454 CP).

Y por lo que respecta a la excusa absoluta entre parientes, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado en su reunión del día 1 de marzo de 2005, prescribe que: *“A los efectos del art.268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”*.

Asimismo se ha discutido si subsiste la posibilidad de acogerse a la dispensa cuando cesa la relación de pareja. En algunos pronunciamientos jurisprudenciales se mantiene que si en el momento de acudir al llamamiento judicial para declarar como testigo, ya no existe relación análoga a la conyugal no hay posibilidad de acogerse a la dispensa, y ello por entender que es en ese momento procesal cuando surgen las obligaciones y derechos inherentes a tal condición. La solidaridad que justifica la dispensa no sólo desaparece por el divorcio sino que también lo hace en los casos de un firme y decidido cese afectivo en la relación de hecho asimilable.

En otros, en cambio, se distingue en función de cual sea el fundamento de la dispensa. Si se basa únicamente en la solidaridad, se entiende que una vez que el vínculo que la justifica no existe no hay motivos para no exigir al afectado que declare como testigo. Ahora bien, matizan que, aunque exista ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia, no se debe impedir al testigo acogerse a la dispensa si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

En apoyo de esta última tesis se sostiene que carece de explicación que para proteger penalmente a la persona vinculada por la relación análoga de afectividad, incluso para eximirla por una posible responsabilidad penal por encubrimiento se atienda al tiempo de los hechos, y sin embargo para acogerse a dispensa del art. 416.1 Lecrim se atiende al tiempo del proceso.

Entre las resoluciones judiciales que han tratado el tema se destacan las siguientes:

**La STS, Sala 2ª, de 21 de noviembre de 2003, nº 1540/2003, rec. 304/2003. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido**, en cuyos FD Tercero y Cuarto se contiene lo siguiente: *“Pues bien, la Ley no ha incluido los supuestos de convivencia análogos al matrimonio entre las exenciones a declarar prevenidas en el art.416.1º de la Lecrim,, o en cualquier otro precepto legal. Cuando el Legislador ha apreciado, en el ámbito de la*

*jurisdicción penal, la conveniencia o necesidad de asimilar los efectos de las uniones sentimentales estables, o convivencia "more uxorio", con los del matrimonio lo ha establecido así expresamente, como sucede por ejemplo en el art.23 del Código Penal de 1995 (circunstancia mixta de parentesco), en el art. 153 del Código Penal de 1995 (violencia doméstica), en el art.424 (atenuación del cohecho), en los arts 443 y 444 (abusos sexuales de funcionario) o en el art.454 (encubrimiento entre parientes), preceptos en los que se asimila a los cónyuges con las "personas ligadas de forma estable con análoga relación de afectividad". Pero esta asimilación no tiene carácter general y el Legislador la ha excluido, por ejemplo, en el art.268 Código Penal de 1995 (excusa absoluta entre parientes).*

*En consecuencia, al no establecerse dicha dispensa en la Ley, como previene la norma constitucional (art.24 in fine), no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías por el hecho de que el Tribunal no la incluya entre los supuestos en que debe informar al testigo de la exención de su obligación de declarar. Y, por tanto, la prueba así practicada no constituye una prueba obtenida inconstitucionalmente, sino una prueba de cargo válida.*

*Cuestión distinta, obviamente, es la conveniencia de establecer esta asimilación, de lege ferenda, para evitar situaciones discriminatorias."*

**La STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2007, nº 134/2007, rec. 10712/2006. Pte: Giménez García, Joaquín,** que dispone en su FD Primero: *"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. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal que se refiere junto a la relación conyugal a la de que la persona "esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad."*

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 18 de marzo de 2009, nº 205/2009, rec. 1121/2008. Pte: Tardón Olmos, María,** dispone en el FD Primero que: *"Esta Sala ha venido manteniendo que tal dispensa alcanza, del propio modo, a las personas unidas al acusado por análoga relación de afectividad a la conyugal, equiparando así la relación conyugal a la de convivencia declarada por la víctima, lo que ha sido, además, admitido de modo expreso en la más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia 134/07, de 22 de febrero.*

*Estamos en definitiva ante un derecho personal del testigo en el proceso, y respecto de la obligación general que le exime de la obligación general que tienen todos los que residan en el territorio español de declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado, y de decir verdad, conforme a lo establecido en los artículos 410 y 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, por ello, debe concurrir en el momento en que resultare convocado para comparecer a prestar el testimonio que se le solicite en la causa penal, -como así deriva, igualmente, de las STS 134/07, de 22 de febrero, y 385/07, de 10 de mayo - y que, en consecuencia, no existirá cuando, como en el presente caso, la testigo que fue la pareja del acusado, con el que mantuvo una relación análoga a la conyugal, ya no la mantiene, en el momento en que concurre al llamamiento judicial para que declare en la causa en calidad de testigo,*

que es, en consecuencia, el que determina el surgimiento de las obligaciones y derechos procesales inherentes a tal condición.

Resulta, por ello, plenamente correcta, la decisión de la Juzgadora de instancia de considerar que la misma no se encontraba amparada por la dispensa de prestar declaración, que pretendía, advirtiendo a la testigo de sus obligaciones como tal, y de que, de no contestar a las preguntas, o de faltar a la verdad, podía ser perseguida por los delitos de desobediencia a la autoridad o de falso testimonio”.

**La STS, Sala 2ª, de 26 de marzo de 2009, nº 292/2009, rec. 11433/2008. Pte: Varela Castro, Luciano)**, donde consta en el FD Tercero que: *“Este precepto asimila al cónyuge con la persona ligada por análoga relación de afectividad de forma estable. Lo que lleva a extender la analogía también a los efectos de exención de la obligación de declarar. Como análogamente se hace, para proteger a esa persona, respecto a los actos violentos contra ella por parte de la persona con la que se encuentra así ligado (artículos 23 y 173.2 del Código Penal)”*.

Por lo que concierne a la equiparación entre la situación del cónyuge y el que se encuentra en relación de similar afectividad y estabilidad, hemos de recordar lo dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 134/2007, de 22 de febrero, en la que se mantiene también esa equiparación, para atribuir a las dos en la misma medida la exención de la obligación de declarar.

Y en la Sentencia de 20 de febrero de 2008, también se afirma que el art. 416 de la Ley procesal penal dispone la dispensa a la obligación de declarar a las personas que cita, entre las que ha de incluirse a aquéllas que mantienen vínculos de afectividad análogos al matrimonio.

Se abandona así la doctrina insinuada en la Sentencia de la Sala de lo Penal de este Tribunal Supremo, de 21 noviembre de 2003, rec. 304/2003.

Y, por lo que respecta al momento en que debe darse ese vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar, se ha reconocido especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

Más aún, si cabe, cuando, como en este caso, la víctima no incluyó este hecho en su denuncia inicial, origen del procedimiento. Al contrario, se limitó a narrarlo a preguntas del Ministerio Fiscal en su primera declaración judicial, y a no excluirlo de un genérico ofrecimiento de acciones, que aceptó también genéricamente.

A estas consideraciones, sobre el momento a considerar, se acercan soluciones como la italiana, en la que, junto a la discutible solución de que la exención

se excluya en la ley cuando la persona testigo es denunciante o víctima, el artículo 199 del código procesal extiende la exención de la obligación de declarar al cónyuge o asimilado que lo es o lo ha sido en referencia a los hechos ocurridos durante la convivencia.

O la francesa en la que, si bien la exención lo es solamente respecto a la obligación de prestar juramento (artículo 448 del Código Penal), admitiendo, no obstante, que se exija declarar si ninguna de las partes se opone, aquella exención rige aun después de la extinción del vínculo, de cualquiera de los acusados en el mismo proceso .

Finalmente no se explicaría como puede atenderse al tiempo del proceso para determinar la subsistencia de la obligación de declarar, cuando se atiende al tiempo de los hechos no solamente para la protección penal de la persona vinculada por esa relación, sino que para eximirla de la eventual responsabilidad por encubrimiento.

El Tribunal Constitucional, pese a inadmitir la cuestión de constitucionalidad que se le presentaba, en su Auto 187/2006, de 6 de junio, pudo decir Al respecto hemos de convenir con el Fiscal General del Estado en que no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado”.

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 19 de febrero de 2009, nº 117/2009, rec. 1080/2008. Pte: Romera Vaquero, Consuelo,** que establece en el FD Primero:” Como señala, por todas, la sentencia de esta Sección de 16 enero de 2008 (Pte, Rasillo López) " esta Sala, especializada en violencia de género, tiene declarado en multitud de resoluciones que en efecto la situación de análoga relación de afectividad ha de equipararse a la del matrimonio a efectos del artículo 416 de la LEcrim y ello por las siguientes razones:

a) Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de 22 de febrero de 2007.

b).- El propio Código Penal equipara los efectos de las uniones sentimentales estables con las del matrimonio en distintos supuestos, como en el art. 23 del C. Penal en cuanto a la circunstancia mixta de parentesco, el art. 173 del C. Penal relativo a la violencia familiar y especialmente el citado art. 454 CP., que respecto al encubrimiento de parientes, establece que están exentos de las penas impuestas a los encubridores "los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad..." Precepto este último claramente indicativo de la equiparación, por cuanto resultaría ilógico que, por una parte la ley prevea dicha excusa absoluta y por otra se impusiera a quien estuviera ligado por análoga relación a la matrimonial al acusado en la situación de efectuar declaraciones que pudieran incriminar a su pareja

c).- Por el hecho de que el propio Tribunal Supremo en otros supuestos en los que el Código Penal no recoge expresamente la equiparación anterior, la ha establecido, como es el de la excusa absoluta respecto a los delitos patrimoniales previstos en el art. 268 del C. Penal acordando en el Pleno no Jurisdiccional de 1 de

marzo de 2005 que a los efectos del art. 268 del C. Penal EDL1995/16398 las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial.

d).- Por estimar que la denegación de dicha equiparación sería efectuar una interpretación contraria a la realidad de la sociedad actual, que en ningún caso ampararía las reglas generales de la interpretación de las normas jurídicas, conforme al art. 2 del Código Civil , creando situaciones discriminatorias, en las que a supuestos de facto prácticamente iguales en su fundamentación se les aplicaría una normativa diferente."

Dicho esto, sin embargo, a los efectos que propugna el recurrente, continúa diciendo la sentencia citada que: "Ahora bien, como también hemos declarado (Sentencias de 21 de septiembre y 5 de octubre de 2006 y 30 de abril de 2007, entre otras) la dispensa de declarar ampara a quienes siguen manteniendo dicha relación de afectividad, no a quien ha cesado en ella, del mismo modo que ampara a los matrimonios pero no a quien se ha divorciado".

Y así: "En efecto, como dice la STS de 22 de febrero de 2007 la razón de ser de la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece el artículo 461 LECRim., 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. Y tanto la relación conyugal como la unión estable análoga a la matrimonial generan una semejante capacidad de crear los estrechos afectos de pareja, de suerte que concurren en ambos supuestos las razones de solidaridad que pueden conducir a la dispensa de declarar. Solidaridad justificadora de la excepción no sólo desaparece en los supuestos de divorcio (art. 85 y 88 Código Civil), sino que también lo hace en los casos de un firme y decidido cese afectivo en la relación de hecho asimilable. Entonces ya no existe el vínculo de familiaridad con el acusado que justifique una exención de la obligación de declarar del testigo.

Entendemos que la causa de exención ha de concurrir en el momento de la declaración, pues es entonces cuando comparece en el proceso como testigo, surgiendo entonces todas las obligaciones y deberes inherentes a esa condición, siendo entonces cuando debe concurrir la causa de exención de declarar."

Dicho esto como quiera que la víctima ya no era pareja del acusado en el momento de los hechos, limitándose, como por la misma se expuso en el acto del juicio, a una relación en la que seguían conviviendo en la misma casa por motivos económicos, afirmaciones que la denunciante efectuó de forma reiterada en el plenario, que justificaron la denegación de poder acogerse a la dispensa de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por parte de la Magistrada de lo penal, la cual, una vez finalizado el interrogatorio de las partes volvió a preguntar sobre tales extremos a la perjudicada que contestó en el mismo sentido, ha de concluirse con que la tan citada denunciante se encontraba obligada a declarar, por cuanto que ya no mantenía ninguna relación análoga a la conyugal con el acusado, siendo por ello que ha de considerarse válida su declaración como prueba inculminatoria para el hoy recurrente".

### **Testigo víctima**

Otra de las cuestiones que ha sido objeto de debate es si la dispensa del art. 416 bis se refiere a todos los testigos que se encuentran en la relación de parentesco en él prevista o debe excluirse a los testigos víctimas de los hechos.

Precisamente, en el informe de 20 de abril de 2006, del Grupo de expertos en violencia de género del CGPJ acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ya se hacía constar que *“para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que 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”*.

Del mismo modo, en el I informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer (28-6-2007) se contiene *“no debemos olvidar que el fundamento de la dispensa que se recoge en el art. 416 de la Lecrim es respetar la solidaridad familiar del testigo respecto del imputado que comete un delito que no atenta sus bienes jurídicos, por tanto del testigo que no es víctima y ha sufrido la agresión a manos de su esposo y pareja”*.

En el ámbito judicial se opta por entender que la dispensa es para todos los testigos sin que exista exclusión alguna. Ahora bien, diversas decisiones jurisprudenciales destacan que, en los supuestos de denuncia espontánea y para obtener protección personal por parte de las víctimas, no es aplicable la dispensa, y por tanto no resulta necesaria la advertencia prevista en el art. 416.1. Se considera, en definitiva, que la dispensa es un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no para denunciados respecto de hechos que les han perjudicado y acuden a la policía en busca de protección.

Debe destacarse aquí la postura adoptada por el Código Procesal penal italiano que en el art. 199 excluye la exención cuando el testigo es denunciante o víctima.

Entre las resoluciones judiciales que han abordado el tema se encuentran las siguientes:

La ya citada **STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2007, nº 134/2007, rec. 10712/2006. Pte: Giménez García, Joaquín**, que en su FD Primero establece 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 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, rec. 11295/2008. Pte: Marchena Gómez, Manuel**, en su FD Tercero dispone: *“Pero también hemos dicho*

que en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia "advierde claramente su voluntad espontánea de declarar" (STS 326/2006, 8 de marzo). Dicho en palabras de la STS 625/2007, 12 de julio, "...cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECrim que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto".

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 31 de marzo de 2009, nº 13/2009, rec. 11/2009. Pte: Tardón Olmos, María,** establece en el FD Primero que: "Porque, como viene manteniendo de forma reiterada la jurisprudencia, enunciada, entre otras, en la Sentencia Tribunal Supremo núm. 625/2007, de 12 julio, cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECrim, no resultando necesaria su advertencia, como acontece en el presente supuesto en el que la Sra. Rosa manifiesta a los agentes policiales que se desplazan al Hospital de la Paz, donde se encuentra ingresada para curarse de sus lesiones, que denuncia la agresión sufrida y solicita una orden de protección contra el acusado. Del propio modo, no resulta preceptiva la intervención de Letrado en la declaración policial de las personas denunciantes, víctimas o perjudicados por las acciones delictivas, constanding, además, que por parte de los policías actuantes, se le ofreció a la Sra. Rosa la designación de un Letrado que la asistiera, declinando el ofrecimiento para la práctica de tal diligencia".

#### **Validez de declaraciones prestadas en fase policial y judicial.**

Con carácter previo debe señalarse que para que pueda ser valorada la declaración que presta el testigo pariente, debe en todo caso tenerse constancia, dejando a salvo los supuestos de denuncia espontánea tratados con anterioridad, de que se le ha advertido de su derecho a no declarar.

Uno de los problemas que se han planteado es si es posible llevar al juicio oral las declaraciones prestadas por el testigo en fase policial y ante el juez de instrucción, cuando este testigo en las sesiones del juicio oral y haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 707 Lecrim se acoge a su derecho a no declarar.

La jurisprudencia reciente del TS se decanta por la imposibilidad de valorar dichas declaraciones al entender que validar las mismas, sería, en definitiva, neutralizar el efecto que se pretende al permitir la dispensa en el propio juicio oral.

Además, tampoco cabría su incorporación al acto del juicio por la vía del art. 730 Lecrim que está previsto para aquellos supuestos en los que no se puede reproducir en el plenario la diligencia de que se trate, lo que no acontece en los casos

en los que la falta de declaración del testigo responde únicamente al ejercicio de la dispensa.

Tampoco se permite la invocación del art. 714 Lecrim para introducir las citadas declaraciones, puesto que la posibilidad en él prevista está encaminada a medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del juicio oral a través de las declaraciones que el testigo da sobre la contradicción. Y en el supuesto de ejercicio de la dispensa, habría silencio del testigo pero no contradicción.

Resoluciones judiciales que abordan el tema serían:

**La STS, Sala 2ª, de 10 de febrero de 2009, nº 129/2009, rec. 763/2008. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo,** que señala en el FD quinto: *"En reciente Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009, hemos señalado las razones que impiden valorar, en supuestos como éste, la declaración sumarial:*

*A) La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la Lecrim, en relación con el art. 416 de la LECrim, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado. Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.*

*B) Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr., que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de*

los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la 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. Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye. Este criterio que se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1973, ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001, en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar.

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

**La STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, rec. 11295/2008.**  
**Pte: Marchena Gómez, Manuel,** en el FD Tercero dice: "Es por ello indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho. Es fácil entender que el ejercicio de esa dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el Juez instructor, sino también por la Policía (SSTS 385/2007, 10 de mayo y STS 1128/2004, 2 de noviembre) recordando esta Sala que, en caso de renuncia, ésta ha de resultar "concluyentemente expresada", incluso en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (STS 662/2001, 6 de abril).

En el presente caso, las víctimas declararon en el Juzgado de instrucción, donde se les hizo el ofrecimiento de acciones, compareciendo posteriormente ante el

*propio Juez para decir que deseaban retirar la denuncia y ejercer su derecho a no declarar en contra de su pariente. La legitimidad de esa actitud era incuestionable. Sucede, sin embargo, que en el acto del juicio oral, cuando conocían perfectamente la ausencia de todo deber de declarar -arts. 416.1 y 707 LECrim - no pusieron obstáculo alguno a su testimonio. Trataron, eso sí, de alterar lo que en su momento habían declarado ante el instructor. Pero esa declaración de complacencia se incorpora al material probatorio a valorar por el Tribunal a quo, en sí mismo y en su valoración contrastada con el resto de los testimonios prestados durante la fase de investigación”.*

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27<sup>a</sup>, de 30 de marzo de 2009, nº 273/2009, rec. 1186/2008. Pte: Tardón Olmos, María,** en el FD Segundo establece:” *Por lo que se refiere a la lectura de las declaraciones sumariales de la testigo que se acoge en el plenario a la dispensa de prestar declaración establecida en los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha venido siendo admitida por este Tribunal en algunas de sus resoluciones, no puede, ya, admitirse, habida cuenta de la reciente jurisprudencia sentada sobre este particular, y contenida en la Sentencia Nº: 129/2009, de 10 de febrero de 2009. Ponente, Prego de Oliver y Tolivar, que confirma otra anterior de la Sala Segunda TS de 27 de enero de 2009 , que señala las razones que impiden valorar, en supuestos como éste, la declaración sumarial.”*

### **Testigos de referencia**

Otro de los puntos de debate es la posibilidad de valorar las declaraciones de los testigos de referencia a los que se refiere el art. 710 Lecrim, en los supuestos de ejercicio del derecho dispensa.

Si bien en algunas resoluciones se ha llegado a admitir a los testigos de referencia en base a que al ejercitar la víctima el derecho de dispensa hay imposibilidad de testimonio directo, requisito exigido para su apreciación, las últimas resoluciones del TS se inclinan por excluirlos, pues entienden que la presencia física de la testigo en el juicio, donde se acoge a su derecho de no declarar, no puede incardinarse en los supuestos de imposibilidad real y efectiva (fallecimiento, ignorado paradero, citación del testigo extraordinariamente dificultosa, residencia en el extranjero y no acudir a juicio a pesar de estar citado, entre otros) necesarios para validar aquel testimonio.

En este sentido se pueden citar las siguientes resoluciones judiciales:

**La STS, Sala 2<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 2009, nº 129/2009, rec. 763/2008. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo,** establece en el FD Sexto:” *Los testigos de referencia como hemos dicho en la citada Sentencia de 27 de enero de 2009 no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr tienen así una limitada eficacia demostrativa*

respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quién se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediatez y a la contradicción.

Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.

Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.

En todo caso esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material, algo que no concurre en el caso presente; la testigo directa compareció, pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su padre. Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la LECr. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia”.

**La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 19 de febrero de 2009, nº 103/2009, rec. 1095/2008. Pte: Romera Vaquero, Consuelo,** que en el FD Primero establece: “Ciertamente es que la prueba testifical de referencia podrá ser válida, como se ha hecho constar, para sustentar una resolución condenatoria en aquellos supuestos en que no hay sido posible contar con testimonio directo, y que esta situación, como recoge el juzgador de instancia, podría concurrir al ampararse la víctima en el derecho a la dispensa de declarar contra su compañero sentimental (situación equivalente a la del cónyuge, según la reiterada y constante doctrina jurisprudencial) consagrado en el artículo 416 del Ley de Enjuiciamiento Criminal. También es cierto que tal ejercicio de derecho imposibilita la consecución de un testimonio directo de la perjudicada y que ello no ha de traducirse, en todo caso, en una absolución automática del acusado, ya que puede darse el caso de que nos encontremos con que la prueba testifical de referencia, unida a otras pruebas, como el informe forense (así sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 ) puedan considerarse, como se consideraron por el juez de instancia, bastantes para la incriminación del acusado, pero no es lo que ocurre en el caso presente, pues si bien efectivamente existe un informe médico forense la facultativa que lo emitió manifestó en el acto del juicio que la perjudicada no presentaba lesiones externas, sino únicamente síntomas inespecíficos, no pudiendo establecerse la causa de los mismos. y, por lo que se refiere al resto de la actividad probatoria desplegada en el acto del plenario y consistente en las declaraciones de los testigos anteriormente referidos, la misma no puede considerarse por el Tribunal bastante para desvirtuar el principio de presunción de inocencia que ampara al hoy recurrente al observarse que las manifestaciones de los tan citados agentes intervinientes en las diligencias no pueden

*integrar acervo probatorio bastante para la incriminación del acusado, al limitarse el policía nacional núm. NUM002 a declarar que su labor se limitó a trasladar a la víctima, la cual les dijo haber sido objeto de una agresión por parte de su marido y que habían tenido una pelea, mostrándose muy nerviosa, aunque el agente no observó en la perjudicada signos externos de agresión. En el mismo sentido, declaró el agente núm. NUM003. al afirmar no haber visto signos físicos de violencia en la denunciante”.*

### **Conclusiones:**

A la vista de las diferentes interpretaciones judiciales puestas de manifiesto, cabe colegir que la actual regulación de la dispensa de declarar prevista en el art. 416.1 Lecrim, que data de finales del siglo XIX, ha devenido insuficiente ante las nuevas realidades sociales que se plantean.

Sostener a toda costa la actual regulación sin someter a reflexión la diferente situación en que se encuentran los testigos parientes según sean víctimas o no de los hechos, hayan denunciado previamente o no, y demás circunstancias concurrentes, dejaría sin resolver uno de los grandes problemas que se han detectado en el ámbito de la violencia de género que es la impunidad final de muchos delitos y, en definitiva, dejaría sin protección a las víctimas.

Dejando a un lado la unanimidad existente en orden a que también puedan acogerse a la dispensa las personas unidas al acusado por análoga relación de afectividad a la conyugal, han sido varias las soluciones que se han barajado en orden al contenido y alcance de la institución, ninguna de las cuales está exenta de inconvenientes.

Frente a la opción de excluir de la dispensa a las víctimas de violencia de género podría oponerse que de alguna manera se les está privando de su libertad de decidir si mantiene o no sus vínculos familiares. La posibilidad de incurrir en un delito de obstrucción a la Justicia, de falso testimonio o de desobediencia no les dejaría margen de actuación o, como también se apunta, tampoco sería un obstáculo si deciden, en todo caso, proteger al maltratador.

Una solución que podría debatirse sería entender que la presentación de una denuncia por parte del testigo víctima, una vez fuese informado debidamente de su derecho a no declarar, como prescribe el art. 416 Lecrim, se considerase como una renuncia al ejercicio de la dispensa. Si se ha puesto en marcha el mecanismo de la Administración de Justicia, máxime si se trata, en la mayoría de los casos, de delitos públicos, no parece ilógico que se exceptúe el derecho de la dispensa. La víctima conserva intacto su derecho a decidir si declarar o no contra el maltratador, pero una vez decide dar el paso debería continuarse la tramitación del procedimiento judicial vedando en esos casos la posibilidad abierta en el art. 707 Lecrim.

La Fiscalía General del Estado abre la puerta a ambas posibilidades cuando en su Memoria del año 2008 establece *”Como consecuencia sólo queda la posibilidad de una reforma legislativa que o bien suprima la excusa en caso de víctimas de los delitos o, preferiblemente, impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él”.*

Para el supuesto de no incidir sobre el actual art. 416 Lecrim, se ha propugnado, en el caso de acogimiento a la dispensa en el acto del juicio oral, *“conceder valor y eficacia en el juicio y, por lo tanto, en la sentencia, a las declaraciones prestadas por la víctima en la instrucción, a presencia judicial y con la garantía de la contradicción, lo que, en su caso, requeriría conceder a esta prueba el carácter de prueba anticipada en la Lecrim”* (I informe anual Observatorio Estatal violencia contra la mujer).

Esta propuesta, que como el propio Observatorio señala va dirigida a solventar el problema de impunidad y proteger a la víctima, vendría *de facto* a dejar sin efecto, vacío de contenido, el ejercicio del derecho de dispensa de la víctima en el acto del juicio, lo que nos reconduciría de nuevo a la necesidad de dejar claro en la norma si se puede o no ejercitar el derecho de dispensa y el valor que, en cada momento, pueda tener el que se ejercite.

No es fácil dar con la solución. Cualquiera que sea la que se adopte no debe olvidar que el fin primordial es proteger a la víctima, lo que requiere contar con ella, permitirle elegir libremente con total conocimiento de las consecuencias de su elección, y por ello las distintas Instituciones deben poner todo el empeño en que se sienta debidamente asistida y protegida.

