

**A VUELTAS CON LA DOCTRINA DE PLENO STS 389/20 DEL ART. 416
LECRIM Y LA DISPENSA DEL DERECHO A DECLARAR:
INCERTIDUMBRES, REFORMAS Y ALTERNATIVAS DE FUTURO**

Josefa Fernández Nieto

Doctora en Derecho, Letrado de la Administración de Justicia

I.- Introducción II.- Antecedentes. Los acuerdos de Pleno de 2013 y 2018 III.- Cuestiones relevantes planteadas en la sentencia y valoración constitucional del art. 416 Lecrim: proporcionalidad de derechos y respuesta penal en la protección de la víctima. IV. Derecho Comparado. V. Soluciones alternativas de futuro y deber de investigación suficiente y eficaz. Reciente doctrina Tribunal Constitucional.

I.- INTRODUCCION

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado la STS 389/20 de 10 de julio (Ponente J.A.SANCHEZ MELGAR), en la que se indica que las víctimas, una vez constituidas en acusación particular, no recuperan el derecho a la dispensa de declarar contra su pareja o determinados familiares -artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- si renuncian a ejercer dicha posición procesal. La Sala modifica así, el criterio que mantenía hasta ahora al considerar que de este modo se protege a las víctimas de violencia de género frente a posibles coacciones de su agresor para que no declaren contra él, después de haberle denunciado.

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

La Sala de lo Penal desestima el recurso de casación interpuesto por el condenado y confirma la pena de seis meses de prisión por un delito de allanamiento de morada que le impuso un Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Oviedo, y que posteriormente fue ratificada por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

La sentencia ha contado con tres Votos particulares de 4 de los 13 magistrados: uno lo formula De Moral, al que se adhiere Llarena; otro formulado por Del Arco, y otro, por De Porres.

II.- ANTECEDENTES. LOS ACUERDOS DE PLENO DE 2013 Y 2018

Desde 2007, han venido recayendo Sentencias del Tribunal Supremo en las que se limitaba el alcance de la dispensa de la obligación de declarar como testigo a parejas que en el momento de la declaración se encontraban en vigor. Dichas sentencias se basaban en que el conflicto protegido por la dispensa de la obligación de declarar se produce, únicamente, cuando la pareja se encuentra en vigor, y que en caso contrario no existía conflicto alguno ente obligación de decir la verdad (como testigo) y la lealtad que se debe guardar con tu ex-pareja. En consecuencia, siguiendo esta doctrina que llegó a ser mayoritaria, el testigo tenía obligación de declarar contra su ex-pareja.

Dicha forma de actuar se recogió por la Fiscalía mediante Circular 6/2011, de 2 de noviembre, en la que se establecían los criterios a seguir por la Fiscalía en su conjunto para interpretar los muchos y variados supuestos de dispensa, estableciendo como criterio para las ex-parejas, el tener que atender a su vigencia en el momento de prestar declaración.

Sin embargo, las Sentencias del Tribunal Supremo no fueron uniformes, resistiéndose algunas a la referida argumentación. Las Sentencias del Tribunal Supremo que se mostraron conformes a mantener la dispensa del 416.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal a ex-parejas se basaron en la protección de la intimidad familiar. Protección de la intimidad, que decían, debía verse protegida por la dispensa del artículo 416.1 LECr.

El Acuerdo Pleno No Jurisdiccional de 24.4.2013 Con posterioridad a la Circular de la FGE y ante el incremento de los casos de violencia de género, el 24.4.2013 se dictó un Acuerdo Pleno No Jurisdiccional por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el que se disponía:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM 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.»

Con esta redacción, que se califica de **minimalista** -dado el volumen de doctrina a que ha dado lugar el conflicto sobre la aplicación de la dispensa-, no parece se acabaran todos los problemas en la aplicación del 416.1 LECr.

El Acuerdo Pleno No Jurisdiccional de 24.4. 2018 El Pleno del TS, el 23.1.2018 dictó Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, tratando el alcance de la

dispensa cuando el familiar ha cesado en la acusación particular, y la consideración de testificales en instrucción, incluso pruebas pre constituidas, cuando se produce el acogimiento a la dispensa en el acto del Juicio oral.

El Pleno de la Sala Segunda cambia así, su jurisprudencia y destaca que de esta firma se protege a las víctimas de violencia de género frente a posibles coacciones para no declarar contra agresor.

La importante Sentencia del Tribunal Supremo 49/2018, de 30 de enero, efectúa un estudio de la figura jurídica de la dispensa en el que tiene en cuenta este segundo Acuerdo y plantea diferentes asuntos.

En primer lugar, **diferencia, por un lado, al testigo o víctima familiar del investigado o acusado que acude a la Policía o al Juzgado a denunciar, personado como denunciante y posteriormente como acusación particular y, en este caso, dice la sentencia, no es necesario informarle de la previsión del art. 416 LECrim. Y, por otro lado, las personas que encontrándose en esa relación de parentesco, sean requeridas para participar en la indagación de los hechos delictivos**, siendo que, en ese caso, se establece la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial, en la instrucción y en el plenario, siendo el efecto de la no observancia de dicha obligación la nulidad de la declaración prestada e imposibilidad de su valoración por el Juzgador.

Y esta Sentencia, dirime una segunda cuestión que es la relativa al **posible acogimiento a la dispensa de los parientes por afinidad**. En el caso examinado en la misma, el testigo-víctima se casa con la hija de uno de los acusados y hermana del otro, teniendo por tanto parentesco de primer y segundo grado por afinidad —aunque no en el momento de los hechos o de la declaración, pues el matrimonio es en fecha posterior—. Pues bien, ni en la dicción del art. 261 ni en la del 416 LECrim. se habla de parentesco por afinidad, y este último, además, dice expresamente “*hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil*”, de manera que no se entienden comprendidos los parientes por afinidad en esta sentencia, que resuelve: “*encontrándonos ante una dispensa, es decir, una excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva*”.

Aun después de este análisis de los acuerdos y la sentencia citada, y la lectura de los arts. 261 y 416 LECrim., seguía sin estar del todo clara la regulación procesal de la dispensa, que es un desacierto su acogimiento por las víctimas de los delitos familiares y que, aunque estos Acuerdos vinieran a dar un poco de luz en su aplicación a fin de que no sea vulnerada en especial la tutela judicial efectiva, todavía quedaban zonas oscuras que las resoluciones de nuestros Juzgados y Tribunales destapaban con lo que esta importante sentencia viene a establecer una adopción valiente sobre el art. 416 LECrim, resolviendo las cuestiones más

problemáticas desde el punto de vista procesal y de la política criminal de los delitos de violencia de género. En esta sentencia también se han emitido varios votos particulares.

El fundamento de la dispensa del art. 416.1º de la LECrim. se sustenta en la consideración de evitar que las personas relacionadas con el acusado por razón de vínculos familiares se vean ante la alternativa de perjudicar a su pariente o bien de faltar a la verdad en su declaración con objeto de protegerlo, enfrentándose así al riesgo de cometer un delito de falso testimonio.

El legislador no puede imponer una fidelidad ciega al interés público en el descubrimiento de los hechos delictivos en todos los casos, de manera que la realidad de unos vínculos familiares y sentimentales puede desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los delitos. Como ya se dijo, el Tribunal Supremo invoca además el principio de inexigibilidad de otra conducta¹. Por tanto, el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frente a las fuentes de prueba (Sentencia de 5 de marzo de 2010 nº 160), sino en la defensa y protección de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de prestar declaración, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente. Que el fundamento último de la referida dispensa no se orienta a proteger derecho alguno del acusado se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que éste no participa en forma alguna en su decisión y, por tanto, no dispone de la posibilidad de impedir que el testigo declare; por consiguiente es claro que tiene por exclusiva finalidad permitir que el testigo unido por determinados vínculos al acusado y en atención a ellos, pueda rehusar su participación en el juicio como tal².

III.- CUESTIONES RELEVANTES PLANTEADAS EN LA SENTENCIA Y VALORACIONES CONSTITUCIONALES DEL ART. 416 LECRIM: PROPORCIONALIDAD Y PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA.

3.1.- CUESTIONES RELEVANTES.

En el recurso se dilucidan dos cuestiones fundamentales. Desde el punto de vista procesal, se debate la posibilidad de acogerse a la dispensa en el acto de la vista oral, ya que fue denegado por la Audiencia, y desde el punto de vista sustantivo, en cuanto que el acusado cuando entró en la vivienda no había recaído aún resolución judicial atribuyendo

¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2002 nº 475, de 17 de mayo de 2004 nº 624 y de 5 de marzo de 2010 nº 160: el art. 261 LECrim. -dice la STS. 28 de enero de 2009 nº 294- determina que no están obligadas a denunciar las personas que en él se relacionan, y entre ellas "el cónyuge del delincuente". La dispensa de tal deber de denuncia que se corresponde con la de declarar testificalmente contra aquél establecida en el art. 416.1º de la LECrim., no comporta obviamente una prohibición, pero sí una facultad cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral o de colisión de intereses entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y de testimoniar verazmente sobre ellos, y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares. De ahí que esa legal atribución del poder de decidir el conflicto a quien lo soporta se acompañe de la correspondiente información de que puede ejercitarlo. Tal es el significado de la advertencia que el Juez instructor debe hacer al testigo de que no tiene obligación de declarar contra su pariente.

² Conclusiones del Seminario "La Dispensa de la Obligación de Declarar del Art. 416 LECrim." celebrado en la sede de formación del Consejo General del Poder Judicial durante los días 20 a 22 de Mayo de 2009.

el piso a la esposa. La Audiencia y el Tribunal Superior de Justicia, desestiman la primera queja argumentando que cuando la testigo denunciante compareció al juicio ya no existía entre ellos el vínculo que autoriza el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por consiguiente, carecía del presupuesto necesario para su reclamación.

Los hechos probados eran los siguientes: como consecuencia de las desavenencias entre los cónyuges, el marido se marchó del domicilio común, pero después volvió a él de vez en cuanto a ver a la hija común del matrimonio, y a llevarse algunos objetos personales. Sin embargo, a partir de septiembre de 2015 y con motivo de la iniciación del procedimiento de divorcio, la mujer le pidió que no volviera más a la casa y le hizo saber que había cambiado la cerradura de la vivienda. En enero de 2016, éste fue al domicilio y entró en el tras cambiar la cerradura y dejó una llave en el buzón de la casa, lo que comunicó a la mujer de la que en aquel entonces ya estaba separado mediante un mensaje de whatsApp. La mujer lo denunció inmediatamente ante la Guardia Civil.

Tras ello, la mujer se personó en la causa como acusación particular y cesó en tal posición procesal el 31 de enero de 2017, manifestando por medio de su abogado y procurador que dejaba tal representación “sin perjuicio del ejercicio de los demás derechos que le asisten como perjudicada y de su obligación de comparecer ante los órganos judiciales cuanto sea citada. Así de una forma explícita mostró su deseo de comparecer ante tales órganos judiciales como fuese citada, y no renunció a los derechos le correspondiesen como perjudicada. En el juicio la magistrada-presidente del Jurado no le concedió la posibilidad de acogerse a la dispensa. En ese momento la pareja ya se había divorciado.

Analicemos los aspectos procesales y sustantivos más interesantes de la resolución.

1.- ASPECTOS PROCESALES DEL ART. 416 LECrim

La sentencia parte del debate problemático sobre el mantenimiento o no del art. 416 de la LECrim. Se hace preciso determinar el estatuto jurídico del testigo que no ha sido víctima de los hechos, ni por consiguiente, denunciante, y que por ello, carece de cualquier esfera de relación con el delito investigado, de forma que no es el mismo que el testigo víctima y denunciante de tal delito. La dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal actualmente, está pensada y concebida para el primer testigo, no para el segundo, destaca la STS 389/20. Al pariente se le concede la posibilidad de no declarar si con tal declaración compromete la posición de aquel con quien mantiene los vínculos relacionados en el precepto.

La dispensa cobra todo su fundamento respecto a ese otro testigo, que no es víctima de los hechos, que se encuentra en el dilema de tener que poner de manifiesto en la causa detalles que pueden comprometer o perjudicar a su pariente, desoyendo sus lazos de sangre.

Ya destacaba el TS en reiteradas sentencias, que la extensión de la dispensa del deber de prestar declaración de los testigos a los que tengan análoga relación de afectividad a la del matrimonio parejas de hecho y en cuanto el hecho de no establecer limitación alguna de su aplicación en cualquier momento de la causa, otorga a la víctima ***de facto un derecho de disposición del proceso*** dificultando la condena del agresor y por tanto, la protección judicial de la víctima, toda vez en un alto porcentaje de casos la víctima, se acoge en el acto del juicio oral a la dispensa de prestar declaración prevista en el artículo 416 de la LECrim, siendo el único testigo de los hechos, por lo que la ausencia de su testimonio, determinara la inexistencia de pruebas que desvirtúen la presunción de inocencia del procesado dando lugar a la absolución de su agresor³.

Así se establece en STS 486/2016, de 7 de junio: *“la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmáticas. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible”. 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”*.

³ STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, rec. 11295/2008. Pte: Marchena Gómez, Manuel

Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento.

Por tanto, no puede aplicarse la dispensa en aquellos casos que carece de fundamento, y ello sucede cuando se trata de un testigo que es denunciante y víctima, pues en ese caso pierde toda razón el concederle una dispensa a declarar frente a su pariente, porque mediante su atribución delictiva se ha activado el proceso penal.

En la Sentencia la víctima-testigo tiene que asumir en el proceso penal un tratamiento distinto del testigo que interviene como tercero que conoce de los hechos, pues la víctima que ha formulado la denuncia renuncia tácitamente a la posibilidad de acogerse al amparo del art. 416.1º de la LECrim. El art. 416.1º examinado 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 la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar⁴.

Resultaría un fraude de ley utilizar el ejercicio de ese derecho para convertir por vía de hecho un delito público perseguible de oficio, en el que el perdón del ofendido no es causa de extinción de la responsabilidad criminal, en una especie de delito estrictamente privado en el que dicho perdón sí sería eficaz para extinguir la responsabilidad penal.

En este mismo sentido, entre las Conclusiones del Seminario “*La Dispensa de la obligación de declarar del art. 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal*” celebrado en la sede de formación del CGPJ durante los días 20 a 22 de Mayo de 2009 y la Conclusiones del Congreso de Violencia de Genero en Madrid en 2015 se entendió que la denuncia espontánea excluye la necesidad de que se tenga que proceder a leer el art. 416.1º LECrim., con cita de la sentencia del TS de 2 de febrero de 2008. Dado el fundamento de la dispensa, que está dispuesta en exclusiva protección del testigo, resulta perfectamente razonable que pudiera quedar excluida cuando es el propio testigo quien ha resuelto poner en marcha con la formulación de su denuncia la persecución misma del delito y de su autor, pudiendo entenderse que, en tales casos, el fundamento de la dispensa se amortigua llegando incluso a desaparecer.

Un precepto del siglo XIX, como el art. 416 LECrim, engloba dos categorías de testigos claramente diferenciadas. Por un lado, los testigos *strictu sensu*, entendidos

⁴ La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim.): ¿es necesaria una reforma legal?”. Vicente Magro Servet. La Ley. Año XXVI. Nº 6333. 5 de octubre de 2005.

como aquéllos que se encuentran por cualquier circunstancia en la posición de presenciar un delito cometido por personas con las que no tiene especial relación. Por otro, los denominados testigos-víctimas, que son quienes sufren el delito, uniendo en una misma persona el carácter de sujeto pasivo y de testigo del delito. En cuanto a los primeros, puede defenderse la justificación de continuar con la dispensa legal, aunque a mi juicio hay bienes jurídicos, como la vida e integridad, cuya protección no debería dar lugar a ninguna dispensa del deber de declarar, pero es un debate difícil. Lo que sin embargo no puede tener ninguna justificación a día de hoy, es la dispensa a declarar de esos testigos víctimas, porque hace ilusoria la persecución penal y, lo que es peor, pone en riesgo a la propia víctima y a la credibilidad de un sistema judicial, en cuanto Estado, que debe garantizar los derechos de la víctima.

2.- ASPECTOS SUSTANTIVOS

El aspecto sustantivo, se ve mucho más claro en materia de violencia de género, puesto que cuando la mujer denuncia a su pareja no puede estar dispensada de la obligación de declarar, toda vez que tal reconocimiento es incompatible con la denuncia que ha formalizado.

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

Las razones que justifican esta postura, son las siguientes:

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

2-En segundo lugar, porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, conforme hemos declarado en nuestros Acuerdos Plenarios, su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado. Esto es lo que expresaba la STS 449/2015, de 14 de julio: tal derecho de dispensa «había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular». En efecto, al renunciar al ejercicio del derecho de dispensa, primero por la interposición de la denuncia y después constituyéndose en acusación particular, una vez resuelto el conflicto que constituida su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho⁵.

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

4.- En cuarto lugar, porque de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo. Recordemos que el art. 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proclama que la única declaración que ha de ser tomada en consideración es la del

⁵ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 449/2015 de 14 Jul. 2015, Rec. 10127/2015 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.

juicio oral, a efectos del delito de falso testimonio, por lo que, en el caso de testigos víctimas, deberá velarse por su completo asesoramiento acerca su estatuto como testigo o como parte acusadora, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de la Víctima del Delito, lo que habitualmente se verificará en las Oficinas de Atención a las Víctimas.

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

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

En definitiva, una adecuada protección de la víctima justifica nuestra decisión, en tanto que la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente. Una vez que este testigo ha resuelto tal conflicto, primero denunciando y después constituyéndose en acusación particular, ha mostrado sobradamente su renuncia a la dispensa que le ofrece la ley. Si después deja de ostentar tal posición procesal no debe recobrar un derecho al que ha renunciado, porque tal mecanismo carece de cualquier fundamento, y lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento. Tampoco es posible convertir delitos de naturaleza pública en delitos estrictamente privados, no siendo este ni el fundamento ni la finalidad de la dispensa que se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que de aquel modo los desnaturaliza. Como dice el Tribunal Constitucional, no debemos interpretar este precepto con formalismos “desproporcionados”, como así lo declaró dicho Alto Tribunal en el caso al que anteriormente nos hemos referido⁶.

⁶ La importante sentencia STS 205/2018 realiza un profundo análisis sobre el art. 416 LECrim. La sentencia absuelve al acusado por un delito de violencia de género, interpuesto el recurso por el Ministerio Fiscal que estima que la concesión de la dispensa prevista en el art. 416 LECrim no se ajustaba a la ley y a la jurisprudencia al tratarse de familiares que habían ostentado la condición de acusación particular. De otra parte, reivindica la posibilidad de valorar la prueba preconstituida que recogía la testifical de una de esas parientes (la hija del acusado). Como lo sería también el derecho a hacer uso de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) que comprende no solo el derecho a que se practique una prueba, sino también a que no sean expulsados del acervo probatorio injustificadamente medios probatorios. El M. Fiscal que así ha sucedido aquí en relación a determinada prueba preconstituida que la Sala no valora por entender que el acogimiento a la dispensa del art. 416 LECrim en el plenario de quien emitió esas declaraciones las neutraliza. Cuenta con un voto particular de A. DEL MORAL, en el que se pronuncia sobre la estimación parcial del recurso.

3.2. VALORACION CONSTITUCIONAL DEL AR. 416 LEcrim: PROPORCIONALIDAD DE DERECHOS Y RESPUESTA PENAL EN LA PROTECCION DE LA VICTIMA.

El arraigo de la violencia sobre la mujer en nuestra sociedad, hace inexcusable la remoción de obstáculos que impidan al juzgador la protección de las víctimas, siendo así necesaria una urgente reforma legislativa de la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim. Entre otras soluciones que se han venido barajando por diversos sectores, es mayoritaria la idea de suprimir la misma con carácter general a las víctimas de violencia de género, opción esta que podría conculcar con el fundamento mismo de la dispensa.

Como señala VILLAMARIN LOPEZ⁷ no resulta, útil intentar apuntar un único fundamento que justifique la existencia este —privilegio familiar—. Tanto la doctrina como la jurisprudencia española, como, con mayor detalle y profundidad, la extranjera coinciden en que son muy diversas las razones que justifican su existencia, muchas de ellas, como ahora veremos, intrínsecamente ligadas entre sí.

Podemos agruparlas en estos cuatro motivos:

- a) La protección del acusado, considerando este derecho como una manifestación más del principio *nemo tenetur*.
- b) La protección de la búsqueda de la verdad en el proceso penal.
- c) La protección del testigo frente a un posible conflicto de conciencia o de intereses.
- d) La protección de las relaciones de familia

Veamos resumidamente el impacto en cada uno de ellos:

- a) La protección del acusado, considerando este derecho como una manifestación más del principio *nemo tenetur*.**

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8386336/Violencia%20de%20genero/20180518>

⁷ VILLAMARIN LOPEZ, El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal, InDret 4/2012 Barcelona 2012, <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/922.pdf> Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación —El proceso penal en España: Propuestas para su reforma (ref. DER 2008-02509/JURI), dirigido por el Prof. Dr. Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (2008-2011).

Durante siglos, se mantuvo en Reino Unido la incompetencia del cónyuge para testificar porque, partiendo de lo que establece la Biblia entendían que ambos eran una sola carne, y por tanto, no podía permitirse que se acusaran entre ellos porque era como si se acusaran a sí mismos. Partiendo de estos antecedentes religiosos puede que éste también fuera el motivo que estaba detrás de la prohibición de testificar de los parientes, prevista en los Proyectos de codificación criminal penal española de 1821 y 1829. Recordemos que el origen del precepto del art .416 de la LECrim es una normativa del siglo XIX, nada menos!, y es o era precisamente la existencia de los llamados “lazos de sangre” entre parientes, la que obstaculizaba que el proceso pudiera prosperar a buen fin.

Nuestro Tribunal Supremo durante los años noventa, defendió en ocasiones la protección del reo como justificación del art. 416 LECrim, aunque sin dar mayor razón de ello [SSTS de 11 de abril de 1996 (RAJ 3698) y de 17 de diciembre de 1997⁸], si bien esta tesis fue abandonada poco después [así se pronuncian en contra SSTS de 26 de marzo de 2009 y de 26 de octubre de 2009 ; véase también su reflejo en las Audiencias Provinciales: en concreto, AP Castellón de 13 de marzo y de 12 de abril].

No parece que tenga sentido seguir alegando este motivo como fundamento de este privilegio desde que el momento en que se levantó la prohibición de los parientes de declarar en juicio. Es claro que cuando un pariente que conoce de la existencia de los hechos se acoge a este privilegio (porque prevalece en él su obligación moral de guardar secreto o porque no quiere perjudicar los vínculos familiares o incluso añadiría porque existe un clima de intimación o coacciones en algunos aspectos de seguir con la convivencia con el agresor, en los supuestos de violencia de genero) y no declara, el acusado puede resultar favorecido por su silencio, en tanto en cuanto no se introducen en el proceso nuevos elementos que lo incriminen. Pero ésta es la consecuencia de la aplicación de precepto, no su razón de ser.

b) La salvaguardia de la búsqueda de la verdad en el proceso penal

Se trata de un fundamento escasamente alegado por la doctrina española (y, por lo que he podido ver, en ningún caso por la jurisprudencia).

Se argumentaba que en la declaración de los testigos-familia se tendía a mentir en el juicio para proteger a sus familiares (o, si están movidos por rabia o enemistad, para perjudicarles), por lo que se entiende más razonable no obligarles a declarar para evitar que se contamine la

⁸ Defendía en este sentido el Supremo que —el precepto contenido en el art. 416.1º LECrim está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo (...).

necesaria búsqueda de la verdad en el proceso penal (la —*genuitá probatorial*, en palabras de la doctrina italiana).

Ahora bien, a la vez estos autores entienden que la protección de este fin puede conseguirse también a través de un instrumento tradicional, como es la libre valoración de la credibilidad del testimonio por el tribunal que conoce de la causa, que actuará como filtro frente a posibles declaraciones falsas.

c) La protección del testigo frente a un posible conflicto de conciencia o de intereses.

La obligación de declarar en el proceso penal, como manifestación del deber de colaboración con la Administración de Justicia, resulta con carácter general inocua para quienes deben testificar. El testigo podría encontrarse en la encrucijada de tener que optar entre decir verdad, incriminando al acusado, cumpliendo así su deber legal y evitando las consecuencias penales derivadas de su falso testimonio, o tener que mentir para protegerlo. De este modo, surgiría en el testigo un conflicto (como afirma la doctrina alemana, un —conflicto de concienzal) entre su deseo de no perjudicar al acusado y de preservar los secretos que le han sido confiados por él, su miedo a ser perseguido penalmente y su deber de colaborar con la Justicia.

Para AGUILERA DE PAZ éste era el motivo que justificaba la previsión del art. 416 en la LECrim de 1882: —*repugna a la propia naturaleza humana y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos tan estrechos de parentesco, por su concurso a otros a sufrir las graves consecuencias de las imputaciones en su contra hubieran de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar les impone (...). Desde entonces no son pocos los autores españoles se han sumado a esta tesis*⁹

Por ello, el origen del art. 416 LECrim y su fundamentación encaja muy mal en el escenario de la violencia de género. La doctrina española también ha defendido con frecuencia la —concordia familiar como fundamento de esta dispensa, pero difícilmente puede predicarse la concordia cuando la víctima no es libre en su decisión. Si aplicamos la más reciente doctrina europea del TEDH y todo el marco normativo europeo en el que el Estado tiene la obligación de aplicar la diligencia debida en la protección de las víctimas de violencia de género.¹⁰

d) La protección de las relaciones de familia.

⁹ Por ejemplo, aluden a este fundamento, entre otros, MORENO CATENA cuando menciona los —deberes morales interfamiliares (Véase MORENO CATENA, El secreto en la prueba de testigos del proceso penal, 1980, p. 168); MAGRO SERVET, «La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?», La Ley, (4), 2005, p. 1701; ESCOBAR JIMÉNEZ, «La facultad de no declarar contra determinados familiares», La Ley, (7301), 2009, p. 2.

¹⁰ Véase el trabajo realizado. FERNANDEZ NIETO, J., “Diligencia debida en violencia de género y errores de la Administración de Justicia: una ausencia de mecanismos reparadores y una propuesta de futuro. Comentario a la STS de la Sala del Contencioso-Administrativo 1263/2018, de 17 de julio de 2018”, *Revista General de Derecho Procesal* ISSN-e 1696-9642, N.º. 48, 2019.

La dispensa del deber de declarar surge, por tanto, para proteger la estabilidad del núcleo familiar o, como afirma la doctrina inglesa, para procurar no interferir en la armonía matrimonial o familiar más de lo necesario. Con ello, se consigue una doble finalidad; porque no se trata sólo de proteger la unidad familiar concreta, la paz de esa familia en particular, para procurar —un clima familiar sano, sino, como afirma la doctrina alemana, se trata de cuidar la familia en su conjunto, como institución nuclear de la sociedad. Porque, afirman, —el bienestar del Estado está también en la permanencia de la familia como forma más significativa de vida en común. Por tanto, este derecho se acoge como reflejo de la obligación estatal de protección de la familia y, en especial, de los menores, consagrada en las Constituciones de prácticamente todos los países de nuestro entorno.

VILLAMARIN LOPEZ¹¹ comparte esta visión entendiendo que el privilegio familiar es un intento por evitar que el proceso penal se convierta en germen de graves conflictos familiares difícilmente solubles. Nuestra jurisprudencia también alude en ocasiones a este fundamento. Buena muestra de ello es la Sentencia de 26 de marzo de 2009, en la que el Tribunal Supremo afirma que la razón de —la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde con la protección de las relaciones familiares dispensadas en el art. 39 CE, ora en el derecho a proteger la intimidad en el ámbito familiar, o asimilado, con invocación del art. 18 CE, y la Sentencia de 18 de diciembre de 1991 en la que el Tribunal Supremo señalaba que en estos casos —la ley hace prevalecer el respeto de la relación familiar, preservando el más absoluto de los secretos, sobre el fin de descubrir la verdad real para el castigo de quienes delinquieron. El Tribunal Supremo, de hecho, señalaba en su Sentencia de 23 de marzo de 2009 que más que una exención del deber de declarar, el art. 416.1 LECrim lo que arbitra es 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. Cuando lo que ocurre es que delinquen contra mí, como ocurre en el caso de la violencia de género o la violencia sexual, esta dispensa se convierte en todo un privilegio para el agresor, por que el resultado, en la gran mayoría de los casos en que la víctima no declara, es la absolución del maltratador". Ponemos como ejemplo, una reciente sentencia del mismo tribunal, que absolvió a un hombre que había abusado de sus cuatro hermanas cuando estas eran menores de edad. Tres de ellas se habían acogido a la dispensa a no declarar. "En la revisión de la sentencia, el Supremo decretó que la menor que sí lo hizo, debería haber tenido un defensor judicial por la corta edad (10 años)

¹¹ VILLAMARIN LOPEZ, op cit. Pag 15. Comparten esta opinión CASTILLEJO MANZANARES, «La dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, (26), 2009, p. 135; ORTEGA CALDERÓN, «La superación procesal del ejercicio por las víctimas de violencia de género de la dispensa legal de declarar», *La Ley*, (6820), D-243, 2007, p. 1070; PIÑEIRO ZABALA, «La víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 de la LECrim», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (24), 2011, p. 98.

cuando declaró. El Tribunal anuló su testimonio por lo que descartó la principal prueba de cargo. El Tribunal anuló la sentencia de hombre quedó libre".

GISBERT¹², Fiscal especializada en Violencia de Género, acertadamente señala que la dispensa a declarar tiene su cobertura legal en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, un precepto pensado, como toda nuestra ley rituaría, para un tiempo y lugar radicalmente distinto a nuestra realidad actual.

Compartimos con ella esta realidad. El art. 416 LECrim choca frontalmente con la nueva realidad que el Estado pretende amparar. El precepto, salvo algún parcheo puntual, se mantiene casi invariable desde que fue redactado, nada menos que en el siglo XIX. El mismo consagra una excepción a la regla general de declarar que pesa sobre cualquiera que haya sido testigo de un delito, y dispensa de dicha obligación al testigo que tenga determinados vínculos familiares con el presunto autor. En este círculo entra la esposa del imputado y, por mor de una de las

¹² GISBERT SUSANA, Informe del Senado Propuestas estratégicas para una reforma. 2007 https://violenciagenero.igualdad.gob.es/va/pactoEstado/docs/PactodeEstado_Senado.pdf Vid . también GONZALEZ MONJE A., *Dispensa del deber de declarar en violencia de género problemas planteados y soluciones propuestas*. Aranzadi 2019. En la obra la autora resalta: “ Si hay una cuestión controvertida en el ámbito de la violencia de género es la que hace referencia a la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta el punto de que es la única cuestión sobre la que no se alcanzó consenso en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Su trascendencia es tal que se han propuesto una pluralidad de soluciones en el intento de reducir el número de sentencias absolutorias que la aplicación de esta dispensa produce en los procesos penales seguidos en esta materia. El contenido de esta obra se dirige al estudio de todos los problemas planteados en las distintas fases del procedimiento, así como de las soluciones propuestas a los mismos, en un intento de llegar a una conclusión que permita zanjar el problema”. MAGRO SERVET V. El Magistrado integrante de Grupo de Trabajo para la reforma del Pacto de Estado sobre la Violencia de Género, observa , “en este contexto donde se gestan las propuestas de reforma del artículo 416 LECrim cuyos promoventes son el CGPJ y encuentran apoyo en un sector de la doctrina también dedicada al trabajo en tribunales. La primera propuesta asume que la dispensa del deber de declarar no es aplicable cuando concurren en la misma persona la cualidad de víctima y de testigo; la segunda promueve la inaplicación de la dispensa del deber de declarar para quien declaro en la fase de instrucción contra su pariente y finalmente, la tercera propuesta argumental determina que quien acude de motu proprio a denunciar los hechos ilícitos, renuncia tácitamente a la dispensa de declarar”. Congreso de los Diputados (2017). Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, 28 de septiembre, Diario de Sesiones de Pleno y Diputación Permanente:

http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-79.PDF. Consejo General del Poder Judicial (2006). Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial 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 y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, Madrid, abril de 2006. Vid también Larrauri, E. (2008). “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia u algunas respuestas del feminismo oficial”. En Laurenzo, P.; Maqueda, M.L. y Rubio, A.M. (coords). *Género, violencia y derecho*. Tirant lo Blanch, pp. 311-328.

En el debate científico hay doctrina en contra sobre la derogación del art. 416 LECrim.. Así RODRIGUEZ LAINZ J.L., ha señalado como inconveniente los problemas de constitucionalidad que generaría la obligación de hacer declarar a las víctimas de violencia de género. *Diario La Ley n.º 9014*, sección Doctrina, 5 de julio de 2.017. Diversas interpretaciones constitucionales (Sentencia TC 14 mayo 2008 o 6 de junio 2.006) han avalado estas fórmulas de tratamiento diferenciado, considerando que se podría establecer algún tipo de límite o especialidad en tales supuestos, pero no negar el derecho, haciéndolo inviable o injustamente restringido, pues el fuerte vínculo afectivo que une a la pareja es la razón de ser de este reconocimiento constitucional de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente, como por otro lado se deduce de la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su conocida Sentencia de 24 de noviembre de 1.986 (caso *Unterperginger*) o Sentencia de la Gran Sala de 3 abril 2.0012 (caso *Van Der Heijden*).

escasas reformas, quien con él mantenga una relación análoga al matrimonio. No se aplica cuando el vínculo está roto, pero eso es algo que no siempre es fácil de concretar, sobre todo en relaciones de hecho.

De otra parte, también necesita una revisión la aplicación de la dispensa tal como está prevista. Generalmente, no se indaga más allá de preguntarle si esa negativa a declarar es voluntaria o ha sido coaccionada para hacerlo. Y se obvia que, si realmente lo fuera, sería difícil por no decir imposible, que así lo confesara en ese momento. Pero es que además, en delitos como éste, hay causas mucho más profundas, como la dependencia psíquica, emocional o económica –o todas- que no se indagan suficientemente, entre otras cosas, porque el corsé legal nos lo impide.

Es cierto que esas situaciones mal se compaginan con la urgencia del Juzgado de guardia, con el aumento exponencial de las muertes de mujeres víctimas de estos delitos con las respuesta inmediata que hay que dar desde los Juzgados ante situaciones de urgencia y, con el hándicap de que es difícil continuar con una investigación o adoptar medida cautelar alguna, cuando no hay ni el más mínimo indicio probatorio, como sucede en gran parte de los casos. La solución pasa, desde luego, por medidas extrapenales, de asistencia social y psicológica, que la ley no nos permite adoptar desde los juzgados. Y es que el desarrollo de la ley integral es hipertrófico en la vía penal y atrófico en el resto, olvidando el carácter de *última ratio* del Derecho Penal.

IV.- DERECHO COMPARADO

El derecho comparado en materia de dispensa de la obligación de declarar a testigos-parientes del acusado en el proceso penal, se ha mostrado restrictivo respecto al ámbito de aplicación subjetiva de la misma, marcando así un punto de partida para las nuevas corrientes doctrinales y jurisprudenciales en el ordenamiento jurídico español, que vienen señalando que en aquellos supuestos de denuncia espontánea para obtener protección personal por parte de las víctimas, no es aplicable la dispensa prevista en el art. 416. LECrim en el acto del juicio oral fundamento este de necesaria cabida en una futura reforma del mencionado artículo, que podría pasar a regular supuestos en los que la actuación de la víctima implique una renuncia futura a esa dispensa, tales como la presentación espontánea de denuncia por parte del testigo víctima, una vez fuese informado debidamente de su derecho a no declarar como prescribe el art. 416 LECrim.

La víctima debidamente informada en sede policial de su derecho a no declarar contra el agresor conservaría así intacto su libertad de decidir si mantiene o no sus vínculos familiares, pero una vez decidido dar el paso con una denuncia espontánea deberá continuarse la

tramitación del procedimiento judicial vedando en esos casos la posibilidad abierta en el art. 707 LECrim. Si se ha puesto en marcha el mecanismo de la Administración de Justicia, no parece ilógico que se exceptúe el derecho de la dispensa.

Especial atención debe prestarse a la propuesta realizada por el grupo de expertos y expertas en materia de Violencia de Género y Doméstica del C.G.PJ en su informe de 11 de enero de 2011, respecto a la introducción de un nuevo artículo 730 bis LECrim que establezca la posibilidad de dar lectura a instancia de cualquier de las partes en juicio oral de las declaraciones que se hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos víctimas o perjudicados por el delito que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el artículo 416 de la LECrim.

No obstante, el sistema de dispensa actual, difiere notablemente de la regulación y doctrina jurisprudencial ofrecida en la materia por países de nuestro entorno, los cuales si bien reconocen la mencionada dispensa a familiares del acusado, limitan la misma atendiendo a aquellos supuestos donde cualquiera de los beneficiarios de la misma haya interpuesto querrela o denuncia por los hechos contra el acusado, o aquellos otros relativos a violencia en el seno familiar o de género siendo el testigo sujeto pasivo del mismo.

Sin ir más lejos, en Italia se obliga a declarar como testigo a los que guarden relación de parientes siempre que hayan denunciado el hecho o se hayan querellado contra el acusado y si ellos/as mismos/as o un pariente han sido ofendidos por el delito art.199 código penal italiano. A mayor abundamiento, en los países del Common Law no se reconoce el privilegio de no declarar las víctimas de los delitos cometidos en el ámbito familiar. Y en nuestra vecina Francia se regula una obligación de declaración a los familiares y parientes testigos de un hecho delictivo del que se abre un proceso contra un familiar sin excepción, eso sí, sin obligación de prestar juramento, por lo que no puede incurrir en responsabilidad penal alguna por falso testimonio.

4.1. Italia

En Italia el vigente Códice di Procedura Penale de 1988, considera que no es oportuno privar a los parientes de su facultad de declarar, puesto que en muchos casos podrían ser pieza clave para el proceso, en ocasiones incluso para demostrar la inocencia del acusado. Así el art. 199 dispone:

“1. Los parientes cercanos (prossimi congiunti) del imputado no están obligados a declarar. Sin embargo, deben hacerlo cuando hayan presentado denuncia, querrela o “istanza” frente al acusado o si ellos o un pariente suyo próximo han sido ofendidos por el delito.

2. El juez, so pena de nulidad, ha de avisar a las personas citadas en el artículo anterior de la facultad de abstenerse preguntándoles si van a hacer uso de ella.
3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 se aplican también a aquéllos ligados con el imputado por un vínculo de adopción. Asimismo se aplican también a hechos cometidos por el imputado durante la convivencia conyugal:
 - a) a los que, no siendo cónyuge del imputado, convivan o hayan convivido con él;
 - b) al cónyuge separado del imputado;
 - c) 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.”

Por *prossimi congiunti*, la norma italiana engloba a los ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos y hermanas, afines del mismo grado, tíos y sobrinos, los que estén ligados con el imputado por un vínculo de adopción, el cónyuge separado, el divorciado o anulado y los convivientes *more uxorio*¹³. El legislador italiano ha entendido que esta exención no debe ser reconocida a estos sujetos en los dos supuestos siguientes: en primer lugar, cuando los parientes hayan denunciado o se hayan querellado frente al acusado; en segundo lugar, cuando los parientes o sus familiares próximos sean los ofendidos por el delito (art. 199.1 CPP).

La doctrina italiana basa la primera excepción en dos razones: por un lado, porque quien denuncia o se querella ha superado toda duda en su conflicto interno entre proteger al pariente y el deber de declarar y, por tanto, no merece ya protección, y, por otro, porque en estos casos la imposición de la obligación de declarar y por consiguiente, la aportación probatoria del denunciante o querellante resulta muy útil para la reconstrucción de los hechos que interesan el proceso. Por lo que se refiere a la segunda excepción entiende la doctrina que mediando la violencia del acusado frente al pariente ,la unidad familiar, aquella solidaridad entre sus miembros se ha roto y por tanto es de suponer, que razonablemente también habrán desaparecido los vínculos morales que podían frenar al pariente a la hora de declarar frente al imputado. La Corte italiana ha sostenido que la exención de la dispensa a los parientes del acusado debe fundamentarse en el posible contraste entre el interés público de la justicia que impone a todos el deber de declarar y el interés privado, apoyado en el denominado sentimiento (familiar) de que los parientes próximos del imputado no sean atormentados con el conflicto psicológico entre el deber de declarar y de decir la verdad y el deseo o la voluntad de no hacerlo para no dañar al imputado, se ha (...) entendido prevalente el interés privado y no en general y en modo absoluto sino cuando se entiende que el interesado (el testigo) no puede superar ese conflicto.

¹³ Piñeiro Zabala, Igor “La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECRIM. “Revista jurídica de Castilla y León nº24. 10 Este precepto consagra la doctrina constitucional que, ante el silencio del Código Rocco, aclaró si debía extenderse este privilegio a los convivientes *more uxorio* (Pretura di Cagliari, ord. 4 febr. 1975, in Giur.Const. 1975, pág. 1881).

Autores doctrinales como GREVI¹⁴ en idéntica línea argumentan dicha exención a la dispensa no solo en el deseo de preservar el proceso del peligro de introducir pruebas que puedan ser fácilmente contaminadas dada la situación psíquica en la que se encuentra el pariente que tiene que declarar contra su familiar sino en el respeto al deber moral natural que siente el pariente llamado a declarar, unido por un vínculo de solidaridad con el acusado¹⁵.

4.2. Francia

En Francia, el Código Procesal Penal (Code de Procédure Pénale) el artículo 336 prevé una prohibición general para tomar declaración bajo juramento a los siguientes parientes del acusado:

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

2º Al hijo, a la hija o a cualquier otro descendiente;

3º A los hermanos y hermanas;

4º A los afines de los mismos grados;

5º Al marido o a la mujer, subsistiendo esta prohibición incluso después del divorcio (arts. 335 y 447 CPPF, el primero de aplicación en el ámbito de la Cour d'assises y el segundo del Tribunal Correctionnel). Ahora bien, pese a esta prohibición, el artículo 336 CPPF establece que cuando ni el Ministerio Fiscal ni ninguna de las partes se opusieran a que el testigo preste declaración bajo juramento, éste no devendría nulo. Y, en cualquier caso, aún cuando se opusieran a que se le tomara testimonio bajo juramento, el testigo podría ser oído a mero título informativo, cuando así lo dispusiera el presidente del tribunal de forma discrecional, no asumiendo en este caso el testigo pariente ninguna obligación de decir verdad.

4.3. Reino Unido

En Inglaterra a partir del siglo XIX, la legislación comenzó a restringir los supuestos de incapacidad para prestar declaración, a testigos del hecho; Los esposos y parientes del acusado gozaban de esa dispensa sin limitaciones siglos atrás, hasta que en 1898 se aprobó el Criminal

¹⁴ GREVI, *Il segreto familiare*, 1974, p. 105. Año LXIX. BMJ núm. 2176. Marzo 2015 - ISSN: 1989-4767 - www.mjusticia.es/bmj 17 La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del art. 416 LECrim.

¹⁵ Véase en este sentido, FLORIAN, *Delle prove penali*, 1961, pág. 381, en VILLAMARIN LOPEZ, María Luisa. "El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal" *Indret. Revista para el análisis del derecho*. Pág. 8. www.indret.com.

Evidence Act, permitiendo a los esposos declarar como testigos a favor de la defensa, si bien seguía sin clarificarse si podían hacerlo para la acusación. En derecho común, estaban previstos ciertos supuestos (violencia personal o traición) en los que el cónyuge del reo era competente para declarar, pero ni siquiera era probable que en estos casos fuera compelido a prestar testimonio. Estas dudas se vieron agravadas, si cabe, por resoluciones como la *Hoskyn v Metropolitan Police Commissioner*, en la que el House of Lords sostuvo que, incluso en los casos en los que uno de los esposos estuviera acusado de un delito de violencia contra su cónyuge, su declaración no era obligatoria. Ante la necesidad de clarificar esta incierta situación, el Undécimo Criminal Law Revision Comité (1973) abordó en profundidad estas cuestiones. Ya no convencían los tradicionales argumentos de la protección incondicional de la unidad de los esposos, o del desvalor de su declaración por su posible interés en el resultado del pleito o por su falta de imparcialidad. Se entendió que los cónyuges debían estar en todo caso facultados para declarar como testigos, ya lo hicieran a instancias de la defensa o de la acusación y que en algunos supuestos incluso debían de quedar obligados a dar testimonio. En concreto, se consideró oportuno que tuvieran que declarar cuando hubiera intereses públicos en juego en la persecución del delito en cuestión, como ocurría en los delitos de violencia doméstica y, en especial, cuando se hubiera atentado contra los menores de 16 años que convivieran en el núcleo familiar, dado que estos casos son especialmente graves y sin esta declaración sería muy probable que quedaren impunes.

4.4 Alemania

Tras una larga evolución histórica, el ordenamiento jurídico penal alemán ha venido a suprimir definitivamente la dispensa de la obligación de prestar declaración concebida de forma amplia a testigos-parientes del acusado.

Así, de la obligación general de declarar que impone el § 48 StPO quedan excluidos los siguientes sujetos (§ 52 StPO):

- “1) el prometido del acusado;
- 2) el cónyuge, incluso cuando el matrimonio ya no subsista;
- 3) sus parientes en línea recta por vínculos de sangre, matrimonio o adopción; y, sus parientes en línea colateral por vínculos de sangre hasta el tercer grado y por matrimonio hasta el segundo¹⁸”

Asimismo, y pese a la supresión de la incapacidad de declarar a los mencionados parientes testigos, el legislador alemán siguiendo una línea proteccionista para el testigo-pariente reconoce al mismo el derecho, en aquellos en los que libremente decida declarar, a negarse a responder a preguntas concretas (§ 55 StPO) y, en todo caso a no prestar juramento tras su declaración en el juicio oral (§ 61 StPO). En cualquier caso, en estos supuestos el tribunal tiene la última palabra, por lo que, si así lo entiende oportuno, puede decidir que sí se sometan a juramento (porque, de hecho, el § 61 StPO señala que en este y otros casos allí previstos puede prescindirse del juramento –según facultad discrecional del tribunal). Por último, por lo que se refiere al valor de las declaraciones sumariales en caso de que el testigo decida no declarar posteriormente en el juicio oral, el § 252 StPO dispone que dichas declaraciones no puedan leerse, impidiendo con ello que puedan ser tenidas en cuenta a la hora de adoptar la decisión final.

V. SOLUCIONES ALTERNATIVAS DE FUTURO.

El cambio iniciado por el Tribunal Supremo es importante, pero es el principio del camino, no es la meta. A nuestro modo de ver, es necesario una reforma a nivel legislativo.

Durante la negociación del pacto de Estado contra la violencia de género (que se aprobó en el Congreso en septiembre de 2017) diversas expertas y expertos se manifestaron a favor de un cambio legislativo en este sentido durante el largo proceso de consultas que se abrió para consensuar el pacto.

Sin embargo y a pesar de que el documento final hace mención al artículo 416, no hubo acuerdo entre los grupos parlamentarios que lo negociaban para acometer o sugerir dicha reforma.

Una vez más abogamos por una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que excluya a las víctimas de la violencia machista de la dispensa a declarar y asegurar que las decisiones no dependan de la interpretación que haga determinado tribunal o juez.

En este sentido, a las horas de escribir estas líneas nos llega la STC 85/20, de 20 de julio, en la que por primera vez aplica el deber de diligencia eficaz en la lucha contra la violencia género, lo que supone que los jueces deben llevar a cabo el canon reforzado constitucionalmente exigible de realizar “una investigación suficiente y eficaz”. La Sala Segunda del Tribunal subraya que *“este canon reforzado se entenderá debidamente colmado en tanto en cuanto, subsistiendo la sospecha fundada de delito se practiquen otras diligencias de investigación que, complementando esos testimonios enfrentados de las partes unidas por una relación de afectividad, presente o pasada, permitan ahondar en los hechos descartando o confirmando aquella sospecha inicial”*. De ahí que, “el **deber de diligencia** requerirá abundar en la investigación allí donde no se hayan agotado las posibilidades razonables de indagación sobre los hechos de apariencia delictiva, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva si el órgano judicial clausura precipitada o inmotivadamente la investigación penal”. Ahora bien, el Tribunal apunta que el comportamiento que se exige a un juez de violencia de género no implica en modo alguno la obligación de admitir o practicar cualesquiera diligencias, sino “únicamente aquellas que se evidencien como pertinentes y relevantes a los fines pretendidos”. Pero deberá continuar la tarea de investigación mientras, subsistiendo la sospecha fundada de la comisión de los hechos de que se ha tenido noticia y de su relevancia penal, resulte necesario profundizar en su indagación.

La sentencia, que recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el deber de diligencia en la investigación de las denuncias formuladas por violencia de género, resalta que la intervención judicial debe colmar dos necesidades muy concretas: “la primera, emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito y la segunda, evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el resultado de la investigación”.¹⁶

¹⁶ Con esta doctrina el Tribunal ha declarado la nulidad del auto de 11 de junio de 2018 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 3 de Madrid y del auto de 25 de octubre de 2018 de la Audiencia Provincial de Madrid, que acordaron el sobreseimiento provisional de las diligencias previas sin haber agotado previamente la indagación sobre los hechos denunciados allí donde aún resultaba posible https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_085/2018-6127STC.pdf

A la luz de la doctrina última sobre el ineludible deber de investigación eficaz y diligencia debida del Estado en la lucha contra los delitos de violencia de género, consideramos insatisfactorio el sistema vigente, pues es innegable que hay que poner fin a la situación que hoy en día nos deja cifras estremecedoras.

Sin embargo, en tanto no se materialice la polémica reforma, hay que hacer frente a la situación presente, ante la cual, tanto los que abogan por la derogación de la dispensa, cómo los que aspiran a su reforma, e incluso lo que optan por mantener su regulación actual, coinciden en una cuestión, y es el carácter de especial vulnerabilidad de la víctima. Por ello, considero que ni la justicia, ni el proceso penal, deben de tratar a las víctimas, como mujeres sin capacidad para decidir y ejercer su libertad y autonomía acerca de la prosecución del proceso. MOLINA GIMENO¹⁷, entre otros, califican de anacrónico el mantenimiento del art. 416 de la LECrim, afirmando que la referida dispensa se concreta en la atribución a la víctima del poder de controlar el proceso, dado que la mayoría de los delitos de violencia sobre la mujer se cometen en el ámbito de la intimidad cuando no suele haber otros testigos siendo este uno de los argumentos principales contra el mantenimiento de la dispensa con la redacción actual. Entre las soluciones expuestas, se ha de destacar por su importancia y procedencia, la que se realizó por el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ en su informe de 20 abril 2006 referente a los problemas detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de Medidas de Protección integral Contra la Violencia de Género y sugerencia de reformas legislativas.

En nuestra opinión, la modificación del art. 416 es necesaria y pertinente, porque como hemos explicado el origen del artículo está en proteger el núcleo familiar y sin embargo, esta justificación en los casos de violencia de género se pierde absolutamente. No podemos proteger al maltratador en la persecución de un delito público. Tampoco podemos olvidar los criterios de interpretación de las normas contenidos en el art. 3 del Código Civil, que indican que a la hora de interpretar la norma hay que estar a su finalidad, y en el momento actual y para la violencia

¹⁷ MOLINA GIMENO, F.J., Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 6818, 2007. Respecto al art. 416 LECr, se indicaba entonces: «Cuando el pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECr previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima en el supuesto. Sin embargo, de que ostente la doble condición, se entiende que el precepto no nació para posibilitar la impunidad por el hecho contra el hecho contra el/la denunciante. Así: Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el 416 LECr. para los que, en determinados supuestos, se establece la dispensa legal al deber genérico de declarar. La víctima de la violencia de género, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, estos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima. Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto. RENE AUM PANSZI T., ¿Se debe obligar a declarar a las mujeres? una aportación criminológica a la discusión sobre la dispensa de las víctimas de violencia en la pareja a declarar en el proceso penal Tesis doctoral Universidad Pompeu Fabra Barcelona 2014. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=142750>

género es imposible interpretar el art. 416 atendiendo a la finalidad perseguida por la norma en 1882, puesto que se perseguía proteger a la familia y la violencia de género tiene el efecto totalmente contrario, ya que produce el desmembramiento de la misma. Por otro lado, es importante destacar que si finalmente se reforma la LECrim se debería ser muy cauteloso con la terminología utilizada, puesto que un conjunto de asociaciones y la Comisión para la Investigación de Malos tratos a las Mujeres, han redactado la siguiente propuesta de reforma: *“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”*. Esta reforma supondría la introducción de un tercer párrafo al art. 416. LECrim

Respecto del art. 416 LECrim, en los delitos de VG se plantea la paradoja de que, aunque estamos ante delitos públicos, se permite la dispensa del deber de declarar por parte de la víctima, lo que se traduce en que cerca de un 50 % de estos procedimientos terminen con sobreseimiento. Si se elimina dicha dispensa, desaparecería el elemento de dominación psicológica —la presión— del maltratador.

Las alternativas que se proponen son:

Derogación del art .416 LECrim;

- o La imposición de un límite material, de manera que no haya lugar a dicha dispensa cuando se interpuso denuncia por parte de la víctima;
- o Establecimiento de un límite temporal o momento preclusivo;
- o Una clara diferenciación, en punto a su utilización, por parte de las víctimas y los testigos.

Problemas estructurales que debemos añadir:

— Escasez de juzgados especializados en VG, que exige una modificación de la planta judicial y la dotación de medios y consiguiente especialización (que sí existe en el ámbito del Ministerio Fiscal).

— Escasas medidas de apoyo a la víctima una vez interpuesta la denuncia frente a su maltratador

— Énfasis en la dificultad probatoria por la víctima.

Respecto de la dispensa a declarar por parte de la víctima del art. 416 LECrim, se incide en la necesidad de admitir la prueba preconstituída, para evitar que la víctima se vea obligada a reproducir con total literalidad, en el acto del juicio oral, lo que declaró en el momento de la denuncia, máxime cuando puede haber transcurrido un importante lapso temporal entre uno y otro momento.

En relación con el art. 416 LECrim, se argumenta que a día de hoy el silencio de la víctima lleva a la invalidación de todas las pruebas. Sin embargo, la vía intermedia que se propone —entre el mantenimiento y la supresión de la dispensa a declarar— tiene muy difícil encaje procesal. Hay

que convivir con el complicado equilibrio entre los derechos de la víctima y los derechos del maltratador. Para concluir, obtener una sentencia condenatoria en VG es sumamente difícil. Para admitir la validez de la prueba pre constituida debería no sólo reformarse el artículo citado de la LECrim sino también el resto de legislación procesal concordante. Con lenguaje calderoniano como apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973 el fundamento de la previsión es: sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia.

En cualquier caso, la validez de las pruebas pre constituidas se circunscribiría a aquellos procesos que llegasen a la fase del juicio oral¹⁸. Por tanto, la respuesta debe ser legislativa, enfrentemos el reto y tomemos partida ante los graves problemas que no hemos sabido afrontar en la lucha contra la violencia de género.

Ante las atrocidades tenemos que tomar partido. El silencio estimula al verdugo. (Elie Wiesel)

Josefa Fernandez Nieto

¹⁸ Ponencias del Senado https://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_134_1163.PDF

