



Universitat
de les Illes Balears

TRABAJO DE FIN DE GRADO

EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Sandra García Artés

Grado de Derecho

Facultad de Derecho

Año Académico 2022-23

EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Sandra García Artés

Trabajo de Fin de Grado

Facultad de Derecho

Universidad de las Illes Balears

Año Académico 2022-23

Palabras clave del trabajo:

violencia de género, dispensa, víctima- testigo, dificultad probatoria.

D. Jaime Campaner Muñoz

Se autoriza la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y difusión en línea, con fines exclusivamente académicos y de investigación

Autor		Tutor	
Sí	No	Sí	No
X	<input type="checkbox"/>	X	<input type="checkbox"/>

RESUMEN

La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge en su artículo 416 el derecho a ser dispensado de la obligación general de declarar que establece el artículo 410 del mismo cuerpo legal. Dicha dispensa únicamente es aplicable en determinados supuestos tasados, caracterizados todos ellos por la existencia de una relación de parentesco con el investigado. A lo largo de los últimos años, el citado artículo ha sido objeto de incansables interpretaciones y diversas reformas con la finalidad de acomodar su contenido y naturaleza a la realidad jurídico-social actual. Al hilo de lo expuesto, el presente trabajo abordará la evolución histórico-normativa y las controversias que se desprenden de la aplicación del precepto en cuestión, haciendo especial hincapié en aquellos supuestos en los que la relación de parentesco queda constituida por lazos afectivo-sentimentales de pareja estable y recae en la misma persona el carácter dual de testigo-víctima (ámbito de la violencia de género).

ABSTRACT

The Criminal Procedure Law includes in its article 416 the right to be exempted from the general obligation to declare established in article 410 of the same legal body. Said dispensation is only applicable in certain assessed cases, all of which are characterized by the existence of a family

relationship with the person investigated. Over the last few years, the aforementioned article has been subject to tireless interpretations and various reforms in order to accommodate its content and nature to the current legal-social reality. In accordance with the above this work will address the historical - normative evolution and the controversies that arise from the application of the precept in question, with special emphasis on those cases in which the kinship relationship is constituted by affective-sentimental ties of a couple. stable and the dual character of witness-victim falls on the same person (field of gender violence

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN	7
2.- EL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO	14
3.- TIPOLOGÍA DE DISPENSAS CONTEMPLADAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL FRENTE AL DEBER GENERAL DE DECLARAR	17
4.- EL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN GENERAL DE DECLARAR DEL ARTÍCULO 416 LECrim.	21
4.1.- NOTA HISTÓRICA	21
4.2.- CONTEXTO CONSTITUCIONAL	22
4.3.- FUNDAMENTO DE LA DISPENSA	24
4.4.- TITULARIDAD DEL DERECHO Y ALCANCE TEMPORAL	29
4.5.- EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 416 LECrim EN SUPUESTOS DE DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	31
4.5.1.- DERECHO A LA DISPENSA Y EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR	32
4.5.2.- DIFICULTAD PROBATORIA QUE PLANTEABA EL ARTÍCULO 416 LECrim EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO ANTES DE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2021. VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN SUMARIAL.	36

5.- DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE DECLARAR TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2021	39
6.- CONCLUSIÓN	43
7.- BIBLIOGRAFÍA	44

1.- INTRODUCCIÓN

La violencia de género no es un aspecto que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el signo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.¹

El concepto de “*violencia de género*” resulta relativamente novedoso, pues se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2005 como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En palabras QUINTERO VERDUGO, se trata de una Ley que “*se encuentra marcadamente influida por la realidad social en la que ha nacido, en el sentido de que la misma ha sido la respuesta a un problema social que ha creado y crea una gran alarma social al tratarse la violencia de género de un fenómeno que puede darse en todos los estratos sociales con independencia del nivel social y cultural y cuyo nacimiento viene fuertemente marcado por el objetivo del legislador de acabar con esa lacra social*”²

¹Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Exposición de Motivos.

²QUINTERO VERDUGO, M., “La realidad Jurídico Social de los delitos de Violencia de Género” pág. 27. IPSE-ds (2011) Vol.4 ISSN 2013-2352.

La definición de violencia de género que impera en nuestro ordenamiento jurídico es la establecida en el artículo 1 de la LO 1/2004, en cuya exposición de motivos conceptúa el término como aquella violencia que como *“manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”* .

La finalidad de esta Ley es doble, por un lado, pretende prevenir, sancionar y erradicar la violencia a la que se refiere en su artículo 1 y, por otro lado, persigue prestar asistencia a las víctimas de dicha violencia. No obstante la multitud de finalidades pretendidas por la presente ley, del tenor literal del precepto se desprende que su ámbito de aplicación es extremadamente acotado. Ello es de ver por cuanto, mientras que el sujeto activo de los delitos de violencia de género necesariamente deberá ser un hombre, la condición de sujeto pasivo del delito únicamente podrá recaer en la mujer que sea o haya sido pareja sentimental. No pudiendo existir, por tanto, delito de violencia de género sobre mujeres que no hayan estado unidas al actor por medio de dicho lazo afectivo sentimental de pareja, a pesar de que la violencia lo sea por razón de género en los términos que expresa el artículo 1 de la Ley (hermana, madre, tía, abuela...).

Cabe resaltar aquí que, a pesar del encorsetado ámbito subjetivo de aplicación que presenta el precepto, la acción tipificada como violencia de género siempre constituirá delito cuando el sujeto pasivo de la acción sea una mujer que esté o haya estado unida a un hombre por medio de una

relación afectivo sentimental, independientemente de si haya mediado, o no, convivencia entre ambos. Bastando, así, que exista o haya existido previo al hecho ilícito un lazo afectivo vinculante.

El Tribunal Supremo estableció en su Sentencia 677/2018, de 20 de diciembre, que en todo caso los actos de violencia que ejerce un hombre sobre una mujer con la que tiene o ha tenido una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a la misma, independientemente de cual sea la intencionalidad o motivación³.

A pesar de que de todo lo expuesto algunos podrían llegar a la errónea conclusión de que los delitos adjetivados como de “*violencia de género*” son una nueva tipología de ilícitos penales, los delitos de violencia de género no constituyen una nueva clase de infracciones penales, pues la introducción de dicha categoría delictiva no ha llevado aparejada la tipificación de nuevos comportamientos en nuestro Código Penal (en adelante, CP). Hablamos, pues, del fenómeno jurídico conocido como potencialidad genérica de los delitos violentos⁴.

Esta última comporta que delitos genéricos como el homicidio, el asesinato, las lesiones, la detención ilegal (...) puedan transformarse en delitos de violencia de género cuando en su comisión operan los requisitos establecidos en artículo 1 de la Ley 1/2004. Sin embargo, parece que sí

³Sentencia del Tribunal Supremo 677/2018, de 20 de diciembre.

⁴RAMON RIBAS, E., “Los delitos de violencia leve de género”. Derecho Penal y Violencia de Género. Pág. 6. Documento extraído de la UibDigital. Asignatura optativa cursada este año 2022-2023 Polítiques d’Igualtat i prevenció de la violència de gènere. Aspectes jurídics.

quedan tipificados en el CP diversos delitos que, careciendo de dicha potencialidad genérica, son por sí mismos verdaderos delitos de violencia de género (artículos 153.1, 147.1 en relación con el 148.4, 171.4 y 172.2 CP). Se trata de tipos que (salvo el comportamiento lesivo contenido en el artículo 147 CP) son agravaciones de acciones que anteriormente constituían falta.

Como manifiesta FERNÁNDEZ NIETO, *“en los albores del siglo XXI, tiempo en el que nos encontramos, hay que afirmar que la distinción entre lo público y lo privado ha evolucionado a gran velocidad, y que la protección a ultranza del ámbito familiar como un reducto sacrosanto al que no se puede acceder, ni por terceros ni extraños, ha desaparecido por la garantía del Estado frente al delito. La paz o la intimidad familiar, como bien jurídico a proteger, ceden ante la importancia de la persecución de un delito público y la presencia del Estado con la potestad del ius puniendi.”*⁵

Al considerarse la violencia de género parte y problema integrante del marco familiar, las conductas acaecidas en este sentido y reprochables desde la óptica penal también son de naturaleza pública. Fue la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal la que supuso que la violencia contra las mujeres en el ámbito de pareja se convirtiera en un delito de carácter público.⁶

⁵FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 13.

⁶PANSZI, RENEAUM 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

Y es que los delitos que gozan de interés público se rigen por el principio de oficialidad, principio rector de la fase de instrucción en el proceso penal. Este principio está estrechamente vinculado al principio acusatorio. Significa que incumbe al Estado la persecución y el procesamiento del delito, no pudiendo quedar tales actos relegados a la mera voluntad de las partes. En definitiva, el principio de oficialidad supone que, si bien un hecho subsumible en aquellos tipos caracterizados por ostentar interés público podrá ser denunciado por el agraviado, a instancia de parte o por parte del Ministerio Público, se entiende que tanto el impulso procesal como la finalización del proceso queda en manos de los órganos públicos. Todo ello en aras de efectivizar la actuación penal. En esta línea, el interés público es una singularidad que, formalmente, no resulta baladí pues, tal y como señala el artículo 106 LECrim, *“la acción penal por delito que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por renuncia de la persona ofendida”*. Éste es un rasgo diferencial respecto del proceso civil, en el que impera el principio dispositivo o de aportación de parte. Este principio, antagonista del anterior, comporta que el proceso se inicie siempre en base a la solicitud del interesado, quien buscará del tribunal la resolución de sus pretensiones, pudiendo determinar y modificar el objeto del proceso.

Pues bien, como veremos, durante muchos años, esta oficialidad tan estricta que reviste a los delitos de índole público no ha surtido efectos por lo que a los delitos de violencia de género respecta habida cuenta ha sido la propia

declarar en el proceso penal. Tesi Doctoral UPF (Doctoral dissertation, Universitat Pompeu Fabra), 2014, pág. 38. Directoras de la Tesi: Dra. Elena Larrauri Pijoan i Dra. Maria Iglesias Vila.

víctima de dicha violencia quien ha tenido en sus manos la disponibilidad del material probatorio y, por ende, del proceso penal. Ello como consecuencia de ser titular de la dispensa a declarar que otorga el artículo 416 LECrim a los parientes del investigado. Hablamos de aquellos supuestos concretos en los que la denunciante ostenta un carácter dual en el proceso, el de víctima y testigo conjuntamente. Y es que, a pesar de haber denunciado los hechos, haberse constituido en el proceso como parte en tanto acusación particular y haber declarado en fase de instrucción, si llegado el momento del acto de juicio oral se acogía a la vía legal del artículo 416 y no declaraba se producía un absoluto vacío probatorio cuya consecuencia directa era la absolución del agresor. Téngase en cuenta que nos referimos a supuestos en los que la víctima es la única testigo de los hechos denunciados por lo que sin su declaración no podía desvirtuarse el principio de inocencia.

Entendemos que en estos casos se producía una evidente inseguridad jurídica pues, una vez denunciados los hechos y puesto en marcha todos los mecanismos jurídicos para el procesamiento de este tipo de delitos, la continuidad del proceso dependía exclusivamente de la voluntad de la víctima quien, estaba en su derecho de hacer uso a su antojo del material probatorio, pudiendo desechar declaraciones anteriores (declaraciones sumariales) al operar la dispensa del artículo 416 LECrim en fase de juicio oral, truncando así el explicado principio de oficialidad.

Doctrina y jurisprudencia enfatizaron la necesidad de reformar el mencionado precepto⁷. Y es que, con anterioridad a la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (en adelante LOPIVI), según el documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género existía una especie de vacío legal que provocaba *“espacios de impunidad para los maltratadores”* los cuales podían *“derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de dispensa de la obligación de declarar”*⁸.

2.- EL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO

El artículo 24.1 de nuestra Constitución Española (en adelante, CE) establece que *“todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión”*. Si bien

⁷BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 LECrim: evolución jurisprudencial”, en Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época, número 19, pág. 28, afirma que *“Son numerosas las voces críticas que destacan desde el ámbito doctrinal, así como desde los distintos operadores jurídicos, la conveniencia de una reforma legal que excluya a las víctimas de violencia de género del ámbito de dicha exención para evitar que precisamente la prueba de cargo, es decir, el testimonio de la víctima, quede fuera del proceso.”*, Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, de 10 de julio y Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (Congreso + Senado) de 13 de mayo de 2019.

⁸Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (Congreso + Senado) de 13 de mayo de 2019.

es cierto que del citado precepto constitucional dimanaban un haz de garantías procesales, el mismo precepto también establece una obligación bilateral Estado-sociedad. Ello es así por cuanto el hecho de que todos los ciudadanos tengan derecho a una tutela judicial efectiva supone, en primer lugar, que el Estado debe garantizar una tutela bastante de los intereses en juego, velando por la persecución del delito y el procesamiento del culpable y, en segundo lugar, la necesidad de que exista una cooperación social con el Estado para que el contenido del derecho constitucional cobre plena efectividad. Esta obligación social frente al Estado, la cual puede deducirse del precepto anterior, queda perfectamente dibujada en otro de los artículos constitucionales, el 118 CE, el cual establece lo siguiente: *“es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”*. En esta línea, nuestro ordenamiento jurídico regula el deber de colaborar con los órganos de justicia en el artículo 410 LECrim. Es decir, el deber de declarar en juicio representa, por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, tanto un mandato constitucional como un deber de construcción legal.

El artículo 410 LECrim establece la obligación de toda persona residente en España, nacional o extranjera, de concurrir ante el órgano judicial para prestar declaración, siempre que no se esté impedido para ello y sea citado con las formalidades exigidas por la Ley⁹. Así, el mencionado precepto (en

⁹Artículo 410 LECrim “Todos los que residen en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento

tanto diligencia de investigación en fase de instrucción) y el artículo 707 del mismo cuerpo legal (en tanto medio de prueba en fase de juicio oral) regulan conjuntamente el deber general de acudir al llamamiento judicial para testificar¹⁰. Como expresa VEIGA VACCHIANO, estamos ante “*un imperativo legal que determina la colaboración forzosa de un testigo en la averiguación de un hecho punible y sus circunstancias durante la tramitación de una causa criminal*”¹¹.

Completando el precepto anterior, que a mi modo de ver establece dos deberes distintos aunque relacionados: en primer lugar, el deber de comparecer y, en segundo lugar, el deber de declarar, encontramos en el artículo 458 CP¹², en tanto tipo que regula el delito de falso testimonio, una

judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”.

¹⁰DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., “A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de julio”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época nº 23 (enero del 2020) pág. 47.

¹¹VEIGA VACCHIANO, J., “La dispensa para declarar del artículo 416 LECrim tras la LO 8/2021”, (2022). Lex et Societas- Blog jurídico de actualidad.

¹²Artículo 458 del Código Penal. “1. *El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses. 2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado. 3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias*

obligación, la de decir la verdad. Por lo que, de base, el ciudadano queda ligado al deber de acudir al llamamiento judicial y declarar frente a un Juez cuanto supiere con la obligación de ser siempre fiel a la verdad.

Frente a un eventual incumplimiento de los deberes mencionados, esto es, tanto desoír una citación judicial como efectuar una negativa a declarar, nuestro ordenamiento jurídico contempla un elenco de mecanismos sancionadores que se activan de un modo directamente proporcional a la gravedad del incumplimiento. De este modo, bien podría activarse el sistema de multas que contempla el artículo 420 LECrim¹³ o bien, en aquellos casos más graves y persistentes en el incumplimiento, la conducta podría acabar constituyendo la comisión de un delito de obstrucción a la justicia o desobediencia (463 y 556 CP).¹⁴

derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero”.

¹³Artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *“El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiese a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiese en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.”*

¹⁴ Artículos 463 y 556 del Código Penal.

3.- TIPOLOGÍA DE DISPENSAS CONTEMPLADAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL FRENTE AL DEBER GENERAL DE DECLARAR

En contraposición al deber genérico de acudir al llamamiento judicial para testificar sobre aquellos hechos que constituyen el objeto de una investigación judicial, el legislador ha regulado en el mismo cuerpo legal diversas dispensas al deber de declarar. Se trata de una serie de exenciones que responden a diversas motivaciones y que encuentran su fundamento en el ordinal segundo *in fine* del artículo 24 CE, el cual reza lo siguiente “*la ley regulará los casos en los que, por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*”. En este sentido, mientras en los artículos 411 a 415 LECrim se contiene un régimen de excepciones *intuitu personae* al deber de declarar y modalidades en la forma de practicarla por razón de cargo, en los artículos 416, 417 y 418 LECrim obra la dispensa del deber de declarar reconocida a aquellos sujetos por razón del parentesco o por la obligación de guardar el secreto profesional¹⁵. Veamos:

El artículo 411.1 LECrim contempla la excepción de comparecer y declarar respecto del Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino. Estamos pues, ante los únicos sujetos dispensados conjuntamente de la obligación de comparecer y declarar.

¹⁵DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., “A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de julio” Revista de Derecho Penal y Criminología, p.48, 3º Época nº 23 (Enero de 2020).

El artículo 411.2 LECrim, por su parte, establece que estarán exentos de declarar (pero no de comparecer) los Agentes Diplomáticos acreditados en España, el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas y sus familiares siempre y cuando concurren los requisitos establecidos en los tratados internacionales.

El artículo 412 LECrim contempla exenciones al deber de concurrir al llamamiento judicial por razón de cargo. De este modo:

En el apartado primero encontramos dispensados de dicha obligación a las demás personas de la Familia Real no contempladas en el precepto 411.1 LECrim.

En el segundo apartado del artículo encontramos dispensados, de igual modo, al Presidente y los miembros del Gobierno, al Presidente del Congreso de Diputados y Senado, al Presidente del Tribunal Constitucional, al Presidente del Consejo del Poder Judicial, al Fiscal General del Estado y a los Presidentes de las Comunidades Autónomas

Y, por último, en el apartado quinto del citado artículo encontramos exceptuados de la obligación de comparecer a los Diputados o Senadores, los Magistrados del Poder Judicial y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Fiscales de la Sala del Tribunal Supremo, el Defensor del Pueblo, las Autoridades judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración, los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado, el Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas, los miembros de los Consejos de

Gobierno de las Comunidades Autónomas y los Secretarios de Estado, Subsecretarios y asimilados, los Delegados de Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores Civiles y los Delegados de Hacienda.

Nótese cómo este último artículo regula únicamente la excepción al deber de acudir a testificar frente al Juez, que no de declarar (tal y como ocurría con los restantes miembros de la Familia Real no contemplados en el apartado 1 del precepto 411 LECrim), quienes quedan obligados a prestar declaración igualmente, aunque con ciertas peculiaridades o privilegios. Así, los sujetos contemplados en el 412.1 y 412.2 LECrim podrán realizar dicha labor por escrito mientras que aquellos sujetos contemplados en 412.5 LECrim podrán efectuar la declaración bien en su despacho oficial o bien en sede del órgano del que sean miembros.

Por otra parte, y en lo que aquí interesa, el artículo 416 LECrim contempla la dispensa al deber de declarar por razón de parentesco, exención que se aplicará a todos aquellos familiares del investigado siempre y cuando se ostente alguno de los lazos consanguíneos o afectivos de carácter establecidos por ley. Nos referimos a parientes en líneas directas ascendientes o descendientes, cónyuge o persona unida al investigado por una relación afectiva sentimental análoga a la matrimonial y hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. La presente dispensa significa que el testigo con relación de parentesco no tiene la obligación de declarar en contra del acusado o investigado si no

quiere hacerlo.¹⁶ En íntima conexión con esta dispensa, conviene recordar que el artículo 261.1 LECrim exime al cónyuge del supuesto delincuente de la obligación de denunciar contemplada en el artículo 259 del expresado cuerpo legal.¹⁷

Y, por último, el artículo 417 LECrim establece el derecho a la dispensa a no declarar respecto de los eclesiásticos, ministros de culto y funcionarios públicos en relación con los hechos revelados en el ejercicio de sus funciones. El citado precepto también exceptúa de dicho deber a los incapacitados física o moralmente.

4.- EL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN GENERAL DE DECLARAR DEL ARTÍCULO 416 LECrim.

4.1.- NOTA HISTÓRICA

El artículo 416 LECrim es un mecanismo jurídico cuya existencia se remonta en la legislación visigoda pues, ya en *Las Partidas* de Alfonso X el Sabio (1121 - 1284) se exoneraba a los parientes de prestar testimonio. Esta excepción encontraba su justificación, tal y como se desprende de la Ley XI, Título 16, Partida Tercera, en que los hombres que formaban parte de

¹⁶FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 13.

¹⁷CAMPANER MUÑOZ, J., “Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal”. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, número 44 (2016), pág 10.

una misma familia tenían “*deudos grandes entre sí*” por lo que no resultaba coherente apremiarlos para que atestiguaran unos contra otros. No obstante, si los mismos decidían realizar tales actos libremente, la ley no lo impedía.

A inicios del siglo XIX, con la publicación del Código Criminal del año 1821, la dispensa al deber de declarar cobraba un nuevo sentido y en virtud del precepto 57 de dicho cuerpo legal su contenido quedaba articulado de la siguiente forma: “*No serán citados ni admitidos como testigos lo ascendientes y descendientes del reo, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad ni el marido ni la mujer, aunque estén divorciados*”. Nótese como el Código Criminal de esta época, en realidad, no regulaba una dispensa como tal. Es decir, no enfocaba el mecanismo jurídico en el sentido de una facultad de excepción a un deber abstracto, sino como una norma que restringía de manera tajante la testifical de cualquier pariente, incluyendo al cónyuge, a pesar de que el vínculo de familia se hubiera truncado por ruptura de los lazos matrimoniales (divorcio).

No es hasta el año 1978 que se constitucionaliza este derecho en nuestra Carta Magna (artículo 24 CE) como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva y amparada en el artículo 38 CE.¹⁸

Con la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 1882, la dispensa al deber abstracto de declarar quedó regulada en el artículo 416 de dicho cuerpo legal. De

¹⁸FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 16.

conformidad con su redacción se entendía dispensado de la obligación de declarar a los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. Con esta nueva regulación, el legislador volvía a buscar el concepto antiguo de dispensa por medio del cual se ofrecía la posibilidad a los parientes del investigado de guardar silencio.

4.2.- CONTEXTO CONSTITUCIONAL

La repercusión constitucional del artículo 416 de nuestra Ley Procesal Penal, no tiene duda, es una manifestación clara del artículo 24 CE que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y el derecho a un juicio justo.¹⁹ Ello es así por cuanto concluye el artículo 24.2 con una exclusión específica al deber constitucional de colaborar con la justicia que contempla el artículo 118 CE. Desde una óptica constitucional ORTEGA GUTIÉRREZ entiende que el fundamento de la exclusión es doble, por un lado, no obligar a declarar contra un familiar por el evidente condicionamiento que el parentesco produce, por otro, la salvaguarda del derecho al secreto profesional que disfrutaban los abogados, médicos, sacerdotes, etc.²⁰

¹⁹FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 20.

²⁰ORTEGA GUTIERREZ, D., “Sinopsis artículo 24” (2003). Constitución Española.

Tal y como apunta RODRÍGUEZ LAINZ²¹, *“la constitucionalización de la dispensa del deber de declarar entre parientes es uno de los ejemplos paradigmáticos de reconocimiento constitucional de instituciones netamente procesal que caracteriza la vigente CE, se trata de un supuesto que ha permanecido oculto en ese párrafo 24.2 aunque la incorporación fue tardía con un dictamen de la comisión del Senado (BOC número 157 de 13 de octubre de 1978)”*.

Por lo que respecta a su naturaleza, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 99/1985, de 30 de septiembre, en el fundamento jurídico nº4, afirma que lo dispuesto en el ordinal segundo *in fine* del artículo 24 CE *“no es la de un derecho de libertad ejercitable sin más, directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal”*²²

4.3.- FUNDAMENTO DE LA DISPENSA

Como sostiene VILLAMARÍN LÓPEZ, no resultaría fácil ni tampoco útil pensar que solo ha existido un único fundamento justificador de lo que algunos autores han calificado de *“privilegio familiar”*. En este sentido, tanto la jurisprudencia española como la extranjera han coincidido en la idea de que se pueden dilucidar diversas razones que justifican su

²¹RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra de su agresor”, Diario La Ley nº 9014, Sección Doctrina, 5 de julio de 2017.

²²Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre.

existencia, con la peculiaridad de que todas ellas están vinculadas entre sí. Estas pueden agruparse en cuatro ²³ :

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

El primero de los fundamentos que fue alegado por la jurisprudencia en relación con el contenido del artículo 416 LECrim fue que la regulación del mencionado precepto obedecía a la idea de protección del acusado. Este fundamento tiene sus orígenes en la Religión Católica, que entiende que dos personas unidas en santo matrimonio deben considerarse como una sola puesto que ambos son una sola carne. De esta manera, durante muchos años se sostuvo la prohibición de que el cónyuge declarara en contra de su pariente por cuanto se entendía que, de hacerlo, estaba declarando contra sí mismo. Es decir, en un primer momento histórico, el derecho a la dispensa fue entendido como un privilegio que ostentaba el reo frente al proceso y no como una garantía y/o derecho procesal que goza el testigo en su seno. Así lo afirmó el Tribunal Supremo en su Sentencia 331/1996, de 11 de abril²⁴, fundamento jurídico 1º, expresando que el artículo 416 LECrim “*está concebido para proteger al presunto reo*”, fundamento que también se sostuvo en la Sentencia del Tribunal Supremo 1553/1997 de 17 de diciembre²⁵.

²³VILLAMARÍN LÓPEZ, M., “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”. InDret (2012) Pág.10.

²⁴Sentencia del Tribunal Supremo 331/1996, de 11 de abril.

²⁵Sentencia del Tribunal Supremo 1553/1997, de 17 de diciembre.

Esta tesis quedó rápidamente obsoleta. Y es que al levantarse la prohibición de declarar en juicio que recaía en los parientes y transformarse en una facultad, carecía de sentido seguir apostando por el fundamento que ahora nos ocupa habida cuenta que, tal y como establece FERNANDEZ NIETO²⁶ que el acusado se vea favorecido por el silencio del pariente que se acoge al derecho contemplado en el artículo 416 LECrim es la consecuencia de la aplicación del precepto pero no su razón de ser. En esta línea, el Tribunal Supremo en Sentencia 134/2007, de 22 de febrero ²⁷, estableció en el fundamento jurídico 1º que la dispensa *“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”*.

b) “La protección de la búsqueda de la verdad en el proceso penal”.

Otro de los fundamentos de la dispensa por razón de parentesco, no compartido por la jurisprudencia española aunque sí de un modo muy vago por la doctrina de nuestro país, es aquel que se sustenta en la idea de que hacer declarar como testigo a un pariente del procesado en el acto de juicio lo que provoca es que el mismo mienta en pro de su pariente con el fin de protegerlo (o, en caso de estar enemistados, mienta de igual modo para perjudicarlo). Es por ello que se sostuvo que la aplicación del precepto iba encaminada a no obligar a declarar a familiares del procesado para que no

²⁶FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 24.

²⁷Sentencia del Tribunal Supremo 134/2007, de 22 de febrero.

tuvieran que mentir al hacerlo obligados y así no pudieran intoxicar o contaminar el proceso con falsedades. Es decir, unos pocos abogaron que la razón de ser de la dispensa era eliminar las mentiras de entre los medios de prueba para poder juzgar, simplemente, con la verdad “en la mesa”. FERNANDEZ NIETO²⁸ realiza una crítica al respecto y manifiesta que si bien se sostuvo que el fundamento del precepto era la búsqueda de la verdad en el seno del proceso, la realidad es que la verdad material en el proceso nunca se consigue aplicando el artículo 416 LECrim.

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

Otro de los motivos que ha justificado el contenido del artículo 416 LECrim y que se ha mantenido a lo largo de los años ha sido el de proteger al testigo evitando el conflicto que le podría surgir entre el deber de colaborar con la Administración de Justicia diciendo la verdad o mentir para proteger al acusado guardando los secretos por él confiados y, consecuentemente, terminar siendo perseguido penalmente. A estos efectos AGUILERA DE PAZ²⁹ manifestaba lo siguiente: *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*

²⁸FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 24.

²⁹AGUILERA DE PAZ, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Editorial Reus, 1923, pág 604.

de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar les impone (...)”. Por tanto, hay quien ha apuntado que la razón de ser de la dispensa es tratar de proteger al testigo frente al conflicto de conciencia que le causa la incómoda situación de estar entre traicionar su propia conciencia moral al defraudar a su pariente y responder penalmente por mentir en juicio.

En esta línea, el Tribunal Supremo en la Sentencia 160/2010, de 5 de marzo³⁰, estableció que el fundamento de la dispensa es la protección de los propios testigos a quienes se aspira a exceptuar del principio general de obligatoriedad de declarar y no una garantía del acusado frente a los medios de prueba.

d) “La protección de las relaciones de familia”.

Estrechamente ligado con el motivo anterior se encuentra, en tanto fundamento de la dispensa, la protección del núcleo familiar y las relaciones que en su seno se construyen. A estos efectos, la doctrina española ha aludido que el fundamento de la dispensa contemplada en el precepto 416 LECrim no solo es la protección al familiar testigo frente a aquella situación antinatural de tener que declarar en contra de un pariente, sino también la protección de la familia en tanto institución, pues de romper el silencio en relación con un secreto familiar confiado, el vínculo se resiente. Buscándose con la misma, por ende, que exista un vínculo familiar sano. VILLAMARÍN LÓPEZ³¹ comparte esta visión y entiende este privilegio

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 160/2010, de 5 de marzo.

³¹VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal. InDret (2012) Pág. 13.

familiar *“como un intento por evitar que el proceso penal se convierta en un germen de graves conflictos familiares difícilmente solubles.*

Nuestra jurisprudencia se hace eco de ese fundamento. Prueba de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991 la cual señaló que *“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”*. En idéntico sentido se manifiestan las Sentencias del Tribunal Supremo 292/2009, de 26 de marzo y 319/2009, de 23 de marzo.

4.4-TITULARIDAD DEL DERECHO Y ALCANCE TEMPORAL

En primer lugar, y por lo que respecta a **la titularidad** de la dispensa introducida en el año 1882, ésta fue ampliada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en el sentido de que se adhirió en el apartado 1 del precepto otro sujeto que ostentaba la facultad de acogerse a la dispensa, esto es la *“persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”*. Ello como consecuencia de querer acomodar la regulación a una nueva realidad social emergente con nuevas modalidades de familia.

En segundo lugar, y por lo que respecta al **alcance temporal** de dicha dispensa, se plantearon dudas respecto a la proyección que debía tener la dispensa alrededor de la figura del excónyuge. Esto es en aquellos supuestos concretos en los que, si bien se había estado unido al procesado por un vínculo conyugal, éste se había disuelto en algún momento muy próximo al proceso o incluso durante su transcurso. A estos efectos, el

interrogante es claro **¿en qué momento debe de permanecer vivo el vínculo matrimonial para que pueda operar la dispensa?**

En el año 2007 empezaron a recaer sentencias en las que se limitaba el alcance de la dispensa de la obligación a declarar como testigo, exclusivamente, a parejas que en el momento de la declaración el vínculo afectivo se encontraba en vigor. Así se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo 164/2008, de 8 de abril y 13/2009, de 20 de enero.

Las mismas establecen que el conflicto de intereses cuya protección pretendía la dispensa únicamente podía entenderse producido cuando el vínculo afectivo de la pareja seguía vivo, afirmando, por ende, que en caso contrario no existía conflicto entre la obligación de decir la verdad, en tanto testigo, y la lealtad que se debe guardar con la expareja. En consecuencia, el testigo expareja sí quedaba obligado a declarar en contra de esta³².

A pesar de que lo anterior fue doctrina mayoritaria durante varios años, en el año 2009, el Tribunal Supremo cambió su criterio en sentido totalmente opuesto al anterior. Así, en su Sentencia de 26 de marzo de 2009 afirmó que la dispensa al deber de declarar podría operar también *“aun después de la extinción del vínculo de cualquiera de los acusados en el proceso”* aunque era preciso atender a las circunstancias del caso concreto y *“el fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416 LECrim”*.

Finalmente, y ante el silencio normativo del legislador al respecto, la Fiscalía General del Estado fijó la forma de aplicar el 416 LECrim en estas

³²Sentencias del Tribunal Supremo 164/2008, de 8 de abril y 13/2009, de 20 de enero.

circunstancias y recogió en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre,³³ que se debía atender a la vigencia del vínculo afectivo en el mismo momento de prestar declaración. Es decir, que para que pudiera operar la dispensa contemplada en el precepto 416 LECrim y la víctima testigo pudiera quedar protegida por la misma, era requisito *sine qua non* que el vínculo afectivo perviviera en ese preciso instante, el de declarar. Sin embargo, tal y como afirma FERNÁNDEZ NIETO “*las Sentencias del Tribunal Supremo no fueron uniformes, resistiéndose algunas a la referida argumentación*”³⁴, por lo que el debate en este sentido no quedó zanjado.

Así, es el Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 24 de abril de 2013³⁵ el que define definitivamente el alcance temporal de la dispensa estableciendo lo siguiente: “*La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a los que se refiere el precepto*”.

³³Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, de 2 de noviembre.

³⁴FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 55.

³⁵Acuerdo Pleno No Jurisdiccional de 24 de abril de 2013.

4.5-EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 416 LECrim EN SUPUESTOS DE DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Con la aprobación y el diseño de la dispensa de declarar, el legislador, entre otros motivos, ha tratado de reducir el impacto que la mujer padece en estos procesos, dipensándola de declarar tras la interposición de la denuncia por parte de ella misma o de un tercero. Sin embargo, la jurisprudencia, no ha sido coincidente ni lineal en la interpretación del artículo 416 LECrim³⁶. Y es que la dificultad interpretativa del precepto hace que hayan surgido numerosas cuestiones procesales clave³⁷. Entre ellas las siguientes:

4.5.1.- DERECHO A LA DISPENSA Y EL EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Nos preguntamos en este epígrafe **¿Tiene derecho a acceder a la dispensa la víctima testigo personada en el proceso penal en tanto acusación particular?**

El contenido de la dispensa quedó algo difuso cuando, en el ámbito de la violencia de género, la víctima tenía en el proceso penal un estatus procesal singular por medio del cual ostentaba una doble condición tras haber

³⁶DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS “A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de julio” Revista de Derecho Penal y Criminología. Pág. 53.

³⁷FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del art. 416 LECrim. Editorial jurídica SEPIN (2021).

interpuesto denuncia y haberse personado como acusación particular al inicio del proceso: la de víctima del delito de violencia de género y, su a vez, el principal testigo de los hechos. Incluso el único testigo de los hechos pues éstos hechos delictivos suelen producirse en el entorno más privado y familiar ³⁸.

A efectos de lo anterior, resulta importante mencionar los dos Acuerdos No Jurisdiccionales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por medio de los cuales se intentó aportar luz al alcance y aplicación del mencionado precepto en aras de no vulnerar la tutela judicial efectiva³⁹.

En un primer momento, el Acuerdo de fecha 24 de abril de 2013, con una ánimo limitador, dispuso que *“La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a los 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 los que el testigo esté personado como acusación en el proceso”*. Con esta redacción, en palabras de ETXEBERRIA BEREZIARTUA, *“en todo caso, se venía a entender,*

³⁸Los ilícitos son cometidos sin presencia de terceros, en ámbitos de intimidad. Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica del CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales del Consejo General del Poder Judicial de 2016*, ed. CGPJ, Madrid, marzo 2016, pág 66.

³⁹FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág.57.

*por la literalidad de la expresión utilizada, que se exigía la concurrencia en el mismo momento procesal penal de la posición de acusación junto con la solicitud de dispensa”.*⁴⁰ De esta manera, muchas víctimas personadas como acusación particular, llegado el momento del plenario, renunciaban a la acción penal con la finalidad de acogerse a la dispensa y no declarar en fase de Juicio Oral. Pues de la interpretación literal del precepto se venía entendiendo que la garantía procesal que nos ocupa renacía si no convergía el ejercicio de la acusación particular y el derecho a la dispensa. Ello tenía mucha repercusión en el seno del proceso, máxime cuando la víctima había declarado en fase de instrucción y ahora, en un momento procesal posterior (fase de juicio oral), decidía no hacerlo bajo la protección legal que otorga a los parientes el artículo 416 LECrim. Es por ello que, tras dicho acuerdo, se volvió a plantear una nueva desavenencia en la compleja convivencia entre el derecho a la dispensa y el ejercicio de la acusación⁴¹, que es la siguiente:

¿puede la víctima testigo acogerse a la dispensa si retira la acusación?

Con la finalidad de dilucidar esta cuestión, el Tribunal Supremo se pronunció negando el carácter discontinuo del derecho a no declarar⁴²

⁴⁰ETZEBERRIA BEREZIARTUA, E. “«C’est fini»: La dispensa de la obligación de declarar de la víctima contra su agresor es Historia del Derecho”. Diario La Ley nº 9972, Sección Tribuna, 16 de Diciembre de 2021.

⁴¹FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 56.

⁴²ÁLVAREZ, S.H., El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: La Sentencia 389/2020, de 10 de julio. Diario La Ley, 2020, (9698).

estableciendo en su Sentencia núm. 449/2015, de 14 de junio, fundamento jurídico 3º, lo siguiente: *“en la medida en que la víctima ejerció la acusación particular durante un año de instrucción, ya no era obligatorio instruirle de tal derecho a no declarar (...) que había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular”*⁴³.

Posteriormente, el segundo Acuerdo, de fecha 23 de enero de 2018⁴⁴, cambió el criterio anterior respecto del alcance que tiene la dispensa cuando la víctima ha cesado en la acusación particular y estableció lo siguiente: ***“No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”***. De esta manera quedó claro. Y es que dando una nueva respuesta al interrogante que se nos presentaba en relación a si la dispensa gozaba de un carácter discontinuo, el nuevo acuerdo afirmó que a pesar de que la mujer víctima hubiera activado todo el proceso penal y se hubiera constituido como acusación particular al inicio del proceso, si se cesaba en esta condición, seguía ostentando el derecho a acogerse a la dispensa.

En definitiva, el segundo Acuerdo establecía que el derecho a la dispensa es una garantía cuyos efectos jurídicos pueden ser interrumpidos y reanudados a voluntad de la víctima, quien ostenta capacidad para ello. Por tanto, dicha dispensa opera siempre que se cumpla una condición previa, haber desistido en la acusación.

Tal y como apunta FERNANDEZ NIETO, *“la jurisprudencia del TS lo que hace es erigir a la dispensa en un derecho singular del testigo con un doble*

⁴³Sentencia del Tribunal Supremo 449/2015, de 14 de junio.

⁴⁴Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 23 de enero de 2018.

contenido: a negarse a declarar en el juicio y a la vez excluir la posibilidad de que accedan al mismo sus declaraciones anteriores. Estamos pues ante el único derecho fundamental procesal que se reconoce a un sujeto que interviene en el proceso, sin que ni siquiera adquiera el estatus de parte, que le permite disponer del material procesal en el que ha intervenido con anterioridad. Esto es un gran inconveniente que ha producido una esquizofrenia procesal cuando de los procesos por violencia de género hablamos, asuntos perseguibles de oficio, como todos sabemos.⁴⁵

4.5.2.- DIFICULTAD PROBATORIA QUE PLANTEABA EL ARTÍCULO 416 LECrim EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO ANTES DE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2021. VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN SUMARIAL.

Por lo que a efectos de prueba respecta, nuestra ley procesal es clara al establecer que solo las pruebas practicadas en el acto de juicio oral pueden ser objeto de valoración por parte del Juez, mientras que las pruebas practicadas en fase de instrucción deben ser consideradas actos de investigación carentes de virtualidad probatoria⁴⁶. En esta línea, el artículo 741.1 LECrim reza lo siguiente: *“El Tribunal, apreciando según su*

⁴⁵FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 60.

⁴⁶LOZANO EIROA, M., “Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género”. *Revista General de Derecho Procesal*, n^o31 (2013), pág. 15.

conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley". Sin embargo, el mismo cuerpo legal contempla casos excepcionales en base a los cuales se otorga a las partes la facultad de introducir en el Acto de Juicio Oral las declaraciones prestadas en fase de instrucción.

Por un lado, el artículo 730 LECrim establece que podrán utilizarse las declaraciones prestadas en fase de instrucción siempre y cuando exista una imposibilidad de reproducción de la prueba, debiendo obedecer dicha imposibilidad a causas independientes de la voluntad de las partes.

Y, por otro lado, el artículo 714 del mismo cuerpo legal establece que de advertirse contradicción entre la declaración prestada en el Acto de Juicio Oral y aquella vertida en fase de instrucción, las partes podrán solicitar la lectura de ésta última.

En el ámbito de la violencia de género, concretamente en aquellos supuestos en los que la víctima testigo prestaba declaración en fase de instrucción y, posteriormente, renunciaba a la acción penal en el plenario para acogerse a la dispensa del deber de declarar en dicha fase del proceso suponía que, de ser la única testigo de los hechos y no existir más pruebas, se produjera un vacío probatorio que conllevaba automáticamente la impunidad del agresor. En esta línea, afirma LOZANO EIROA que *"en los procedimientos judiciales tramitados al amparo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la declaración de la víctima suele ser la única prueba con la que cuenta el Tribunal para conocer los hechos y, en su caso, condenar al*

acusado cuando su autoría queda acreditada más allá de toda duda razonable. De lo dicho se infiere, pues, que en aquellos casos en los que el órgano jurisdiccional carezca de otros elementos probatorios que contribuyan a enervar la presunción de inocencia del acusado, la actitud de la víctima que, aún cuando en muchas ocasiones denuncia y posteriormente declara ante el Juez de instrucción, opta por guardar silencio en la vista del juicio oral (art. 707 LECrim), traerá consigo una Sentencia absolutoria”.

Ante estos resultados, se abrió el debate sobre la cuestión de si la declaración prestada en instrucción por parte de la víctima podía reproducirse en la fase de Juicio Oral por las vías legales reguladas en los artículos 730 y 714 LECrim con el fin de introducir la misma como un medio de prueba válido de ser enjuiciado por el Juez sentenciador en el plenario.

A estos efectos, el Tribunal Supremo en su Sentencia 459/2010, de 14 de mayo⁴⁷, fundamento jurídico 3º, se manifestó al respecto y apuntó que: *“no es admisible la utilización de declaraciones sumariales prestadas por quien posteriormente hace uso, en el acto de Juicio oral, de la dispensa que la ley le otorga según las previsiones de los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por la vía del artículo 714 (necesidad de aclaración de contradicciones) ni del 730 (imposibilidad de reproducción de la prueba) de ese mismo cuerpo legal, ya que no se dan los presupuestos legales (existencia de contradicciones o imposibilidad de práctica), de carácter excepcional e interpretación restrictiva, que justifiquen nada menos que el privar al acusado de la realización de las diligencias que le*

⁴⁷Sentencia del Tribunal Supremo 459/2010, de 14 de mayo.

incriminan en presencia del propio juzgador, con estricto cumplimiento de las garantías del procedimiento”. Posteriormente, y en idéntico sentido, el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2018 manifestó que “ *el acogimiento en el momento de juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecido en el artículo 416 de la LECrim., impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o si se hubieren efectuado con carácter de prueba preconstituida”.*

Por tanto, se achaca al diseño de la actividad probatoria de nuestro sistema procesal la imposibilidad de hacer valer las declaraciones sumariales en estos casos.⁴⁸

5.- DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN GENERAL DE DECLARAR TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 8/2021

Para evitar esos espacios de impunidad y, sobre todo, proteger a las víctimas a quienes se amenazaba con sufrir males si no se acogían a la dispensa, se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 389/2020, de 10 de julio⁴⁹.

Esta marcó el punto de inflexión para el avance hacia un nuevo marco legislativo limitando el ámbito subjetivo de la dispensa al señalar que una

⁴⁸FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 60.

⁴⁹SÁNCHEZ MELGAR, J., Nuevo marco a la dispensa del deber de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Revista de jurisprudencia, sección Tribuna (2021).

vez la víctima quede constituida en el proceso judicial como acusación particular ya no podrá ostentar la facultad de poder rehusar su participación en el juicio por medio del derecho que otorga el artículo 416 LECrim, independientemente de si hubiere renunciado a dicha condición.⁵⁰ Este criterio queda justificado por el Tribunal quien ha argumentado que el conflicto de intereses que pretende proteger la dispensa, tras haber denunciado y haber ejercido la acusación particular, ya no existe. La víctima ha ponderado y ha elegido por lo que, según SÁNCHEZ MELGAR, “*en consecuencia, no tiene sentido ofrecerle una y otra vez la dispensa que lo único que hace es volverla a victimizar*”.

Este cambio de concepción tan tajante y limitador ha revolucionado toda la doctrina que hasta ahora existía de forma no pacífica⁵¹, y es que tal y como

⁵⁰Sentencia 389/2020, de 10 de julio, fundamento jurídico 8º: “*Máxime tal diferencia es más visible en los casos de violencia de género, en donde la mujer denuncia precisamente a su pareja como autor de graves afrentas físicas o psicológicas mediante las cuales ha sido agredida precisamente ella, o a veces sus hijos, por la acción de aquél.*”

En estos casos, la dispensa a la obligación de colaborar con la Justicia, carece de fundamento, y así lo hemos declarado en multitud de resoluciones judiciales. No tiene sentido conceder una dispensa a declarar, a quien precisamente declara para denunciar a su agresor. Y también resulta igualmente de nuestros Acuerdos Plenarios, anteriormente citados, especialmente cuando el testigo se encuentra personado como acusación particular.”

⁵¹FERNÁNDEZ NIETO, J., “Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”. Editorial Jurídica SEPIN (2021) Pág. 58.

establece DEL MORAL⁵² “no es lo mismo progresar ajustándose la jurisprudencia a las nuevas realidades sociales a ritmo de yenka que a ritmo de vals”.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta aquí que nos encontramos ante un mandato constitucional, que, como tal, no puede eliminarse sino sólo ser configurado legalmente. En esta línea, la nueva LOPIVI, con ocasión de regular la protección de la infancia y la adolescencia, ha restringido definitivamente el contenido de la dispensa contemplada en el artículo 416 LECrim incluyendo cinco ordinales en el apartado primero del citado precepto, donde ha establecido “*excepciones a la excepción*” de la obligación de declarar por razón de parentesco. En la actualidad su tenor literal es el siguiente:

Artículo 416:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

- 1. Los parientes del procesado en líneas directas ascendiente y descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las*

⁵²Voto Particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García a la Sentencia recaída en el recurso de casación nº 2428/2018 y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Pablo Llanera Conde.

manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

1º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

2º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

4º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

5º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

(...)”

6.- CONCLUSIÓN

Es una paradoja jurídica el hecho de que haya sido el propio legislador el que se ha visto en la obligación de luchar contra la propia persona a quien pretendía proteger habida cuenta que se ha encontrado con que, en multitud de ocasiones, han sido las propias mujeres quienes, aprovechando las propias grietas procesales, se han amparado en garantías procesales para terminar burlando la aplicación de la ley y que, así, se absuelva al maltratador.

Es decir, ha resultado cuando menos contradictorio el hecho de que tras existir una demanda social de necesaria protección para la mujeres, cuando dicha protección se ha brindado, ha resultado ser la misma mujer-víctima quien ha acabado por declinar dicho auxilio judicial, aferrándose a una garantía procesal y obstaculizado el principio de oficialidad de los delitos de índole público, pues ha sido ésta quien, por la vía legal del 416 LECrim, ha actuado como defensa del maltratador, marcando las sendas que debía de seguir el proceso y articulando un espacio de impunidad para los agresores.

Con la reforma legal del artículo 416 LECrim operada por la LOPIVI, el legislador ha blindado la disponibilidad del proceso penal que hasta el momento ostentaban las víctimas-testigo de los delitos de violencia de género en los procesos seguidos en esta materia, avanzando, así, en un modelo de Estado paternalista que pretende proteger a la víctima hasta en aquellos casos en los que la misma no quiere ser protegida, debiendo para ello restringir derechos procesales.

7.- BIBLIOGRAFÍA

7.1.- OBRAS

BELTRÁN MONTOLIU, Ana. “Víctima de violencia de género y la dispensa del artículo 416 LECrim: evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época*, enero de 2018, número 19, p. 13-46.

CAMPANER MUÑOZ, Jaime. ”Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 2016*, 2020, número 44, ISSN 1575-4022.

DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, Sergio. “A vueltas con la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de julio”, *Revista de Derecho Penal y Criminología 3ª Época*, enero del 2020, Vol. 23, pág. 46-66.

ETZEBERRIA BEREZIARTUA, Eneko. “«C’est fini»: La dispensa de la obligación de declarar de la víctima contra su agresor es Historia del Derecho”. *Diario La Ley, Sección Tribuna*, diciembre de 2021, núm. 9972.

(www.diario.la.ley.la.ley.next.es)

FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. *“Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del artículo 416 LECrim”*. 1ª ed., Las Rozas (Madrid), SEPIN, 2021, ISBN 978-84-1388-050-1.

HERRERO ÁLVAREZ, Sergio. “El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: La Sentencia 389/2020, de 10 de julio”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, 2020, núm. 9698. (www.diario.la.ley.next.es)

LOZANO EIROA, Marta. “Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género”. *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, núm. 31, ISSN 1696-9642. (www.dialnet.unirioja.es)

ORTEGA GUTIERREZ, David. “Sinopsis artículo 24. Constitución Española”, 2003. (www.app.congreso.es)

PANSZI, RENEAUM Tania. *“¿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 UPF (Doctoral dissertation, Universitat Pompeu Fabra), 2014, Directoras de la Tesis: Dra. Elena Larrauri Pijoan i Dra. Maria Iglesias Vila.

QUINTERO VERDUGO, María Isabel. “La realidad Jurídico Social de los delitos de Violencia de Género”, *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social: IPSE-ds*, 2011, Vol.4, p.25-32, ISSN 2013-2352.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis.“¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra de su agresor?”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 2017. núm. 9014, ISSN 1989-6913

RAMON RIBAS, Eduardo Ramón,“Los delitos de violencia leve de género”, *Derecho Penal y Violencia de Género en Polítiques d’Igualtat i prevenció de la violència de gènere. Aspectes jurídics*, (2022-2023), p.1-15.

SÁNCHEZ MELGAR, Julián. “Nuevo marco a la dispensa del deber de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio”, *Revista de jurisprudencia, sección Tribuna*, 2021.(www.elderecho.com)

VEIGA VACCHIANO, Javier. “La dispensa para declarar del artículo 416 LECrim tras la LO 8/2021”, *Lex et Societas- Blog jurídico de actualidad*, noviembre del 2022, (www.lexetsocietas.com).

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2012. (www.indret.com)

7.2.- LEGISLACIÓN

Circular de la Fiscalía General del Estado 6/2011, de 2 de noviembre.

([www.violencia género.igualdad.gob.es](http://www.violencia_género.igualdad.gob.es))

Código Penal

Constitución Española.

Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (Congreso + Senado) de 13 de mayo de 2019.

([www.violencia género.igualdad.gob.es](http://www.violencia_género.igualdad.gob.es))

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.

Ley Orgánica 8/202, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia.

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

7.3.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia nº 99/1985, de 30 de septiembre.

Tribunal Constitucional. Sala Segunda, de 30/09/1985 RES:99/1985
REC:14/1985 TOL 79.514 (www.tirantonline.com)

7.4.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Acuerdo Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
de 24 de abril de 2013. (www.poderjudicial.es)

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo de 23 de enero de 2018. (www.poderjudicial.es)

Sentencia nº 331/1996, de 11 de abril.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 11/04/1996 RES:331/1996
REC:736/1995 TOL 406.729 (www.tirantonline.com)

Sentencia nº 1553/1997 de 17 de diciembre.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 17/12/1997 RES:1553/1997
REC:163/1997 TOL 407.837 (www.tirantonline.com)

Sentencia nº134/2007, de 22 de febrero.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 22/02/2007 RES:134/2007
REC:10712/2006 TOL 1.050.648 (www.tirantonline.com)

Sentencia nº 164/2008, de 8 de abril

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 8/04/2008 RES:164/2008
REC:1735/2007 TOL 1.303.038 (www.tirantonline.com)

Sentencia nº 292/2009, de 26 de marzo.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 26/03/2009 RES:292/2009
REC:11433/2008 TOL 1.486.845 (www.tirantonline.com)

Sentencia nº 319/2009, de 23 de marzo.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 23/03/2009 RES:319/2009
REC:11295/2008 TOL 1.499.111 (www.tirantonline.com)

Sentencia nº 13/2009, de 20 de enero.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 20/01/2009 RES:13/2009
REC:202/2008 TOL 1.441.121 (www.tirantonline.com)

Sentencia nº 459/2010, de 14 de mayo.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 14/05/2010 RES:459/2010
REC:11529/2009 TOL 1.878.820 (www.tirantonline.com)

Sentencia n° 160/2010, de 5 de marzo.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 05/03/2010 RES:160/2010
REC:2209/2009 TOL 1.792954 (www.tirantonline.com)

Sentencia n° 449/2015, de 14 de junio.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 14/07/2015 RES:449/2015
REC:10127/2015 TOL 5.391.181 (www.tirantonline.com)

Sentencia n° 677/2018, de 20 de diciembre.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 20/12/2018 RES:677/2018
REC:1388/2018 TOL 7.658.849 (www.tirantonline.com)

Sentencia n° 389/2020, de 10 de julio.

Tribunal Supremo. Sala Segunda, de 10/07/2020 RES:389/2020
REC:2428/2018 (www.tirantonline.com)

