

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXIX

■ Núm. 2.176

■ Marzo de 2015



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-15-001-5

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXIX • MARZO 2015 • NÚM. 2.176

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal

La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)*

GEMA MARTÍNEZ MORA

Juez sustituta. Doctora en Derecho

Resumen

El arraigo de la violencia sobre la mujer en nuestra sociedad, ha fundamentado desde finales de la década de los años ochenta hasta la actualidad constantes reformas legislativas, con el fin de dotar de mayor protección a la víctima de la Violencia Género; No deja de resultar paradójico que el despliegue normativo realizado por del legislador no alcance su objetivo proteccionista en aras a la existencia de un único precepto; El artículo 416 de la LECrim, acoge la dispensa del deber de prestar declaración de la víctima, única prueba de cargo en la mayoría de los casos, dificultando así su protección judicial. El incremento de casos donde la víctima de violencia de género se acoge en el plenario a la dispensa del deber de prestar declaración, hace necesario reflexionar sobre el alcance y contenido de la actual regulación del artículo 416 de la LECrim y la posibilidad de su reforma.

Summary

The roots of violence against women in our society, has informed since the end of the Decade of the eighties to the present constant legislative reforms, in order to provide greater protection to the victim of gender violence; Does seem paradoxical that the policy deployment made by the legislator does not reach its protectionist aim in order to the existence of a single precept; Article 416 of the code, home to dispensation from the duty to testify of the victim, only proof of position in the majority of cases, thus hampering their judicial protection. The increase in cases where the victim of gender violence welcomes in the plenary to dispensation from the duty to testify, makes it necessary to reflect on the scope and content of the current regulation of article 416 of the code and the possibility of reform.

Palabras Clave

Violencia de Género; Artículo 416 LECrim; Víctimas-Testigos; Protección judicial; Parentesco; Parejas de hecho; Exparejas de hecho; Reforma; Jurisprudencia.

Key words

Violence of gender; Article 416 code; Victims-witnesses; Judicial protection; Kinship; Domestic partners; Exparejas of fact; Reform; Jurisprudence.

* Fecha de recepción: 1-2-2015. Fecha de aceptación: 12-2-2015.

Sumario

1. Planteamiento: Regulación normativa de la violencia en el ámbito familiar y violencia sobre la mujer.
2. El Testimonio de la víctima. Problemas planteados.
3. El artículo 416 LECrim.
 - 3.1. Fundamento.
 - 3.2. Ámbito de aplicación. Interpretaciones jurisprudenciales.
 - 3.3. Necesaria reforma legislativa.
4. Derecho Comparado.
 - 4.1. Italia.
 - 4.2. Francia.
 - 4.3. Reino Unido.
 - 4.4. Alemania.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO; REGULACIÓN NORMATIVA DE LA VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

El 25 de noviembre de 2014 se conmemoró el Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, instaurado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y las cifras continúan siendo escalofrantes, 750 mujeres han muerto a manos de la violencia machista en la última década, y en lo que llevamos ya se elevan a 45 según las estadísticas oficiales¹ El Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género ha manifestado al respecto su propósito de seguir avanzando y profundizando en la adopción de medidas en la Administración de Justicia que hagan más eficaz la labor diaria de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de manera que se facilite a las víctimas una respuesta judicial, especializada y más rápida, para propiciar que las víctimas encuentren un mayor ámbito de protección”²

El arraigo de la violencia sobre la mujer en nuestra sociedad, ha fundamentado desde finales de la década de los años 80 hasta la actualidad constantes reformas legislativas, encuadradas dentro de los planes del Estado de acción contra la violencia sobre la mujer con el fin de prevenir estas conductas y dotar de mayor protección a la víctima de violencia de género frente a la violencia machista.

Pocas veces se ha acometido una reforma penal tan importante como la que se viene desarrollándose en España desde el año 1989 en materia de violencia doméstica y violencia sobre la mujer, con la entrada en vigor de La Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Código Penal, (momento en el que se tipifica por primera vez la violencia física habitual en el ámbito familiar), la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, (que modifica el Código Penal de 1995 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.) y la aprobación conjunta de la reforma del Código penal que afectó a un tercio de su texto por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, más cuatro leyes que al mismo tiempo modificaron preceptos de derecho penal y derecho procesal penal, así como la Ley Orgánica de 11/2003 de 29 de septiembre y medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica y medidas de integración de extranjeros, la Ley Orgánica de 13/2003 de 24 de octubre de reforma de Ley de Enjuiciamiento criminal y la Ley 27/2003 de 31 de julio reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica., la Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género y el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo donde se regula el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica entre otras, unidas al amplio marco de medidas legislativas en materia de sensibilización y prevención, educación y formación, recursos sociales y sanidad para la actuación conjunta en la prevención y protección de la víctima de violencia de género.

¹ En fecha 15 de octubre de 2014, El Observatorio de Violencia doméstica y de género presento los datos estadísticos correspondientes al segundo trimestre de 2014. El número de denuncias presentadas en el segundo trimestre ascendió a 31.494, lo que supone un aumento del 6,8% respecto al primer trimestre. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dictaron en el segundo trimestre de 2013 un total de 4.662 sentencias. De ellas, el 73,21% resultaron condenatorias (3.413) y el 26,79% absolutorias (1.249). <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero>

² Véase Declaración Institucional de fecha 25 de noviembre de 2014, Observatorio contra la violencia doméstica y de género.” <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Observatorio-contra-la-Violencia-Domestica-y-de-Genero-se-compromete-a-seguir-adaptando-medidas-que-faciliten-la-proteccion-de-las-victimas>”.

2. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA. PROBLEMAS PLANTEADOS

No obstante este empeño del legislador en castigar la lacra de la violencia machista y dotar de mayor protección a la víctima, los delitos relativos a la violencia de género, o a la violencia doméstica, se cometen habitualmente en el ámbito familiar, aquel reducto de privacidad carente de otros medios de prueba que corroboren la realidad de los hechos que no sean la declaración de la propia víctima, por lo que en aras de facilitar la actividad probatoria en el proceso penal, la jurisprudencia constante, de manera unánime otorga valor de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia a la declaración de la víctima, siempre que cumpla los criterios o parámetros que de manera unánime ha venido exigiendo la doctrina jurisprudencial. Entre otras la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2011 (Pte. Prego de Oliver Tolivar), establece que “la valoración de la declaración de la víctima corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad, a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan: A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes: a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone que La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea, no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido...y que La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone, tanto la persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse, como en la concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades y por último la coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes”;

Toda vez como tiene declarado la Sala 2ª del T.S (Sentencias de 3 de Marzo y de 26 de Octubre de 2000), debe partirse para una correcta valoración de la prueba practicada de que los hechos suceden en el ámbito, privado en este caso familiar, y por tanto sin testigos ajenos; Y por otra parte la realidad social del tiempo en que se debe aplicarse la norma (art.3.1 del Código Civil) obliga a interpretar en base a los principios sociales o lo que es lo mismo esa realidad social demanda una respuesta contundente a un problema como el de la violencia en el ámbito familiar, que se quiera o no, tradicionalmente ha sido enmascarado para considerar el problema como privado, y por tanto ajeno al derecho penal; Y la respuesta debe provenir del derecho penal.

La declaración de la víctima en el ámbito del proceso penal, se presenta esencial por tanto para la acreditación de los hechos, e implica *a sensu contrario* que la inexistencia de la misma, posibilitada por la dispensa de la obligación de prestar declaración al cónyuge del procesado prevista en el artículo 416 LECrim, subterfugio de cotidiano empleo por la víctima en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, determinara la absolución del acusado y consecuentemente la inevitable desprotección de la víctima, toda vez las pruebas periciales médicas solo objetivarán la realidad del daño producido no el origen del mismo y la declaración de testigos de referencia, a tenor de la jurisprudencia no pueden por sí mismos, si no se encuentra acompañada de

otras pruebas periféricas que corroboren la versión de los hechos, desvirtuar la presunción de inocencia del acusado constitucionalmente consagrada.

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

Otro de los problemas planteados se plantea con la imposible aplicación del art. 710 LECrim, que faculta la lectura a instancia de cualquier de las partes de las diligencias sumariales que por causas independiente a la voluntad de aquellas no puedan ser reproducidas en el acto del plenario, en los supuestos de ejercicio del derecho dispensa, mostrando unanimidad la jurisprudencia al respecto. Entre otras STS 1885/2000 de 27 de Noviembre que dispone “a la hora de determinar el valor de las declaraciones hechas en fase de instrucción por una persona que posteriormente comparece al juicio oral, pero no declara al acogerse al derecho a no hacerlo en contra del acusado, “ a este respecto en la sentencia de esta Sala 1587/97, de 17 de diciembre, con referencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 1986, se dice que “aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio de Roma, sin embargo, su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa. De manera que como al negarse tales testigos a declarar ante el Tribunal competente impidieron al demandante que las interrogara o hiciera que se las interrogara sobre sus declaraciones, y, no obstante, la sentencia se basó en dichas declaraciones, ha de concluirse que se declarado culpable al acusado fundándose en testimonios frente a los cuales sus derechos de defensa eran muy limitados. Por lo tanto, el denunciante no contó con un proceso justo y se violó así el apartado 1 del artículo 6 del Convenio en relación con los principios inherentes al apartado 3. d) del mismo precepto. Añadiendo que a efectos de mayor clarificación para el futuro de lo que es doctrina jurisprudencial de esta Sala, se debe recalcar que se trata de una simple excepción a la regla general que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y esta Sala establece para los supuestos excepcionales en que se permite la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario si aquél no comparece a tal acto; pero nunca para los supuestos en que –como se señaló– comparece al juicio oral y no se somete, acogiéndose a una dispensa legal, al derecho a no declarar contra el acusado. Es decir que de acuerdo con el art. 730 de la Ley Procesal Penal, las diligencias sumariales únicamente

pueden ser leídas en el juicio oral cuando por causas independientes a la voluntad de las partes no puedan ser reproducidas en él; lo que no ocurre en el caso que ahora se examina”

La doctrina jurisprudencial expuesta circunscribe así el carácter esencial de la declaración de la víctima en el marco del proceso penal, y a contra tenor la norma procesal faculta a la misma a acogerse a la dispensa de la obligación de declarar, lo que sin duda evidencia un contrasentido en las aspiraciones proteccionistas de la víctima de la violencia de género.

La Fiscalía General del Estado eleva a ratios significativas el número de retiradas de la acusación debidas a que la víctima de la violencia de género se acoge en el acto plenario del juicio oral a tal dispensa. En su Memoria del año 2008 ya hizo constar que el 44% de las retiradas de acusación se deben precisamente a que la víctima de violencia de género se acogió en el plenario a la dispensa de declarar. Sin embargo, en este último año 2014 se produjo la mayor cantidad de retiradas de acusación motivadas por el derecho de dispensa de toda la serie estadística, 138 casos, el 56,79% de todos los retirados, consolidando una tendencia al alza desde 2008, cuando se identificó esta situación en 96 procedimientos.³

El objeto del presente artículo, se centra en analizar la difícil protección judicial la víctima de violencia de género en base a la concurrencia del artículo 416 de la LECrim. El incremento de casos donde la víctima de violencia de género se acoge en el plenario a la dispensa del deber de prestar declaración, hace necesario reflexionar sobre el alcance y contenido de la actual regulación del artículo 416 de la LECrim y la posibilidad de su reforma.

3. EL ARTICULO 416 LECRIM

3.1 Fundamento

Así las cosas, no deja de resultar paradójico que este abrumador despliegue normativo y jurisprudencial no logre el objetivo proteccionista de la víctima de violencia de género en aras a la existencia de un único precepto; El artículo 416 de la LECrim, que dispone: “Están dispensados de la obligación de declarar: 1) Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el artículo el número 3 del artículo 261 (exclusión de la obligación de denunciar a los hijos naturales respecto de la madre en todo caso y respecto del padre, cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos). El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario Judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”.

Según Alcalá-Flores,⁴ se invoca como justificación de la dispensa el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar silencio, basándose, bien en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado (protección de las relaciones familiares art. 39 CE), bien en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar (art. 18 CE).

³ Véase Memoria de la Fiscalía 2014. Volumen II. Estudios Estadísticos <https://www.fiscal.es/fiscal/>

⁴ ALCALA-FLORES, Rafael. “la dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial. III. Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.2008.

Y sin duda, es unánime la opinión jurisprudencial respecto al legítimo fundamento de la dispensa, que se encuentra en “resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculcado.” (STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2007, nº 134/2007, rec. 10712/2006. Pte.: Giménez García, Joaquín), o como apunta La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 31 de marzo de 2009, nº 13/2009, rec. 11/2009. Pte.: Tardón Olmos, María “ La razón de ser de dicho precepto no es el de proteger al imputado dentro del proceso, como viene a invocar la defensa, sino la protección del testigo pariente en situación de conflicto entre la obligación de declarar con verdad y su interés en ocultar o silenciar a la administración de justicia la situación de maltrato por el amor o por otras razones personales y familiares del testigo, en la consideración de que no puede someterse a personas tan cercanas al acusado a la tesitura de tener que declarar la verdad de lo que conocen que pudiera incriminarle, o verse en la situación de poder mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio. Para Varela Castro: “La exención suele justificarse desde el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio. Tal fundamento es también el que justifica la exención de responsabilidad penal ante la eventual imputación de responsabilidad criminal a título de encubrimiento. Así resulta del artículo 454 del Código Penal. La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución”. (STS, Sala 2ª, de 26 de marzo de 2009, nº 292/2009, rec. 11433/2008. Pte. Varela Castro, Luciano)

La STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, rec. 11295/2008. Pte. Marchena Gómez, Manuel, en su FD Primero establece que “En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. El art. 416.1 de la LECrim, no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría”.

3.2. Ámbito de aplicación. interpretaciones jurisprudenciales

El marco de la protección judicial a la víctima de violencia de género queda reducido notablemente no ya solo por la existencia misma de la referida dispensa del deber de prestar declaración sino por el ámbito de aplicación de la misma.

El primer problema planteado al respecto se centra en su aplicación o no a las parejas de hecho, o personas unidas en análoga relación a la del matrimonio, toda vez, el artículo 416.1 LECrim no menciona expresamente a las parejas de hecho entre aquellos que pueden acogerse a la dispensa de declarar.

A tenor de la jurisprudencia constante, la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim deberá aplicarse por analogía a la persona ligada por análoga relación de afectividad de forma estable, toda vez “La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación *more uxorio* y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos. Por lo que se refiere al sistema de justicia penal, basta la lectura de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal que se refiere junto a la relación conyugal a la de que la persona “esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad” (STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2007). En igual sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 19 de febrero de 2009, nº 117/2009, Pte. Romera Vaquero, Consuelo, establece: “Como señala, por todas, la sentencia de esta Sección de 16 enero de 2008 (Pte. Rasillo López)” esta Sala, especializada en violencia de género, tiene declarado en multitud de resoluciones que en efecto la situación de análoga relación de afectividad ha de equipararse a la del matrimonio a efectos del artículo 416 de la Lecrim y ello por las siguientes razones:

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

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

c) Por el hecho de que el propio Tribunal Supremo en otros supuestos en los que el Código Penal no recoge expresamente la equiparación anterior, la ha establecido, como es el de la excusa absoluta respecto a los delitos patrimoniales previstos en el art. 268 del C. Penal acordando en el Pleno no Jurisdiccional de 1 de marzo de 2005 que a los efectos del art. 268 del C. Penal EDL1995/16398 las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial.

d) Por estimar que la denegación de dicha equiparación sería efectuar una interpretación contraria a la realidad de la sociedad actual, que en ningún caso ampararía las reglas generales de la interpretación de las normas jurídicas, conforme al art. 2 del Código Civil, creando situaciones

discriminatorias, en las que a supuestos *de facto* prácticamente iguales en su fundamentación se les aplicaría una normativa diferente.”

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

Y así: “En efecto, como dice la STS de 22 de febrero de 2007 la razón de ser de la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece el artículo 461 LECrim, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado. Y tanto la relación conyugal como la unión estable análoga a la matrimonial generan una semejante capacidad de crear los estrechos afectos de pareja, de suerte que concurren en ambos supuestos las razones de solidaridad que pueden conducir a la dispensa de declarar. Solidaridad justificadora de la excepción no sólo desaparece en los supuestos de divorcio (art. 85 y 88 Código Civil), sino que también lo hace en los casos de un firme y decidido cese afectivo en la relación de hecho asimilable. Entonces ya no existe el vínculo de familiaridad con el acusado que justifique una exención de la obligación de declarar del testigo.

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

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

Los anteriores criterios jurisprudenciales asientan el criterio unánime en la actualidad de la equiparación de la pareja de hecho o persona unida en análoga relación de afectividad al cónyuge o persona unida en vínculo matrimonial o a efectos de la aplicación de la dispensa en base a que la pareja de hecho y el matrimonio se encuentran en la misma situación *more uxorio*. Además, se pone de manifiesto que se han equiparado expresamente los efectos en supuestos tales como la agravante mixta de parentesco (art. 23 CP), los delitos de violencia doméstica (art. 173 CP) y de encubrimiento de parientes (art. 454 CP).

Y por lo que respecta a la excusa absolutoria entre parientes, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado en su reunión del día 1 de marzo de 2005,

prescribe que: “A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”.

El segundo de los problemas planteados en torno al ámbito de aplicación de la dispensa gira sobre su extensión o no en el caso de las exparejas de hecho o ex cónyuges. La doctrina mayoritaria considera que si bien la protección penal prevista en la norma recae tanto sobre la víctima vinculada por relación de análoga de afectividad al autor de los hechos como sobre la que hubiera cesado dicha relación de pareja, la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim no podrá otorgarse cuando la víctima en el momento de prestar declaración como testigo en el plenario, no tuviera ya relación de pareja con el acusado y ello por entender que es en ese momento procesal cuando surgen las obligaciones y derechos inherentes a tal condición. Entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 27ª, de 18 de marzo de 2009, nº 205/2009, dispone que: “Esta Sala ha venido manteniendo que tal dispensa alcanza, del propio modo, a las personas unidas al acusado por análoga relación de afectividad a la conyugal, equiparando así la relación conyugal a la de convivencia declarada por la víctima, lo que ha sido, además, admitido de modo expreso en la más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia 134/07, de 22 de febrero.

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

No obstante frente a la anterior tesis, el Tribunal Supremo en alguna resolución, atendiendo a cual sea el auténtico fundamento de la dispensa, la solidaridad familiar, o la intimidad familiar, extiende el ámbito de aplicación de la dispensa a la expareja de hecho, al entender que si la dispensa se basa únicamente en la solidaridad, se entiende que una vez que el vínculo que la justifica no existe no hay motivos para no exigir al afectado que declare como testigo. Ahora bien, matizan que, aunque exista ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia, no se debe impedir al testigo acogerse a la dispensa si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento. Así la STS Sala 2ª, de 26 de marzo de 2009 dispone “La especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento. Más aún, si cabe, cuando, como en este caso, la víctima no incluyó este hecho en su denuncia inicial, origen del procedimiento. Al contrario, se limitó a narrarlo a preguntas del Ministerio Fiscal en su primera declaración judicial, y a no excluirlo de un genérico ofrecimiento de acciones, que aceptó también genéricamente.

A estas consideraciones, sobre el momento a considerar, se acercan soluciones como la italiana, en la que, junto a la discutible solución de que la exención se excluya en la ley cuando la persona testigo es denunciante o víctima, el artículo 199 del código procesal extiende la exención de la obligación de declarar al cónyuge o asimilado que lo es o lo ha sido en referencia a los hechos ocurridos durante la convivencia.

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

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

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

En el año 2013, la Sala Segunda del TS, ha venido a unificar las diversas posturas mantenidas respecto a momento en que la víctima puede acogerse a la dispensa y por tanto respecto al ámbito de aplicación del artículo 416 LECrim, considerando que podrá acogerse a la dispensa de la obligación de prestar declaración con carácter general el cónyuge, o pareja de hecho en análoga relación de afectividad a la del matrimonio, del acusado exclusivamente.

Así, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece dispone “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”.

El acuerdo no jurisdiccional viene a acotar la interpretación judicial que con carácter extensivo se venía realizando respecto al momento en que puede el testigo acogerse a la dispensa, excluyendo así la misma al ex cónyuge y expareja de hecho del acusado que hayan sido víctima de algunos de los delitos comprendidos dentro del marco de la violencia de género. No obstante, y aun contando con la supresión de la dispensa en estos supuestos, el problema persiste en aquellos casos donde la víctima se halle unida en matrimonio o en análoga relación de afectividad en el momento de los hechos.

3.3. Necesaria reforma legislativa

El artículo 416 LECrim regula la dispensa del deber de prestar declaración respecto a testigo pariente del procesado, basándose en la no exigibilidad de otra conducta del testigo que tiene derecho en hacer prevalecer la solidaridad familiar. La controversia surge en aquellos casos, la mayoría sin duda, en que el testigo pariente es a su vez víctima del delito, siendo su declaración crucial en el proceso, frente al carente valor probatorio que representan a tenor de la jurisprudencia constante otras pruebas de cargo sin otros elementos periféricos que las corroboren, como la declaración de los testigos de referencia o los informes médicos forenses. Polémica la anterior, que ha venido a suscitar el planteamiento por diversos sectores la necesidad de reformar el artículo 416, en el sentido de acotar o suprimir la dispensa en el supuesto de testigos-víctimas de violencia de género, entendidas éstas, las referidas en el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La posición de la víctima en el proceso penal ha venido a alcanzar tal importancia que inclusive la doctrina jurídica ha venido advirtiendo que el objeto del proceso no puede quedar al arbitrio y disponibilidad de la misma, tal y como afirma la STS 58/08, de 25 de enero, que dispone “De lo contrario se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho penal en el ámbito familiar, aún en delitos públicos o semipúblicos”.

Entre otros sectores, El Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer sostiene que “no debemos olvidar que el fundamento de la dispensa que se recoge en el art. 416 de la LECrim es respetar la solidaridad familiar del testigo respecto del imputado que comete un delito que no atenta sus bienes jurídicos, por tanto del testigo que no es víctima y ha sufrido la agresión a manos de su esposo y pareja”.⁵

En igual sentido el Consejo General del Poder Judicial señala que “para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECrim. Que esta dispensa de la obligación de declarar no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto”.⁶

Por su parte La Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2008 apuntó la necesidad de una reforma legislativa del artículo 416 LECrim que o bien suprima la excusa en caso de víctimas de los delitos o, preferiblemente, impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él”.⁷

Magro Servet⁸ ha venido afirmando que la dispensa no puede ser aplicada a las víctimas de violencia de género toda vez no puede equipararse al testigo fijado en el art. 416 Lecrim,

⁵ Véase Informe de 28 de junio de 2007 del Observatorio estatal de Violencia Sobre la Mujer. http://www.msssi.gob.es/I_Informe_Anual.

⁶ Véase Informe de fecha 11 de enero de 2011 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.

⁷ Véase Memoria de la Fiscalía 2008. Volumen I. <https://www.fiscal.es/fiscal/>

⁸ Magro Servet, Vicente. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. (artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal? Diario la Ley. Número 6333. Miércoles 5 de octubre de 2005.

proponiendo una reforma puntual del art. 416 LECrim., destinada a excluir literalmente a las víctimas-testigos de la opción de hacer uso de la citada dispensa.

No obstante, esta unánime propuesta de exclusión de la dispensa a todo testigo que a su vez sea víctima del delito, podría implicar un remedio de difícil asunción en el plano técnico al tropezar con el propio fundamento de la dispensa, toda vez se privaría al testigo de la posibilidad de resolver el conflicto que se le puede entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado, y en definitiva de la libertad de decidir si mantiene o no sus vínculos familiares

La STS de 12 de julio de 2007 nº 625/07; ha venido marcando una nueva corriente jurisprudencial que apunta la posibilidad de excluir en el plenario la dispensa no a todos los testigos que sean a su vez víctimas del delito sino exclusivamente a aquellos testigos que siendo víctimas del delito hayan sido parte denunciante del mismo toda vez, sostienen que la dispensa que prevé el artículo tiene su causa de justificación en aquéllos que se nieguen a declarar respecto de hechos de los que tengan conocimiento pero que perjudiquen a aquellos a quienes se encuentran unidos por relaciones de parentesco que el propio precepto enumera , pero no de aquello de cuyos hechos son víctimas.

La mencionada resolución diferencia a efectos de la exclusión de la dispensa prevista en el artículo 416 LECrim aquellos casos en que la víctima se erige al mismo tiempo en testigo de los hechos, de aquellos otros en los que la víctima de manera libre voluntaria y espontánea inicia el proceso personándose en dependencias policiales, e interponiendo denuncia de los hechos de los que dice ser víctima, tras ser advertida de la dispensa que le asiste, toda vez, debe entenderse que en este último caso no le es aplicable la dispensa establecida en el art 416 de la Lecrim, dado que este precepto lo establece es un derecho renunciable en beneficio de los testigos pero no de los denunciantes.

Así la STS 625/07, de 12 de julio señala “La Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º Lecrim, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416 LECrim establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección”.

En igual sentido STS 101/2008, de 20 de febrero que dispone “El art. 416 de la Ley procesal penal dispone la dispensa a la obligación de declarar a las personas que cita, entre las que ha de incluirse a aquellas que mantienen vínculos de afectividad análogos al matrimonio. Esa dispensa es un derecho del que deben ser advertidos las personas que encontrándose en esa relación sean requeridas para participar a la indagación de hechos delictivos una manifestación sobre lo que tengan conocimiento y que contribuyan al esclarecimiento de lo que se investiga. Resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la *noticia criminis*, se indaga el delito. En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga”.

4. DERECHO COMPARADO

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 querrellado 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.⁹

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*.¹⁰

⁹ 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).

Según Villamarín López,¹¹ el legislador 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 al proceso⁹. Por lo que se refiere a la segunda excepción, entiende la doctrina que, mediando violencia del acusado frente al pariente, la unidad familiar, aquella solidaridad entre sus miembros se ha rotoll y, por tanto, es de suponer que razonablemente también habrán desaparecido los vínculos morales que podían frenar al pariente a la hora de declarar contra el 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.¹²

Autores doctrinales como Grevi 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 acusado¹³

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).

¹¹ 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.

¹² Corte Costituzionale 12.01.1977, n. 6, GiC 1977, 33.

¹³ GREVI, *Il segreto familiare*, 1974, p. 105.

No obstante lo anterior el mismo artículo 336, dispone a continuación 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, aun 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. La legislación penal reconoce así una incapacidad parcial o relativa de los testigos parientes para dar testimonio.¹⁴

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 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*¹⁵, 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 Comitee (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. Con todo, quedaban exentos de esta obligación los cónyuges¹⁸ co-acusados. Todas estas reflexiones fueron acogidas finalmente en la Sección 80 de la Police and Criminal Evidence Act de 1984¹⁶, que es el texto actualmente vigente que se ocupa de esta materia.

4.4. Alemania

En Alemania a diferencia de los tres ordenamientos anteriormente examinados, la regulación respecto a la dispensa de prestar declaración de los testigos, es unánime respecto de aquellos testigos que a su vez sean parientes del acusado, pero respecto al tratamiento de los parientes

¹⁴ Véase STEFANI, *Procedure penale*, 2000, págs. 765 y ss; RASSAT, *Traité de procédure penale*, 2001, págs. 403 y 404; VERGÈS, *Procedure penale*, 2005, págs. 83-84; VOGLER, "France", *Criminal Procedure in Europe*, pág. 243.

¹⁵ (1979) AC. 474.

¹⁶ Véase el texto de la Sección 80 de la Police and Criminal Evidence Act de 1984 en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/80>; 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. 10. www.indret.com.

que han sido víctimas, no contempla ninguna excepción al privilegio de no declarar a su favor, ni a favor de quienes hayan denunciado los hechos.¹⁷

Así, 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. Sin embargo, señala HUBER que el efecto de este precepto es limitado porque no es aplicable a los jueces, por lo que si previamente le han tomado declaración formal a un testigo, pueden ser llamados a dar testimonio sobre el contenido de dicha declaración.¹⁹

5. CONCLUSIONES

La consolidada jurisprudencia en relación con las víctima de violencia de género sobre la extensión de la dispensa del deber de prestar declaración de los testigos 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

¹⁷ Esta postura ha sido objeto de críticas por algunos sectores de la doctrina que sostienen que los delitos que atentan contra la familia la dañan desde el punto de vista moral y psicológico, por lo que subyace un interés público en su investigación y, por tanto, no debe dejarse que estas conductas se oculten tras el derecho a no declarar de los parientes. Véase RENGIER, “*Die Zeugnisverweigerungsrechte*”, 1980, pp. 93 y 94.

¹⁸ MEYER-GOßNER, “Comentario al § 52” en MEYER-GOSSNER et al., *Strafprozessordnung*, 55ª ed., 2012.

¹⁹ Véase HUBER, “Criminal Procedure in Europe”, 2008, pág. 337, 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.

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 agresor.

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.

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.²⁰, 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.

²⁰ La STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, rec. 11295/2008. Pte: Marchena Gómez, Manuel

BIBLIOGRAFÍA

- FLORIAN, Delle prove penali, 1961.
- GREVI, Il segreto familiare, 1974.
- HUBER, “Criminal Procedure in Europe”, 2008.
- MEYER-GOßNER, “Comentario al § 52” en MEYER-GOSSNER et al., Strafprozessordnung, 55ª ed., 2012.
- MAGRO SERVET, Vicente. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores. (Artículo 416 Lecrim): ¿Es necesaria una reforma legal?” Diario la Ley. Número 6333. Miércoles 5 de octubre de 2005.
- 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.
- RASSAT, Traité de procédure penale, 2001,
- STEFANI, Procédure penale, 2000.
- VERGÈS, Procédure penale, 2005
- VOGLER, “France”, Criminal Procedure in Europe, pág. 243.
- VILLAMARÍN LÓPEZ, 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.

TEXTOS CONSULTADOS

- La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: segundo trimestre de 2014. 15 de octubre de 2014 <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero>.
- Declaración Institucional de fecha 25 de noviembre de 2014, Observatorio contra la violencia doméstica y de género. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/EI-Observatorio-contra-la-Violencia-Domestica-y-de-Genero>
- Memoria de la Fiscalía 2014. Volumen II. Estudios Estadísticos. <https://www.fiscal.es/fiscal/>
- Informe de 28 de junio de 2007 del Observatorio estatal de Violencia Sobre la Mujer. http://www.msssi.gob.es/ I_Informe_Anual.
- Informe de fecha 11 de enero de 2011 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.
- Memoria de la Fiscalía 2008. Volumen I. <https://www.fiscal.es>.

