

LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ESTUDIO Y ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES MÁS CONTROVERTIDAS

**-TRABAJO DE FIN DE GRADO-
GRADO EN DERECHO**

ALUMNA:
ARACELI ROS GARCÍA

DIRIGIDO POR:
KATIXA ETXEBARRIA ESTANKONA

CURSO 2020-2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
I. MARCO CONTEXTUALIZADOR.....	6
1. LA DISPENSA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	6
1.1. Realidad actual de la violencia de género: algunos datos.....	6
1.2. Valor de la declaración de la víctima como prueba de cargo	8
2. FUNDAMENTO DE LA DISPENSA.....	9
2.1. Fundamento normativo de la dispensa.....	9
2.2. Su interpretación jurisprudencial y doctrinal.....	11
3. OBJETIVO DE LA DISPENSA	12
II. RÉGIMEN ACTUAL DE LA DISPENSA EN VIOLENCIA DE GÉNERO ...	15
1. EL ART. 416 LECRIM: REDACCIÓN ACTUAL Y REFORMAS PREVIAS.....	15
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA DISPENSA EN VIOLENCIA DE GÉNERO	17
2.1. Alcance subjetivo de la dispensa e identificación de la víctima de violencia de género en la redacción del art. 416 LECrim	17
2.2. Extensión de la dispensa a las relaciones análogas a la matrimonial	19
2.3. Necesidad de convivencia a efectos de otorgar el derecho a la dispensa	20
2.4. Extensión de la dispensa a las ex parejas.....	21
3. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR O ADVERTIR A LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO SOBRE LA DISPENSA	23
4. POSIBLES CONDUCTAS PROCESALES DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA DISPENSA	25
4.1. Algunos datos sobre el acogimiento a la dispensa.....	25
4.2. Acogimiento a la dispensa por parte de la mujer víctima no denunciante	26
4.2.1. El recurso a los testigos distintos a la mujer víctima: testigos directos, indirectos y admisibilidad de los mismos	27
4.2.2. ¿Puede la víctima no denunciante, que es citada como testigo a declarar, acogerse a la dispensa?	30
4.3. Acogimiento a la dispensa por parte de la mujer víctima y denunciante	31

4.4. Acogimiento a la dispensa por parte de la mujer víctima denunciante y parte acusadora	32
4.5. Acogimiento a la dispensa en juicio por parte de la mujer víctima que prestó declaración en fase de instrucción	33
5. MENCIÓN ESPECIAL A LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE LA DISPENSA: LA STS 389/2020, DE 10 DE JULIO.....	36
5.1 Un cambio drástico de orientación	36
5.2. Votos particulares	39
III. EL FUTURO DE LA DISPENSA EN VIOLENCIA DE GÉNERO	40
1. ALGUNOS INTENTOS DE REFORMA PASADOS	40
1.1. Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011..	40
1.2. Propuesta de Código Procesal Penal de 2 de marzo 2012	41
2. PROPUESTAS ACTUALES	42
2.1. Documento refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de género de 13 de mayo de 2019 (Congreso y Senado).....	43
2.2. Proposición de Ley de Medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia machista de 4 de diciembre de 2020	43
2.3. Anteproyecto de LECrim de 24 de noviembre de 2020	45
IV. CONCLUSIONES FINALES Y REFLEXIÓN PERSONAL	46
BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES COMPLEMENTARIAS	50

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art(s).	artículo(s)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DF	Disposición Final
FGE	Fiscalía General del Estado
<i>Ibidem.</i>	En el mismo lugar
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> ("obra citada")
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
VG	Violencia de Género

INTRODUCCIÓN

Las líneas que conforman el presente trabajo se centran en una de las cuestiones del ámbito procesal penal español que, sin duda alguna, sigue siendo objeto de controversia para los tribunales y personas expertas en la materia. Hablamos de la dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -en adelante, LECrim- en el ámbito de la violencia de género -en lo sucesivo, VG-. El citado precepto, reconoce a una serie de personas el derecho a no declarar en contra de su pariente acusado, incluyendo, dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, a las víctimas de violencia machista. Sin embargo, a pesar del reconocimiento expreso de la dispensa, que exime a la víctima de VG de la obligación de declarar en contra de su agresor, su interpretación y régimen de aplicación no ha sido una cuestión pacífica. Al respecto, es preciso tener en cuenta que el relato de la víctima resulta primordial en la lucha contra la VG, en tanto que su silencio favorece la absolución del agresor por falta de prueba. Pero tampoco ha de pasarse por alto la sumisión y dependencia emocional que conlleva este tipo de violencia, que puede hacer que el acogimiento a la dispensa no sea por voluntad propia de la mujer.

Es clara la disputa que durante años ha originado y que, actualmente, sigue existiendo sobre la cuestión apuntada. Muestra de ello son las diferentes propuestas de reforma formuladas para una nueva redacción del art. 416 LECrim. Precisamente, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género también ha subrayado la necesidad urgente de modificación legal que requiere esta cuestión, formulando al respecto una medida concreta, la nº 142. Por su parte, la sentencia STS 389/2020, de 10 de julio -a la que dedicaremos una mención especial en este trabajo-, no ha hecho más que avivar aún más el debate sobre el mantenimiento de la dispensa en violencia de género.

Si bien es cierto que el art. 416 LECrim ha sido objeto de reforma en algunos aspectos mediante la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia, estableciendo límites a la dispensa como una forma de protección para los y las menores de edad y personas discapacitadas dependientes, la cuestión no ha quedado cerrada.

Con estas pequeñas pinceladas expuestas, queda clara la actualidad de esta cuestión. Precisamente, por ello, centraremos nuestro trabajo de investigación en la dispensa de obligación de declarar en VG. A lo largo de estas páginas, sumergiéndonos en los vaivenes jurisprudenciales y doctrinales, y, con el fin de llegar al entendimiento de la verdadera controversia que supone la existencia de esta posibilidad procesal, trataremos de analizar la problemática surgida cuando la víctima de VG decide no declarar y acogerse a la dispensa que le proporciona el art. 416 LECrim.

Para realizar nuestro estudio, hemos estructurado el trabajo en cuatro bloques principales. En primer lugar, se situará contextualmente la dispensa, para ello, se expondrán una serie de datos que reflejan la verdadera incidencia de la violencia de género en nuestra sociedad; y, al mismo tiempo, se tratará el peso que tiene el relato de la mujer en el proceso penal de VG. Además, se precisará el fundamento y objetivo de la dispensa.

En segundo lugar y dando paso al estudio del régimen actual, es preciso analizar las reformas que han culminado en la redacción vigente del precepto y la identificación de la víctima de VG en la misma, junto con las consideraciones que su ámbito subjetivo abarca, tales como su extensión a las relaciones análogas a la matrimonial y a las ex parejas y la necesidad de convivencia a efectos de otorgarla. También se abordará la cuestión relativa al deber o no de informar a la víctima de este derecho en el proceso penal. A continuación, se determinarán las posibles conductas procesales que puede adoptar la mujer en el procedimiento, así como las consecuencias derivadas de las mismas. Por último y para finalizar este apartado, tomando en consideración lo anteriormente expuesto, se hará una especial mención a la más reciente jurisprudencia sobre la dispensa en VG y requisitos planteados para su aplicación.

En tercer lugar, se abordará el futuro de la dispensa en VG. Al respecto, se analizarán las propuestas pasadas y actuales sobre la misma.

Para finalizar, se expondrán una serie de conclusiones sobre las cuestiones tratadas y analizadas a lo largo del trabajo, junto con una reflexión personal sobre esta controversia tan actual de la dispensa del deber de declarar de las víctimas de VG.

I. MARCO CONTEXTUALIZADOR

1. LA DISPENSA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1.1. Realidad actual de la violencia de género: algunos datos

Como paso previo a nuestro objeto de estudio, resulta necesario analizar el tipo de violencia sobre el que se articula la exención del deber de declarar, tratándose, tal como dispone la Ley Orgánica -en adelante, LO- 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de una violencia ejercitada sobre la mujer por parte del varón que sea o haya sido su cónyuge o que esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia¹.

Según la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019, 6.605.825 mujeres resultaron víctimas de VG, habiendo registro de un 46,6% de mujeres víctimas de alguna lesión física y de un 70,1% de víctimas de violencia física, sexual o emocional². Pero, probablemente, la variante que agrava más esta violencia es el lugar de su comisión; nos encontramos así en un contexto donde los hechos ocurren en un ambiente totalmente íntimo y privado, donde la mujer víctima (con menores a cargo, en ocasiones) en la mayoría de los casos, es la única testigo de lo ocurrido. De ahí que, su relato resulte primordial para el esclarecimiento de los hechos y por tanto, nos

¹ Art. 1.1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: “1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la 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”. Es preciso añadir lo previsto por la reciente LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que, en su DF 10º, modifica este primer art. de la LO 1/2004, incluyendo el apartado 4º: “La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero” (redacción que entrará en vigor el 25 de junio de 2021). La inclusión de este apartado refuerza la consideración de menores y personas dependientes como víctimas de VG.

No obstante, esta definición es preciso completarla con lo dispuesto por el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (“Convenio de Estambul”) que España ratificó en 2014. El precepto define la VG como “la violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres” que abarca “todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica hecho en Estambul, de 11 de mayo de 2011.

² MINISTERIO DE IGUALDAD, “Macroencuesta de violencia contra la mujer”, 2019, pp. 76 y 82. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

encontremos ante una situación difícil de solventar cuando la mujer víctima no quiere relatar lo sufrido por evitar las represalias que pudieran derivarse de su agresor. Al respecto, se ha registrado en el mismo año, que el 44,2% de malos tratos a mujeres tuvieron lugar en un contexto de intimidación familiar; en casa de la mujer, del agresor o incluso de un tercero³. Para más inri, si cabe, durante el periodo de cuarentena por la propagación del COVID-19, decretado por el Gobierno el pasado 2020 entre el 14 de marzo y 15 de mayo -según datos del Ministerio de Igualdad-, las peticiones de asistencia a víctimas de VG durante el confinamiento se elevaron a 18.700, un 61,56% más que el pasado año⁴.

Importante resulta también hacer especial mención a la situación emocional de la mujer. En la mayoría de los casos, se ve envuelta en un enorme sufrimiento difícil de apaciguar, con una carencia de medios para subsistir y con una gran dependencia material respecto de su agresor. Sin ir más lejos, sobre esta última idea, se han alzado voces abogando por la independencia económica de las víctimas, mediante su inserción en el mercado laboral, proponiendo realizar un plan de empleo concreto para las mismas⁵.

Tampoco podemos olvidar que, los hechos se dan muy frecuentemente bajo la presencia de hijos e hijas o incluso de personas con discapacidad (tanto de la pareja como de uno de los cónyuges) necesitadas de especial protección. Normalmente, este tipo de personas carecen de la madurez suficiente para poder comprender lo que está ocurriendo, aspecto que, a la larga, precisamente, la LO 8/2021, incide en la consideración de los y las menores como víctimas de la violencia de género⁶.

³ MINISTERIO DE IGUALDAD, “Resumen ejecutivo de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer”, 2019, p. 3. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Resumen_Ejecutivo_Macroencuesta2019.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

⁴ En total se registraron 7.125 más peticiones de asistencia que en 2019. MINISTERIO DE IGUALDAD, “Las peticiones de asistencia a víctimas de violencia de género durante el confinamiento se elevan a 18.700, un 61,56% más que el año anterior”. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/igualdad/Paginas/2020/190520-viogen.aspx> [Último acceso: 25/05/2021].

⁵ En este sentido se expresa LÓPEZ LÓPEZ, TERESA. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, “Informe de la subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para un pacto de estado en materia de violencia de género”, p. 154. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/PactodeEstado_Congreso.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

⁶ La LO 8/2021 remarca la presencia de este tipo de sujetos en ámbitos de violencia machista por su especial vulnerabilidad. Esta idea se tratará de una forma más exhaustiva a lo largo del trabajo, pues se

Todos estos datos no son más que el reflejo de la clara incidencia negativa que presenta la VG en nuestra sociedad. A pesar de que con el paso del tiempo, la conciencia sobre la repercusión de esta violencia haya aumentado, no parece que haya habido una disminución de la misma. En este contexto, cabe traer a colación lo dispuesto por el TC en julio del año pasado, donde puso énfasis en el deber de diligencia basado en “una investigación suficiente y eficaz” que resulta ser necesaria de aplicar por los tribunales para la erradicación de casos de violencia machista⁷.

1.2. Valor de la declaración de la víctima como prueba de cargo

Inciendo sobre una de las ideas arriba mencionadas, resulta importante volver a reparar en el gran impacto que implica este tipo de violencia sobre la mujer, tanto en su ámbito físico como psíquico; de ahí que, el conjunto de estas circunstancias dificulten y hagan variar la idea firme y definida de prestar declaración que, en teoría, debería poseer la víctima de malos tratos al inicio del proceso⁸. Para el caso en el que decida relatar lo sucedido, parece lógico que se le otorgue especial importancia y se considere prueba de cargo suficiente su declaración en calidad de testigo-víctima denunciante de los hechos. Ha sido enorme la dificultad de determinar jurisprudencialmente tal prueba. Encontramos primeras respuestas en la STS de 28 de enero de 2002 donde, al margen de considerarla como prueba real, válida, lícita y suficiente⁹ se establecieron los siguientes criterios orientativos. En primer lugar, la jurisprudencia entiende que se debe dar una ausencia de incredibilidad subjetiva; para ello, se llevará a cabo una comprobación de existencia de motivos ilegítimos que pongan en duda la veracidad de la declaración prestada por la víctima, tales como,

trata de una nueva modificación con incidencia directa en varios aspectos de la dispensa del art. 416 LECrim.

⁷ STC 85/20, de 20 de julio, FJ 3º.

⁸ Cabe añadir aquí que “la carga de la prueba corresponde en la gran mayoría de estos casos, única y exclusivamente a lo relatado por la perjudicada, por lo que, el arrepentimiento posterior hace que la prueba se debilite hasta el punto de que se produzca la absolución del acusado”. 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*, nº 24, 2011, p. 107.

⁹ En este sentido, también se ha pronunciado la doctrina, calificando la prueba del mismo modo. Entre otros, SIBONY RUBY; SERRANO OCHOA M^a ÁNGELES; REINA OLGA, “La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género”, *Noticias Jurídicas*, 2011. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4652-la-prueba-y-el-derecho-a-la-dispensa-del-deber-de-declarar-por-la-testigo-victima-en-los-procedimientos-de-violencia-de-genero/>. [Último acceso: 24/05/2021].

resentimiento, venganza o enemistad¹⁰. En segundo lugar, es necesaria la persistencia en la incriminación; es decir, que ésta sea duradera y continua en el tiempo sin ningún tipo de ambigüedades ni contradicciones en el relato principal. Por último y para finalizar, se busca la verosimilitud en el testimonio; esto es, que haya coincidencia de lo relatado con otras manifestaciones a partir de corroboraciones periféricas del proceso; tales como, informes médico forenses, informes psicológicos, testigos, partes...etc.¹¹.

Con el paso del tiempo estas pautas se han ido actualizando y complementando. El TS enumera una serie de cuestiones para valorar el decaimiento de la presunción de inocencia del agresor, dotando de más fuerza a lo relatado por la mujer víctima; sobre todo, en aquellos casos en los que sólo se da la presencia de su relato. Algunos de ellos son, la no fragmentación de la declaración o la ausencia de contradicciones y concordancia del *iter* relatado de los hechos. También se valora el deseo de terminar cuanto antes la declaración o el deseo al olvido de los hechos para analizar la situación anímica que puede estar sufriendo¹².

En suma, nos encontramos con la elaboración de este tipo de criterios jurisprudenciales que, no solo agilizan, sino que facilitan mucho la labor interpretativa de los tribunales. Precisamente, esta idea de la fortaleza de la declaración de la víctima frente a la presunción de inocencia del agresor, se reduce considerablemente por la existencia de un mecanismo procesal como es el de la dispensa. Así pues, esta posibilidad procesal ha sido la originaria de las principales dos corrientes respecto de su mantenimiento que, más adelante, se verán desarrolladas.

2. FUNDAMENTO DE LA DISPENSA

2.1. Fundamento normativo de la dispensa

El fundamento de esta posibilidad procesal la encontramos en nuestra norma jurídica suprema. Así las cosas, lo dispuesto en el art. 18.1 de la Constitución Española

¹⁰ En consonancia con este criterio, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la STS 5178/2000 de 17 de junio, FJ 2º, al no considerar “coherente que la víctima muestre solidaridad o indiferencia respecto del agresor; por lo que, el presupuesto ha de actuar respecto de los hechos, relaciones o situaciones diferentes de los concretos hechos a enjuiciar”.

¹¹ STS 57/2002, de 28 de enero, FJ 3º.

¹² STS 119/2019, de 6 de marzo, FJ 3º.

de 1978 -en adelante, CE- referente a la protección de la intimidad del ámbito familiar es una variante que, en lo que a la dispensa en VG respecta, supone una de sus cuestiones clave¹³. Otorgándole naturaleza de derecho fundamental, encontramos desarrollo de esa previsión en el art. 24.2 CE, al señalar que se regulará legalmente los casos que por razón de parentesco no se esté obligado a declarar¹⁴. Igualmente, el art. 39.1 CE, versa sobre la protección social, económica y, sobre todo, familiar (protección intrafamiliar en el caso de la dispensa) que los poderes públicos están obligados a garantizar¹⁵.

Por otro lado, la propia LECrim¹⁶ dispone mención relacionada con la dispensa que, al igual que la CE, conforma también su fundamento. El art. 418 LECrim señala la no posibilidad de obligar a las personas dispuestas en el art. 416 LECrim a declarar, evitando así cualquier tipo de perjuicio a los parientes¹⁷. Igualmente, el art. 707 LECrim señala la obligación de declarar a todo aquel que supiera sobre lo que se le está preguntando a excepción de lo dispuesto en el precepto objeto de estudio, entre otros¹⁸. Por tanto, la dispensa del art. 416 LECrim a analizar no es más que la exención al deber genérico de cumplir con el llamamiento judicial que dispone el art. 410 LECrim; deber que cualquier persona, siempre que cumpla los requisitos en él compelido, ostenta¹⁹.

¹³Art. 18.1 CE : “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

¹⁴Art. 24.2 CE: “2. (...) La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Ya desde hace tiempo se ha venido impulsando la necesidad de reformar el art. 416 LECrim, ajustandolo a este precepto constitucional; así lo ha defendido MARÍN LÓPEZ, PALOMA, creyendo necesaria la eliminación de la dispensa en los casos en los que el testigo es víctima, permitiendo a la mujer declarar sin sujeción a juramento o promesa de decir verdad, para evitar revictimizaciones. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 55. Igualmente, se señala que esta revictimización se trata de “una segunda experiencia victimal que resulta con alguna frecuencia siendo más negativa que la primaria, y puede llevar a incrementar el daño causado por el delito con otros de dimensión psicológica (...)” hacia la mujer víctima de VG. Literal de, GUTIERREZ DE PIÑERES BOTERO, CAROLINA; CORONEL ELISA; PÉREZ, CARLOS ANDRÉS, “Revisión teórica del concepto de victimización secundaria”, *Liberabit*, vol. 15, nº 1, 2009. p. 50.

¹⁵Art. 39.1 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

¹⁶Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁷Art. 418 LECrim: “Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes que se refiere el artículo 416”.

¹⁸Art. 707 LECrim: “Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”.

¹⁹Art. 410 LECrim: “Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.” Nos encontramos ante un claro ejemplo donde es más importante atender a todas y cada una de las

Por último, y teniendo en cuenta lo anterior, es preciso subrayar que la dispensa no se queda tan sólo en lo dispuesto en un precepto de una ley procesal penal, no se trata de una simple herramienta para actuar en el proceso; ésta exención va más allá, tratándose así de un derecho con base en la propia CE, cuyo efecto principal es eximir penalmente a un pariente no declarando contra él.

2.2. Su interpretación jurisprudencial y doctrinal

En un principio el TS apostaba por definir el fundamento de la dispensa en la necesidad de protección del imputado (*“in dubio pro reo”*) y, en caso de duda, se favorecía siempre al acusado. Prueba de ello lo encontramos en la sentencia 331/1996, donde se señalaba que el “precepto contenido en el art. 416.1 de la LECrim, está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo”²⁰. Con el paso de los años, esta posición ha ido cambiando, otorgando protección al testigo pariente y víctima, configurando la dispensa como un derecho esencial de la misma en consonancia con la libertad de actuación que le es propia.

Igualmente, la doctrina se muestra conforme con pronunciamientos que exponen que “la razón de ser de dicho precepto no es la de proteger al imputado dentro del proceso (...) 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”²¹.

Con otras palabras, el TS ha subrayado en relación a la víctima “la exención del principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar silencio”²². El TC se pronuncia en sentido similar entendiendo su fundamento como “el deber de solidaridad que existe entre los que integran un mismo círculo familiar, resolviendo el

excepciones (arts. 411 al 450 LECrim) que dimanen de la regla general (art. 410 LECrim) como es el caso de la dispensa del art. 416 LECrim.

²⁰ STS 331/1996, de 11 de abril, FJ 3º.

²¹ STC 13/2009, de 31 de marzo, FJ 2º. Cabe destacar que, YUGUEROS GARCÍA, ANTONIO JESÚS, muestra total y absoluta conformidad con lo dispuesto. “Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja”, *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, nº 79, 2018, p. 149.

²² STS 292/2009, de 26 de marzo, FJ 3º.

conflicto entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo familiar y de solidaridad que le une al acusado”²³.

A pesar de haber habido pronunciamientos y opiniones dispares sobre el fundamento de la dispensa, vemos la coincidencia sobre el mismo que, a día de hoy, mantiene tanto la doctrina como los distintos tribunales sentenciadores.

3. OBJETIVO DE LA DISPENSA

Establecido el fundamento de la dispensa, procede detenernos en el objetivo que persigue, que no es otro que la búsqueda de la solución a ese conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir verdad y la solidaridad que le embarga por pertenecer el procesado a su familia; es una confrontación que se debe resolver reconociendo el derecho a la víctima de decidir autónomamente, en cualquiera de los sentidos²⁴. De ahí que, más que como una exención, se califique este art. 416 LECrim como una vía jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible²⁵.

No obstante, expuesto el objetivo de la dispensa, cabe destacar que la resolución de este conflicto de decisión entre una opción u otra no es tan sencillo de resolver cuando la persona que es llamada a declarar es pariente del acusado pero, a su vez, víctima de VG del mismo; de ahí que, y como bien hemos adelantado antes, hayan surgido posicionamientos a favor y en contra de su mantenimiento.

Parte de los que justifican su existencia, lo hacen con base en la protección de intereses de la propia víctima o testigo y del propio núcleo familiar²⁶. Igualmente, hay quienes asumen la dispensa como derecho constitucional de los testigos-parientes en general y de las víctimas en particular; sin embargo, señalan que a pesar de que la víctima se halle procesalmente en la situación de testigo, sigue siendo víctima. Por ello,

²³ STC 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 6º.

²⁴ En este sentido se manifiesta, YUGUEROS GARCÍA, ANTONIO JESÚS, *op. cit.*, p. 146.

²⁵ En palabras de, MARTÍNEZ MORA, GEMA, “La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 LECrim”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2176, 2015, p. 8.

²⁶ Tal y como dispone, VILLAMARÍN LÓPEZ, MARÍA LUISA, “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, nº 4, 2012, p. 10.

afirman que tal posición debería de diferenciarse de alguna manera “ya que la introducción de la misma en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan sólo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito (...)”²⁷.

Los que optan por su eliminación, consideran que se deja sin efecto y, se vacía el verdadero alcance del contenido del precepto, al quedar impune en la mayoría de los casos el acusado por no disponer de otro medio de prueba más que el relato de la víctima. Por ello, no sólo complica el proceso penal, sino que se cumpliría el objetivo principal de la violencia machista: la sumisión de la víctima al verse obligada indirectamente a no denunciar ni declarar para evitar generar más conflictividad respecto de su agresor²⁸. En suma, se decantan por la imposibilidad de identificar a la víctima de VG con la redacción del art. 416 LECrim, por considerarla “testigo privilegiado”, señalando que, aquel testigo que es víctima al mismo tiempo, no podrá hacer uso de ese precepto²⁹. Opinión similar recogía ya el Informe Anual de VG de 2007, donde llega incluso a delimitar el fundamento de la dispensa de una forma más tajante, señalando su extensión única y exclusivamente a los testigos-parientes, dejando fuera, por tanto, a las víctimas de VG, al considerar que el fundamento de la dispensa está dirigido a la persona cuyos bienes jurídicos no se han visto afectados, por tanto, al “testigo que no es víctima y que no ha sufrido la agresión a manos de su esposo y pareja”³⁰. Se trata de una postura bastante más contundente que la que hemos venido señalando hasta ahora, excluyendo por completo a las víctimas de malos tratos de ese

²⁷ Así lo entiende, CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género”, *Diario la Ley*, nº 9713, 2020, p. 12.

²⁸ Sobre esta cuestión, GONZÁLEZ MONJE, ALICIA, “La declaración del testigo-víctima de violencias de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art. 416 de la ley de Enjuiciamiento Criminal”, FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA; DEL POZO PÉREZ, MARTA; LEÓN ALONSO, MARTA (dirs.), GALLARDO RODRÍGUEZ, ALMUDENA (coord.), *Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2013, pp. 1634-1635.

²⁹ Al hilo de esta idea, MAGRO SERVET, VICENTE, “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la Violencia de Género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2005, p. 1702.

³⁰ OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, “Informe anual del observatorio estatal de la violencia de género”, 2007, p. 172. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/docs/I_Informe_anual_Observatorio_Estatal_VMujer_Junio_2007_CASTELLANO.pdf [Último acceso: 09/06/2021]. Por muy tajante que nos parezca este pronunciamiento es lo que recientemente ha dispuesto el TS en virtud de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio a la que le dedicamos un apartado en concreto debido a su gran trascendencia.

deber de solidaridad y protección familiar y por ende, atribuyendo la dispensa solamente a los testigos no víctimas.

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha corroborado lo expuesto doctrinalmente mediante la necesidad de la aplicación del Estatuto de la Víctima del delito³¹; concretamente, en la SAP 11/2020, se establece la necesidad de aplicar dicho criterio interpretativo para lograr diferenciar a la mujer víctima de violencia de género en el proceso penal³².

³¹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

³² SAP 11/2020 de Ciudad Real, de 20 de enero, FJ 2º. Vemos, por tanto, que ambas esferas consideran peculiar la posición procesal que adquieren las mujeres víctimas de malos tratos en el procedimiento penal.

II. RÉGIMEN ACTUAL DE LA DISPENSA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

1. EL ART. 416 LECRIM: REDACCIÓN ACTUAL Y REFORMAS PREVIAS

La redacción original del art. 416 LECrim difería de la que actualmente disponemos, constando en un inicio de tan sólo dos apartados³³. En suma, esta primera redacción autorizaba a dispensarse del deber de declarar a los parientes en línea directa ascendente y descendente, a los hermanos consanguíneos o uterinos, a los colaterales hasta el segundo grado, a los familiares compellidos en el art. 261 LECrim y al cónyuge, sin mayor explicación. Se establecía igualmente, el deber de advertencia de la dispensa por parte del Juez instructor junto con el alcance de la misma al abogado que actuaba en calidad de defensor del acusado.

La primera modificación de la literalidad del artículo se produce mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. La misma incluye como sujeto de la dispensa, además del “cónyuge”, la “persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”. Igualmente, se especifica el papel del Secretario Judicial; para ello, se modificó la última parte del primer párrafo (“consignándose la contestación que diere a esta advertencia”) sustituyéndola por “...y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”³⁴. Como señala la doctrina, previamente a la modificación, el criterio sobre la aplicación de esta exención no era nada homogénea en la práctica

³³ Art. 416 LECrim en su redacción original de 1997 y antes de reformas: “Están dispensados de la obligación de declarar: 1.º 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, así como los parientes naturales a que se refiere el número tercero del artículo 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.

2.º El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”.

³⁴ Art. 47 Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial: “El art. 416.1 LECrim queda redactado como sigue: Están dispensados de la obligación de declarar: Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial (en la actualidad, Letrado de la Administración de Justicia) consignará la contestación que diere a esta advertencia”.

judicial, pues en ocasiones se aplicaba únicamente a los cónyuges y en otras, en cambio, también a las parejas unidas por relación análoga de afectividad³⁵.

Por su parte, la LO 5/2015, de 27 de abril, añade el párrafo tercero del precepto, el cual faculta a eximirse del deber de declarar a traductores e intérpretes que traten conversaciones y/o declaraciones determinantes del proceso³⁶.

En último lugar, debemos hacer referencia a la última reforma producida en el art. 416 LECrim, llevada a cabo mediante la LO 8/2021, de 4 de junio -con entrada en vigor el 25 de junio de 2021-. Además de modificar la nomenclatura del “Secretario Judicial” por la de “Letrado de la Administración de Justicia”, se añade al apartado 1 del art. 416 LECrim una serie de supuestos, cinco concretamente, en los que no será de aplicación la dispensa y por tanto, será obligatorio declarar. Estos son, en primer lugar, 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. En segundo lugar, 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. En tercer lugar, cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa, situación en la que, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver. En cuarto lugar, cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular. Y en quinto y último lugar, cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo³⁷.

³⁵ Sobre esta cuestión, RENEAUM PANSZI, 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), *Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, 2014, p. 91. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/283811/ttrp.pdf.txt;jsessionid=8AEFCE9D362A01F0977F6A00C6443A2F?sequence=2>. [Último acceso: 31/05/2021].

³⁶ Art. 1.9 LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 416, con la siguiente redacción: 3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación”.

³⁷ DF 1º LO 8/2021: “Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos: 1.º 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. 2.º 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. 3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda

Por tanto, con carácter general y, estructurando lo que el art. 416 LECrim expone en su conjunto: en el primer apartado se autorizan a una serie de parientes a no declarar en contra de su familiar imputado -parientes que analizaremos con mayor detenimiento en el siguiente punto-; nos obstante, con la adición de los cinco nuevos supuestos, su aplicación queda altamente limitada en VG, reduciendo considerablemente las posibilidades de acogerse a la dispensa de la víctima³⁸. En el segundo apartado, legitima el uso de la dispensa al abogado del proceso; y en el tercer y último párrafo, se establece lo mismo respecto de traductores e intérpretes.

2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA DISPENSA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

2.1. Alcance subjetivo de la dispensa e identificación de la víctima de violencia de género en la redacción del art. 416 LECrim

Tal y como se ha mencionado brevemente, el art. 416.1 LECrim autoriza a una serie de personas a eximirse del deber de prestar declaración; por tanto, atendiendo a los vínculos de solidaridad, podríamos diferenciar los siguientes grupos de parientes a los que se les aplica a día de hoy esta dispensa.

En primer lugar, nos encontramos con los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente; esto es, parece lógico que un hijo pueda no declarar en contra de su padre para evitar el castigo de este último. En segundo lugar, haríamos alusión al cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial del imputado. En tercer lugar, cabe mencionar a los hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil del acusado³⁹.

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. 4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular. 5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo”.

³⁸ Recordamos que está reciente reforma tal y como vienen a exponer las propias líneas de la ley tiene como objetivo el velar por la debida atención y protección de menores y personas discapacitadas, en tanto que, frecuentemente, son sujetos pasivos de tales ilícitos penales.

³⁹ Cabe destacar que, antes de la reforma vía LO 8/2021 también estaban exentos de declarar los parientes que el art. 261 LECrim dispensa de la obligación de denunciar; eran el cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad y ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive. No obstante, y como nos referiremos más adelante este art. también ha sufrido una reforma reciente, al obligar a denunciar a los parientes mencionados, siempre que se trate de un delito grave y haya menores y personas discapacitadas de por medio, víctimas también de VG.

En este punto, también debemos tener en cuenta lo recientemente establecido por la LO 8/2021, en relación a los y las menores de edad y personas con discapacidad. Actualmente, estas personas estarían incluidas en el art. 1 LO 1/2004 como víctimas de VG, por lo que debemos subrayar aquí el alcance de la dispensa que se da respecto de las mismas. Así lo ha venido a disponer en el art. 416.1.3º LECrim, al señalar que no será de aplicación la dispensa cuando el testigo por razón de edad o discapacidad no pueda comprender el sentido de la dispensa. En relación a esta cuestión, cabe señalar lo dispuesto por la STS 205/2018, al advertir que cuando los menores dispongan de la madurez suficiente para comprender el alcance de la dispensa, no se verán afectados por la misma aún, cuando la madre hubiese permanecido como acusación particular en nombre de ellos. Añadiendo que, en virtud de esa capacidad de comprensión que se deduce que disponen, serán ellos los que voluntariamente decidan declarar o no. Por tanto, habrá que atender a la fecha del juicio para realizar la valoración pertinente sobre si el menor alcanza la madurez suficiente⁴⁰. Sin embargo, para el caso en el que el menor o persona perjudicada no comprenda el alcance de la dispensa, se ha señalado recientemente que, tras oír el juez a la persona afectada, se solicitará ayuda de expertos si resulta pertinente⁴¹.

Expuesto el alcance subjetivo del art. 416 LECrim, en principio, la interpretación literal del precepto incluiría a la mujer víctima de VG en la aplicación del precepto. No obstante, la cuestión relativa a permitir o no que las mujeres víctimas de malos tratos se acojan a la cita textual de “cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial” del apartado primero de este precepto, para poder guardar silencio ante los tribunales, ha sido objeto de gran controversia. A esta cuestión nos referiremos en las siguientes líneas.

⁴⁰ STS 205/2018, de 25 de abril, FJ 4º.

⁴¹ Se señala que lo dispuesto en el art. 416.1 LECrim no será de aplicación “3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el juez oírán previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.” LO 8/2021, de 4 de junio.

2.2. Extensión de la dispensa a las relaciones análogas a la matrimonial

Como recientemente se ha comentado, en un principio, no había reconocimiento alguno de la dispensa a aquellas parejas que no estuvieran constituidas matrimonialmente. Durante años, el matrimonio fue el único tipo de unión reconocida por el Estado y la única que otorgaba plenos efectos civiles. La única mujer que podía hacer uso del derecho de dispensa era aquella que se constituía en una relación matrimonial. Con el paso del tiempo, esta situación afortunadamente fue evolucionando, reconociéndose diferentes tipos de relaciones fuera del marco matrimonial⁴².

Ante esta novedad, el TS se pronunció vía Acuerdo de 1 de marzo de 2005, señalando la necesidad de igualar las relaciones estables de pareja a la relación matrimonial⁴³. Realmente, se trata de un pronunciamiento muy escueto y limitado, cuyo objeto es señalar la exención de responsabilidad criminal y la sujeción a la civil de la que disponen una serie de sujetos⁴⁴ donde, a su vez, la explicación de lo que este tribunal entiende por “relaciones estables de pareja” brilla por su ausencia. El citado acuerdo fue objeto de muchos pronunciamientos jurisprudenciales, todos ellos coincidentes en la misma idea, perfectamente resumida por la SAP 117/2009 señalando la necesidad de equiparar la situación de análoga relación de afectividad a la del matrimonio a efectos del art. 416 LECrim, por encontrarse ambos tipos de vínculo en la misma situación *more uxorio* (“situación de hecho”)⁴⁵. Para el caso contrario señala, se estaría dando lugar situaciones discriminatorias tendentes a la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE⁴⁶.

⁴² Como se ha expuesto en líneas anteriores, en el año 2009 tiene lugar este cambio, en virtud de la Ley 13/2009.

⁴³ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 1 de marzo de 2005: “A los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”.

⁴⁴ Los sujetos que dispone el art. 268 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal -en adelante, CP- son los siguientes: “los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”.

⁴⁵ Con el fin de una comprensión plena sobre el significado de esta expresión latina, acudimos al Diccionario de la Real Academia Española que lo define como “Dicho de convivencia o unión estable”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Definición de *more uxorio*. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/more-uxorio#:~:text=Civ.,antes%C2%BB%20> [Último acceso: 31/05/2021].

⁴⁶ SAP 117/2009 de Madrid, de 19 de febrero, FJ 1º. Si recordamos, el art. 14 CE relativo al derecho a la igualdad dispone lo siguiente: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer

Por tanto, resulta lógico y coherente que la posibilidad de acogerse a la dispensa del deber de declarar sea un derecho accesible a cualquier mujer víctima de VG, independientemente del tipo de relación que ostente con su agresor considerándose en nuestra actual sociedad inconcebible que la forma que los cónyuges deciden adoptar en su momento para constituirse como pareja sea condicionante directo para poder ejercer o no un derecho consagrado en una ley.

2.3. Necesidad de convivencia a efectos de otorgar el derecho a la dispensa

El reconocimiento de los distintos tipos de uniones ha derivado en que la variante de la convivencia sea un aspecto importante a tratar. Principalmente, se ha discutido si la relación de hecho análoga a la matrimonial de la dispensa se puede equiparar a lo dispuesto en el art. 153.1 CP que hace referencia a la relación análoga aún sin convivencia⁴⁷.

Al respecto, el ATC 187/2006 señala que los sujetos eximidos de declarar pueden acogerse a la dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado⁴⁸. Sin embargo, difiere de lo que dispone la SAP 416/2011, considerando la necesidad de que exista convivencia, definiéndola como aquella situación en la que es necesario compartir “mesa, techo y lecho”⁴⁹. Precisamente, se trata de una condición que subraya la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado - en adelante, FGE-, al considerar que, tras la separación, desaparece cualquier deber de solidaridad o lealtad, por lo que la testigo estaría obligada a declarar⁵⁰.

Más tarde la sentencia 307/2014 se encargó de aclarar esta cuestión, equiparando las relaciones matrimoniales a las convivenciales y a las no convivenciales, afirmando que “el 153 CP (...) señala que dichas relaciones pueden tener lugar con convivencia o sin ella, lo que obliga (...) a interpretar que, al nada precisar el precepto procesal, deben

discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁴⁷Art. 153.1 CP: “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad (...) cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...)”.

⁴⁸ATC 187/2006, de 6 de junio, FJ 4º.

⁴⁹SAP 416/2011 de Tenerife, de 15 de noviembre, FJ 5º.

⁵⁰Circular 6/2011 de 2 de noviembre de la Fiscalía General del Estado: “Efectuada la separación de los cónyuges desaparece cualquier deber de solidaridad o lealtad y, por tanto, a partir de ese momento la testigo tiene la obligación de declarar en contra del imputado o procesado”. Con este tipo de pronunciamientos durante años se excluyó de esta posibilidad las relaciones de noviazgo sin convivencia.

entenderse incluidas en el mismo las relaciones de hecho análogas al matrimonio sin mayores precisiones, es decir, tanto las unas (convivenciales) como las otras (sin convivencia)”⁵¹.

A pesar de que en temas de VG especialmente la convivencia entre víctima y agresor se de muy probablemente, a día de hoy son muchas las víctimas de malos tratos que no conviven con él o que lo hacen de manera irregular. Esta cuestión está pensada principalmente para los casos de los noviazgos donde carece de sentido absoluto que aquella mujer víctima de malos tratos no pueda acogerse a un derecho consagrado en una ley simplemente por no convivir con su agresor⁵².

2.4. Extensión de la dispensa a las ex parejas

Una de las variantes que mayor disputa ha originado en relación al ámbito subjetivo de la dispensa es la posibilidad o no de su extensión a las ex parejas (de hecho o ex cónyuges) junto con la necesidad o no del mantenimiento de esa convivencia.

De la redacción literal del art. 416 LECrim podemos deducir que única y exclusivamente pueden hacer uso de la dispensa el “cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial” del presunto investigado, encausado o acusado. En un primer momento, la doctrina y jurisprudencia entendía que, para poder acogerse a la dispensa, era total y absolutamente necesario que la relación de afectividad se mantuviera en el momento de prestar declaración, por entender que es ese momento en el que tiene lugar el surgimiento de las obligaciones y derechos procesales inherentes a tal condición.

Algunas muestras de ésta idea la encontramos en la SAP 205/2009, en la que se afirma que, no podrá otorgarse efectos de la dispensa cuando, al tiempo de prestar declaración, la víctima no tuviera ya relación con el acusado, constituyéndose así como ex pareja (tanto matrimonial como de hecho); en tanto que se entiende que, en caso de ruptura, desaparece el vínculo de solidaridad con el acusado que permite esa exención

⁵¹ SAP 307/2014 de Madrid, de 30 abril, FJ 2º.

⁵² Cabe matizar que, cuando hacemos referencia a noviazgos, nos referimos a “relación más o menos estable, con proyectos de futuro, o cuando exista convivencia o cuando haya hijos comunes a pesar de no existir convivencia”. Así lo entiende, BODEGAS HUELGA, CRISTINA, “La dispensa de la obligación de declarar con especial atención a las víctimas de violencia de género”, *A Definitivas*, nº 80, 2020,p. 10.

de declarar en su contra dándose lugar así a la obligación de prestar declaración⁵³. En el mismo sentido, esta idea es la que ha venido a defender la doctrina señalando así la necesidad de que la relación subsista en el momento de prestar declaración⁵⁴.

Aún cuando parecía haber unanimidad en este aspecto, la situación cambió con la aparición de la mencionada STS 292/2009⁵⁵, que extiende el ámbito de aplicación del art. 416 LECrim a las ex parejas, matizando que, a pesar de la existencia de ruptura de la afectividad “no se debe impedir al testigo acogerse a la dispensa si la declaración compromete a la intimidad bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento”⁵⁶. Por ello, tanto los tribunales como la doctrina entienden que, a efectos de valorar la admisión o no de la dispensa del deber de declarar, el momento temporal a considerar es aquél en el que ocurrieron los hechos⁵⁷.

No obstante, el TS se vio en la obligación de pronunciarse a través del Acuerdo de 24 de abril de 2013, señalando que la exención del art. 416 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos al que se refiere el mismo exceptuándose la declaración por hechos posteriores a la disolución del matrimonio o cese de la situación análoga⁵⁸. Por tanto, de la literalidad del acuerdo, podemos considerar que se reconoce el derecho a parejas y exparejas, siempre y cuando los hechos se hubieren producido siendo pareja, independientemente de que cuando se juzgue ya no lo sean. Ello implica que la dispensa quedaría excluida en aquellos supuestos en los que los hechos ocurran no siendo pareja.

⁵³ SAP 205/2009 de Madrid, de 18 de marzo, FJ 1º.

⁵⁴ Así lo vuelve a expresar, BODEGAS HUELGA, CRISTINA, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁵ STS 292/2009, de 26 de marzo, FJ 3º.

⁵⁶ Al respecto, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, ANA, “Sobre la aplicabilidad de la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2013, p. 153. En similar sentido encontramos lo dispuesto en la STS 459/2010, de 14 de mayo, FJ 3º.

⁵⁷ Lo dice claramente, BELTRÁN MONTOLIÚ, ANA, al señalar que el momento que verdaderamente hay que tomar en consideración es el de los hechos, “Víctima de violencia de género y la dispensa del art-416 Lecrim: Evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2018, p.31.

⁵⁸ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013: “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”.

Sin embargo, son muchos los que han mostrado su disconformidad respecto de este acuerdo, calificándolo como “minimalista” o “poco satisfactorio”⁵⁹. Vemos, por tanto que, a pesar de haber pronunciamiento expreso, sigue habiendo manifestaciones que no acaban de coincidir con lo expuesto.

3. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR O ADVERTIR A LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO SOBRE LA DISPENSA

A estas alturas, no resulta extraño que, algo aparentemente tan simple como la advertencia de la mujer sobre su derecho a la dispensa, sea objeto de discusión. Tal y como ha venido señalando la jurisprudencia, se establece la obligación de advertir a los testigos sobre la existencia de este privilegio familiar de no declarar en cualquiera de las fases del procedimiento (policial, instrucción y juicio oral); de tal forma que, en caso contrario, se considerarán nulas todas y cada una de las actuaciones obtenidas no respetando lo dispuesto. Tal argumentación se mantiene señalando que no se puede renunciar a lo que no se conoce. Por tanto, es necesario informar a la testigo sobre este derecho que consagra la LECrim, para que, en función de esa advertencia, pueda decidir libremente si ejercerlo o no⁶⁰.

Tal como establece el art. 416 LECrim “el Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia”. De la literalidad de este precepto se podría entender que se debe informar únicamente a las personas que se personen en calidad de testigo. Sin embargo, para el caso de las mujeres víctimas de violencia de género, no es todo tan absoluto. Así pues, se ha venido considerando que a las mujeres que ostenten la posición de acusación

⁵⁹ En este sentido se pronuncia, FERNÁNDEZ NIETO, JOSEFA, “A vueltas con la doctrina del pleno del STS 389/20 del art. 416 LECrim y la dispensa del derecho a declarar: Incertidumbres, Reformas y Alternativas de futuro”, 2020. Disponible en: <https://elderecho.com/vueltas-la-doctrina-del-pleno-sts-389-20-del-articulo-416-lecrim-la-dispensa-del-derecho-declarar-incertidumbre-reformas-alternativas-futuro> [Último acceso: 08/06/2021].

⁶⁰ STS 49/2018, de 30 de enero, FJ 2º. Encontramos jurisprudencia antigua en la STS 385/2007, de 10 de mayo, FJ 3º que viene a señalar semejante idea afirmando en este caso “la policía debió formularle la advertencia establecida en el art. 416 LECrim. Al no haberlo hecho se ha infringido la ley con la consecuencia de la prohibición de valoración de la prueba obtenida (...)”. Pronunciamientos similares encontramos en lo dispuesto en la STS 662/2001, de 6 de abril, FJ 3º y STS 294/2009, de 28 de enero, FJ 2º.

particular en el proceso, no le será oportuna la advertencia de su derecho a la dispensa, por considerarse la personación en el proceso excluyente de la obligación del tribunal de advertir a la víctima de que tiene derecho a no declarar contra su pariente⁶¹, tal y como ha venido a confirmar la modificación llevada a cabo por la Ley 8/2021⁶².

Esta idea encontró asentamiento jurisprudencial en el citado Acuerdo del TS de 24 de abril de 2013, al señalar que los efectos propios de la exención de la obligación de declarar alcanzan a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos al que se refiere el precepto, a excepción de los supuestos en que el testigo se persone como acusación en el proceso⁶³. Se entiende por tanto que, el hecho de excluir a las mujeres víctimas que ostentan la acusación particular de la posibilidad de acogerse a la dispensa, conlleva a su vez, que no se les tenga que advertir sobre la misma.

Jurisprudencialmente, se ha venido a disponer lo mismo para aquellos casos de denuncia espontánea⁶⁴. El TS ha señalado de forma reiterada que la advertencia de la dispensa única y exclusivamente se va a dar cuando la mujer haya sido llamada a declarar como testigo y, por tanto, la misma no se llevará a cabo en caso de denuncia espontánea, cuando acuda ante las autoridades a interponerla en calidad de víctima⁶⁵. Por tanto, de los pronunciamientos jurisprudenciales, se entiende que la obligación de informar a la víctima de malos tratos sobre la posibilidad de acogerse a la dispensa, varía en función de la espontaneidad al denunciar los hechos y de la posición procesal que ostente la misma⁶⁶.

⁶¹ STC 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 5º.

⁶² Recordamos que no es posible acogerse a la dispensa “4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular”. Art. 416.14º LECrim.

⁶³ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013: “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: b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.

⁶⁴ STC 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 4º.

⁶⁵ STS 1225/2004, de 27 de octubre, FJ 3º. Igualmente, en otras resoluciones ha subrayado que el derecho recogido en el art. 416 LECrim resulta renunciable (entendiendo que la renuncia es al derecho para prestar declaración) respecto de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos víctimas. STS 625/2007, de 12 de julio, FJ 1º. En el mismo sentido encontramos jurisprudencia más reciente, concretamente la dispuesta en la STS 1010/2012, de 21 de diciembre, FJ 3º y STS 400/2015 de 25 de junio, FJ 1º.

⁶⁶ No obstante, la doctrina es más puntillosa en este sentido y ha venido a precisar esta cuestión, basándose en las propias previsiones de la LECrim. Se matiza que “sin embargo, sí será necesaria dicha instrucción en un momento posterior cuando la denunciante sea llamada a declarar como testigo para ratificar su denuncia o declarar como tal. Igualmente precisa que “la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: uno primero, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 LECrim (salvo casos de denuncia espontánea). Una segunda, en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del artículo 416

En la misma línea, la reciente reforma operada por la LO 8/2021, establece la imposibilidad de la víctima de VG de acogerse a la dispensa cuando ésta, después de haber sido debidamente informada sobre su derecho a no declarar, haya decidido hacerlo⁶⁷.

4. POSIBLES CONDUCTAS PROCESALES DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO A LA DISPENSA

4.1. Algunos datos sobre el acogimiento a la dispensa

Que la controversia suscitada en torno al art. 416 LECrim en relación a las víctimas de VG está a la orden del día no es nada nuevo; así lo demuestran los datos extraídos del Informe Anual sobre VG, donde se recoge que, en el año 2020, cerca de 15.000 mujeres se acogieron a su derecho de no declarar⁶⁸. Curiosamente, se trata de una cifra mucho más baja que la recabada en 2019. No obstante, esta variación no se debe valorar de forma positiva, ya que, tal y como señala la presidenta del Observatorio de Violencia de Género, M^o Ángeles Carmona Vergara, se debe a la actual crisis sanitaria y especialmente a los meses de confinamiento. Por ello, señala que no es un dato que haya que interpretar con positivismo; al contrario, tal cifra o es más que el reflejo de las dificultades que las víctimas de malos tratos siguen teniendo a la hora de denunciar lo ocurrido, por hallarse en casa bajo el sometimiento y control constante de sus agresores⁶⁹.

LECrim y una tercera en el Plenario, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 707 LECrim, deberá también hacerse la información del derecho que recoge el artículo citado (...). Lo pone de manifiesto, MONTESINOS GARCÍA, ANA, “La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, n^o 11, 2012, p. 227.

⁶⁷ Se señala que lo dispuesto en el art. 416.1 LECrim no será de aplicación “5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo”. LO 8/2021, de 4 de junio.

⁶⁸ Concretamente, 14.932 mujeres fueron las que hicieron uso del art. 416 LECrim. OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, “Informe Anual sobre Violencia de Género”, 2020, p. 7. Disponible en: <file:///C:/Users/ADELA/Downloads/Violencia%20sobre%20la%20mujer%20-%20A%C3%B1o%202020.pdf> [Último acceso: 09/06/2021].

⁶⁹ ABOGACÍA ESPAÑOLA, “Las denuncias por violencia de género cayeron en 2020 por el confinamiento pero aumentan las condenas”. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-confinamiento-dificulto-las-denuncias-por-violencia-de-genero-que-cayeron-un-10/> [Último acceso: 31/05/2021].

4.2. Acogimiento a la dispensa por parte de la mujer víctima no denunciante

Por muy raro que nos pueda parecer, los procedimientos que llegan a los juzgados sin incoación por denuncia de la víctima son más de los que imaginamos. Las mujeres maltratadas “viven inmersas en un ambiente de violencia y de terror y a veces les resulta muy difícil dar el paso y denunciar porque tienen miedo, se sienten culpables y quieren proteger a sus hijas e hijos”⁷⁰. Cabe indicar que de las 150.785 denuncias que se registraron 43.060 de ellas no fueron interpuestas por la víctima, sino por sujetos distintos a la misma⁷¹. Puede parecer una cifra bastante baja pero en realidad, es bastante preocupante que sean otras las personas o entes públicos los que detecten y por ende denuncien, que una mujer está sufriendo de VG. Tal y como expone la citada presidenta del observatorio, “la responsabilidad de dar a conocer los hechos sigue recayendo en gran medida sobre las víctimas, a pesar de tratarse de hechos perseguibles de oficio”; por ello, afirman “que es fundamental difundir las herramientas de detección de indicios de VG para intentar corregir esa situación”⁷². En lo que se refiere a la crisis sanitaria del pasado año, se registró en 2020 una caída del 10,31% de denuncias por parte de este tipo de víctimas⁷³. Claro queda que las represiones que pueden sufrir las mujeres a la hora de denunciar están a la orden del día.

Dejando de lado los datos estadísticos, la propia LECrim prevé la posibilidad de no interponer denuncia contra parientes vía art. 261 LECrim a una serie de sujetos ya mencionados al inicio del trabajo. Por tanto, nuestra legislación procesal en principio, permite que las mujeres no pongan en conocimiento de las autoridades que están siendo víctimas de un determinado delito como es en nuestro caso, delitos de VG. Cabe matizar, no obstante, ya que existirá obligación de denunciar cuando se haya cometido un delito grave de contenido violento y la víctima del mismo sea una persona menor de

⁷⁰ ABOGACÍA ESPAÑOLA, *op. cit.* Sobre este problema en concreto también se han pronunciado expertas como MARTÍN NÁJERA, PILAR, advirtiendo que “la ausencia de denuncia que en muchos casos se debe a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima, quien tiene miedo, siente vergüenza, y piensa que no la van a creer”. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 36.

⁷¹ OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, “Informe Anual sobre Violencia de Género”, 2020, p. 7.

⁷² OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, *op. cit.*, p. 18.

⁷³ RTVE, “La pandemia provocó una caída del 10% de las denuncias por violencia de género en 2020,” en *RTVE noticias*, 2021. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20210315/pandemia-denuncias-violencia-genero/2082219.shtml> [Último acceso: 31/05/2021].

edad o con discapacidad necesitada de especial atención⁷⁴. Tal y como se ha pronunciado la doctrina, esta modificación tiene como objetivo “huir (...) de una victimización prolongada de menores y discapacitados”⁷⁵. Por tanto vemos que, si ya de por sí poseen enormes dificultades (miedos, inseguridades, problemas psicológicos...etc) para hacerlo, analizándolo desde una determinada perspectiva, este precepto las acentúa.

4.2.1. El recurso a los testigos distintos a la mujer víctima: testigos directos, indirectos y admisibilidad de los mismos

Volviendo a hacer referencia a datos del año pasado sobre las denuncias interpuestas, es preciso indicar que 43.060 fueron presentadas por sujetos distintos a la mujer; 246 por parte de familiares; 2.839 por parte de familiares vía atestado policial; 20.270 con intervención directa policial; 14.242 mediante parte de lesiones recibido directamente en los juzgados y, por último, 5.463 fueron de la mano de los servicios asistenciales⁷⁶. Todos estos son los sujetos a los que la ley atribuye la potestad e impone el deber de denunciar. Al tratarse de delitos públicos que se persiguen de oficio “la denuncia de los mismos constituye un deber cívico” por ello, “el proceso se va a incoar, aunque la víctima (fruto muy posiblemente de la situación de amedrentamiento en que se encuentra a causa de la violencia ejercida sobre ella...) no denuncie”⁷⁷. Plasmación legislativa de esta afirmación la encontramos en el art. 259 LECrim que dispone la obligación de cualquier persona de denunciar actos que presencie presuntamente delictivos⁷⁸.

En cuanto a los testigos directos, parece que no se plantea confusión, al tratarse de aquellos que presencian o sienten el hecho objeto de la controversia a través de sus

⁷⁴ DF 1º apartado 3º LO 8/2021: “Esta disposición no será de aplicable cuando se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección”.

⁷⁵ En este sentido, MAGRO SERVET, VICENTE, “Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia” *Diario La Ley*, nº 9862, 2021, p. 5.

⁷⁶ OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁷ Literal de, SERRANO HOYO, GREGORIO, “Sobre las posibles conductas procesales de la mujer víctima de delitos de violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, nº 28, 2010, p. 124.

⁷⁸ Art. 259 LECrim: “El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, (...)”.

sentidos (vista, oído, olfato y/o tacto), mientras que los indirectos son aquellos que no han tenido ese contacto directo con el hecho, no son los ofendidos por el delito, pero, han tenido conocimiento del mismo a través de otra persona o a través de otro hecho⁷⁹. Sin embargo, son muchos los casos en los que el testigo directo y víctima no se diferencian, siendo un claro ejemplo el ámbito de la VG, al ser las mujeres las únicas testigos de lo ocurrido (testigos directos) y sujetos pasivos de esa violencia (víctimas). Es esta coincidencia de testigo directo y víctima en una sola persona es la que se ha venido utilizando como una razón de peso más que suficiente para eliminar por completo la posibilidad de acogerse a la dispensa a las víctimas de violencia machista⁸⁰.

Así las cosas, la cuestión controvertida que ahora nos ocupa gira en torno a los testigos de referencia dispuestos en los arts. 262 y 710 LECrim⁸¹. Esta figura procesal se ha venido interpretando por la doctrina como prueba válida capaz de “disipar cualquier sombra de duda sobre la credibilidad de lo manifestado por la mujer víctima, aún cuando posteriormente se acoja al derecho a no declarar contra el agresor al amparo de lo dispuesto en el art. 416 LECrim”⁸². Sin embargo, se cuestiona si por sí sola este tipo de prueba es suficiente para tumbar la presunción de inocencia del maltratador.

La jurisprudencia afirma que se trata de un medio que puede despertar importantes recelos y reservas para su aceptación como vía apta para desvirtuar la presunción de inocencia, en especial, porque impide que el juez que ha de dictar sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad”⁸³. A tal pronunciamiento se le adhiere parte de doctrina que, a diferencia

⁷⁹ Sírvase de ejemplo aquel informe médico de un forense respecto de las lesiones analizadas o el atestado policial redactado por el agente que ha analizado con sus propios ojos el estado anímico de la mujer al acudir a dependencias policiales a denunciar.

⁸⁰ Según DE TORRES PORRAS, FLOR, atendiendo al perjuicio que -según algunas voces- supone para la mujer, hace años que parte de la doctrina ha propuesto una reforma del art. 416 LECrim, basada en el mantenimiento de esa prerrogativa, pero exceptuando a las víctimas directas de VG. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 29.

⁸¹ Art. 262 LECrim: “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante”. Art. 710 LECrim: “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”.

⁸² Así se viene a pronunciar, SERRANO HOYO, GREGORIO, *op. cit.*, p. 125.

⁸³ SAP 14/2010 de Murcia, de 22 de enero, FJ 2º.

de la primera, considera ilícito utilizar el testimonio de referencia relativo a lo que el testigo manifestó a terceros, para fundamentar la condena⁸⁴.

Sin embargo, encontramos jurisprudencia a favor de los testigos de referencia; en este contexto cabe traer a colación lo dispuesto por el Acuerdo de 28 de noviembre del TS donde declaró lícita la posibilidad de sustituir el silencio de la víctima en juicio oral por lo relatado por los testigos indirectos⁸⁵.

En la misma línea se señala que el testigo de referencia, a pesar de no suplir el testimonio directo del testigo que hubiera presenciado la agresión, si prueba más que suficiente lo percibido por cada uno de ellos; lo relatado por la víctima, lo que escucharon y vieron...etc. Así pues, se ha considerado por ejemplo que los agentes policiales que tuvieron el primer contacto con la mujer maltratada se considerarían testigos directos y no de referencia por ser los receptores de aquello que percibieron con sus propios sentidos. En todo caso, sigue añadiendo, que única y exclusivamente adoptarán el papel de testigos de referencia en lo que a la autoría de las lesiones de la mujer se refiere⁸⁶. En este sentido, encontramos también doctrina que admite las testificales de referencia por razones de justicia material⁸⁷.

En suma, y a la vista de lo expuesto, se considera que el testimonio de referencia opera como una especie de complemento que permite obtener la certeza de que los hechos se produjeron de la manera expuesta por la parte acusadora más que suficiente para tumbar la presunción de inocencia del agresor.

⁸⁴ Entre otros autores, CABRERA GÁRATE, RUBÉN “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género”, *Revista jurídica de Canarias*, nº 2, 2006, p. 27.

⁸⁵ Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 28 de noviembre de 2006: “Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

⁸⁶ STS 821/2009, de 26 de junio, FJ 3º. En similar sentido encontramos la STS 463/2012, de 6 de junio, FJ 1º y la SAP 77/2020 de Córdoba, de 7 de febrero, FJ 1º.

⁸⁷ Así se pronuncia, MONTESINOS GARCÍA, ANA, *op. cit.*, p. 238 y ORTEGA CALDERÓN, JUAN LUIS, “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, *Diario La Ley*, nº 6820, 2007, p. 11.

4.2.2. ¿Puede la víctima no denunciante, que es citada como testigo a declarar, acogerse a la dispensa?

Sabiendo ya la posibilidad de incoación del proceso penal de la mano de los testigos de referencia, la víctima no denunciante será llamada a declarar, momento éste en el que se plantearía el posible acogimiento o no a la dispensa.

El TS considera que nos encontramos ante un derecho (en este caso de un cónyuge o de un miembro de la pareja) a no ser compelido a declarar. La jurisprudencia, que reitera la doctrina ya asentada relacionada con la dispensa, entiende que estamos ante un derecho de la persona que declara⁸⁸, de manera que debe ser ese testigo quien decida libremente si quiere o no prestar declaración, o si desea o no renunciar a esa posibilidad⁸⁹.

Sin embargo, esta interpretación ha de ser matizada a tenor de lo dispuesto en la última reforma de la LECrim vía LO 8/2021, de 4 de junio, por la que se establece que, para los casos en los que el testigo (que en este caso es la mujer víctima de VG) ostente la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor o persona dependiente víctima de un delito grave (como lo son los de VG), estará obligada a declarar, no resultando posible acogerse a la dispensa y, por ende, guardar silencio⁹⁰. Se trata de una

⁸⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, “¿Sería inconstitucional negar a la víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar contra el agresor?”, *Diario La Ley*, nº 9014, 2017, p. 10.

⁸⁹ Así se expresa, BELTRÁN MONTOLIU, ANA, *op. cit.*, p. 30. En sentido similar se pronuncia RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, “El deber de declarar contra un pariente: Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre”, *Diario La Ley*, nº 7577, 2011, p. 14.

No obstante, es importante mencionar aquí el papel del MF que, en representación del Estado, ejercitará las acciones penales que considere pertinentes haya o no acusación particular y/o denuncia; igualmente, y en consonancia con lo recientemente establecido, será quien persiga los delitos en los casos de menores o personas discapacitadas agraviadas. Así pues, con la prueba aportada por los testigos de referencia, se personará como acusación pública instando la continuación del proceso; todo ello en virtud de los arts. 105 LECrim y 771.1 LECrim, respectivamente. Art. 105 LECrim: “1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. 2. En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida”. Art. 771.1 LECrim: “ (...) de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere”.

⁹⁰ Se señala que lo dispuesto en el art. 416.1 LECrim no será de aplicación: “1.º 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. 2.º 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”. LO 8/2021, de 4 de junio.

medida impuesta en protección de los menores y personas discapacitadas, principalmente vulnerables en estas situaciones y también víctimas de VG.

4.3. Acogimiento a la dispensa por parte de la mujer víctima y denunciante

Teniendo en cuenta que la situación tanto física como emocional de la mujer es la variante que, en gran medida, condiciona su actuación y, sabiendo que las peores de sus consecuencias es la ausencia de denuncia, nos encontraremos ante una situación menos perjudicial y más fácil de tramitar y resolver cuando la mujer decida poner los hechos en conocimiento de la autoridad policial o judicial. Esta última actuación que aparentemente puede parecer sencilla y culminante en un resultado benévolo para la víctima, no siempre es así⁹¹.

Al respecto, la STS de 2004, indicó que la dispensa ha de aplicarse cuando la testigo haya sido llamada judicialmente a declarar, y no cuando acude espontáneamente a dependencias policiales o judiciales a interponer la denuncia⁹². La STS de 2015, concreta algo más, al señalar que tal precepto establece un “derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciante espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección”. Interpreta este derecho como causa de justificación “para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados

⁹¹ Siguiendo los datos recabados en 2020 sobre VG, de las 150.785 denuncias iniciales, un total de 107.725 fueron interpuestas por la propia víctima de malos tratos; concretamente 2.659 en los juzgados y 105.066 mediante atestados policiales. Cabe destacar que la presentación de la denuncia voluntariamente no supone ni exige su personación como acusación particular, pero sí su declaración como víctima-testigo y, al hilo de esto, debido a esa espontaneidad, se cuestiona la posibilidad de acogerse o no a la dispensa. OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, *op. cit.*, p. 8. Nos podemos encontrar así con la posibilidad de que la mujer se arrepienta de haber interpuesto la denuncia y por tanto, decida retirarla. Como afirma MARÍN LÓPEZ, PALOMA, estos casos son bastante habituales; por ello, una de las soluciones más sonadas es la aplicación de lo dispuesto en el art. 55 del “Convenio de Estambul”; precepto que “recomienda a los Estados que las investigaciones sobre los delitos previstos en los artículos 35 a 39 del propio Convenio (violencia física, violencia sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina, aborto y esterilización forzosos) no dependan totalmente de una denuncia y que el procedimiento pueda seguir incluso si la víctima se retracta o retira la denuncia”. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, “Documento refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de género; Congreso + Senado, de 13 de mayo de 2019”, p. 42. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

⁹² STS 1225/2004, de 27 de octubre, FJ 3º.

parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas”⁹³. Igualmente, la doctrina también coincide en calificar de “renuncia concluyente” a esa situación procesal⁹⁴, llegando a afirmar que carece de sentido que “quien ha puesto en marcha la maquinaria de la Administración de Justicia (...) pueda luego hacer uso de los artículos 416 y 707 LECrim para negarse a declarar” entendiéndose así que se estaría legitimando la renuncia a la acción penal que se pretendía interponer mediante denuncia⁹⁵.

No obstante, es preciso indicar que, pese a tal postura, siguen existiendo un importante sector que se decanta por llevar a la práctica la literalidad del precepto y dejar que la mujer ejerza su derecho a dispensarse, ya que, de lo contrario, si se le obligara a declarar por la fuerza, se estaría incitando a cometer un delito de falso testimonio con las consecuencias previstas en el artículo 420 LECrim⁹⁶.

4.4. Acogimiento a la dispensa por parte de la mujer víctima denunciante y parte acusadora

Nos encontramos así pues ante una actitud más activa de la mujer víctima donde ésta se ve con la seguridad y fuerza suficiente para, no sólo denunciar los malos tratos sufridos, sino para personarse como acusación particular y beneficiarse de todas las garantías que le ofrece tal posición. Así las cosas, la mujer víctima presentará su escrito de acusación; el hecho de formularlo o, incluso, el simple hecho de personarse como acusación, se ha venido interpretando como rechazo implícito a la dispensa, al igual que para el caso que veíamos de la denuncia espontánea. Así, lo ha venido señalando la doctrina afirmando que supone el rechazo a dispensarse tanto en fase de investigación

⁹³ STS 400/2015, de 25 de junio, FJ 1º. En este sentido la doctrina señala que “no es coherente con acogerse después a la dispensa del deber de declarar”, así lo ha dispuesto MARTÍN NÁJERA, PILAR. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 37.

⁹⁴ Como indica, MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 327.

⁹⁵ En esta línea, MAGRO SERVET, VICENTE, *op. cit.*, pp. 1701 y 1702. Podría interpretarse que ha sido esta la línea acogida por la reciente reforma operada por la LO 8/2021.

⁹⁶ Art. 420 LECrim: “El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial (...) o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado (...) incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere 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. La multa será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta”.

como en fase de juicio oral⁹⁷. Por tanto, la lógica nos dice que, si se decide formular tal escrito ejerciendo como acusación, no tendría sentido después guardar silencio, ya que se entiende que la mujer quiere llegar al final del procedimiento, culminando con el castigo penal para su maltratador.

Esta cuestión quedó clara a partir del citado Acuerdo del TS de 24 de abril de 2013⁹⁸. Sin embargo, aunque el pronunciamiento fue respaldado por la posterior jurisprudencia⁹⁹, distaba mucho de convertirse en una cuestión pacífica. De este modo, el TS se vió en la obligación de matizar lo dispuesto, redactando el segundo apartado del Acuerdo de 23 de enero de 2018, que señalaba la posibilidad de acogerse a la dispensa quien habiéndose personado como acusación particular, posteriormente abandonaba tal postura¹⁰⁰. Fue un giro brusco en la línea interpretativa mantenida hasta el momento, permitiendo así guardar silencio a la mujer víctima incluso en los casos que hubiera iniciado el proceso como acusación particular, siempre y cuando posteriormente abandonara tal posición.

La última vuelta de tuerca llega de la mano de la LO 8/2021 que, en consonancia con la sentencia que se analizará más detalladamente en el siguiente punto núm 5, excluye la posibilidad de acogimiento a la dispensa, cuando la mujer víctima se persone o haya estado personada como acusación particular¹⁰¹.

4.5. Acogimiento a la dispensa en juicio por parte de la mujer víctima que prestó declaración en fase de instrucción

Debemos analizar si existe la posibilidad de que la víctima testigo pueda acogerse a la dispensa en el acto del juicio oral cuando en la fase de instrucción decidió declarar sobre los hechos. El TS entiende que el conflicto de intereses (deber de decir verdad vs protección familiar) que puede estar sufriendo la mujer, puede reavivarse en

⁹⁷ Entre otros autores, SERRANO HOYO, GREGORIO, *op. cit.*, p. 120.

⁹⁸ Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 24 de abril de 2013.

⁹⁹ Entre otras, STS 449/2015, de 14 de julio, FJ 1º.

¹⁰⁰ Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS 23 de enero de 2018: “2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”.

¹⁰¹ Se señala que lo dispuesto en el art. 416.1 LECrim no será de aplicación “4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular”. LO 8/2021, de 4 de junio.

cualquier momento, admitiendo su silencio en un momento posterior (juicio oral). Por tanto, se ha venido entendiendo que el hecho de que en una fase declare y en la posterior guarde silencio, no es motivo suficiente para la exclusión de la posibilidad de hacer uso de la dispensa del art. 416 LECrim y por tanto obligarle a declarar¹⁰².

Precisamente, para estos casos, se ha planteado la posibilidad de dar lectura a las declaraciones sumariales de la testigo. Debemos subrayar que estamos ante un supuesto donde no sólo podemos disponer del relato de la denuncia prestada ante la policía y/o juzgado, sino de otras diligencias practicadas en la propia instrucción tales como información recabada de las preguntas del MF, informes médicos forenses, psicológicos, partes de la mujer...etc., entendiéndose como aquella prueba de imposible práctica en juicio oral. Parte de la doctrina afirma que el derecho a dispensarse “desplazaba indebidamente el peso del procedimiento a la víctima del delito”. Al respecto, una de las propuestas planteadas en relación a esta circunstancia en concreto ha sido la de “seguir reconociéndose a la mujer el derecho de dispensa (...) pero sólo una vez”; concretamente, se ha establecido la necesidad de limitar el art. 416 LECrim al momento en el que la mujer llega al Juzgado de Instrucción¹⁰³.

Con el objetivo de hacer valer lo practicado en fase sumarial, se han apuntado dos mecanismos procesales. El primero de ellos consiste en la posibilidad de leer en el juicio oral las declaraciones prestadas en fase sumarial, siempre y cuando la declaración en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario (artículo 714 LECrim). El segundo de ellos, consiste en permitir la posibilidad de reproducción de lo practicado en fase sumarial para, posteriormente, incluirlo como prueba preconstituida, ante la imposibilidad de realizarlo en juicio oral por cualquiera que fuera el motivo (artículo 730 LECrim).

No obstante, el TS ha señalado la imposibilidad de hacer uso de ninguna de estas dos herramientas previstas por la LECrim en ámbito de VG ya que, por lo general, entiende que en estos casos no se dan los presupuestos legales (existencia de

¹⁰² STS 17/2010, de 26 de enero, FJ 4º.

¹⁰³ Esta postura fue la impulsada por VERDEJO TORRALBA, FRANCISCA, para ella, es necesario que la redacción del artículo 416 reconozca un único momento para usar la dispensa suprimiéndola de la fase de instrucción y de la de enjuiciamiento. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 172.

contradicciones o imposibilidad de práctica) para la aplicación de estos dos preceptos y por tanto enervar la presunción de inocencia del agresor¹⁰⁴. A juicio de algunos autores - y en sentido contrario a lo dispuesto por la jurisprudencia-, independientemente de no concurrir con los presupuestos legales mencionados siguen insistiendo en la necesidad de “incorporar al juicio oral la declaración de la víctima en fase de instrucción cuando esta se acoja al derecho a no declarar en plenario” de tal forma que se evitaría que ésta incurriera en delito de falso testimonio¹⁰⁵.

Dado que proliferaban los pronunciamientos dispares, el TS se vio en la necesidad de establecer de una manera clara lo que correspondía hacer ante estas situaciones. De este modo, tuvo lugar la redacción del primer apartado del citado Acuerdo de fecha 23 de enero de 2018, señalando literalmente que en el momento de acogimiento a la dispensa en el acto del juicio oral, no se podrá rescatar o valorar anteriores declaraciones¹⁰⁶.

Recordamos que esta línea es la recogida por la LO 8/2021, como se ha explicado en el punto referente a la obligación de advertir a la víctima sobre su derecho a la dispensa¹⁰⁷. Implica que cuando la mujer anteriormente haya aceptado declarar habiendo sido debidamente informada de la dispensa, estará obligada a ello, no pudiendo acogerse a la misma¹⁰⁸.

¹⁰⁴ STS 459/2010, de 14 de mayo, FJ 3º. En similar sentido se pronuncia la STS 160/2010, de 5 de marzo, FJ 2º.

¹⁰⁵ COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁶ Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 23 de enero de 2018: “1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida”. Cabe destacar que esta postura es apoyada también por el TC en relación al derecho de todo el acusado del art. 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales - en adelante, CEDH- a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el mismo; señalando así que se estaría vulnerando el principio de contradicción, por no darse la oportunidad procesal pertinente ni al acusado ni a su letrado de estar presente en las diligencias sumariales. Art. 6.3 d) CEDH, de 4 de noviembre de 1950: “d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra” en STC 76/1993, de 1 de marzo, FJ 3º.

¹⁰⁷ Si recordamos se señalaba que lo dispuesto en el art. 416.1 LECrim no será de aplicación “5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo”. LO 8/2021, de 4 de junio.

¹⁰⁸ Sin embargo, pronunciamiento distinto es el que dispone en relación con la prueba preconstituida, señalando su obligatoriedad cuando el testigo sea menor de 14 años o persona discapacitada. Esto es lo que ha venido a disponer el nuevo art 449 ter LECrim donde se señala esta edad a efectos de determinar la madurez. Igualmente, para este tipo de personas el juez acordará la exploración pertinente y de lo obtenido, podrá formular prueba preconstituida con todas las garantías de la práctica de prueba en el

5. MENCIÓN ESPECIAL A LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE LA DISPENSA: LA STS 389/2020, DE 10 DE JULIO

Llegados a este punto, resulta más que necesario dedicar con detenimiento un apartado en concreto al análisis de la jurisprudencia más actual sobre la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de VG del último año. Tal y como lo señalan numerosos autores, supone una “vuelta de tuerca” a la jurisprudencia de la que se disponía anteriormente¹⁰⁹. Prueba de ello lo encontramos en lo recientemente dispuesto por el TS acerca de como actuar ante temas objeto de jurisprudencia tan variada. Señala por un lado, la necesidad de confluir razones calificadas, no siendo suficiente la mera discrepancia o divergencia para establecer cambios tan bruscos sobre una cuestión en concreto. Por otro, subraya la importancia de una buena fundamentación incluso cuando los bienes jurídicos protegidos que haya de por medio sean la vida, intimidad, integridad física, psíquica... etc o intereses de personas, como es en este caso, los de la víctima de VG¹¹⁰.

5.1 Un cambio drástico de orientación

Es en este punto donde cabe mencionar la STS 389/2020 que tantísimo impacto ha tenido en la jurisprudencia española dejando sin efecto lo dispuesto en el segundo apartado del citado Acuerdo del Pleno de 2018; en resumen se expone que, no recobra

juicio oral; aspecto que hace que su declaración en juicio sea excepcional. Para ello, será necesario que la acusación proponga como prueba tal reproducción en el plenario para darle rango de verdadera prueba de cargo. Todo esto se hace para evitar que, por el transcurso del tiempo entre ambos momentos se deteriore la calidad de lo relatado. DF 1º apartados 5-14 LO 8/2021: “ (...) practicada la prueba preconstituida, solo podrá acordar motivadamente su declaración en el acto del juicio oral, cuando, interesada por una de las partes, se considere necesario (...) se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato”.

Sobre esta última cuestión se ha venido a pronunciar la STS 329/2021, señalando los 14 años como umbral por debajo del cual se presume que la comparecencia en juicio de los mismos cuando sean entre otros, delitos contra la libertad sexual; conlleva la posibilidad de caer en victimización secundaria, por ello, y para evitar esto precisamente, el legislador ha considerado oportuno regular esta cuestión. STS 329/2021 de 22 de abril, FJº 1º.

¹⁰⁹ Así lo dispone, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, ANA, “Otra vuelta de tuerca. Nuevos rumbos para la dispensa del deber de declarar en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Procesal y Penal*, nº 60, 2020.

¹¹⁰ STS 351/2020, de 25 de junio, FJ 11º.

el derecho a la dispensa quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma¹¹¹.

Esta resolución tuvo lugar con motivo de un conflicto originado en el seno de una pareja que, tras la denuncia de la mujer ésta se personó como acusación particular, posición que, más tarde, abandona. Ante esta situación, el TS señala la imposibilidad de acogimiento a la dispensa, utilizando el argumento de que no estaban constituidos como pareja en el momento de prestar declaración en juicio oral. Frente a esta postura, la defensa alega que la ausencia de información y concesión del derecho a no declarar a su ex mujer (que en el momento de los hechos era su mujer), daba lugar a la nulidad de la declaración.

El TS desestimó tal pretensión, subrayando la importancia de actuar en estos casos como mera testigo no víctima ni denunciante y como testigo-víctima denunciante del delito. Considera que el ejercicio del derecho a la dispensa es incompatible por parte de la víctima denunciante y aún más en los casos de VG. Por ello, señala que este derecho podrá ser ejercitado únicamente en relación a aquella declaración que pueda comprometer al pariente imputado, pero no a la denunciante, por entender que fue esta la que puso en marcha el proceso penal. Se trae a colación la STS 449/2015, para reforzar la idea de imposibilidad de acogimiento, aun cuando se abandona la acusación particular, por entender que la persona que presenta voluntariamente denuncia contra su agresor está rechazando indirectamente la posibilidad de guardar silencio, no dando cabida por tanto, al conflicto entre el deber de declarar y la solidaridad del vínculo familiar. De esta manera, se estima pertinente obligar a la mujer a declarar, evitando cualquier tipo de coacción dirigida a la misma para acogerse a la dispensa. Añade que, de lo contrario, si se es más flexible en tal concesión, podría darse el caso de que la persona pudiera ostentar uno u otro status en atención a lo dispuesto por su voluntad.

En suma, esta nueva doctrina jurisprudencial del TS excluye a las víctimas testigos denunciante de la posibilidad de acogerse al derecho de dispensa, siendo únicamente posible su ejercicio para aquellas personas que ostenten la posición de meros testigos no denunciante ni víctimas. Volcando esté pronunciamiento al ámbito

¹¹¹ STS 389/2020, de 10 de julio, FJ 10º.

de VG, entendemos que las mujeres denunciadas no podrían guardar silencio a la hora de ser llamadas a declarar y, por tanto, estarían obligadas a relatar lo ocurrido y, por supuesto, a decir verdad, porque, en caso contrario -como hemos expuesto anteriormente en este trabajo-, podría dar lugar a la incoación de otro procedimiento penal paralelo por incurrir en delito de falso testimonio por encubrimiento de parientes.

Por mucho que este nuevo pronunciamiento pueda parecer algo novedoso, realmente, lo dispuesto en él no ha sido más que el reflejo de lo tratado desde hace años en distintas propuestas¹¹². En este sentido, ya en el año 2006 donde se precisaba el no alcance de la dispensa del art. 416 LECrim a las víctimas y perjudicados del delito unidos por los lazos de parentesco al que se refiere el precepto¹¹³. Igualmente, encontramos pronunciamiento por parte de FGE cuya intención de suprimir este derecho a las víctimas de VG es clara¹¹⁴.

¹¹² Resulta interesante mencionar, que lo dispuesto por este tribunal no difiere a grandes rasgos de lo que en nuestros países vecinos europeos, e incluso a nivel internacional, se dispone acerca de la dispensa del deber de declarar. Así pues, en primer lugar, la regulación italiana, obliga a declarar a todo aquel que denuncie, incluso a las víctimas del delito, por considerarse esenciales en el procedimiento. Por tanto, la mujer italiana víctima de VG desde el momento que denuncie los hechos estará obligada a relatar lo sucedido sin posibilidad de guardar silencio. Art. 199.1 del Decreto del Presidente de la República nº 447 por el que se aprueba el Código del Proceso Penal Italiano de 22 de septiembre de 1988. “Códice di Procedura Penale”.

En mismo sentido, la legislación inglesa, tras varios cambios de criterio, decidió la exclusión definitiva de las mismas. Ley de policía y pruebas penales inglés de 31 de octubre de 1844. “Police and Criminal Evidence Act”.

En cuanto a la legislación francesa, se establece la prohibición de declarar una serie de hechos bajo promesa o juramento, enumerando así cinco grupos de parientes próximos al acusado a quienes les afectaría, encontrándose en el quinto lugar el marido o mujer, subsistiendo esta prohibición incluso después del divorcio. Art. 336 del Código del Proceso Penal francés de 2 de marzo de 1959. “Code de Procédure Pénale”.

Por último, haciendo una breve mención a lo que disponen otros códigos procesales fuera del ámbito europeo, en Argentina se regula la obligación de declarar por parte de las víctimas de VG cuando no hubiera otra forma de conocer lo ocurrido. Art. 242 del Decreto nº. 118/2019, de 8 de febrero de 2019 por el que se aprueba el texto ordenado del Código Procesal Penal Federal argentino. “Código Procesal Penal Federal Argentino”.

Cabe destacar también que en este mismo sentido literal se expresa la regulación brasileña. Art. 206 del Decreto ley nº 3689, de 3 de octubre de 1941 por el que se dicta el Código de Procedimiento Penal brasileño. “Código Procesal Penal Brasileño”.

¹¹³ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe del grupo de expertos en materia de violencia doméstica y de género del consejo general del poder judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, 2006, p. 17. Disponible en: <http://www.olvg.uma.es/pdf/informe%20LO%201-2004%5B1%5D.pdf> [Último acceso: 09/06/2021].

¹¹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado”, 2020, p. 1320. Disponible en: <https://elforodeceuta.es/wp-content/uploads/MEMORIA-FISCALIA-GENERAL-DEL-ESTADO-2020.pdf> [Último acceso: 09/06/2021]. A pesar de ser un razonamiento bastante escueto, se está haciendo referencia a los delitos de VG y a la posible supresión del uso de la dispensa por parte de sus víctimas; supresión sobre la que trece años más tarde, el TS se ha pronunciado.

Tampoco debemos olvidar que lo recientemente dispuesto por la LO 8/2021 no difiere en exceso a lo dispuesto en esta sentencia, en tanto que establece una serie de exclusiones de la dispensa, bien por haber menores o personas con discapacidad de por medio -víctimas, al mismo tiempo de VG- o por circunstancias como su personación en calidad de acusación particular, o su decisión de prestar declaración aun habiendo sido informada de su derecho a no hacerlo.

5.2. Votos particulares

Como era de esperar, este posicionamiento no estuvo exento de polémica, provocando los votos particulares de tres magistrados. A ellos, precisamente, dedicaremos las siguientes líneas de nuestro trabajo.

En primer lugar, D. Antonio del Moral García consideró que, para un cambio de orientación jurídica, sería más adecuado optar por alguna modificación legislativa o por la introducción de elementos novedosos y no privar a las víctimas testigos denunciadores de esta forma tan tajante de su derecho a no declarar; en consonancia con la STS 205/2018¹¹⁵.

En segundo lugar, D. Andrés Palomo del Arco manifestó que de lo dispuesto en esta sentencia no se eliminan de raíz las posibles coacciones dirigidas a las víctimas del delito, por ello, califica de “insuficiente” lo dispuesto en ella¹¹⁶.

En tercer y último lugar, D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina señala la necesidad de dejar esta cuestión en manos del legislador atendiendo al caso en concreto, no considerando oportuno establecer de forma rotunda la automática renuncia definitiva a la dispensa interpuesta la denuncia. Además, muestra su disconformidad respecto de que sólo puedan disponer de la misma los testigos no víctimas del delito¹¹⁷.

¹¹⁵ STS 389/2020, de 10 de julio. Voto particular del magistrado Antonio Del Moral García.

¹¹⁶ STS 389/2020, de 10 de julio. Voto particular del magistrado Andrés Palomo Del Arco.

¹¹⁷ STS 389/2020, de 10 de julio. Voto particular del magistrado Eduardo De Porres Ortiz De Urbina.

III. EL FUTURO DE LA DISPENSA EN VIOLENCIA DE GÉNERO

La gran controversia suscitada por la dispensa de la obligación de declarar en el ámbito de la VG ha desembocado en diferentes propuestas e intentos de cambio. A pesar de que muchos no hayan prosperado, no por ello han caído en vano; al contrario, los cambios que los textos que a continuación mencionamos han estado muy presentes a la hora de emitir informes por parte de diferentes grupos de expertos y expertas (muchos de ellos citados a lo largo del trabajo) e incluso han servido como base para redactar las propuestas de reforma que actualmente están en pleno trámite de negociación.

1. ALGUNOS INTENTOS DE REFORMA PASADOS

1.1. Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011

Este Anteproyecto, objetivo principal que del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia firmado en mayo de 2001, contenía en su art. 570 una serie de exenciones a la obligación de declarar por razón de parentesco. Tras establecer la posibilidad de acogerse a la dispensa al cónyuge del imputado y a la persona unida al mismo por semejante relación a la matrimonial, se mantiene tal posibilidad aún no existiendo vínculo o convivencia efectiva. Así pues, a pesar de no constar en nuestra actual LECrim redacción expresa de esta última idea, la jurisprudencia tal y como hemos venido analizando se ha pronunciado admitiendo tal pretensión.

Igualmente, en 2011 se trató una cuestión que recientemente ha sido recogida por la LO 8/2021; hablamos así de la imposibilidad de acogerse a la dispensa las víctimas de VG que hubieran accedido a declarar en un primer momento, rechazando su derecho a no hacerlo en el momento que se le advirtió sobre tal posibilidad. Por tanto, vemos que no es nueva la intención de evitar los efectos que podría ocasionar el arrepentimiento de la mujer tras haber prestado declaración en un determinado momento del proceso penal¹¹⁸.

¹¹⁸ Recordamos que esta idea es la que dispone el nuevo art. 416.1.5º.

Por último y como novedad, se añadió una advertencia que igualmente en la LECrim brilla por su ausencia; y es que ningún testigo podrá verse en la obligación de declarar si mediante su relato puede castigar penalmente a otro pariente¹¹⁹.

Vemos por tanto que, alguna de las cuestiones a cambiar sobre la dispensa que se planteaban en 2011 se han hecho firmes bien a través de jurisprudencia bien a través de la nueva reforma de la LECrim.

1.2. Propuesta de Código Procesal Penal de 2 de marzo 2012

Años más tarde, el Consejo de Ministros acordó a través de la Comisión Institucional la elaboración de un texto articulado del cual derivó un año más tarde en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013. A pesar de que no se viera plasmada en ningún texto legal, conviene recordar que la misma contenía referencia a la dispensa de la obligación de declarar por vínculo familiar en su art. 370¹²⁰.

Al igual que en el anteproyecto de 2011, se contempló el derecho de acogerse a ésta exención al cónyuge del imputado o la persona unida al mismo por semejante relación a la matrimonial, aun extinguido el vínculo matrimonial o haya cesado la

¹¹⁹Art. 570 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011: “1. Están dispensados de la obligación de declarar los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del acusado, sus colaterales consanguíneos o dentro del segundo grado de afinidad, así como su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, aun cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva. 2. La exención no será aplicable cuando las personas a las que se refiere el apartado anterior hayan aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informadas de su derecho a no hacerlo. 3. Ningún testigo podrá ser obligado a responder una pregunta cuya contestación pueda originar la atribución de responsabilidad penal a alguno de los parientes a que se refiere este artículo, aunque no haya sido acusado en ese procedimiento”
Igualmente, el Anteproyecto de la LECrim de 2020 lo caracterizaba como “base más firme para asentar un sistema verdaderamente garantista en beneficio de todos los ciudadanos”, Exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre de 2020.

¹²⁰ Art. 370 de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013: “1. Están dispensados de la obligación de declarar: a) El cónyuge del encausado o la persona unida al mismo por una relación de hecho análoga al matrimonio, aunque se haya extinguido el vínculo matrimonial o haya cesado la convivencia efectiva. b) Los parientes del encausado en línea recta, por consanguinidad o afinidad, y los colaterales, hasta el tercer grado por consanguinidad y hasta el segundo grado por afinidad. La dispensa prevista en este apartado no regirá para quien hubiere formulado denuncia. 2. El Fiscal advertirá al testigo que se halle comprendido en el apartado anterior de que no tiene obligación de declarar en contra del encausado. 3. Cuando se trate de menores de edad que carezcan de madurez suficiente para valorar el sentido y alcance de su decisión o de incapaces que padezcan una deficiencia psíquica relevante, la decisión deberá ser adoptada por sus padres o por su representante legal, salvo que el encausado lo fuera alguno de los progenitores o el representante legal del menor o incapaz”.

Respecto de este anteproyecto, también encontramos mención en el Anteproyecto de 2020, señalando así que, “aunque difería en numerosos aspectos técnicos de su antecedente de 2011, compartía la integridad de sus principios rectores”. Antecedentes del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 2020.

convivencia efectiva, aspecto que, volvemos a recordar, la actual LECrim no recoge pero la jurisprudencia ha admitido su aplicación.

Apreciamos diferencia en parte de su alcance subjetivo, concretamente, en relación a los parientes colaterales. Por un lado, la propuesta señalaba que la dispensa alcanza a “los colaterales, hasta el tercer grado por consanguinidad y hasta el segundo grado por afinidad” y la LECrim señala su alcance hasta “los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil así como (...) los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive”. Apreciamos, por tanto, clara diferencia.

Además, se añadió la no posibilidad de acogimiento a la dispensa para los casos en los que se haya formulado denuncia, idea que tampoco consta en la actual LECrim. Igualmente, la persona que debe informar al testigo de su posibilidad de no declarar en contra del acusado la propuesta señala que será encomienda el Fiscal quien haga esta labor y la LECrim señala actualmente que es el Juez Instructor quien la realizará.

Por último, se hizo una especial mención a los menores, señalando que, para aquellos casos en los que carezcan de madurez suficiente para comprender en que contexto se hallan, decidirán en su caso sus padres o representantes legales siempre y cuando éstos no sean el propio acusado; idea que, recordamos ya resulta estar vigente tras la reforma la LO 8/2021 reconociéndose en el art. 416.1.3º LECrim, constan por tanto, de previsiones similares.

2. PROPUESTAS ACTUALES

Al margen de los dos anteproyectos ya mencionados, cabe mencionar ahora brevemente cuales son las propuestas que actualmente están en pleno debate parlamentario.

2.1. Documento refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de género de 13 de mayo de 2019 (Congreso y Senado)

A pesar de haberse mencionado previamente en este trabajo, conviene analizar más detenidamente aquellas propuestas sobre la dispensa que se han dado en el seno del Congreso y Senado y que, a día de hoy, aún siguen siendo objeto de discusión. Teniendo como precedentes lo dispuesto en dos informes¹²¹, de manera tajante, en su medida núm. 142 (núm. 117 Congreso y núm. 250 Senado) se prevé la necesidad de oportunas reformas legales para evitar los espacios de impunidad que para las víctimas de VG supone el derecho previsto por el art. 416 LECrim¹²². Cabe destacar que esta idea de necesidad de redacción del art. 416 LECrim ha sido respaldada por una gran parte de la doctrina¹²³. Otro importante sector, dio un paso más allá, proponiendo la adición de un núm. 3 al art. 416 LECrim donde se dispusiera que no procedería la dispensa de la obligación de declarar cuando la declaración verse sobre VG en los términos del art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004¹²⁴. Igualmente y, en sentido contrario, algunas se encargaron de precisar que, realmente, sería innecesario el cambio legislativo que sus compañeras proponían, siempre y cuando la jurisprudencia del TS cambiase¹²⁵.

2.2. Proposición de Ley de Medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia machista de 4 de diciembre de 2020

La Proposición de Ley de Medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia machista de 4 de diciembre de 2020, propuesta por el Grupo Parlamentario Ciudadanos propone la eliminación de la dispensa respecto del “cónyuge del

¹²¹ COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*

COMISIÓN DE IGUALDAD DEL SENADO, “Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, aprobado por la comisión de igualdad en su sesión de 28 de julio de 2017”. Disponible en: https://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_134_1163.PDF [Último acceso: 09/06/2021].

¹²² Concretamente en la medida núm. 142: se señala: “Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas”. DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *op. cit.*, p. 32.

¹²³ Así dispuso, HERNÁNDEZ OLIVER, BLANCA. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 154.

¹²⁴ En concreto, así lo defendió, PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA, ANA MARÍA. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 176.

¹²⁵ En este sentido, PELÁEZ SOLÍS, FILOMENA. COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, *op. cit.*, p. 122.

delincuente o persona que conviva con en la análoga relación de afectividad, cuando sean la víctima del delito (...)”¹²⁶, de tal forma que, se evitará el uso de la dispensa “como subterfugio por la víctima con motivo de amenazas o coacciones de su agresor”¹²⁷.

En este sentido, el texto de la Proposición de Ley realiza una propuesta de redacción del art. 416 LECrim que viene a velar, por un lado, por el interés del menor y personas con discapacidad. Más concretamente, se deja en manos de sus representantes legales la decisión de prestar declaración o no en el procedimiento contra su familiar y para el caso en que se den conflicto de intereses entre menores y discapacitados y representantes legales intervendrá el MF como representante de todas las garantías previstas para estos sujetos especialmente vulnerables. Igualmente señala que, tales sujetos no podrán acogerse a la dispensa siempre que la víctima del delito sea un menor o persona incapacitada propia del núcleo convivencial familiar. Por último, no podrán acogerse a la dispensa el cónyuge o persona unida por análoga relación cuando ostente la posición de víctima del delito objeto del proceso¹²⁸. Recordemos que esta idea se ha venido a defender en diferentes ocasiones tanto por doctrina como por jurisprudencia.

¹²⁶ Proposición de Ley de Medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia machista del 4 de diciembre de 2020, p. 5. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-136-1.PDF [Último acceso: 09/06/2021].

¹²⁷ Esta Proposición contempla la necesidad de proteger a menores y personas discapacitadas “en los mismos términos y con los mismos fines la dispensa de la obligación de denunciar en los casos que impliquen a menores o personas con discapacidad (...)”. Proposición de Ley de Medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia machista del 4 de diciembre de 2020, p. 5. Se trata de una protección que ya se había previsto por la LO 8/2021.

¹²⁸ La propuesta de redacción es la siguiente: “ (...) Tratándose de una persona menor de edad, de una persona con discapacidad necesitada de especial protección o de una persona incapacitada judicialmente, en todos los casos corresponderá a sus representantes legales decidir si esta prestará o no declaración en el procedimiento seguido contra su familiar. En caso de existir conflicto de intereses entre la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección y sus representantes legales, decidirá el Ministerio Fiscal. En uno y otro caso, se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída en los términos establecidos en la legislación vigente.

Las personas mencionadas en este apartado no podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar en el caso de que la víctima del delito sea una persona menor de edad, una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona incapacitada judicialmente que se halle sujeta a su patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, o que por cualquier otra causa se halle integrada en su núcleo de convivencia familiar.

Tampoco podrán acogerse a la dispensa de su obligación de declarar contra el procesado su cónyuge o persona unida al mismo por relación de hecho análoga a la matrimonial cuando esta sea la víctima del delito objeto del proceso, o cuando lo sean sus hijos e hijas o menores sujetos a su tutela o su guardia y custodia, aun cuando no convivan con el procesado, o cuando lo sean terceras personas vinculadas a las anteriores por parentesco, amistad o vecindad u otras circunstancias cuando se agreda a las mismas con ánimo de causar perjuicio a aquellas o cuando sufran una agresión por defenderlas o ayudarlas o por

2.3. Anteproyecto de LECrim de 24 de noviembre de 2020

Teniendo como antecedentes el Anteproyecto de 2011 y la Propuesta de 2013, y trasladando las pretensiones en estos recogidas, éste anteproyecto se decanta por la no posibilidad de acogerse a la dispensa a la víctima que, habiendo sido informada de la previsión del 416 LECrim ha decidido de manera voluntaria y libre declarar en contra de la persona a la que le une la relación de afectividad o parentesco; asimismo, se establecen consecuencias idénticas para el caso de que la mujer se persone ostentando la posición de acusación particular. Se trata de dos ideas que ya han sido incorporadas en la LECrim a través de la LO 8/2021, que incorpora los apartados 4º y 5º del nuevo art. 416.1 LECrim.

pretender hacerlo”. Proposición de Ley de Medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia machista del 4 de diciembre de 2020, p. 18.

IV. CONCLUSIONES FINALES Y REFLEXIÓN PERSONAL

Expuestas ya todas y cada una de las cuestiones relativas a la dispensa de la obligación de declarar de las víctimas de VG, hemos de concluir nuestro trabajo con una serie de conclusiones finales. Si tuvieramos que expresar la opinión personal sobre este tema en tan sólo una idea, sin duda, cabría resaltar lo sorprendente -y cuanto menos paradójico- que resulta que este abrumador despliegue normativo y jurisprudencial no haya sido suficiente durante tantos años, para poner punto y final a una cuestión procesal derivada de tan sólo un único precepto. Lo cierto es que, como hemos podido constatar, los vaivenes jurisprudenciales en cuanto a la interpretación de la dispensa en VG han sido constantes. Como conclusiones, enumeramos las siguientes:

1. A pesar de las idas y venidas en cuanto a la redacción del precepto, la LECrim es clara en la delimitación del alcance subjetivo de la dispensa, no sólo considerando los grupos de parientes que desde unos inicios han constado en la propia ley junto con la inclusión de las mujeres víctimas de violencia de género, sino que, amplía ese ámbito dando el mismo lugar a menores y personas con discapacidad, por considerarse víctimas vulnerables de la propia violencia machista. Recordamos que los delitos de VG se caracterizan especialmente por cometerse en un ámbito de intimidad familiar donde, la mayoría de veces, este último grupo de personas presencian lo ocurrido; por tanto, es lógico, siempre y cuando se tenga un cierto nivel de madurez para alcanzar el sentido de la dispensa, que se pueda guardar silencio.
2. Con el paso de los años y, tras vaivenes interpretativos, la jurisprudencia ha identificado las posibles conductas procesales que puede adoptar la mujer en el proceso penal y cual es su incidencia. Se constata que algunos interrogantes han sido superados. En la actualidad la dispensa es aplicable tanto a cónyuges como a miembros constituidos en relaciones análogas a la matrimonial y a ex parejas siempre que fueran pareja en el momento de los hechos. Igualmente, no suscita ningún tipo de duda que la misma se aplique, a pesar de no concurrir convivencia efectiva en la pareja. Nos encontramos ante una sociedad cambiante y el derecho tiene que seguir su ritmo; por tanto, anclarse en el pasado reconociendo la dispensa sin estas consideraciones no sería buena aplicación del

derecho. Al contrario, se estaría dando lugar a una discriminación hacia aquellas parejas menos tradicionales que se salen de lo que durante tantos años ha estado impuesto por la sociedad, como es en nuestro caso, el vínculo matrimonial y el convivir de una forma continua e ininterrumpida.

3. De la mano de la más actual jurisprudencia y algunas propuestas de reformas, hemos podido comprobar que se considera como una renuncia automática a la dispensa los casos de denuncia espontánea y personación como acusación particular en el proceso. Nos encontramos así ante una situación delicada, donde la mujer está continuamente sometida a altibajos emocionales y esta circunstancia es la que se tiene que tener en cuenta desde un primer momento. Por tanto, tales posicionamientos, a nuestro parecer, resultan agresivos y arrebatadores, en tanto se le está sustrayendo a la mujer víctima de malos tratos la posibilidad de ejercer un derecho consagrado en una ley; derecho que en principio, es de aplicación a una serie de personas en las que la propia víctima de VG, en teoría, en la redacción literal del precepto, está incluida.
4. Por tanto, y al hilo de esta última idea, resulta lógico que no sea posible rescatar anteriores declaraciones de la víctima por medio la aplicación de los arts. 714 y 730 LECrim, tal y como han venido señalando los tribunales. Defendemos que la total libertad de actuación y de decisión de la mujer de volver a relatar lo sucedido en las diferentes fases del procedimiento, es lo que debería prevalecer en estos casos. Por su parte, la LO 8/2021 ha supuesto cambios importantes en la dispensa, incluyendo supuestos en los que este derecho se ve excluido y que tienen una incidencia directa en el ámbito de la VG. A pesar de que en un primer momento se le permitiera a la mujer víctima de VG no denunciar vía art. 261 LECrim, la reforma ha limitado dicha libertad imponiéndole la obligación de poner en conocimiento lo ocurrido, siempre que medien víctimas menores de edad o personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad, y se trate de un delito grave; variables que, en el ámbito de la VG muy probablemente se den.
5. Además, en coherencia con lo anterior, la LO 8/2021 excluye la posibilidad de acogerse a la dispensa en aquellos casos en los que la mujer ostente la representación legal o guarda de hecho de las víctima menor de edad o con

discapacidad necesitada de especial protección. Semejante disposición se establece en relación a los casos en los que se trate de un delito grave (como lo son los de VG), el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor o dependiente; en estos supuestos también, se excluye el derecho a la dispensa, obligando a prestar declaración.

6. En consonancia con la última jurisprudencia emitida, la LO 8/2021 excluye también la posibilidad de dispensa en los casos en los que la mujer esté o haya estado personada como acusación particular en el proceso. Se considera así que no tiene derecho a guardar silencio, calificándose, dicha personación -pasada o presente- en el proceso, como renuncia a la dispensa. Pretensión también aplicable respecto de aquellas situaciones en las que la mujer durante el procedimiento hubiera declarado habiendo sido informada previamente de su derecho a no hacerlo. Por ello, y en cuanto al deber de informar a la víctima de su posibilidad de acogimiento a la dispensa, es oportuna tal advertencia, ya que, de lo contrario, no sólo se le está obligando a declarar sino que, además, se estaría vulnerando un derecho que tiene reconocido.

7. Por último, esta idea de sustracción de la dispensa de las víctimas de VG en concreto, se plasmó jurisprudencialmente vía STS 389/2020, respecto de esta última sentencia citada, -que no viene más que a recoger algunas de las limitaciones expuestas en la LO 8/2021- es importante reparar lo que en ella se establece al no prestar la atención que requiere el hecho de que la mujer actúe en calidad de testigo y a su vez, víctima de lo ocurrido. A pesar de que, efectivamente, esta resolución venga a diferenciar ambas posiciones procesales, se constata que no entra a valorar lo que ser víctima de violencia de género supone, arrebatando el derecho a dispensarse a las mismas. No obstante, y aportando algún rayo de luz a toda esta cuestión, especial importancia requiere otorgar a los tres votos particulares emitidos en la misma, pues, al margen de considerar efectivamente la necesidad de diferenciar a la mujer víctima del mero testigo, inciden en la necesidad de incluir otra serie de variables centrándose en la víctima en cuestión; aspecto que, desde un primer momento, se considera primordial para evitar toda esta controversia.

En realidad, estas nuevas consideraciones han sido reflejo de la intención que durante tantos años ha habido de modificar la regulación de la dispensa del art. 416 LECrim en el ámbito de la VG. Si bien es cierto que resulta procedente, en algunos casos, excluir el derecho de dispensa con el objeto de proteger a menores y personas dependientes -también víctimas de VG-, poco a poco, asistimos a una limitación de la libertad de actuación de la mujer en el proceso penal, imponiéndole tanto denunciar, como declarar en las distintas fases del procedimiento. Y todo ello, sin reparar en otra variante que se está dejando de lado: el estado anímico de la mujer.

Así las cosas, no creemos que la solución sea estar continuamente debatiendo sobre si es preceptivo o no mantener la dispensa en el ámbito de la violencia de género. De alguna forma, arrebatar ese derecho a la mujer víctima de VG es agravar su situación y, por tanto, empeorar el estado anímico que está padeciendo. Atendiendo a las circunstancias en la que se encuentran este tipo de víctimas, resulta lógico que tiendan a lo más fácil y seguro, que es su silencio por miedo a las posteriores represalias y coacciones que pueda haber por parte de su agresor. Para evitar esto, lo oportuno, quizás no sería seguir limitando y excluir la dispensa en VG, sino empoderar a la víctima, proporcionándole todos los medios para que ella misma pueda declarar libremente y con las garantías necesarias. Es cierto que es preciso incluir mecanismos de protección cuando existen menores o personas discapacitadas víctimas también de la VG, tal y como ha hecho la LO 8/2021, pero, nos debemos plantear si la vía adecuada es la desaparición del derecho a decidir que la dispensa proporciona actualmente a la mujer víctima.

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES COMPLEMENTARIAS

BIBLIOGRAFÍA:

- BELTRÁN MONTOLIU, ANA, “Víctima de violencia de género y la dispensa del art-416 Lecrim: Evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 19, 2018.
- BODEGAS HUELGA, CRISTINA, “La dispensa de la obligación de declarar con especial atención a las víctimas de violencia de género”, *A Definitivas*, nº 80, 2020.
- CABRERA GÁRATE, RUBÉN “Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género”, *Revista jurídica de Canarias*, nº 2, 2006.
- CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL, “Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género”, *Diario la Ley*, nº 9713, 2020.
- FERNÁNDEZ NIETO, JOSEFA, “A vueltas con la doctrina del pleno del STS 389/20 del art. 416 LECrim y la dispensa del derecho a declarar: Incertidumbres, Reformas y Alternativas de futuro”, 2020. Disponible en: <https://elderecho.com/vueltas-la-doctrina-del-pleno-sts-389-20-del-articulo-416-lecrim-la-dispensa-del-derecho-declarar-incertidumbre-reformas-alternativas-futuro> [Último acceso: 08/06/2021].
- GONZÁLEZ MONJE, ALICIA, “La declaración del testigo-víctima de violencias de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art. 416 de la ley de Enjuiciamiento Criminal”, FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA; DEL POZO PÉREZ, MARTA; LEÓN ALONSO, MARTA (dirs.), GALLARDO RODRÍGUEZ, ALMUDENA (coord.), *Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2013.
- GUTIERREZ DE PIÑERES BOTERO, CAROLINA; CORONEL ELISA; PÉREZ, CARLOS ANDRÉS, “Revisión teórica del concepto de victimización secundaria”, *Liberabit*, vol. 15, nº 1, 2009.

- MAGRO SERVET, VICENTE, “Análisis de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia” *Diario La Ley*, nº 9862, 2021.
- MAGRO SERVET, VICENTE, “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la Violencia de Género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2005.
- MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA, “La protección cautelar penal de las víctimas de violencia de género”, VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MARTÍNEZ MORA, GEMA, “La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 LECrim”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2176, 2015.
- MONTESINOS GARCÍA, ANA, “La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género”, *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, nº 11, 2012.
- ORTEGA CALDERÓN, JUAN LUIS, “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”, *Diario La Ley*, nº 6820, 2007.
- 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*, nº 24, 2011.
- RENEAUM PANSZI, 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), *Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, 2014. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/283811/ttrp.pdf.txt;jsessionid=8AEFCE9D362A01F0977F6A00C6443A2F?sequence=2>. [Último acceso: 31/05/2021].
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, ANA, “Otra vuelta de tuerca. Nuevos rumbos para la dispensa del deber de declarar en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Procesal y Penal*, nº 60, 2020.

- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, ANA, “Sobre la aplicabilidad de la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2013.
- RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, “¿Sería inconstitucional negar a la víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar contra el agresor?”, *Diario La Ley*, nº 9014, 2017.
- RODRÍGUEZ LAINZ, JOSÉ LUIS, “El deber de declarar contra un pariente: Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre”, *Diario La Ley*, nº 7577, 2011.
- SERRANO HOYO, GREGORIO, “Sobre las posibles conductas procesales de la mujer víctima de delitos de violencia de género”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, nº 28, 2010.
- SIBONY RUBY; SERRANO OCHOA M^a ÁNGELES; REINA OLGA, “La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género”, *Noticias Jurídicas*, 2011. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4652-la-prueba-y-el-derecho-a-la-dispensa-del-deber-de-declarar-por-la-testigo-victima-en-los-procedimientos-de-violencia-de-genero/>. [Último acceso: 24/05/2021].
- VILLAMARÍN LÓPEZ, MARÍA LUISA, “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, nº 4, 2012.
- YUGUEROS GARCÍA, ANTONIO JESÚS, “Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja”, *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, nº 79, 2018.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional:

STC 85/2020, de 20 de julio

STC 94/2010, de 15 de noviembre

STC 13/2009, de 31 de marzo

ATC 187/2006, de 6 de junio

STC 76/1993, de 1 de marzo

Tribunal Supremo:

STS 329/2021, de 22 de abril

STS 389/2020, de 10 de julio

STS 351/2020, de 25 de junio

STS 119/2019, de 6 de marzo

STS 205/2018, de 25 de abril

STS 49/2018, de 30 de enero

STS 449/2015, de 14 de julio

STS 400/2015, de 25 de junio

STS 1010/2012, de 21 de diciembre

STS 463/2012, de 6 de junio

STS 459/2010, de 14 de mayo

STS 17/2010, de 26 de enero

STS 160/2010, de 5 de marzo

STS 821/2009, de 26 de junio

STS 292/2009, de 26 de marzo

STS 294/2009, de 28 de enero

STS 625/2007, de 12 de julio

STS 385/2007, de 10 de mayo

STS 1225/2004, de 27 de octubre

STS 57/2002, de 28 de enero

STS 662/2001, de 6 de abril

STS 5178/2000, de 17 de junio

STS 331/1996, de 11 de abril

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 1 de marzo de 2005

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 28 de noviembre de 2006

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013

Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 23 de enero de 2018

Audiencias Provinciales:

SAP 77/2020 de Córdoba, de 7 de febrero

SAP 11/2020 de Ciudad Real, de 20 de enero

SAP 307/2014 de Madrid, de 30 abril

SAP 416/2011 de Tenerife, de 15 de noviembre

SAP 14/2010 de Murcia, de 22 de enero

SAP 205/2009 de Madrid, de 18 de marzo

SAP 117/2009 de Madrid, de 19 de febrero.

INFORMES:

COMISIÓN DE IGUALDAD DEL CONGRESO, “Informe de la subcomisión creada en el seno de la comisión de igualdad para un pacto de estado en materia de violencia de género”. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/PactodeEstado_Congreso.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

COMISIÓN DE IGUALDAD DEL SENADO, “Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, aprobado por la comisión de igualdad en su sesión de 28 de julio de 2017”. Disponible en: https://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_134_1163.PDF [Último acceso: 09/06/2021].

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe del grupo de expertos en materia de violencia doméstica y de género del consejo general del poder

judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, 2006. Disponible en: <http://www.olvg.uma.es/pdf/informe%20LO%201-2004%5B1%5D.pdf> [Último acceso: 09/06/2021].

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, “Documento refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de género; Congreso + Senado, de 13 de mayo de 2019”. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Memoria elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscalía General del Estado”, 2020. Disponible en: <https://elforodeceuta.es/wp-content/uploads/MEMORIA-FISCALIA-GENERAL-DEL-ESTADO-2020.pdf> [Último acceso: 09/06/2021].

MINISTERIO DE IGUALDAD, “Las peticiones de asistencia a víctimas de violencia de género durante el confinamiento se elevan a 18.700, un 61,56% más que el año anterior”. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/igualdad/Paginas/2020/190520-viogen.aspx> [Último acceso: 25/05/2021].

MINISTERIO DE IGUALDAD, “Macroencuesta de violencia contra la mujer”, 2019. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Macroencuesta_2019_estudio_investigacion.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

MINISTERIO DE IGUALDAD, “Resumen ejecutivo de la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer,” 2019. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/pdf/Resumen_Ejecutivo_Macroencuesta2019.pdf [Último acceso: 09/06/2021].

OBSERVATORIO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO, “Informe Anual sobre Violencia de Género”, 2020. Disponible en: <file:///C:/Users/ADELA/Downloads/Violencia%20sobre%20la%20mujer%20-%20A%C3%B1o%202020.pdf> [Último acceso: 09/06/2021].

OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, “Informe anual del observatorio estatal de la violencia de género”, 2007. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/docs/I_Informe_anual_Observatorio_Estatal_VMujer_Junio_2007_CA STELLANO. pdf [Último acceso: 09/06/2021].

TEXTOS LEGALES

Normativa europea:

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 .

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica hecho en Estambul, de 11 de mayo de 2011.

Normativa estatal:

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

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

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

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Constitución Española de 1978.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

Anteproyectos y proyectos de ley:

Propuesta de Código Procesal Penal de 2 de marzo de 2012.

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011

Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 24 de noviembre de 2020.

Proposición de Ley de Medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia machista del 4 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-136-1.PDF [Último acceso: 09/06/2021].

Normativa de otros Estados:

Código del Proceso Penal francés de 2 de marzo de 1959. (“Code de Procédure Pénale”).

Decreto del Presidente de la República nº 447 por el que se aprueba el Código del Proceso Penal Italiano de 22 de septiembre de 1988. (“Códice di Procedura Penale”).

Decreto ley nº 3689, de 3 de octubre de 1941 por el que se dicta el Código de Procedimiento Penal brasileño. (“Código Procesal Penal Brasileño”).

Decreto nº. 118/2019, de 8 de febrero de 2019 por el que se aprueba el texto ordenado del Código Procesal Penal Federal argentino. (“Código Procesal Penal Federal Argentino”).

Ley de policía y pruebas penales inglés de 31 de octubre de 1844. (“Police and Criminal Evidence Act”).

PÁGINAS WEBS:

ABOGACÍA ESPAÑOLA, “Las denuncias por violencia de género cayeron en 2020 por el confinamiento pero aumentan las condenas”. Disponible en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-confinamiento-dificulto-las-denuncias-por-violencia-de-genero-que-cayeron-un-10/> [Último acceso: 31/05/2021]

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Definición de *more uxorio*. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/more-uxorio#:~:text=Civ.,antes%C2%BB%20> [Último acceso: 31/05/2021]

RTVE, “La pandemia provocó una caída del 10% de las denuncias por violencia de género en 2020”, en *RTVE noticias*, 2021. Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20210315/pandemia-denuncias-violencia-genero/2082219.shtml> [Último acceso: 31/05/2021]