

VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA DISPENSA DEL ART. 416 LECRIM: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL¹

Ana Beltrán Montoliu

Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal.
Universitat Jaume I de Castellón.

SUMARIO: Introducción. I. Particularidades en los procesos de violencia de género. II. La víctima de la violencia de género. III. La declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal: 1) Consideraciones generales. 2) Requisitos jurisprudenciales. IV. La dispensa prevista en el art. 416 de la LECRIM: 1) Aproximación al estado de la cuestión. 2) Regulación legal 3) Ámbito de aplicación 4) Valor probatorio de las declaraciones sumariales 5) Valoración de la prueba 6) Víctimas menores 7) Propuestas de mejora. Bibliografía.

Resumen: La declaración de la víctima en el proceso penal por delitos de violencia de género plantea numerosas dificultades en la práctica forense debido al empleo de la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim. Esta circunstancia propicia sentencias absolutorias y genera en la sociedad una percepción de impunidad judicial ante esta lacra social. En el presente artículo se analizan las cuestiones procesales que se suscitan por la aplicación de tal dispensa y su evolución jurisprudencial.

Palabras clave: Víctima, violencia de género, dispensa de la obligación de declarar, testigo.

¹ Estudio redactado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: «La tutela procesal de las víctimas de violencia de género: El Estatuto de la víctima del delito», Programa estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación, MINECO (DER2015-64506-C2-2-R); «Violencia contra la mujer migrante: víctimas especialmente vulnerables», 10.ª Convocatoria de ayudas para proyectos de investigación y formación «OPI-UJI: Migración e interculturalidad» de la Universitat Jaume I (curso 2016-2017 -OPI13A/17) y, «Víctimas de la justicia: Recursos docentes para mejorar su situación en el proceso», Programa Proyecto de Mejora Educativa, Unidad de Soporte Educativo UJI (3516), 2017-2018.

Abstract: The Victim's declaration in criminal proceedings for crimes of gender violence raises numerous difficulties in forensic practice due to the use of the exemption from the duty to declare envisaged in art. 416 LECrim. This circumstance leads to acquittals and generates in society a perception of judicial impunity in the fight against this social scourge. In the present article the procedural questions that are raised by the application of such dispensation and its jurisprudential evolution are analyzed.

Key words: victim, gender violence, privilege against the incrimination of relatives, witness.

Introducción

El fenómeno de la violencia de género², entendida como una manifestación de violencia contra la mujer³, tiene una gran repercusión a nivel nacional e internacional, considerándose como una lacra mundial contra la que se debe luchar para conseguir su erradicación desde diferentes

² Es preciso matizar que en el ordenamiento jurídico español, de conformidad con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. (BOE núm. 313, 29 de diciembre 2004), tal y como se desprende de su art. 1, el objeto de esta ley es: «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.».

³ Existe un consenso ya generalizado en España respecto a la necesidad de ampliar el concepto de violencia de género previsto en nuestro ordenamiento jurídico, para adaptarlo al *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, 6 de junio 2014). En concreto, se pretende: «Ampliar las disposiciones preventivas, procesales, punitivas y protectoras de la Ley de 2004 así como del resto del ordenamiento jurídico para abarcar, con las adaptaciones necesarias, todas las formas de violencia contra las mujeres, como el «sexting» o los nuevos tipos de acosos, hostigamiento, acecho o «stalking» tal como exige la Recomendación General n.º 19 de la CEDAW y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), que España ha ratificado e implementar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas elaboradas por el grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica. En aplicación de este Convenio, ampliar las disposiciones sobre la trata de personas que tiene especial incidencia en mujeres y niñas, sobre la mutilación genital femenina y sobre los llamados crímenes de honor.» Así se ha puesto de manifiesto en el conocido como *Pacto de Estado en materia de violencia de género*, vid. en detalle, SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género*, constituida en el seno de la Comisión de Igualdad (543/000002), 28 de julio 2017 (BOCG, núm. 131, pp. 1-103), 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* (Núm. Expte 154/2), 28 de julio 2017 (BOCG, núm. 199, pp. 3-190).

perspectivas. Es necesario poner de relieve como advertencia previa, que la vía judicial y punitiva no es exclusivamente la única respuesta, ya que debemos utilizar mecanismos educacionales y asistenciales para lograr ayudar a las víctimas de esta violencia a salir de la situación en la que se encuentran, pero sobre todo, hay que centrar fundamentalmente los esfuerzos en medidas de carácter preventivo⁴.

Asimismo, sin entrar a analizar en detalle las cifras estadísticas, sí que es preciso mencionar algunos datos que son especialmente significativos en este ámbito y que servirán para comprender las dificultades prácticas que se producen en el proceso penal y que implica complejas cuestiones procesales de difícil tratamiento. Nos estamos refiriendo a la presentación de las denuncias por parte de las víctimas mortales⁵. Se observa, que el porcentaje de víctimas mortales que presentó denuncia en los últimos cinco años es muy reducido⁶. Los motivos principales por los que las mujeres que han sufrido violencia física, sexual o miedo por parte de cualquier pareja a lo largo de su vida, no presentan la denuncia⁷, son de conformidad con la *Macroencuesta* de 2015⁸: En primer lugar, no conceder suficiente importancia a la violencia, considerando que los he-

⁴ Esta cuestión es una de las piezas clave en el objetivo común de mejorar la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, es decir, procurar ampliar las posibilidades preventivas asistenciales, sanitarias y sociales para permitir a las víctimas que puedan romper con la situación de violencia que padecen. Téngase en cuenta que el Pacto de Estado contempla un paquete de 213 medidas por parte del Congreso y 265 medidas por parte del Senado en un plazo de 5 años. ÁLVAREZ, P., «Solo el 12% de las medidas del pacto contra la violencia machista se activarán en 2018», *El País*, 27 de diciembre 2017.

⁵ Tal y como indica la Fiscal de Sala Delegada de Violencia Sobre la Mujer: «El dato de las 16 víctimas mortales por violencia de género que habían denunciado con anterioridad a sus agresores nos obliga a efectuar un escrupuloso y detallado análisis de cada uno de los supuestos, a indagar las causas que, en cada caso en concreto, condujeron a la muerte de esas 16 mujeres a pesar de haber denunciado bien una situación de maltrato habitual, bien un maltrato psicológico, bien un acto de violencia puntual, para de esa forma conocer dónde se ha fallado o cómo podemos mejorar en el objetivo de dar una respuesta efectiva, puntual y adecuada a la protección de esas víctimas, sin perder de vista que la denuncia puede ser un factor que aumente la agresividad del maltratador y por tanto un elemento que eleve el nivel de riesgo», FGE, *Memoria anual*, 2017, p. 455.

⁶ Año 2013, 54 víctimas mortales (20% presentaron denuncia); año 2014, 55 víctimas mortales (30,9% presentaron denuncia); año 2015, 60 víctimas mortales (21,7% presentaron denuncia); año 2016, 44 víctimas mortales (36,4 % presentaron denuncia), año 2017 49 víctimas mortales (22,4% presentaron denuncia). <<http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>>

⁷ Para un estudio a fondo la falta de denuncia por parte de las víctimas de violencia de género, *vid.* DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, *Sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género*, Ed. Ministerio de Sanidad Servicios Sociales e Igualdad, Madrid 2015, *passim*.

⁸ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, N.º 22 Colección contra la Violencia de Género. Documentos, pp. 192 y 193.

chos tuvieron poca importancia, que no se le ocurrió o que pensaba que podía resolverlo sola (44, 6%); en segundo lugar, por miedo, el temor a las represalias (26,6%), y , en tercera posición, por la vergüenza, ya que la mujer no quería que nadie lo supiera (21,1%).

En cuanto a la retirada de la denuncia, las razones alegadas para proceder a la misma, merecen una reflexión, estudio y análisis por parte de los operadores jurídicos, puesto que alegan las siguientes: 'le prometió que no iba a suceder más' (29,35%), — 'pensé que podía cambiar' (28,66%), — 'por miedo' (28,59%), — 'es/era el padre de mis hijos/as' (24,86%), — 'sentía pena por su pareja' (23,95%)».⁹ Éste es uno de los elementos identificadores de esta modalidad delictiva, que nos permite afirmar que el vínculo afectivo con el agresor es tan fuerte que persiste incluso aunque denuncien¹⁰. Si trasladamos esta situación al entorno de las mujeres migrantes víctimas de este tipo de violencia, especialmente vulnerables¹¹, hay que entender, que en estos casos aun es más complicado para las mismas poder salir de la espiral de la violencia¹².

Estos datos y cifras representan en cierto modo, la gran dificultad personal que implica dar el paso de denunciar por parte de estas víctimas y de persistir posteriormente, en su voluntad de prestar testimonio en la fase de investigación y el juicio oral.

Este estudio pretende ofrecer una visión global de la dificultad probatoria que entraña la dispensa a la obligación de declarar prevista en el artículo 416 de la LECrim en los procesos penales por violencia de género, donde la declaración de la víctima es fundamental para desvirtuar el principio de presunción de inocencia. Dadas las grandes

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Un dato que es claramente ejemplificador de las peculiaridades que presentan este tipo de modalidad delictiva es el siguiente: de las 16 víctimas mortales que habían denunciado en el año 2016, 12 (es decir el 75%) habían hecho uso de la dispensa, se acercaron a su agresor a pesar de la orden de protección vigente o, una vez cumplida la condena, reanudaron la convivencia. FGE, *Memoria anual*, 2017, p. 456.

¹¹ Téngase en cuenta, que en las víctimas mortales por violencia de género en España en el año 2016, el porcentaje de mujeres extranjeras es del 29,9%. En cuanto a la nacionalidad de las mujeres que se acogen a la dispensa a la obligación de declarar del art. 416 LECRIM, se observa que las españolas representan el 11,1%, mientras que las extranjeras son el 14,2%. CGPJ, *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Anual 2016*, 9 de marzo 2017, pp. 2-3.

¹² Esa especial vulnerabilidad se debe a factores sociales, culturales y administrativos, entre otros. En España, las mujeres extranjeras son de nacionalidad rumana, marroquí y colombiana y hay que tener en cuenta que proceden de culturas machistas en su país de origen que repercute tanto en la educación como en las relaciones de pareja. Igualmente se puede destacar, entre otros aspectos, el desconocimiento de recursos legales y lingüísticos, miedo a la expulsión o arrebato de los hijos, precariedad laboral, etc.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015*, cit., Capítulo 17.- Mujeres de origen extranjero, pp. 349-361.

complicaciones procesales que se derivan de la aplicación de este precepto, el Tribunal Supremo adoptó el 24 de abril de 2013 un acuerdo en esta materia, propiciando asimismo abundante jurisprudencia al respecto que es indispensable analizar. Con este objetivo, a continuación se abordará una breve mención a las particularidades que caracterizan este tipo de procesos. Seguidamente se considerará el valor probatorio de la declaración de la víctima, con especial atención a los criterios jurisprudenciales que existen en este sentido, y, para finalizar se dedicará la última parte a analizar la dispensa prevista en el art. 416 LECrim, teniendo en cuenta su fundamento, el ámbito objetivo, subjetivo y las vicisitudes jurídicas a las que se enfrenta nuestra práctica forense, procurando indicar en todo momento, aquellos aspectos que se entiende que tienen una mayor repercusión en el ordenamiento jurídico español y proporcionando, en la medida de lo posible, propuestas de mejora para conceder u otorgar una mayor protección a las víctimas.

I. Particularidades en los procesos de violencia de género

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (en adelante LPIVG), marca un antes y un después en cuanto al estatuto jurídico de la víctima de violencia de género. En este sentido, no se pretende explicar de forma exhaustiva las particularidades que presentan este tipo de procesos¹³, pero sí indicar, al menos sucintamente, aquellos aspectos, que desde la perspectiva procesal penal son relevantes y fundamentales para la investigación y posterior enjuiciamiento de este tipo de criminalidad.

En primer lugar se trata de una figura delictiva, basada en las relaciones personales y afectivas, ello sin duda repercute considerablemente en el tratamiento jurídico penal y supone una complejidad añadida que no se produce, salvo en los casos de violencia doméstica, en el resto de tipos delictivos previstos en el Código Penal. Esta dependencia del agresor tiene una dimensión sobre todo psicológica pero no exclusivamente, suponiendo generalmente el nexo de unión junto a otros aspectos, como por ejemplo razones económicas, el miedo, la vergüenza, el temor a tomar la iniciativa o desconocimiento de medias legales y asistenciales que

¹³ Son especialmente interesantes las conclusiones alcanzadas en el CGPJ, *Jornadas Unificación de criterios en materia de Violencia de Género* (4 al 6 de octubre de 2017). Las cuestiones a debatir se centraron en distintos apartados: Bloque I.- Problemas de competencia en los JVSJ; Bloque II. Problemas prácticos derivados de la protección de la víctima; Bloque III: Problemas interpretativos relacionados con los tipos penales; Bloque IV: Penas y ejecución. referencia a medidas del Pacto de Estado.

le pueden ayudar a salir de la situación en la que se encuentra, o incluso, el autoengaño¹⁴.

En segundo lugar, no podemos olvidar que la LPIVG se restringe al tipo de violencia que se produce fundamentalmente en el ámbito de convivencia de la pareja o ex pareja¹⁵, tanto en relaciones de pareja de hecho, como en los matrimonios y se ha adelantado de forma importante al momento en el que los jóvenes inician sus relaciones de pareja o noviazgo, aun sin convivencia. Respecto al ámbito subjetivo, es preciso matizar que debe tratarse de violencia que se ejerza por el varón (sujeto activo) sobre la mujer (sujeto pasivo)¹⁶, siendo fundamental que exista una relación de afectividad¹⁷. En el ámbito objetivo¹⁸, el art. 87 ter LOPJ establece la competencia objetiva¹⁹ y funcional de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer²⁰ y como fuero territorial competencial, hay que señalar que el art. 15 bis LECRIM establece el domicilio de la víctima.

Por último, la mayor dificultad en este tipo de procesos, afecta a cuestiones probatorias, ya que a menudo se producen en la intimidad del

¹⁴ Son las causas que justifican el silencio de las víctimas, así lo ponen de relieve en detalle GIBERT GRIFO, S. / MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Género y violencia*, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 58-61. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 769, 2009; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. B., «El silencio de la víctima: guía para no perderse», *Revista de mediación*, N.º 7, 2011, pp. 26-31.

¹⁵ GRUPO DE EXPERTOS VIOLENCIA DE GÉNERO, *Guía práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, ed. CGPJ, Madrid, noviembre 2016, p. 31.

¹⁶ Así lo prevé la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 24.

¹⁷ Situaciones dudosas o excluidas por la ley son, entre otras, parejas homosexuales, denuncias cruzadas, MARTÍNEZ GARCÍA, E./ MONTESINOS GARCÍA, A./ PLANCHADELL GARGALLO, A./ VEGAS AGUILAR, J.C., *Esquemas Sobre Procesos por Violencia de Género*, Tomo XXXI, 2.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 83.

¹⁸ Vid sobre la competencia objetiva y funcional por razón de la materia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves prácticas de los Procesos por Violencia de Género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 163-170.

¹⁹ Cualquiera de los tipos penales que se pueden enmarcar en el ámbito de la violencia de género tiene en común que en todos está presente la situación de dominio, control, humillación, y maltrato psicológico y físico de un varón sobre una mujer. Otro rasgo de identidad que acompaña a estos delitos es la brutalidad en los medios empleados o en la forma de dar muerte a la víctima. Con frecuencia, la violencia y el número de heridas ocasionadas es superior a la necesaria para causar la muerte, ya que lo que se pretende es infligir un daño intenso y profundo. FGE, *Memoria anual*, 2017, pp. 451 y 455.

²⁰ Sobre las dificultades que plantea la connixión de jurisdicciones penales y civiles vid. PLANCHADELL GARGALLO, A., «La competencia de los juzgados de violencia de género sobre la mujer problemas prácticos siete años después», en ALONSO SALGADO, C. / CASTILLO MANZANARES, R., *Violencia de género y justicia*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Serv. de Publ. e Intercambio Científico, Santiago 2013, pp. 581-620.

ámbito doméstico²¹, no suele haber testigos directos, diferentes de los familiares, la situación de dominación dentro de la relación genera el silencio de las víctimas, y la experiencia y práctica ante nuestros tribunales pone de manifiesto que la única prueba de cargo que se encuentra es la declaración de la víctima.

II. La víctima de violencia de género

El papel de la víctima en el proceso penal ha evolucionado progresivamente de forma diferenciada dependiendo del sistema jurídico en concreto²², residiendo sin embargo la nota común en que actualmente se está propiciando tanto en el sistema del *Common Law*, como en el derecho continental, un auténtico reconocimiento de su estatuto jurídico.

Desde el punto de vista de la violencia de género, no se puede perder de vista que nos encontramos ante víctimas especialmente vulnerables por las particularidades apuntadas *supra*, de modo que para poder comprender los problemas prácticos a los que se enfrentan los tribunales a diario es conveniente aportar un breve apunte sobre el cambio que se ha producido en el sistema norteamericano²³ en primer lugar, para continuar contrastando cómo es la situación en España.

Debemos tener en cuenta que tradicionalmente en el *Common Law* la víctima ha sido la gran olvidada²⁴. El conocido «Movimiento de las Víctimas»²⁵ comienza a mediados de los años setenta en Estados Unidos. En relación con el fenómeno de la violencia de género se refleja en esa etapa la ausencia de reconocimiento de esta modalidad delictiva como un problema²⁶. No sólo no constituía un delito ni tenía repercusiones

²¹ «En la mayor o buena parte de los supuestos analizados los ilícitos son cometidos sin presencia de terceros, en ámbitos de intimidad », Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica del CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral Contra la Violencia de Género por las audiencias provinciales del Consejo General del Poder Judicial de 2016*, ed. CGPJ, Madrid, marzo 2016, p. 66.

²² Para un estudio completo sobre la evolución del papel de la víctima en el proceso penal desde una perspectiva comparada *vid.* GÓMEZ COLOMER, J.L. *Estatuto jurídico de la víctima del delito, La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2015 (*passim*).

²³ Se justifica esta breve alusión al sistema norteamericano, por estar más avanzado en materia de violencia de género.

²⁴ Sobre una crítica visión de algunos de los juicios más famosos del sistema norteamericano, *vid.* FLETCHEER, G., *Las víctimas ante el jurado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

²⁵ En este sentido *vid.* »Crime Victims' Rights in America: An Historical Overview» 2013, donde se recogen los diferentes hitos históricos de este movimiento, <https://victimsofcrime.org/docs/nvcrw2013/2013nvcrrw_5_landmarks.pdf?sfvrsn=0>

²⁶ CARAZO, A.T., «Aspectos Generales sobre el tratamiento jurídico y social de la víctima de violencia doméstica inmigrante en los Estados Unidos», *EGUZKILORE* 21 (2007), p. 236.

civiles o penales para el autor, sino que se trataba de una práctica generalmente aceptada. Se evolucionó lenta y progresivamente hacia el establecimiento de límites en el castigo a la mujer. Con la incorporación de la mujer al ámbito laboral y su adquisición de cierta independencia económica, es cuando se empieza a manifestar el reconocimiento de la violencia en el seno familiar como una cuestión de índole ya no estrictamente privada. Fue el Estado de Alabama en 1871 el que marcó un cambio fundamental al convertirse en el primer estado de la Unión Americana en revocar el derecho del marido a castigar a su esposa con el caso *Fulgham vs State*²⁷ (46 Ala. 143).

Ya adentrados en el siglo xx, es en la década de los años 70 cuando la sociedad presta mayor atención a la violencia intrafamiliar y lo que históricamente era un asunto privado pasa a convertirse en un problema que es objeto de intervención por parte del Estado, cobrando especial relevancia entre otros el colectivo de las mujeres feministas²⁸. Este movimiento desempeñó un papel esencial en el sistema penal ante el maltrato a las mujeres, y las reformas más significativas se desarrollaron en la década de los 80 a nivel estatal con el objetivo prioritario de dotar a las víctimas de la máxima protección. Las más importantes se refieren a la adopción de políticas policiales de «arresto obligatorio» (*mandatory arrest*) y de prosecución obligatoria (*no drop policies*); a la formación de unidades de violencia de género en las Fiscalías; programas de tratamiento de rehabilitación para maltratadores y creación de órganos especializados²⁹. Asimismo en 1994 se aprobó la *Violence Against Women Act*³⁰ (VAWA), que supuso la consolidación y reconocimiento público de esta lacra social.

En cualquier caso, es necesario destacar que en el ámbito norteamericano no se realiza una distinción entre violencia de género y violencia doméstica³¹ y esto implica que la noción de violencia doméstica se vaya

²⁷ En esta decisión se afirmaba que «ningún hombre tiene derecho a golpear a su esposa, ya que golpear con una vara, empujar, escupir y patear a su cónyuge no está reconocido en la ley, pues la esposa tiene derecho a la misma protección como ciudadana con derechos civiles y políticos en igualdad con su cónyuge». CARAZO, A.T., «Aspectos Generales sobre el tratamiento...», cit., p. 236. Supreme Court of Alabama. *Fulgham v. The State*. June Term, 1871 (46 Ala. 143), en <<http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Fulghamv.State.pdf>>

²⁸ Así VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, explica detalladamente la influencia que el feminismo cultural, liberal y radical tuvo en los casos de violencia doméstica, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina., «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal*, N.º 30, julio 2012, pp. 180-182.

²⁹ United States, Department of Justice, *Office on Violence Against Women* <<https://www.justice.gov/ovw>>

³⁰ Modificada en diversas ocasiones. Sobre las reformas de la *Violence Against Women Act* (VAWA) puede consultarse <<http://www.thehotline.org/resources/vawa/>>

³¹ Sobre la repercusión de esta diferenciación así como las teorías explicativas de la permanencia de la mujer en las relaciones violentas, *vid.* ALONSO SALGADO, C/ TORRADO TARRIO, C., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?*, en CASTILLEJO MANZANARES, R. / CATALINA BENAVENTE, M.^a. A., *Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*, Ed. La Ley, Madrid 2011, pp. 569-577.

perfilando constantemente tal y como queda reflejado en la sentencia *United States v. Castleman*, 572 U. S. ____ (2014) que amplía la definición de violencia doméstica para incluir agresiones que no impliquen el uso de fuerza física. El Tribunal Supremo entendió que la ley prohíbe poseer armas a ciudadanos con antecedentes de este tipo de delitos³².

Desde la perspectiva legislativa en el ámbito español, la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, implica un notable avance, obligando a una atención, acompañamiento y asistencia a la víctima de cualquier delito pero especialmente de violencia de género³³, antes de que formule denuncia. Recordemos que se trata de víctimas especialmente vulnerables, de modo que es fundamental garantizar que por un lado, se habiliten los servicios de apoyo necesarios, de modo que se garantice al máximo esa asistencia y, por otro, que se adopten las medidas de protección específicas atendiendo a sus particulares necesidades³⁴. Las *Unidades de Valoración Forense Integral* (UVFI), ya contempladas en la Disposición Final 2.^a de LIPVG, son esenciales y se requiere su total implantación, puesto que la elaboración de los informes que proporcionen los profesionales que los componen (médico forense, psicólogo y trabajador social) en los procedimientos civiles y penales relacionados con la violencia de género pueden ser determinantes³⁵.

Especial mención requieren los menores³⁶, puesto que las modificaciones legislativas han supuesto su reconocimiento como víctimas por el simple hecho de haber presenciado y sufrido el maltrato a su madre y se ha reforzado la obligación de los jueces de pronunciarse sobre el mantenimiento o no de la guarda y custodia, la patria potestad y el régimen

³² PEREDA, C.F., «El Tribunal Supremo de EEUU amplía la definición de violencia doméstica», *El País*, 27 de marzo 2014.

³³ *Vid.* Art.7.3 Derecho a recibir información sobre el proceso penal; Art. 10 Derecho de acceso a los servicios y asistencia y apoyo; Art. 23.2.2. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección; Artículo 30. Formación en los principios de protección de las víctimas de la LO 4/2015.

³⁴ Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

³⁵ Los Fiscales indican que estos son especialmente útiles en supuestos de violencia habitual, maltrato psicológico o acoso, señalando asimismo su importancia en exploraciones de menores a la hora de adoptar medidas civiles o declaraciones de menores víctimas como prueba preconstituida. FGE, *Memoria 2017*, pp. 464-465.

³⁶ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. (Disposición adicional tercera.- Modificación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.). Se modificaron el apartado 2 del artículo 1; apartado 2 del artículo 61; Artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores; Artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores. Todos estos cambios tienen como objetivo el reconocimiento de las víctimas menores en el ámbito de la violencia de género y conceder de ese modo una mayor asistencia y protección a las mismas.

de visitas. Pensemos que estos aspectos pueden incidir directamente en la decisión por parte de la madre de denunciar o en caso contrario, de guardar silencio.

Asimismo se constata un notable incremento de la violencia de género digital³⁷, especialmente entre adolescentes y jóvenes ya que las redes sociales suponen su principal medio de comunicación, facilitan el control y la vigilancia, así como la presión sobre la pareja, además del anonimato³⁸. Su papel en el proceso será fundamental, pudiendo ser testigo, víctima o testigo-víctima, de modo que se enfrentarán a similares cuestiones procesales que las de la mujer víctima de violencia de género, como aclararemos a continuación.

III. La declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal

1. Consideraciones generales

Ya hemos advertido previamente que en los procesos por violencia de género, pueden aparecer ciertas especialidades, concretamente en el ámbito competencial y en relación con los sujetos, así como en la adopción de medidas cautelares y en la sentencia y ejecución³⁹. Especial mención merecen aquellas particularidades que se refieren a la fase de investigación⁴⁰, donde destacamos que en el atestado policial se recomienda que la policía fotografíe y grabe la inspección ocular y la declaración de la víctima, a pesar de que la tendencia jurisprudencial, como más adelante indicaremos, sea la de no admitir como prueba la grabación de la víctima contra su cónyuge obtenida en la fase preliminar. Por otra parte, también es posible la utilización de la videoconferencia (arts. 306 y 731 bis LECRIM) como medio para tomar declaración a la víctima, tanto en

³⁷ FGE, *Memoria 2017*, p. 453.

³⁸ Es especialmente interesante consultar el siguiente Protocolo donde aparecen al final una serie de fichas orientativas para supuestos prácticos reales, como puede ser la prueba electrónica, la aportación procesal y reproducción en juicio, informes periciales, etc. Vid. INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER, *Protocolo de detección e intervención en la atención a víctimas de ciberdelincuencia de género*, 2015, disponible en <<http://www.juntadeandalucia.es/iam/catalogo/doc/iam/2015/143528391.pdf>>

³⁹ ; MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, 8.ª ed., Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 563-565.

⁴⁰ Vid en detalle BARONA VILAR, S., Especialidades procedimentales, en MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER, J.L. / BARONA VILAR, S. / ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRIA GURIDI, J.F., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, 25.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 613-619; FUENTES SORIANO, O., «Procedimientos y especialidades procesales aplicables al enjuiciamiento de la violencia de género», en *El enjuiciamiento de la violencia de género*, ed. Iustel, Madrid, 2009.

fase de investigación, como en el juicio oral, siempre con respeto a los derechos del acusado⁴¹.

Ahora bien, las mayores dificultades que aparecen reflejadas en este tipo de procesos, derivan, como ya se ha apuntado anteriormente, de la complejidad del fenómeno que representa la violencia de género, alcanzando un especial protagonismo la declaración de la víctima, pues suele ser la única prueba de cargo, es decir, de contenido inculminatorio⁴², produciéndose en la mayoría de los casos en la intimidad.

En este sentido hay que destacar, que el convencimiento psicológico del juzgador se obtendrá tras la práctica de los medios de prueba de conformidad con todas las garantías constitucionales y legales previstas (inmediación, contradicción, oralidad y publicidad) y que con carácter general debe entenderse como prueba suficiente e idónea para desvirtuar la presunción de inocencia la practicada en el juicio oral (art. 741 LECRIM) con pleno respeto a los derechos fundamentales del inculcado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE).

Partiendo de esta premisa, el primer interrogante que se plantea, es si ante la existencia de la declaración de la víctima como única prueba de cargo, si ésta se considera suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia y por consiguiente dictar una sentencia condenatoria. La respuesta a este interrogante es afirmativa, ahora bien, se debe tener presente que la situación en estos supuestos es especial en el sentido de que la víctima adquiere al mismo tiempo la condición de testigo, de ahí que la jurisprudencia haya previsto la exigencia de una serie de parámetros orientativos para dotar a esta declaración de plena consideración por parte del órgano enjuiciador, pues tal y como ha indicado el Tribunal Supremo, se trata de una «*situación límite de riesgo*» para el derecho a la presunción de inocencia el hecho de que la declaración de la víctima por sí sola puede fundamentar un pronunciamiento de condena⁴³. Tal y como señala el TS «*La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción*

⁴¹ Se afirma que la videoconferencia aporta claras ventajas al permitir que no se produzca un contacto físico que podría resultar perjudicial y dañino, evitándose de este modo en gran medida la estigmatización de la víctima al no tener que comparecer físicamente ante su agresor. En este sentido, *vid.* MONTESINOS GARCÍA, A., «La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, N.º 11, 2012, pp. 238-240.

⁴² Se destaca de nuevo el particular protagonismo que cobra la declaración de la víctima. *Vid.* EXTEBERRÍA GURIDI, J.F., «La prueba en el proceso de violencia de género» en CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.), CATALINA BENAVENTE, M. A. (Coord.), *Violencia de Género, justicia restaurativa y mediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, p. 348; SERRANO MASIP, M., «La instrucción y el enjuiciamiento de delitos de violencia de género a través del juicio rápido», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (COOR), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pág.424.

⁴³ STS núm. 1346/2002 de fecha 18 de julio, Rec. 4043/2000. F.D. 2.º, 2.

subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera «creencia» en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta creérselo, es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba»⁴⁴.

2. Requisitos jurisprudenciales

Siendo conscientes de la especialidad que presenta la declaración de la víctima, los tribunales en el momento de valorarla tienen en cuenta una serie de criterios o parámetros que ha fijado el Tribunal Supremo en una doctrina legal constante y uniforme. Estas pautas pretenden dotar a los tribunales de orientaciones que permitan considerar el testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia⁴⁵. Estas pautas orientativas se concretan en los siguientes aspectos:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva

Este requisito se identifica con la inexistencia en la víctima de circunstancias que pudieran conducir a la deducción de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento. Así, llama poderosamente la atención que se tenga en cuenta como criterio para negar la credibilidad a la víctima el hecho que se encuentre pendiente un procedimiento de separación⁴⁶ o divorcio, puesto que esta circunstancia, tal y como acreditan diferentes estudios especializados, produce un incremento del riesgo de que la mujer sufra una agresión⁴⁷. Otro parámetro utilizado habitualmente para cuestionar la credibilidad de la víctima se refiere al lapso de tiempo transcurrido desde que se producen los hechos hasta la presentación de la denuncia. Tal circunstancia debe valorarse con suma prudencia, puesto que la tardanza en denunciar puede deberse precisamente a razones tales como el temor de la mu-

⁴⁴ STS núm. 653/2016, de 15 de julio, Rec. 197/2016. F.D. 5.º

⁴⁵ Estos criterios son ampliamente analizados por GÓMEZ COLOMER, J.L., *Violencia de género y proceso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 201-204.

⁴⁶ «Ahora bien, en este caso surge un elemento distorsionador que no se consideró como tal, y es el descontento de la víctima, que ella misma admitió, con el reparto económico de los bienes gananciales, en especial con el valor asignado a una parcela comprada en común con la que se quedó el acusado. Descontento que generó en la denunciante un sentimiento de agravio por sentirse engañada, que ella misma admitió en el juicio», STS núm. 513/2016, 10 de junio de 2016, Rec. 1324/2015, F.D. 5.º.

⁴⁷ Así lo ponen de relieve el GRUPO DE EXPERTOS EN VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA, *Guía práctica de la Ley...* cit., p. 200.

jer al agresor, bloqueo psicológico o incluso vergüenza o dependencia emocional⁴⁸. Igualmente se tiene en cuenta como criterio en contra de la víctima, el hecho de que haya renunciado o no a las indemnizaciones civiles que le pudieran corresponder. Postura criticada por el Tribunal Supremo al entender que el hecho de no solicitar indemnización civil no puede ser nunca un dato que refuerce la credibilidad de la víctima»⁴⁹.

Teniendo presente que la defensa del imputado centre sus esfuerzos en desacreditar la declaración de la víctima, es práctica habitual que se aduzca la existencia de algún tipo de móvil espurio⁵⁰, como ya hemos mencionado, o incluso llegue a insinuar la presencia de alguna patología mental proponiendo la práctica de la pericial psicológica o psiquiátrica de la misma⁵¹.

⁴⁸ *Ibidem*. Vid. STS núm. 725/2007, 13 de septiembre de 2007, Rec. 11338/2006, F.D.2: «Cierto es, en primer lugar, que el tiempo en que tarda la víctima en reaccionar acudiendo a la autoridad policial o judicial forma parte de las circunstancias ordinarias de valoración en relación con su conducta próxima a los hechos. La Sala no duda de que el testimonio de quien acude a la autoridad judicial denunciando hechos que se remontan a varios años antes ha de ser valorado con especial precaución. Sin embargo, no se pueden establecer en esta cuestión criterios apriorísticos. En hechos de la naturaleza del que nos ocupa, pesan en la decisión de la víctima sobre si acudir o no a la policía o al Juzgado de Guardia factores que no son de tan difícil comprensión. Lo señala la experiencia y, por ejemplo, el conocimiento público y notorio de significativas estadísticas de agresiones semejantes no denunciadas. Dependiendo de las circunstancias pueden admitirse lapsos de tiempo más o menos largos y se tienen ciertamente experiencias judiciales de denuncias al cabo de varios años de agresiones físicas y también sexuales de gravedad, incluso continuadas, que posteriormente se han visto confirmadas en modo de sentencias condenatorias. La denunciante ha ofrecido en el juicio oral al respecto explicaciones sobradamente convincentes y razonables. Se ha referido a situaciones de vergüenza y de temor a las consecuencias y ha admitido que en ningún momento se enfrentó a la realidad hasta que ya no podía soportarla y, en el modo igualmente coherente que hemos visto, decidió exteriorizarla con todas sus consecuencias.»

⁴⁹ STS núm. 404/2005, de 25 de marzo 2005, Rec. 323/2004, F.D 4.º: «... ya que pueden existir otros móviles que determinen a una persona a formalizar una denuncia, aparte de los económicos, como parece evidente, pero —en todo caso— lo que no puede sostenerse sin más es que las víctimas que solicitan indemnizaciones puedan tener menor credibilidad que quienes renuncian a ellas. Quiere con ello decirse, en definitiva, que éste no es un elemento de credibilidad que refuerce la declaración de la víctima, de modo que no puede valorarse como tal.»

⁵⁰ Ahora bien: «la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención (...) no pudiéndose descartar aquellas (declaraciones) que aun teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.», STS núm. 517/2016, de 14 de junio, Rec. 1632/2015, FD 2.º, citando la la STS núm. 381/2014 de 21 de mayo.

⁵¹ Tal y como afirma este autor, es evidente que la víctima no tenga buena relación con el agresor, pero eso no debe equipararse necesariamente a la concurrencia de móviles de resentimiento. Vid. MAGRO SERVET, V., «La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio)», *Diario La Ley*, N.º 7012-7013, 2008, p. 11.

En relación con esta última posibilidad, los tribunales valorarán las características físicas o psicorgánicas de la mujer, su grado de desarrollo y madurez, la incidencia que en la credibilidad de su testimonio pueden tener ciertos trastornos mentales, discapacidad psíquica o enfermedades como psicopatías, alcoholismo, drogadicción⁵².

Por último, no podemos dejar de realizar una breve alusión a la declaración de la víctima menor de edad. Hay que resaltar que a los niños por su propia naturaleza se les reconoce una capacidad de fabulación superior a la normal⁵³, de modo que en estos supuestos, será fundamental el informe psicológico para tener en cuenta la veracidad de las afirmaciones o testimonios efectuados⁵⁴.

b) Verosimilitud del testimonio

Con el objeto de comprobar que el testimonio es verosímil los tribunales tratarán de buscar si existen corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la avalen⁵⁵. En este sentido el Tribunal Supremo indica que la

⁵² Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica del CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral Contra la Violencia de Género por las Audiencias Provinciales...*, p. 68.

⁵³ STS núm. 1582/2002, de 30 de septiembre, Rec. 2023/2001. F.D. 1.º «la dificultad es aún mayor cuando la víctima del delito es un menor de edad, pues su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada, y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral.»

⁵⁴ Téngase en cuenta que la Ley 4/2015 ha supuesto la modificación del art. 433 LECRIM que dispone: «...En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.»

⁵⁵ STS núm. 140/2004, 9 de febrero de 2004, Rec. 444/2003, F.D.: «la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado, no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

credibilidad objetiva debe basarse en la lógica de la declaración (coherencia interna) y en la existencia de elementos objetivos de carácter periférico que corroboren la declaración (coherencia externa). Desde el punto de vista objetivo, como ejemplos clásicos aparecen los partes de lesiones y otros informes médicos que acrediten la existencia de lesiones en la víctima, mensajes, llamadas de teléfono, etc., pero sin olvidar que la valoración de la veracidad o fiabilidad del testigo le corresponde al juez o tribunal y no al perito⁵⁶. En cuanto la perspectiva subjetiva las declaraciones de vecinos, familiares⁵⁷ y otros testigos, así como los testigos de referencia pueden ser útiles, aunque hay que señalar, como más adelante comentaremos, que la eficacia de los testimonios de referencia tiene carácter excepcional.

c) Persistencia en la incriminación

Por lo atinente a la persistencia en la incriminación, se considera que ésta ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresa y expuesta sin ambigüedades o contradicciones en lo fundamental⁵⁸. Es cierto sin embargo, que desde la perspectiva jurisprudencial se aprecia cierta flexibilidad respecto a este parámetro ya que puede ser habitual que la víctima no mantenga una actuación procesal uniforme durante toda la tramitación del proceso⁵⁹. En estos supuestos se indica que sería apropiado que las declaraciones fueran analizadas por peritos psicológicos⁶⁰.

⁵⁶ STS núm. 10/2016, de 21 de enero, Rec. 10589/2015. F.D. 2.º, 3.

⁵⁷ Así por ejemplo, la jurisprudencia considera como elemento corroborador la declaración de un amigo y de una prima de la víctima señalando que «Este último aspecto es el que discute el recurso en cuanto que sostiene que los elementos que se han valorado como tales, la conversación que mantuvo con un amigo al que relató por wasap lo ocurrido, y la confidencia que le hizo a una prima suya, no son objetivos. Aunque no se puede descartar una cierta subjetividad en estos elementos de corroboración, la cercanía con los hechos de las conversaciones que los soportan, la íntima relación de la afectada con sus interlocutores y la coincidencia en ambos casos de su relato les otorga un innegable valor». STS núm. 649/2016, 15 de julio 2016, Rec. 2258/2015, F.D. 4.º.

⁵⁸ «Comienza la sentencia recurrida proyectando su foco de atención sobre la persistencia, presupuesto que se asienta en la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones; concreción en la declaración, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades; y ausencia de contradicciones, lo que exige la necesaria conexión lógica entre las distintas versiones narradas en momentos diferentes», STS núm. 513/2016, de 10 de junio, Rec. 1324/2015, FD 4.º, *vid.* asimismo STS núm. 964/2013, 17 de diciembre 2013, Rec.819/2015.

⁵⁹ De modo que «la coherencia, continuidad y persistencia de datos o elementos inculpatorios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituyen un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones». STS núm. 51/2008, de 6 de febrero, Rec. 10714/2007. F.D. 9.º.

⁶⁰ MARZÁ ROIG, C., «La víctima como testigo en los procesos penales por violencia de género: especial referencia a la jurisprudencia de la Comunidad Valenciana», *Revista del Instituto Universitario de investigación en criminología y Ciencias Penales de la UV*, N.º 8, 2012, p. 101.

IV. La dispensa del deber de declarar como testigo

1. Aproximación al estado de la cuestión

Es un dato objetivamente incuestionable⁶¹, tal y como aparece reflejado en las estadísticas, memorias y estudios judiciales⁶², que casi la mitad de los procesos por violencia de género, terminan sin condena al acogerse la víctima (y testigo de los hechos) a la dispensa prevista en el art. 416 LECRIM. Asimismo la práctica forense pone de manifiesto que numerosas mujeres se acogen a la dispensa mencionada, bien en el procedimiento preliminar, bien en el juicio oral, provocando un interesante debate doctrinal y jurisprudencial⁶³ al respecto.

Son numerosas las voces críticas que destacan desde el ámbito doctrinal, así como desde los distintos operadores jurídicos, la conveniencia de una reforma legal que excluya a las víctimas de violencia de género del ámbito de dicha exención para evitar que precisamente la prueba de cargo, es decir, el testimonio de la víctima, quede fuera del proceso. Ahora bien, como *infra* señalaremos, no es una cuestión en absoluto pacífica, y existen distintas iniciativas y propuestas no siempre coincidentes. Téngase en cuenta que se trata de delitos en los que la víctima, mujer, mantiene en el proceso un peculiar status procesal, en su doble condición de víctima y también, en la mayoría de los casos, principal testigo privilegiado⁶⁴ de los hechos enjuiciados⁶⁵.

⁶¹ ALCALÁ PÉREZ FLORES, R., «La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial», 23 de octubre 2009, disponible en <www.poderjudicial.es>

⁶² Contrástese por ejemplo con las Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, en concreto en los datos reflejados por la Fiscalía Delegada en Violencia sobre la Mujer y Violencia de Género, donde se indica en el apartado de retiradas de la acusación, que en el año 2016, por su parte, 46 casos (47,2 %) tuvieron su origen en la falta de prueba al acogerse la víctima a la dispensa del art. 416 LECrim. FGE, Memoria 2017, p. 459. En el año 2015, el porcentaje fue del 51,38% (FGE, Memoria 2016, p. 406), y en el año 2014, el porcentaje fue del 46% (FGE, Memoria 2015, p. 351). Tras consultar los datos contemplados en las Memorias de la FGE se puede llegar a la conclusión de que ese porcentaje se mantiene estable entre el 40-50% aproximadamente, dependiendo de cada año, de modo que es un dato muy significativo a tener en consideración.

⁶³ En el ámbito jurisprudencial *vid.* la recopilación de sentencias del art. 416 LECrim que se ha confeccionado con ocasión de las *Jornadas Unificación de criterios en materia de Violencia de Género* (4 al 6 de octubre de 2017), celebradas en Madrid en el CGPJ, disponible en <www.poderjudicial.es>

⁶⁴ Así lo enfatiza CABRERA GÁRATE, R., «Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género», *Revista Jurídica de Canarias*, N.º 2, 2006, p. 28.

⁶⁵ GRUPO DE EXPERTOS Y EXPERTAS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*,...cit, pág.65.

2. Regulación legal

En el ordenamiento jurídico español, se impone al testigo la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial y declarar cuanto supiere (arts. 410 y 707 LECrim), sin embargo, están exentos de este deber determinadas personas unidas al presunto autor del delito por una relación de parentesco o análoga (art. 416 LECrim)⁶⁶.

De conformidad con estos preceptos en primer lugar debemos destacar que los testigos que no se hallen privados del uso de la razón tienen la obligación de comparecer ante el órgano jurisdiccional para declarar de cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado. Esta obligación persiste en la fase del juicio oral. En este sentido se debe advertir que en caso de no se presente el testigo ante el llamamiento judicial, podrá ser sancionado con multa que puede ascender hasta los 5.000 euros e incluso, si persiste en su resistencia, podrá ser perseguido como autor de un delito de obstrucción a la justicia o desobediencia grave a la autoridad judicial (art. 420 LECrim).

La norma general por lo tanto, es que el testigo comparezca y prestará juramento o promesa, para proceder a continuación a responder a las preguntas que le formulen las partes y decir la verdad. Ahora bien, la ley contempla la posibilidad de eximir de esta obligación de declarar a las personas contempladas en los arts., 416, 417 y 418 LECrim en sus respectivos supuestos⁶⁷.

⁶⁶ Artículo 416 LECrim. Están dispensados de la obligación de declarar: «1. 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 consignará la contestación que diere a esta advertencia. 2. 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. 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.».

Junto con este precepto hay que tener en cuenta, el art. 261 LECrim, reformado por la Ley 4/2015, donde se estipula que: «tampoco estarán obligados a denunciar: 1.º El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad. 2.º Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.»

⁶⁷ Para un estudio comparado entre diferentes ordenamientos jurídicos, concretamente España, Italia, Alemania, Inglaterra y Francia, vid en detalle, VILLAMARIN LÓPEZ, M.A., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 4, octubre de 2012; MUÑOZ CUESTA, J., «¿Es obligatorio advertir al testigo que no está obligado a declarar cuando está unido con el acusado por relación análoga al matrimonio? Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 21 de noviembre de 2003, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 7/2004, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

Además, en el art. 24.2 CE se menciona expresamente que 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, de modo que se calificará la dispensa de este deber como un derecho fundamental⁶⁸.

La jurisprudencia del TS que reitera la doctrina ya asentada relacionada con la dispensa, entiende que estamos ante un derecho de la persona que declara, de manera que debe ser ese testigo quien decida «libremente» si quiere o no prestar declaración, o si desea o no renunciar a esa posibilidad. Esta excepción viene a resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado⁶⁹. La dificultad interpretativa del precepto hace que surjan numerosas cuestiones procesales clave en este sentido y que afectan al ámbito de aplicación, al momento procesal en el que se puede acoger a la misma, así como la obligación de informar sobre esta posibilidad y qué alternativas desde un punto de vista probatorio, podrían utilizarse en aquellos supuestos en los que se produzca tal dispensa (fundamentalmente nos referimos a los testigos de referencia y a los indicios). A continuación se expondrán las tendencias jurisprudenciales que se han ido proporcionando para dar respuesta a tales cuestiones.

3. *Ámbito de aplicación*

Con el objeto de aclarar en cierta medida, alguna de las cuestiones mencionadas *supra*, el Tribunal Supremo adoptó el Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2013 disponiendo lo siguiente:

«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:

⁶⁸ *Vid.* en detalle sobre las repercusiones constitucionales de esta cuestión, RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «El deber de declarar contra un pariente: comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre», *Diario La Ley*, N.º 7577, 2011; Así advierte este autor de los riesgos que desde una perspectiva procesalista y constitucional, implicaría eliminar la dispensa en casos de las mujeres víctimas de violencia de género, comentando que «pese a encontrarse razones de política criminal que justifiquen este trato diferenciado, difícilmente podemos considerar que éstas superen un serio juicio de constitucionalidad. Interesa más asegurar la plena autonomía y libertad de la víctima de violencia de género al tomar esta decisión», RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra del agresor?», *Diario La Ley*, N.º 9014, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2017, p. 10.

⁶⁹ Véanse entre otras STS núm. 134/2007, de 22 de febrero y STS núm. 385/2007, de 10 de mayo, Sentencia núm. 703/2014 de TS, 29 de octubre de 2014, Rec. 908/2014, F.D. 3.º: «las propuestas de corrección para restringir su alcance, son vía *lege ferenda*.»

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.»

Este Acuerdo no jurisdiccional⁷⁰ en cierta medida, proporcionó dos criterios que tampoco han resultado de fácil interpretación⁷¹. Pasemos a analizar los dos aspectos concretos en los que se centra este Acuerdo.

- a) Declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto

Puede resultar conflictivo el supuesto concreto de las uniones de hecho, ya que es relevante que se cumplan las notas de continuidad y estabilidad y se mantengan en el tiempo de la comisión de los hechos violentos. El aspecto más delicado se centra en la determinación del cese definitivo⁷² de la relación, debiendo sobre todo tener presente que la ruptura de esa convivencia ha de obedecer a la voluntad de poner fin a la misma por las partes.⁷³

Otro aspecto que jurisprudencialmente ha quedado clarificado hace alusión al momento en el que ha de concurrir la relación personal entre la testigo y el acusado. De modo que se matiza que la dispensa es aplicable si persiste esa relación en el momento en el que se produce la

⁷⁰ PASTOR SANTIAGO, I. / SALÀS I DARROCHA, J.T., «Dispensa ex art. 416 LECRIM y acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 24/04/2013: Incidencia en procedimientos por violencia de género», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 6 (octubre 2014), 2014, pp. 251-265.

⁷¹ Especialmente crítica con este Acuerdo se muestra RODRÍGUEZ ÁLVAREZ advirtiendo que no solventa algunos importantes interrogantes que su aplicación puede generar tales como el momento de ruptura del vínculo en las parejas de hecho o el caso del testigo que se persone como acusación, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «¿Hacia dónde camina la dispensa del deber de declarar?: Un breve comentario a propósito del Acuerdo de 24 de abril de 2013, del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho y proceso penal*, N.º 33, 2014, pp. 25 y 26.

⁷² Así lo pone de relieve RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «¿Hacia dónde camina la dispensa del deber de declarar?... cit., p. 25.

⁷³ FGE, Circular 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, p. 1715: «la ruptura de esa convivencia ha de obedecer a la voluntad de poner fin a la misma por las partes, porque si la convivencia resulta interrumpida como consecuencia de haber ingresado en prisión el imputado o por la imposición de la medida cautelar de prohibición de aproximación acordada a petición del Fiscal y con la oposición expresa o tácita de la víctima, la convivencia se ha de entender interrumpida por disposición judicial, pero subsistente el vínculo de afecto de la testigo al imputado, por lo que la testigo ha de ser advertida de su derecho a no declarar contra el imputado en estas situaciones.»

declaración⁷⁴. Por otra parte se reconoce en algunos supuestos especial trascendencia a las circunstancias del caso y no se podrá impedir la dispensa «si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento»⁷⁵. Ahora bien, el momento temporal⁷⁶ que debe ser tenido en cuenta a los efectos de valorar la pertinencia de admitir la dispensa de declarar es el de los hechos⁷⁷.

b) Supuestos en los que el testigo esté personado como acusación en el proceso

Parece claro que la obligación de informar sobre la dispensa prevista en el art. 416 LECrim alcanza tanto a la policía, como al órgano instructor y al sentenciador. Esta aproximación además, se encuentra en consonancia con el «derecho de información» de los arts. 5-7 LEVD, de modo que tiene una vital trascendencia, pues de no procederse de ese modo, se procedería a la inadmisión de la declaración emitida⁷⁸ por aplicación

⁷⁴ STS núm. 164/2008, de 8 de abril: «la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado».

⁷⁵ STS núm.459/2010, 14 de mayo, «Y, por lo que respecta al momento en que debe darse ese vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar, se ha reconocido especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento».

⁷⁶ SAP Madrid (Sección 27.ª) Sentencia núm. 523/2017 de 4 septiembre: «No obstante lo anterior, tal y como se razona en la sentencia impugnada, la denunciante carecía de dicha facultad, considerando que como ella misma, ha venido indicando en sus distintas declaraciones, y volvió a manifestar en el plenario, ya no era pareja del acusado al tiempo de los hechos (en el juzgado, ubicó la fecha del cese en abril de 2016), ni el momento de la celebración del juicio oral.»

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ STS núm. 385/2007 de 10 de mayo, Rec. 2154/2006, F.D.3.º: En este sentido, se afirma por nuestra jurisprudencia (Sentencia citada), que «el incumplimiento del deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416,1.º LECrim no sólo alcanza al Juez. La finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción. Tal procedimiento dejaría prácticamente hueca la advertencia del 2.º párrafo del art. 416, 1.º LECrim, pues permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el Juez de Instrucción. Es evidente, por lo tanto, que la garantía judicial sólo tendrá efectividad si se extiende a toda la prueba obtenida por la policía, dado que ésta actúa siempre por delegación o representación del Juez», y «consecuentemente, en tanto el testigo del cual proviene la información, que permitió la obtención de la prueba [...], la policía debió formularle la advertencia establecida en el art. 416,1.º,2.º párrafo, LECrim . Al no haberlo hecho se ha infringido la ley con la consecuencia de la prohibición de valoración de la prueba obtenida, es decir, con los alcances establecidos en el art. 11.1 LOPJ».

del art. 11.1 LOPJ. En cuanto al interrogante de si la denunciante puede acogerse a la dispensa⁷⁹, existe unanimidad doctrinal al entender, que en la actualidad, y mientras no se produzca una reforma legislativa parece obvio⁸⁰ y sin restricciones en los supuestos de violencia de género⁸¹.

Lo que no está tan claro es cómo se debe actuar en el supuesto bastante habitual en la dinámica forense, según la cual, la víctima personada como acusación particular al inicio del proceso, renuncia posteriormente al ejercicio de la acción penal. Se trata de una cuestión clave, ya que el interrogante que se plantea es si el hecho de haberse personado como acusación particular, implica posteriormente la imposibilidad de acogerse a la dispensa. La solución jurisprudencial se ha pronunciado al respecto de forma mayoritaria de forma contundente al establecer la afirmación de que haber ejercido en algún momento del proceso la acusación particular no priva a la víctima de su derecho a la dispensa, en su declaración en el juicio oral, si ha renunciado o renuncia en ese momento al ejercicio de la acción penal⁸². Aunque esta sea la postura mayoritaria, no podemos dejar de mencionar que existe alguna resolución aislada por parte del Tribunal Supremo que rompe con este enfoque, y proporciona un sentido diametralmente opuesto⁸³ al de las Audiencias

⁷⁹ «Desde un punto de vista estricto de interpretación del precepto, entendemos que, aunque teleológicamente es discutible que la dispensa de no declarar por vínculos personales esté prevista para quien forma parte activa en el proceso por haberlo iniciado o por constituirse en parte ciertamente una interpretación en el sentido de excluir a estos testigos del tenor literal del artículo 416 LECrim., se constituye en una interpretación extensiva que desborda el tenor literal de la ley», DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado: perspectiva jurisprudencial actual», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 68, 2010, p. 8.

⁸⁰ Sobre este interrogante se advierte sobre las posibles consecuencias «en cierto modo perversas» ya que «cabe el riesgo de que se torne ilusoria la previsión legal de que nadie está obligado a declarar en contra de su cónyuge o persona asimilada», en detalle CÁMARA MARTÍNEZ, I. / JUNCAS GÓMEZ, F., «Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de violencia de género», *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 20, 2008, p. 40.

⁸¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, N.º 26, 2009, p. 133. CASTILLEJO MANZANARES, R. / SERRANO MASIP, M., Denuncia y dispensa del deber de declarar, en ALONSO SALGADO, C. / CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de género y justicia*, 2013, pp. 549-580.

⁸² Vid, entre otras, SAP Girona, núm. 91/2017 de 24 febrero, FD 2 F: «Por lo tanto conforme a esta interpretación del artículo 416 LECrim, dado que los hechos ocurren cuando son pareja y la denunciante, aunque ha ejercido la acusación particular, la ha retirado en las cuestiones previas al juicio, sería correcta la interpretación que ha dado la Juez de lo Penal al otorgar a la denunciante la dispensa de la obligación de declarar». SAP Madrid, (Sección 27.ª) núm. 429/2017 de 30 junio.

⁸³ Un análisis crítico sobre la STS núm. 449/2015 de 14 de julio, en RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. «El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, N.º 8727, 2016. BELTRÁN PARDO, A. I., «A propósito de la última interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género. Comentario a la STS 449/2015, de 14 de julio», Ed. Sepin, octubre 2015 (SP/DOCT/19448).

Provinciales, excluyendo la posibilidad de acogerse a la dispensa a una víctima que ejerció la acusación particular durante un año en el período de instrucción, y que renunció posteriormente al ejercicio de las acciones penales y civiles compareciendo como testigo— víctima en el plenario⁸⁴. Es cierto que existe algún pronunciamiento posterior⁸⁵ donde el recurrente afirma que siguen la misma doctrina, aunque matiza el TS que un detenido análisis conlleva a la conclusión de que el alto tribunal siempre se decanta por el más favorable de los criterios.⁸⁶

Teniendo en cuenta todos estos interrogantes, se ha procedido a establecer un nuevo Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim, que establece:

⁸⁴ STS núm. 449/2015, 14 de julio 2015, Rec. 10127/2015, FD 3.º: «En este escenario debemos declarar que en la medida que la víctima, Maribel , ejerció la Acusación Particular durante un año en el periodo de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013. Ciertamente renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al Plenario como testigo / víctima, pero en la medida que con anterioridad había ejercido la Acusación Particular, ya no era obligatorio instruirle de tal derecho de no declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la Acusación Particular. Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible».

⁸⁵ Concretamente son STS núm. 270/2016, de 5 de abril, y STS núm. 209/2017, de 28 de marzo Rec. 1707/2016. Esta última si bien puede parecer que sí que va a seguir esta doctrina al afirmar en el FD 5.º: «Como consecuencia de ese acuerdo, y en el aspecto que ahora nos ocupa, si la testigo/víctima se persona en el proceso ejerciendo la acusación particular se sitúa fuera de las personas con derecho a la dispensa, y su status se equipara al de un simple testigo obligado a declarar. Incluso la STS 449/2015 fue más allá y entendió que la pérdida del derecho a acogerse a esa dispensa se perpetuaba aunque después la víctima se hubiera retirado del proceso», sigue explicando en el FD 6.º: La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa, en principio nos obligaría a concluir que, en la medida que la víctima de los hechos D.^a Eugenia estaba personada en las actuaciones como acusación particular, había decaído en su derecho a acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim. Sin embargo, tal afirmación exige sus matizaciones, porque dada su minoría de edad (15 años) al momento en que se denunciaron los hechos, la personación la decidió en su nombre su progenitora D.^a Amparo , la hoy recurrente, a quien se hizo, como representante legal de aquella, el ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 110 LECrim .» De modo que podemos concluir que finalmente no sigue tal doctrina.

⁸⁶ SAP Madrid núm. 429/2017 de 30 de junio: «Se citan en el recurso dos sentencias posteriores de la Sala Segunda TS que el recurrente afirma siguen la misma doctrina, criterio que este Tribunal no puede acoger. Por el contrario, y aun dejando al margen que se trata, también, de dos supuestos bien distintos del aquí contemplado, de su detenida lectura lo que ha de concluirse, por el contrario, es que en ambos casos la resolución del Alto Tribunal mantiene el más favorable de los criterios, para permitir a las testigos que se encuentran en dicho ámbito de aplicación acogerse a la dispensa de prestar declaración cuando, como en el presente caso, no existan razones para dudar de que se trata de una decisión libre y voluntaria de las mismas.»

«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.

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.»

En este sentido, hay que destacar que el objetivo del acuerdo, es en cierta medida, aclarar ciertas cuestiones especialmente problemática. Se detecta que se pretende proporcionar un fuerte carácter garantista desde la perspectiva procesal, al impedir que, ante la situación que supone no poder contar con la declaración de la víctima, sean útiles los testimonios de otras personas. Por otro lado, se clarifica, en el segundo apartado, la dificultad apuntada *supra*, respecto al alcance de la dispensa y las consecuencias que se derivan de renunciar en un momento determinado y luego cambiar de parecer y querer de nuevo acogerse a la misma.

4. *Valor probatorio de las declaraciones sumariales*

Uno de los aspectos que ha generado mayor polémica doctrinal y jurisprudencial se refiere al valor probatorio de las declaraciones sumariales⁸⁷, especialmente en aquellos casos en los que en la fase del plenario, la víctima se acoge a la dispensa de declarar y por consiguiente, la prueba principal de cargo que constituye el testimonio de la víctima no se puede tener en cuenta y deriva bien en sentencia absolutoria, bien en sobreseimiento.

Pues bien, con el objeto de evitar situaciones de auténtica impunidad, se utilizó como mecanismo para hacer valer las declaraciones sumariales las posibilidades previstas en los arts. 714 y 730 LECrim que permiten que se reproduzca el contenido de la diligencia sumarial en el juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó o, introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, ya que de esta manera, ante la retractación del testimonio que se produce en el juicio oral (art. 714 LECrim) o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim) el resultado de la diligencia se introduce en el debate procesal. Tanto la doctrina como la

⁸⁷ LOZANO EIROA, M., «Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 31, 2013, p. 15.

jurisprudencia han mantenido e incluso siguen manteniendo puntos de vista dispares⁸⁸.

El criterio adoptado por determinadas Audiencias Provinciales admitía la lectura de las declaraciones de la víctima prestadas durante la etapa preliminar, de conformidad con el art. 730 LECrim, siempre que se hubieran prestado con la debida contradicción y la presencia del letrado del imputado⁸⁹, con el objeto de evitar esa impunidad anteriormente aludida. El Tribunal Supremo, sin embargo ha precisado esta aproximación, en el sentido de considerar que esta posibilidad no es factible ya que los supuestos en los que la víctima se acoge a la dispensa prevista en el art. 416 no se está produciendo una situación de imposible reproducción de las declaraciones, ni tampoco se trata en sentido estricto de una retractación⁹⁰.

⁸⁸ Así por ejemplo la Fiscalía sigue insistiendo en esta posibilidad en los siguientes términos: «Por último y de no prosperar las anteriores propuestas, al menos deberían realizarse las modificaciones oportunas para posibilitar la incorporación de las declaraciones de los testigos víctimas efectuadas en la fase de instrucción con respeto a las garantías de intermediación, contradicción y defensa, a través de su lectura o audición en el Juicio Oral para su valoración, junto al resto de pruebas articuladas, por el Tribunal. Así se evitaría no solo la impunidad del agresor en muchos supuestos, más teniendo en cuenta la enorme dificultad de que prosperen los recursos que se puedan interponer contra las Sentencias Absolutorias, con todas las consecuencias negativas que ello produce en las víctimas de esta violencia, sino también la incompreensión de la sociedad respecto a que, pese a la contundencia de las declaraciones prestadas en los momentos más inmediatos a la comisión de los hechos e incluso corroboradas con otras pruebas como pueden ser los partes de lesiones, aquellas aparezcan como no efectuadas, como si no hubieran existido, impidiendo que las demás adquieran el peso probatorio suficiente para enervar la presunción de inocencia», FGE, *Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer- año 2016*, Madrid (7 y 8 de noviembre de 2016), p. 15.

⁸⁹ SAP Castellón (sección 2.^a) de 12 de abril de 2006: «se estaría reconociendo un derecho de no penetración del Derecho Penal en el ámbito familiar; aún en los delitos públicos o semipúblicos»... Idea que chocaría frontalmente con el espíritu de la Ley Orgánica 1/2004, cuya Exposición de Motivos comienza precisamente señalando que «la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad».

⁹⁰ STS núm. 703/2014, de 29 octubre, Rec. 908/2014, FD 3.º: «Por tanto, admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es impropcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa, luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa. Consecuentemente, tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECrim. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el

Cuestión distinta es la admisión de la prueba preconstituida⁹¹, para el caso de que la víctima no comparezca el día del juicio oral y que se haya ausentado del país, ya que la posibilidad de grabar tales declaraciones, de conformidad con los arts. 325 y 731 bis LECrim y 229 LOPJ, permiten después su introducción en el plenario⁹², a petición de la parte en virtud del art. 730 LECrim.

Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción.

Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas —como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario— o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto «imposibilidad jurídica» para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye.»

⁹¹ Al respecto MAGRO SERVET indica: «La prueba preconstituida constituye una solución a la problemática que plantea el art. 416 LECrim. Así, la mujer víctima se limitaría a declarar en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, empleándose posteriormente dicha declaración como prueba preconstituida y sin necesidad de ratificarse en fase de juicio oral. Aunque esta posibilidad no se aplica en delitos por VG, sí cabe encontrar previsiones similares en el vigente Ordenamiento: la LECrim prevé que los técnicos de laboratorios de análisis de droga no tengan que acudir al juicio oral, ya que basta que la analítica se aporte en dicha fase del procedimiento». SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género. Op.cit.*, Comparecencia del Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid y miembro del Grupo de expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, D. VICENTE MAGRO SERVET, (Aporta documentación: «Propuestas de reforma en materia de Violencia de Género», p. 48; Así mismo *vid.* MAGRO SERVET, V. «Propuesta de reforma de Violencia de Género ante el Senado, Comisión de Igualdad», *Diario La Ley*, N.º 8974, 8 de mayo 2017.

⁹² STS núm. 125/2008, de 11 de enero: «Partiendo de una regla general según la cual la prueba valorable es la producida en el juicio oral con las garantías señaladas en la ley, también se contemplan excepciones derivadas de la admisibilidad de la valoración de la prueba sumarial preconstituida y anticipada siempre y cuando se observen los requisitos materiales, subjetivos, objetivos, de fondo y formales que la ley y los principios constitucionales aplicables al proceso penal exigen (SSTS 284/2000 de 21 de febrero, 1240/2000 de 11 de septiembre). Así, en los supuestos de imposibilidad o constatada la razonable dificultad de su práctica en el juicio oral, con necesaria intervención del Juez de instrucción, garante de la imparcialidad y de la legalidad, y con presencia de las partes que garantizan la contradicción en la producción de la prueba, las declaraciones obrantes en el

5. Valoración de la prueba

Teniendo presentes todas las posibles vicisitudes procesales que se han comentado en relación con los efectos que la dispensa del deber de declarar implica en el proceso penal, desde los operadores jurídicos, aparecen como propuestas de mejora, que se conceda un mayor protagonismo en este tipo de procesos, y siempre con respeto a todos los derechos y garantías procesales, a las pruebas indiciarias por un lado, y a los testigos de referencia por otro⁹³.

En cuanto a las pruebas indiciarias, se corrobora su trascendencia en este tipo de procesos, de modo que se exija una instrucción judicial bien realizada⁹⁴. Se recomienda que el tribunal pueda apreciar otras testificales⁹⁵.

sumario puede ser objeto de valoración por el tribunal encargado del enjuiciamiento (cfr. STC 80/86; 26/88, 140/91 y STDH Caso Isgro, de 19 de febrero de 1991). Como señala la STS 1240/2000, de 11 de septiembre, «la consideración de prueba anticipada presenta una doble inteligencia. De una parte, la contenida en el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como supuesto excepcional de práctica de la prueba con anterioridad a la fecha señalada en el juicio oral. De otra, los supuestos de prueba del sumario, que participa de una naturaleza preconstituida y a la que nos hemos referido esta Sala en nuestra Jurisprudencia y también recogida en la del Tribunal Constitucional abarcando los supuestos de prueba preconstituida, prueba del sumario o las excepciones del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en puridad no son una prueba anticipada pero han sido introducidas en su comprensión por la Jurisprudencia y así consideradas por los operadores jurídicos».

⁹³ En palabras de la FGE: «Se reitera la necesidad de que en el escrito de acusación se proponga una prueba amplia que pueda permitir cubrir el vacío de prueba directa que con frecuencia provoca el uso del derecho a la dispensa, teniendo en cuenta la validez de la prueba indiciaria y de que los agentes policiales con frecuencia son no sólo testigos de referencia sino también presenciales», FGE, *Conclusiones del XII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer- año 2016* cit, pp. 13-14.

⁹⁴ CGPJ, *Jornadas Unificación de criterios en materia de Violencia de Género* (4 al 6 de octubre de 2017)... cit., pp. 58-59, pto. 3. Problemas de vacío probatorio en aquellos supuestos en los que la víctima se acoge a su derecho a no declarar: «En especial, referencia a la prueba indirecta o indiciaria, y su disímil significación respecto de la testifical de referencia, que no podría ser válidamente tomada en consideración, salvo en aquellos supuestos en que los testigos deponen sobre el auditio propio. Y, en relación a esta cuestión, dificultades probatorias que se plantean en los supuestos en que el delito de violencia de género es cometido a través de las nuevas tecnologías de la comunicación. Incorporación de prueba pericial por parte de la acusación particular para validar el contenido de la información transmitida a través de mensajería instantánea. Posibilidades de suplir la necesidad de esta prueba pericial, ya en instrucción, ya en el juicio oral. Volatilidad de la prueba digital. Los asistentes entienden que cuando se ha preconstituido prueba o cuando ha habido suficiente contradicción puede elevarse al juicio oral o citar nuevamente a la víctima, en Audiencias como la de Guipúzcoa, se solicita al equipo psicosocial para que acuda y evitar así una revictimización de la mujer.»

⁹⁵ STS núm. 625/2007, de 12 de julio: «En efecto la prueba testifical permite configurar un horizonte indiciario jurídicamente no objetable. El Tribunal a quo estimó que las declaraciones testificales probaron la huida de la mujer del domicilio, las lesiones graves que presentaba, el pedido de auxilio en forma desesperada, el estado de pánico en el que

En relación con los testigos de referencia (*Hearsay*), hay que señalar que «son aquellos que, aun no habiendo percibido directamente los hechos que deben ser objeto de prueba testifical, han logrado tener conocimiento acerca de los mismos de forma indirecta, como puede ser la manifestación de los mismos por un tercero»⁹⁶. Esta opción testifical está prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 710 LECrim. Tal precepto dispone que «los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueran de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuera conocida, a la persona que se lo hubiera comunicado. Si bien es cierto que está contemplada esta posibilidad, debemos precisar que existe reticencia por parte de los tribunales en cuanto a su valoración, ya que no se trata de un testigo directo, sino que explican la narración que un tercero haya efectuado, de modo que su admisión estará siempre condicionada a que sea materialmente imposible practicar la prueba testifical directa.

En los procesos por violencia de género, cobran un especial protagonismo los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, puesto que a menudo se personan en el domicilio de la víctima (o en el lugar donde ocurran los hechos), y son a la vez testigos directos y de referencia pudiendo contemplar el escenario donde se han producido los hechos y siendo quienes toman una primera declaración a los implicados⁹⁷. Estamos ante una posibilidad que tiene el juzgador, aunque se exige una especial motivación en este sentido⁹⁸, asimismo, aunque sea de forma excepcional, la jurisprudencia ha reconocido que la prueba indiciaria es

se encontraba al abandonar precipitadamente el domicilio, etc. Todas estas circunstancias constituyen indicios que han sido constatados, como dijimos, por prueba testifical directa. A ello se agrega que la presencia de la víctima durante varios días en el domicilio del acusado ha sido reconocida por éste. Estos indicios autorizan a inferir la autoría de las lesiones de la víctima y de su privación de libertad y, sobre esta base, inculpar al acusado por las siguientes razones: a) no hubo solución de continuidad entre la estancia en el domicilio del acusado y la búsqueda desesperada de auxilio, b) en el momento de salir de ese lugar la víctima presentaba un grave y manifiesto deterioro físico y c) no existe la menor sospecha de que las lesiones pudieran ser explicadas por otra causa. Estas circunstancias constituyen indicios fuertes, cuya conexión lógica es indudable, de que las lesiones sólo puede haberlas causado el acusado y de que la víctima se vio obligada a escapar pues se encontraba privada de libertad».

⁹⁶ PIÑEIRO ZABALA, I., «Los denominados testigos de referencia en los delitos de violencia de género», *Diario la Ley*, N.º 7581, ed., La Ley, 2011. p. 1

⁹⁷ LAGUNA PORTILLO, G., *Claves prácticas de los Procesos*, cit., p., 306

⁹⁸ STS núm. 703/2014, de 29 de octubre, Rec. 908/2014; «...una cuestión es la prueba referencial sobre el hecho punible, carente de virtualidad acreditativa cuando no se dan los presupuestos constitucionales para su aprovechamiento —imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal—, y otra muy diferente es la prueba indirecta que permite la construcción de inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas, sin necesidad de acudir a la fuente de referencia. Solución que fue recogida efectivamente en la STS 625/2007, de 12 de julio, en la que de forma clara se identifica el espacio de operatividad reconstructiva de la prueba indirecta respecto a la prueba referencial».

apta para enervar la presunción de inocencia⁹⁹. Ahora bien, se exigen, como es lógico, serie de requisitos para que se pueda dictar una sentencia condenatoria en base a indicios¹⁰⁰.

6. Víctimas menores

Cuando existan menores víctimas directas o hijos de mujeres víctimas, también tienen derecho a acogerse a la dispensa, y además deben ser oídos¹⁰¹ ya que el ejercicio del derecho a la dispensa de la madre les afecta¹⁰².

⁹⁹ STS núm. 249/2016, de 31 de marzo, Rec. 10848/15. F.D. 3.º: es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más, por el plus de motivación que exige «... que actúa como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo...»

¹⁰⁰ STS núm. 991/2012, de 27 de noviembre, Rec. 54/10. F.D. 1.º, 3. 5.º: «la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes». Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia...cuando «la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada».

¹⁰¹ STS núm. 209/2017, de 28 de marzo: «Esta circunstancia determinó la conveniencia de que al momento de celebrarse el juicio oral, cuando a la testigo le faltaban escasamente nueve meses para alcanzar la mayoría de edad, el Tribunal sentenciador interesara su opinión al respecto. En la primera ocasión en que fue preguntada una vez había alcanzado la suficiente edad y madurez para que su opinión, no solo fuera escuchada sino también atendida, según relató la sentencia de instancia «respondió, firme y categóricamente, que no quería actuar contra su padre ni declarar en el juicio». Es decir, de manera inequívoca mostró su voluntad de no ejercitar acciones penales. Esta voluntad libremente expresada por la menor víctima, por primera vez desde que alcanzó la suficiente madurez, es indudablemente relevante en relación a la pervivencia de una relación procesal como acusación que se ejercía en su nombre, y ahora contra su voluntad. Precisamente esa voluntad contraria, no solo a declarar respecto a unos hechos que involucraban a su progenitor, sino también a ejercitar contra él cualquier tipo de acción penal, fue la que determinó al Tribunal sentenciador a tener por apartada del proceso a la acusación particular que se actuaba en su nombre, aunque nominalmente encabezada por su madre. Decisión ésta que se sustenta en el mandato legal que obliga no solo a oír a los menores, sino también a tomar en consideración su opinión cuando gozan de madurez necesaria»

¹⁰² CGPJ, *Jornadas Unificación de criterios en materia de Violencia de Género*, cit., p. 59: «En relación a las víctimas menores, los participantes sostienen que a partir de los 14 años puede entender la responsabilidad penal conforma a la ley de menor, por lo que podrá también entender la dispensa y hacer uso de la misma. En aquellos supuestos en

7. Propuestas de mejora

Existe unanimidad en cuanto a la necesidad de reformar¹⁰³ del art. 416 de LECrim. Las iniciativas propuestas en el Congreso y Senado a raíz de la aprobación de un *Pacto de Estado en materia de violencia de género* inciden en la eliminación de la dispensa de la obligación de declarar contra su cónyuge o pareja de las víctimas de violencia de género. Sin embargo se advierte sobre la precaución de que esta supresión se produzca dentro de las previsiones del art. 24.2 de la Constitución, pudiendo prever, para evitar revictimizaciones, que el testimonio se introduzca sin sujeción a juramento o promesa de decir la verdad¹⁰⁴. Por otra parte, no faltan voces que sostienen el mantenimiento de la dispensa¹⁰⁵, y que in-

que no exista otra prueba y el hecho no reviste gravedad, si la madre de la menor hace uso de la dispensa se entiende que no debe pasar el menor a juicio, derivándose las actuaciones a servicios sociales. En caso de que exista conflicto de intereses entre la madre y el hijo/a, en supuestos de gravedad, habrá de nombrarse un defensor judicial (artículo 26 del estatuto de la víctima). Cuando se explique el artículo 416 habrá de hacerse de forma pausada, clara y directa para que se entienda perfectamente. También es importante explicar en qué consiste la acusación particular porque tiene implicaciones, como las expuestas con anterioridad en relación a la posibilidad de acogerse o no a la dispensa».

¹⁰³ SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género...* cit., p. 101: «Derecho a no declarar (dispensa a declarar): Arts 416, 261 y 707 LECrim. Revisar el régimen legal de la dispensa de la obligación de declarar, con la finalidad de evitar una segunda victimización y la impunidad de los agresores, conciliando la tutela de los derechos de las víctimas con la obtención de datos útiles para avanzar en la investigación y prueba de los delitos de Violencia de Género. Posibilidad de establecer que la declaración prestada durante la fase de investigación judicial en un contexto de preconstitución probatoria, con intervención de expertos y bajo la directa dirección y supervisión judicial, con la presencia de todas las partes (aunque sin confrontación visual con la víctima), pueda utilizarse para evitar una nueva declaración de la misma en el acto del juicio oral. Si se reuniesen todas estas condiciones, no sería necesaria una declaración en el acto del juicio oral, pues la misma sería sustituida por el visionado de la grabación de la declaración realizada en fase de investigación complementada con otras pruebas. De esta manera se daría respuesta adecuada al problema, sin merma del derecho de defensa y del principio de contradicción y con arreglo a las exigencias de instrumentos internacionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para ello sería necesaria una revisión del artículo 777 LECrim. Al mismo tiempo, se recomienda la creación de una comisión de expertos y expertas en la materia, que analice si, aun con el derecho a la videograbación per-constituida en aplicación, es pertinente y necesaria la modificación de la dispensa del 416 LECrim, que podría ser en un doble ámbito: a) Sobre la aplicación/no aplicación de la dispensa a declarar para las y los testigos que al mismo tiempo sean víctimas/perjudicados del delito que se persiga; y b) sobre la posible exclusión de dichos testigos de ser acusados como autores de un delito de falso testimonio o por desobediencia a la autoridad en el supuesto de no comparecer.

¹⁰⁴ CONGRESO, *Informe de la Subcomisión...* cit., Sesión núm. 6: 1 de marzo de 2017 Comparecencia de D.^a Paloma Marín López, Magistrada, ex Secretaria Técnica del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, p. 32.

¹⁰⁵ *Ibidem*, Comparecencia de D.^a Amalia Fernández Doyague, Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS, pp. 94 y 95, quien afirma que la dispensa «es un derecho legítimo. Lo importante es que la víctima cuente con atención psicológica, para que sea capaz de ejercitar o no ese derecho de forma consciente, voluntaria y libre. Además

ciden en mejorar el acompañamiento especializado a la víctima durante todo el procedimiento, poniendo de relieve que ese debe ser uno de los pilares esenciales debido a la especial vulnerabilidad de estas víctimas. Asimismo se aporta como alternativa el reconocimiento de la dispensa en un único momento (fase policial) para usar la dispensa y se suprime de la fase de instrucción y de la de enjuiciamiento¹⁰⁶.

Por último, existe coincidencia en propiciar, en la medida de lo posible, que la mujer no deba declarar una y otra vez a lo largo de todo el procedimiento, y así evitar la actual revictimización, pues actualmente es perfectamente posible que la víctima deba prestar declaración ante la policía, en instrucción y en el plenario. La solución va desde la posibilidad de grabarse su declaración en el momento de la denuncia o incluso que se pudiera proceder a la prueba preconstituida¹⁰⁷.

Bibliografía

- BELTRÁN PARDO, A. I., «A propósito de la última interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género. Comentario a la STS 449/2015, de 14 de julio», Ed. Sepin, octubre 2015 (SP/DOCT/19448).
- CABRERA GÁRATE, R., «Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar contemplado en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género», *Revista Jurídica de Canarias*, N.º 2, 2006, pp. 15-28.

insistió en que la declaración de la víctima no debe ser la única prueba de cargo (para evitarlo deben formar parte de los atestados policiales y la fase instructora, inspecciones oculares, informes vecinales, testificales, informes de servicios asistenciales o sanitarios...).» Por otra parte, hay quien advierte que «la supresión del art. 416 LECrim puede dejar en una «encrucijada» a la mujer víctima de VG. Sí es necesaria una modificación de esta realidad, por ejemplo en el sentido de eliminar la amenaza de falso testimonio mediante el «no juramento» de la víctima del delito. Pero no han de limitarse las dispensas, o su momento temporal (hasta 3), ya que ello iría en perjuicio de la propia víctima», SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género... cit.*, Comparecencia de la Presidenta de la Subcomisión de Violencia sobre la Mujer del Consejo General de la Abogacía Española, D.ª Filomena Peláez Solís, p. 8.

¹⁰⁶ CONGRESO, *Informe de la Subcomisión... cit.* Sesión n.º 20: 3 de mayo de 2017. Comparecencia de D.ª Francisca Verdejo Torralba, Jueza Decana de los Juzgados de Violencia de Género de Barcelona, p. 92.

¹⁰⁷ SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género... cit.*, Comparecencia de la abogada especialista en Violencia de Género, D.ª Mercè Claramunt Biels, p. 11: «Respecto de la dispensa a declarar por parte de la víctima del art. 416 LECrim, se incide en la necesidad de admitir la prueba preconstituida, para evitar que la víctima se vea obligada a reproducir con total literalidad, en el acto del juicio oral, lo que declaró en el momento de la denuncia, máxime cuando puede haber transcurrido un importante lapso temporal entre uno y otro momento.»

- CÁMARA MARTÍNEZ, I. / JUNCÀS GÓMEZ, F., «Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de violencia de género», *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 20, 2008, pp. 37-42.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, N.º 26, 2009, pp. 121-140.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. / SERRANO MASIP, M., Denuncia y dispensa del deber de declarar, en ALONSO SALGADO, C. / CASTILLEJO MANZANARES, R., *Violencia de género y justicia*, 2013, pp. 549-580.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado: perspectiva jurisprudencial actual», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 68, 2010, p. 5.
- DÍAZ CABIALE, J.A., «La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N.º 19-22, 2017.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J.I., «La dispensa a declarar en contra del cónyuge», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, N.º 154, 2013, págs. 227-230.
- EXTEBERRÍA GURIDI, J.F., «La prueba en el proceso de violencia de género» en CASTILLEJO MANZANARES, R (Dir.), CATALINA BENAVENTE, M. A. (Coord.), *Violencia de Género, justicia restaurativa y mediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- FUENTES SORIANO, O., «Procedimientos y especialidades procesales aplicables al enjuiciamiento de la violencia de género», en *El enjuiciamiento de la violencia de género*, ed. Iustel, Madrid, 2009.
- GISBERT GRIFO, S. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Género y violencia*, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. *Estatuto jurídico de la víctima del delito, La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2015.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., «El silencio procesal de las víctimas: ¿caballo de Troya para futuros maltratos?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 769, 2009.
- HERRERO YUSTE, M., «Violencia de género y art. 416 de la LECrim», *La Ley penal: revista derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 24, 2006, pp. 60-70.
- HURTADO YELO, J.J., «¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 76, 2010, p. 4.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. B., «El silencio de la víctima: guía para no perderse», *Revista de mediación*, N.º 7, 2011, pp. 26-31.
- LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves prácticas de los Procesos por Violencia de Género*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2016.
- LOZANO EIROA, M., «Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 31, 2013.
- MARZÁ ROIG, C., «La víctima como testigo en los procesos penales por violencia de género: especial referencia a la jurisprudencia de la Comunidad Valenciana», *Revista del Instituto Universitario de investigación en criminología y Ciencias Penales de la UV*, N.º 8, 2012.
- MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 4, 2005, pp. 1697-1708.
- MAGRO SERVET, V., «La necesidad de evitar la reiteración de las declaraciones de las víctimas de malos tratos ante la justicia: el otorgamiento del valor de su primera declaración como prueba preconstituida», *Diario La Ley*, N.º 7876, 2012.
- MAGRO SERVET, V., «La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio)», *Diario La Ley*, N.º 7012-7013, 2008.
- MAGRO SERVET, V. «Propuesta de reforma de Violencia de Género ante el Senado, Comisión de Igualdad», *Diario La Ley*, N.º 8974, 8 de mayo 2017.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E. / MONTESINOS GARCÍA, A. / PLANCHADELL GARGALLO, A. / VEGAS AGUILAR, J.C., *Esquemas Sobre Procesos por Violencia de Género*, Tomo XXXI, 2.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- MONTESINOS GARCÍA, A., «La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, N.º 11, 2012, pp. 218-249.
- MUÑOZ CUESTA, J., «¿Es obligatorio advertir al testigo que no está obligado a declarar cuando está unido con el acusado por relación análoga al matrimonio? Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 21 de noviembre de 2003, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 7/2004, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.
- MUÑOZ MARÍN, A., «Dispensa de la obligación de declarar según el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, N.º 196, 2017.

- NAVARRO MASSIP, J., «La prueba testifical. Reflexiones sobre las garantías a la luz de la nueva corriente jurisprudencial: el artículo 730 en relación al 416.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 2, 2009.
- ORTEGA CALDERÓN, J.L., «La superación procesal del ejercicio por las víctimas de violencia de género de la dispensa legal a declarar», *Diario La Ley*, N.º 6820, 2007.
- PASTOR SANTIAGO, I. / SALÁS i DARROCHA, J.T., «Dispensa ex art. 416 LECRIM y acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 24/04/2013: Incidencia en procedimientos por violencia de género», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 6 (octubre 2014), 2014, pp. 251-265.
- PELAYO LAVÍN, M., El art. 416 LECrim: un derecho peligroso, en FIGUERUELO BURRIEZA / POZO PÉREZ, M., / LEON ALONSO, M., ¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?, Ed. Andavira, Santiago, 2012, pp. 257-260.
- PIÑEIRO ZABALA, I., «Los denominados testigos de referencia en los delitos de violencia de género», *Diario la Ley*, N.º 7581, La Ley, 2011.
- PIÑEIRO ZABALA, I., «La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECRIM», *Revista jurídica de Castilla y León*, N.º 24, 2011, pp. 91-116.
- PIÑEIRO ZABALA, I., «Testigo y víctima: dispensa a declarar», *Diario la Ley*, N.º 7519, 2010.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Sobre la aplicabilidad de la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3 (junio 2013), 2013, pp. 147-162.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «¿Hacia dónde camina la dispensa del deber de declarar?: Un breve comentario a propósito del Acuerdo de 24 de abril de 2013, del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho y proceso penal*, N.º 33, 2014, pp. 21-30.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. «El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, N.º 8727, 2016.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente», *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N.º 46, 2010, pp. 25-57.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «El deber de declarar contra un pariente: comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre», *Diario La Ley*, N.º 7577, 2011.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., «¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra del agresor?», *Diario La Ley*, N.º 9014, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2017.

- SAEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., «La dispensa en nuestro ordenamiento penal», *Diario la Ley*, N.º 8430, 2014.
- SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «La dispensa de no declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los delitos de violencia doméstica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N.º 13-14, 2010-2011, pp. 79-99.
- SERRANO MASIP, M., «La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 29, 2013.
- SERRANO MASIP, M., «Víctimas de violencia de género y derechos de participación en el proceso penal», en ROMERO BURILLO, A.M.^a / RODRÍGUEZ ORGAZ, C., *La protección de la víctima de violencia de género, Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Ed. Aranzadi, Navarra 2016.
- SERRANO MASIP, M., «La instrucción y el enjuiciamiento de delitos de violencia de género a través del juicio rápido», en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coor), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 371-433.
- SIBONY, R. / SERRANO OCHOA, M.^aA. / REINA TORANZO, O., «La prueba y la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procesos de violencia de género», *La Toga*, N.º 182, 2011, pp. 13-22.
- TORRES ROSELL, N., «Violencia de Género y Derecho Penal: de la LO 1/2004 a la reforma penal de 2015», en BURILLO, A. M., (coord.), *La protección de la víctima de violencia de género*, ed. Aranzadi, Navarra, 2016.
- VILLAMARIN LÓPEZ, M.A., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 4, octubre de 2012.