



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EXCEPCIONES A LA EXENCIÓN DEL DEBER DE
DECLARAR EN JUICIO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A
LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA SOBRE LA INFANCIA
(Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio)**

Autor: María Sánchez Blanco-Ons

5º E-3

Derecho procesal

Tutor: Sara Díez Riaza

Madrid

Abril, 2021

Resumen:

El presente trabajo de fin de grado tiene por objetivo estudiar en profundidad el régimen jurídico que rodea a la dispensa del deber de declarar en juicio recogida en el artículo 416 LECrim. Se partirá de su introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 1882 para, a continuación, analizar los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales al respecto y, culminar con la entrada en vigor de la novedosa Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. El ejercicio del mencionado derecho ha venido suscitando en la práctica procesal numerosos problemas y controversias que, se agudizan cuando el sujeto que se acoge a la dispensa es un menor de edad que se ha visto incurso en una situación de violencia intrafamiliar ya sea como víctima o como testigo directo. Dada la evolución que se ha producido en la mencionada figura jurídica, su análisis se basará en la Ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Palabras clave: Dispensa del deber de declarar juicio, testificar, proceso penal, menor de edad, victimización secundaria.

Abstract:

The aim of this thesis is to study in depth the legal regime surrounding the exemption from the duty to testify at trial set out in article 416 of the Criminal Procedure Act. It will start with its introduction in the Criminal Procedure Act in 1882 and then analyse the jurisprudential and doctrinal pronouncements in this respect, culminating with the entry into force of the new Organic Law 8/2021, of 4 June, on the comprehensive protection of children and adolescents against violence. The exercise of the aforementioned right has given rise to numerous problems and controversies in procedural practice, which are exacerbated when the subject who avails himself of the exemption is a minor who has been involved in a situation of violence, either as a victim or as a direct witness. In order to analyse the evolution of the waiver of the right to testify, we will analyze the law, case law and doctrine.

Keywords: Waiver of duty to testify, trial, testifying, criminal proceedings, juvenile, secondary victimization.

Índice

ABREVIATURAS

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. EL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO	9
3. EL DERECHO A LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO	
3.1 Fundamentos de la dispensa	15
3.2 Anterior redacción del artículo 416 LECrim.....	18
3.2.1 Titularidad del derecho.....	18
3.3 Interpretaciones jurisprudenciales.....	20
3.4 Problemas e implicaciones de la dispensa en supuestos de violencia sobre la infancia y doméstica.....	22
4. LEY ORGÁNICA 8/2021 DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA	
4.1 Motivación de la reforma.....	28
4.2 Nueva redacción del artículo 416 LECrim.....	30
4.3 Aplicación práctica de la reforma.....	35
5. CONCLUSIONES.....	37
6. BIBLIOGRAFÍA.....	40

Abreviaturas

- Art: Artículo
- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CP: Código Penal
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LEV: Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
- LOPIVI: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- LORJM: Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Núm: Número
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- Pp: Página
- Ss: Siguietes
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia
- VG: Violencia de género
- VGI: Violencia de género intrafamiliar

1. INTRODUCCIÓN

La violencia de género en el seno familiar es un problema que no solo afecta a la mujer, sino que, los hijos también se ven afectados por este tipo de violencia ya sea como testigos directos o como víctimas en sí, de ahí, que se pase a denominar violencia de género intrafamiliar. En 2019, el 60,6% de las mujeres que sufrieron algún tipo de agresión de la mano de sus parejas o exparejas¹, declararon que sus hijos habían estado presentes durante el curso de los altercados violentos.

Antes de iniciar la exposición del tema principal del trabajo, cabe recordar que el especial tratamiento que la ley otorga a los menores de edad se fundamenta, precisamente, en su minoría de edad. Al no haber alcanzado los 18 años, se entiende que no cuentan con la madurez suficiente como para actuar por sí mismos ante los tribunales y por ello, en aras de proteger su vulnerabilidad e interés superior, se les dota de un estatuto jurídico diferenciado y reforzado.

Generalmente, esta protección adicional es ejercida por sus tutores legales, entendidos, como los encargados de expresar la voluntad del menor, sin embargo, en supuestos en los que se producen conflictos de intereses, por ostentar posiciones contradictorias en el proceso, los poderes públicos deben ser los encargados de articular un espacio de apoyo y auxilio que busque evitar la denominada victimización secundaria en sede judicial e institucional.

Nuestro ordenamiento jurídico, en búsqueda de esta protección del menor de edad, también concede un tratamiento legal diferenciado a las relaciones familiares. Así, nace la dispensa del deber de declarar en juicio en base a los lazos de parentesco entre el procesado, la víctima o el testigo. Sin perjuicio del posterior estudio en profundidad de esta figura, en este momento cabe mencionar que la operativa de la dispensa no responde

¹ Macroencuesta de violencia contra la mujer elaborado por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género en 2019

a otro fin distinto que la búsqueda de la paz y estabilidad familiar como valores superiores recogidos en nuestro texto constitucional².

La combinación, por un lado, de un delito de violencia doméstica, tipificado en el artículo 173 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y, por otro, de la operativa de la dispensa del deber de declarar, resulta, como es evidente, en una ardua labor averiguadora y enjuiciadora de estos crímenes que, generalmente, desemboca en sentencias absolutorias por insuficiencia de pruebas para desvirtuar la presunción de inocencia.

El artículo 416 LECrim no ha estado exento de problemáticas en cuanto a su aplicación, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han venido denunciando, reiteradamente, la necesidad de actualizar su régimen jurídico que, hasta el momento, venía concediendo una especie de espacio de inmunidad y protección para los agresores.

Dentro de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, en este punto, por su importancia y proximidad temporal con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, cabe destacar la Sentencia núm.389/2020, de 10 de julio, donde la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo apuesta por una nueva interpretación de la dispensa al reconocer que, quien se hubiera personado como acusación particular, perderá su derecho a acogerse a la exención en el juicio oral o plenario.

La citada resolución, representa simplemente uno de los ejemplos de denuncia y exigencia que el alto Tribunal ha venido realizando desde hace años, por ello, con el fin de recoger la doctrina sentada por el Supremo y dar respuesta a los compromisos internacionales asumidos por España en materia de protección a los niños y la infancia, el legislador elabora la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, en adelante LOPIVI, que amplía los supuestos de excepción a la exención de la dispensa frente a familiares en 5 situaciones, dejando latente la voluntad legislativa de otorgar una mayor protección a las víctimas menores de edad frente a la violencia vicaria.

² Artículo 39.1 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

La justificación que subyace a la elección de este tema para el presente trabajo no es otra que analizar el tratamiento jurídico que la legislación española concede a las víctimas menores de edad en situaciones tan sensibles y, por desgracia, frecuentes, como es la violencia doméstica. Teóricamente, el ámbito familiar debería ser entendido como un espacio de paz y tranquilidad para los hijos menores en el que puedan desarrollarse tanto emocional, como físicamente. No obstante, esto no coincide con la realidad que están viviendo muchos niños en nuestro país, según un informe presentado por el Instituto Nacional de Estadística, en 2019, casi 2.000 menores fueron víctimas de violencia, sexual, física o psicológica³, por parte de sus progenitores, estos datos ponen de manifiesto la gravedad y urgencia de reforma del tratamiento jurídico de la problemática.

El presente trabajo de fin de grado se estructurará en tres bloques: una primera parte en la que se estudiará el deber de declarar en juicio en abstracto, considerado como aquella obligación que vincula a todos los ciudadanos, en segundo lugar, se procederá al análisis del régimen jurídico que rodeaba a la dispensa del deber de declarar hasta la entrada en vigor de la LOPIVI, se profundizará en el fundamento que sostiene la exención, la titularidad del derecho, los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto y la problemática que suscita en los supuestos de violencia de género intrafamiliar con víctimas menores de edad. Una vez sentado el marco teórico y legal, se pasará al estudio de la novedosa LOPIVI y cómo, los cambios que ha introducido en materia de la dispensa representan un primer paso en la confrontación del problema de la violencia sobre la infancia y adolescencia en España.

³ Nota de prensa publicada por el Instituto Nacional de Estadística el 19 de mayo de 2020: Estadísticas de violencia de género y violencia doméstica.

2. EL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO

En virtud del artículo 24 CE, los ciudadanos españoles tenemos derecho a una tutela judicial efectiva, esto es, el Estado debe velar por la persecución del delito y el procesamiento del culpable, garantizando una tutela suficiente de los intereses en juego.

Ahora bien, se trata de una obligación recíproca, nuestro ordenamiento jurídico regula el mandato y el deber de prestar declaración en juicio y colaborar con los órganos de justicia mediante la testifical, por el eventual conocimiento de unos hechos vinculantes para un procedimiento judicial en curso. Esta obligación, se encuentra recogida de manera genérica en el artículo 410 LECrim que vincula a todo nacional o extranjero que, residiendo en territorio español, pudiera tener conocimiento inmediato o por mediación de otro de unos datos o circunstancias facilitadoras para el enjuiciamiento de un ilícito penal ⁴.

Sin embargo, la LECrim tras enunciar el deber abstracto de prestar declaración, recoge una serie de excepciones de forma y de fondo. Las primeras, se refieren a supuestos en los que la citación del testigo no ha seguido los tramites legalmente establecidos, mientras que las segundas afectan a una condición subjetiva del testigo⁵.

Sobre las excepciones de fondo: el artículo 411 LECrim excepciona tanto de la obligación de declarar como de comparecer al Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino. El artículo 412.2 LECrim reconoce la exención del deber de acudir al llamamiento judicial, pero no de declarar, a determinados sujetos debido a su cargo; 1º El presidente y los demás miembros del Gobierno. 2º Los presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado. 3º El presidente del Tribunal Constitucional. 4º El presidente del Consejo General del Poder Judicial. 5º El fiscal general del Estado y 6º Los presidentes de las Comunidades Autónomas. En la misma línea se pronuncia el artículo 412.5 LECrim respecto a determinados sujetos que ostenten ciertos

⁴ GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2021, pp.255.

⁵ PANSZI, T. R., *¿ Se debe obligar a declarar a las mujeres?: una aportación criminológica a la discusión sobre la dispensa de las víctimas de violencia en la pareja a declarar en el proceso penal* (Doctoral dissertation, Universitat Pompeu Fabra), 2014, pp.83.

cargos públicos. Tampoco podrán ser obligados a testificar, en virtud del artículo 417 LECrim: 1º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. 2º Los funcionarios públicos, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto profesional. Y 3º Las personas provistas judicialmente de apoyo por causa de discapacidad.

Como última excepción prevista en la LECrim, el artículo 416 introduce una exención al deber de declarar, pero con un fundamento y naturaleza diverso a los anteriormente enunciados. Este precepto alcanza a los parientes del investigado en líneas directas ascendente y descendente, al cónyuge o persona unida por vínculo análogo al matrimonio y a los hermanos consanguíneos⁶. La especialidad de esta dispensa radica en que, mientras los anteriores artículos imponen la prohibición de prestar declaración si concurren determinadas condiciones (por ejemplo, cuando medie el secreto profesional entre abogado y cliente), el artículo 416 LECrim otorga a los familiares del acusado la facultad de decidir si quieren o no, declarar en el juicio plenario, todo ello en interés de proteger la intimidad, paz y privacidad del núcleo familiar.

El artículo 420 LECrim tipifica las consecuencias que conlleva la inobservancia del deber anteriormente enunciado, la negativa de acudir al primer llamamiento judicial implica la imposición de una multa de entre 200 a 5.000 euros. Si el testigo persiste en el incumplimiento, incurrirá en un delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 CP o desobediencia grave a la autoridad.⁷

Este marco normativo se aplica tanto a las víctimas como a los testigos, es decir, la normativa procesal penal no contempla un régimen diferenciado para las declaraciones del ofendido y las del testigo (salvo lo relativo a los artículos 411 y ss LECrim), de esta manera, ambos están sujetos a la obligación de comparecer y a las consecuencias que el

⁶ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. P. C., JIMÉNEZ, A. V., & PENA, A. N. *Derecho procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2020, pp.277.

⁷ Artículo 420 LECrim: “*El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.*”

La multa será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta.

Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevén para su eventual incumplimiento. Como señala GIMENO SENDRA⁸, una de las especialidades del proceso penal frente al civil, es que, mientras en el último la figura de testigo hace referencia a todo tercero que no sea parte del proceso, en el primero, las víctimas prestan declaración como testigos.

Este extremo ha sido reiteradamente criticado por la Doctrina al entender que se está sometiendo a las víctimas a un doble perjuicio: el propio derivado del delito (victimización primaria) y el que proviene de su intervención en el proceso (victimización secundaria)⁹.

Definimos victimización secundaria como el conjunto de agravios que sufre el ofendido a consecuencia de sus relaciones con el sistema jurídico-penal y que potencian el perjuicio emocional inherente al propio crimen¹⁰. Este sufrimiento adicional, viene propiciado en gran medida por su sobreexposición a interrogatorios, exploraciones físicas o declaraciones donde las víctimas tienen que relatar y revivir los hechos enjuiciados sucesivamente¹¹.

Algunos autores, han llegado a defender que la victimización secundaria puede llegar a ser igual o más gravosa que la primaria, al suponer un enfrentamiento directo entre el ofendido y su agresor. Esta clase de victimización cobra especial relevancia cuando intervienen en el proceso menores de edad y en particular, cuando el niño es testigo de un crimen cometido por un familiar o pariente¹².

Los menores de edad son sujetos especialmente vulnerables, ya sea por su edad, madurez o sensibilidad, de esta forma, son merecedores de una mayor protección y tutela por parte

⁸ *Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2021, pp.105.

⁹ RUBIO, M. J., y MONTEROS, S. “Las víctimas de agresiones sexuales ante el sistema jurídico legal”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 11, 2001, pp. 59-77.

¹⁰ REVILLA GONZÁLEZ, J. A. La víctima y el menor infractor. *Esther*, GONZÁLEZ PILLADO Coordinadora, *Proceso penal de menores*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.75.

¹¹ SUBIJANA, I. J., y ECHEBURÚA, E., “Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados”. *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, 2018, pp. 22-27.

¹² BUCKWALTER, I. M. *La declaración del menor en el proceso penal: admisibilidad y práctica en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanc, 2019, pp.238.

de las instituciones públicas¹³. A lo largo de los años, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido poniendo de manifiesto la necesidad de crear mecanismos que luchen contra la victimización secundaria de los niños en sede judicial, mediante instrumentos como la prueba preconstituida o anticipada, consiguiendo que su intervención en juicio oral sea excepcional y orientada únicamente a obtener declaraciones que puedan ser decisivas para la condena o absolución del procesado.

Generalmente, la intervención del menor en el proceso se inicia con su declaración en la fase de instrucción como diligencia preliminar o prueba anticipada. Esta fase da paso a la apertura del juicio plenario, donde, como reza el artículo 741 LECrim el tribunal enjuiciador valorará los medios de pruebas practicados en el acto del juicio.

De la literalidad del precepto anterior, se desprende que la única prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia y obtener una sentencia condenatoria, es aquella que se practica en el acto del juicio oral ¹⁴por lo que, inicialmente, el menor debería declarar en al menos dos ocasiones para que su testimonio pueda ser tenido en cuenta¹⁵.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido demandando la regulación de mecanismos e instrumentos que minimicen la participación del menor en sede judicial, así, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, ya en el año 2002 señalaba como objetivo a procurar la reducción de las comparecencias del menor ante la Administración de Justicia.

No obstante, como ha venido señalado la jurisprudencia y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en adelante LEV,; *“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”*.

¹³ DÍEZ RIAZA, S., La tutela procesal de la violencia contra la infancia y adolescencia. *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*, VARANZADI/CIVITAS, 2021, pp. 319-356.

¹⁴ STC 31/1981, de 28 de julio. RJ 1981/31

¹⁵ PRADAS, M. I. R., y CANO, M. I. G., *La prueba*, Tirant lo Blanch, 2017.

La prueba preconstituida, puede definirse como aquella que no se reproduce durante el enjuiciamiento de los hechos delictivos, precisamente, a fin de proteger a una persona menor de edad o discapacitada. Se encuentran numerosas sentencias del Tribunal Supremo que reflexionan acerca de las graves consecuencias que produce para un menor de edad la reiteración de unos hechos traumáticos y los encuentros con los agresores en sede judicial¹⁶. Por lo tanto, la prueba preconstituida, supone la articulación en el marco procesal penal de un instrumento que busca proteger a los sujetos especialmente vulnerables de la denominada victimización secundaria.

No obstante, su regulación y generalización no ha sido tarea sencilla para el legislador al implicar una excepción a la regla general de que los medios de prueba deben ser practicados en el acto del juicio oral¹⁷. Introducir la posibilidad de anticipar dicha práctica, conlleva, inevitablemente, diferentes riesgos que han sido puestos de manifiesto por la doctrina. En primer lugar, la excesiva dilatación en el tiempo de la fase preliminar o averiguadora que, en principio, está regulada como un procedimiento rápido que dé lugar a la apertura del proceso penal en sí. También genera una confusión entre las funciones y objetivos de cada fase del proceso además de una posible influencia de las conclusiones del juez instructor en la resolución del juez de instancia¹⁸.

Estos tres riesgos, se plantean contradictorios con los principios que deben inspirar el proceso penal: inmediación, oralidad, publicidad, concentración y contradicción que no son más que el reflejo de la inviolable garantía constitucional de tutela judicial efectiva. El legislador, consiente de ello, ha tratado de dar una respuesta normativa al problema lo más cohesionadora y neutral posible¹⁹.

Así, el Tribunal Supremo ha sido capaz de definir las notas básicas que dan lugar a la aplicación de la prueba preconstituida, recordando, en cualquier caso, que se trata de un mecanismo excepcional que debe ser valorado caso a caso y preponderando los intereses

¹⁶ STS núm.884/2010 de 6 de octubre y STS núm.687/2019 de 3 de marzo.

¹⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, 2009, pp 120.

¹⁸ GIMENO SENDRA, V., CALAZA LÓPEZ, S., y DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2021, pp 328.

¹⁹ PÉREZ VALLEJO, M., *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Tirant lo Blanch, 2021, pp 390.

en juego, esto es, sin existir una presunción de victimización secundaria por el hecho de que intervenga un menor en el proceso²⁰.

La necesidad de optimizar y reducir la intervención del menor en sede judicial continúa siendo uno de los retos actuales del legislador, tal y como queda reflejado en el artículo 3.e de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, LOPIVI: *“Reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debidamente en contextos de violencia contra ellos, asegurando su protección y evitando su victimización secundaria.”*

La LOPIVI introduce como novedad el artículo 449 ter LECrim, que recoge y regula el procedimiento general a seguir en el desarrollo de la prueba preconstituida de declaraciones de menores de 14 años y sujetos merecedores de especial protección mayores de 14 años²¹. Así, el órgano enjuiciador debe tener por válida y suficiente la práctica de la prueba anticipada no pudiendo acordar ni solicitar una nueva declaración del menor en el acto plenario.

²⁰ STS núm.3857/2019 de 26 de noviembre.

²¹ DÍEZ RIAZA, S., op cit. pp. 319-356.

3. EL DERECHO A LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO

3.1. Fundamento de la dispensa

El deber de declarar en juicio representa tanto un mandato constitucional como un deber legal, sin embargo, el propio artículo 416 LECrim regula, de manera excepcional, la posibilidad de no prestar declaración, en base a una condición del sujeto y acogerse a la dispensa.

Una de las condiciones que posibilita que el testigo se acoja a la dispensa del deber de declarar son los vínculos afectivos y de parentesco que eventualmente pudiera tener con el procesado. De esta manera, el artículo 416.1 LECrim supone una manifestación de los valores recogidos en nuestro texto constitucional, en particular, en el artículo 39 CE que impone a los poderes públicos la obligación de salvaguardar y velar por la integridad de las familias y los menores.

Con la introducción, en 1882 de la dispensa del deber de declarar por lazos de parentesco, el legislador buscaba priorizar los vínculos familiares frente a la obligación de colaborar con los órganos de justicia, en palabras de AGUILERA PAZ: *“repugna a la propia naturaleza humana y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por círculos estrechos del parentesco, el que mutuamente puedan perjudicarse con sus respectivas declaraciones, exponiendo por su concurso unos a otros a sufrir las graves consecuencias de las imputaciones que en su contra hubieren de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar impone”*²².

En cuanto a su naturaleza, el Tribunal Supremo, en su sentencia núm.205/2018 de 25 de abril reconoce que la dispensa al deber de declarar supone el desarrollo en el ámbito procesal penal de la posibilidad reconocida en el artículo 24 CE: *“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”*. Por tanto, se puede afirmar que el derecho a la dispensa reúne todas las características para ser considerado un derecho

²² LÓPEZ, M. L. V., El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal. *Indret*, 2012, pp 174.

fundamental: personalísimo, irrenunciable, inalienable e indescriptible²³. Además de ser el único derecho procesal reconocido a un tercero que no es parte del proceso ²⁴.

La fundamentación de la dispensa ha sido objeto de discusión por parte de nuestra jurisprudencia, inicialmente, encontramos resoluciones que abogaban por defender que representaba un privilegio para el acusado. Por ejemplo, el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 331/1996 de 11 de abril recoge lo siguiente: *“Porque del propio contenido del artículo 416.1 de la LECrim, que está concebido para proteger al presunto reo y no para perjudicarlo, se desprende que el testigo no podía ser obligado por el Tribunal a declarar”*. Pronunciamiento compartido por la STS núm.1587/1997, de 17 de diciembre.

Sin embargo, esta tesis comenzó a ser abandonada pasando a entender la dispensa como un derecho y garantía del testigo. Resulta evidente que cuando un testigo, conocedor de unos hechos enjuiciados, se acoge a la dispensa del deber de declarar, el investigado puede resultar beneficiado, al no poder valorarse todos los elementos que pueden incriminarle. No obstante, como señala VILLAMARÍN LÓPEZ, este beneficio abstracto es una consecuencia de la aplicación de la dispensa y no, como defendía inicialmente el supremo, su razón de ser²⁵.

Se cita como punto de inflexión en el criterio del alto tribunal, la Sentencia núm. 134/2007 de 22 de febrero: *“La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculgado.”*

La doctrina sentada por las dos sentencias de 1996 y 1997, quedaría ya definitivamente obsoleta con la redacción de la Sentencia núm.292/2009, de 26 de marzo, donde la propia Sala de lo Pena del TS reconoce como dudoso el justificar el artículo 416 LECrim en la

²³ MASIP, M. S., La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal. *Revista General de Derecho Procesal*, 29, 2013, pp 120.

²⁴ TORRES, M. R., *Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género*. Tirant lo Blanch, 2018, pp337.

²⁵ op cit, pp. 174

protección del reo²⁶. Lo mismo se desprende de la Sentencia núm.94/2010 de 15 de noviembre donde el Tribunal Constitucional expone que no existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren, sino un derecho de los propios familiares, es decir, un derecho de los terceros, a no ser obligados a testificar en base a salvaguardar la paz e intimidad que rigen en las relaciones familiares ²⁷.

Encontramos numerosas y variadas sentencias que apoyan y comparten la idea de que, la regulación de la dispensa obedece a la voluntad legislativa de conceder un espacio de protección a los parientes del procesado, evitando el conflicto moral entre el deber de cumplir con la obligación de decir la verdad y su voluntad de no perjudicar con ello al acusado ²⁸.

Parte de la doctrina se inclina por defender que el fundamento de la dispensa es coincidente con el que subyace al artículo 454 del Código Penal, sobre la exención de responsabilidad penal ante la participación en los hechos delictivos del cónyuge o persona unida por vínculos análogos. Como indica de QUIROGA en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, el legislador, no puede exigirle al familiar una conducta diferente a la de guardar silencio en virtud de salvaguardar la intimidad del círculo familiar²⁹.

Pero, además de pretender resolver el conflicto de solidaridad familiar, la regulación de la dispensa también responde a razones de mera eficacia procesal y es que, el legislador es consciente de que, si se obliga a una persona a declarar en contra de un familiar o pariente, existe un gran riesgo de que cometa perjurio o preste un falso testimonio para intentar encubrir al acusado, dificultando así el esclarecimiento de los hechos enjuiciados³⁰. Como señala MARAVALL BUCKWALTER, declarar en contra de un pariente, supone el mismo dilema moral presente en la frase de Arthur Miller en la época de represión comunista en Estados Unidos: “*I am trying to, and I will, protect my sense of myself* (“estoy intentando, y así lo haré, proteger lo que siento hacia mí mismo”)³¹.

²⁶ MUÑOZ, J.C., Análisis Doctrinal. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 44, 2020, pp 137-149.

²⁷ En el mismo sentido se pronuncia la STS 130/2019, de 12 de marzo.

²⁸ STC núm.94/2010, de 15 de noviembre. RTC 2010/94

²⁹ *Ley de enjuiciamiento civil con jurisprudencia*. Tirant lo Blanch, 2021, pp 260.

³⁰ STS nº 225/2020 de 25 de mayo. RJ. 2020/1563

³¹ op cit pp.238

3.2. Anterior redacción del artículo 416.1 LECrim

Desde mayo de 2015 y hasta la reforma introducida en junio de 2021, el artículo 416.1 LECrim rezaba lo siguiente:

“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”

3.2.1. Titularidad

De la lectura del artículo 416.1 LECrim resulta evidente que el titular de la dispensa es el familiar testigo del procesado. Como pariente, entendemos incluidos al cónyuge y los familiares más cercanos; padres, hijos, abuelos y nietos. La LECrim enuncia de manera genérica el ámbito subjetivo del derecho, habiendo sido la jurisprudencia la encargada de matizar y delimitar el concepto.

Alrededor de la figura de cónyuge, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal, el artículo 416.1 LECrim aporta ya una solución legal al equiparar la figura del cónyuge a cualquier persona unida por *“relación de hecho análoga a la matrimonial”*. Si bien no se pronuncia sobre la cuestión de si el vínculo matrimonial ha de estar vivo en el momento en el que se producen los hechos o en el momento en el que el testigo es llamado a declarar³².

Sobre este aspecto ha resuelto la Fiscalía General del Estado en su Circular de noviembre de 2011 apostando por una interpretación literal y finalista del precepto, al entender que,

³² MANZANARES, R. C. *Política legislativa y violencia de género*. Tirant lo Blanch. 2020, pp 248.

la dispensa no operará cuando al momento de testificar, la relación se hubiera roto mediante divorcio y esto porque, el divorcio es la única institución jurídica que interrumpe los deberes conyugales de socorrerse y prestarse asistencia mutua.

El TS recupera el criterio sentado por la Fiscalía y en su Acuerdo del pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2013 establece que: *“La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto”*. Reiterando la importancia de que el vínculo subsista en el momento en el que se produzcan los hechos enjuiciados.

Sin embargo, no se trata de una cuestión pacífica. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Tarragona, ha venido entendiendo que, lo imprescindible para que opere la dispensa es la convivencia, con independencia de que el matrimonio se halle disuelto o en trámites de separación³³. Precisamente es esta convivencia la que determina la operatividad o no de la dispensa, al entender que toda convivencia conlleva, en mayor o menor medida, un vínculo de afectividad y conexión emocional que pueden llevar a la víctima a plantearse declarar o no en contra de su agresor³⁴.

Otra vertiente doctrinal apuesta por sostener que, si el fundamento de la exención se encuentra en los vínculos de solidaridad entre parientes, estos lazos no desaparecen al romperse la relación afectiva y más cuando el testigo es llamado a declarar sobre unos hechos que se han producido en la intimidad de pareja y por ello: *“Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado”*³⁵. Coincidiendo con la normativa procesal francesa, CASTILLEJO MANZANARES defiende que la concurrencia de los presupuestos que dan lugar a la operativa de la dispensa, han de ser valorados en el momento en el que se produjeron los hechos que se están juzgando y no en el momento de prestar la declaración³⁶

³³ Sentencia num.10/2007, de 12 de enero, RJ 2007/675

³⁴ LÓPEZ, S. P., Incidencia de la violencia de género en el ámbito penal. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, (20), 2020, pp: 263-287.

³⁵ STS núm.292/2009, de 29 de marzo, RJ 2009/2377.

³⁶ Op cit. Pp: 181

Posteriormente, en enero de 2018, el Supremo redacta un nuevo Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional en el que estipula lo siguiente acerca de la dispensa: *"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".

Parece que, en este punto, el Supremo se inclina por defender la pérdida del derecho a la dispensa si los hechos sobre los que se va a declarar se han producido con posterioridad a la disolución del matrimonio³⁷.

Sobre la figura del menor de edad, el TS ya ha resuelto en su sentencia núm.209/2017, de 28 de marzo, reconociendo como criterio orientador el grado de madurez del sujeto y no su edad biológica. Así, el menor tiene derecho a ser oído y a que su testimonio sea tenido en cuenta en sede judicial³⁸.

3.3. Interpretaciones jurisprudenciales

Dada la evidente problemática y controversia que suscita en la práctica judicial la aplicación del artículo 416.1 LECrim, en este apartado se realizará un análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales y acuerdos no jurisdiccionales que nuestros tribunales han venido elaborando a lo largo de los años.

Como punto de partida, recuperamos el Acuerdo de abril de 2013 del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo donde se exceptúa del ámbito de aplicación de la dispensa a: *"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."*

³⁷ STS núm.389/2020, de 10 de julio. RJ 2020/2672

³⁸ SÁNCHEZ VIDANES, C Violencia de género y doméstica. En *"Memento práctico familia (civil)"*. Francis lefevre, 2020.

El primer debate que surge tras este pronunciamiento se plantea sobre la expresión “*esté personado como acusación particular*”, y que ocurriría con, aquellas víctimas que, habiendo estado personadas, hubieran desistido de su posición en momentos previos a la celebración del juicio oral. Una interpretación literal del precepto obligaría a defender que, la dispensa ampara a la víctima en el momento previo a su personación, luego desaparecería al postularse como acusación particular y, una vez desista de la acción, reaparecería su garantía a acogerse a la dispensa. A fin de esclarecer este debate, el Supremo se pronunció negando el carácter discontinuo del derecho a no declarar³⁹.

En la sentencia núm.449/2015, de 14 de julio, se rechaza la posibilidad de que la víctima, que había mantenido su posición como acusación particular durante el año anterior al juicio plenario, pero, había desistido de la misma con anterioridad a la vista, pueda acogerse de nuevo al derecho a no declarar.

Sentado este criterio, en enero de 2018 el Tribunal Supremo publica un nuevo Acuerdo del Pleno no jurisdiccional que, nuevamente, modifica la doctrina anterior y reconoce el carácter intermitente de la dispensa a no declarar:

“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.”

Finalmente, otro cambio se produce con la novedosa sentencia núm.389/2020, de 10 de julio. El conflicto surge a partir de una denuncia de una mujer víctima que se persona como acusación particular para, a continuación, en el acto del juicio plenario, desistir de su posición. Frente a esta situación, el Supremo rechaza la posibilidad de acogimiento a la dispensa razonando que resulta incompatible el ejercicio de la exención contenida en el artículo 416 LECrim por parte de la víctima denunciante en un delito de violencia de género. De esta forma, se rechaza el carácter intermitente de la dispensa puesto que, de hacer depender su operatividad en el status de la víctima, se estaría convirtiendo un delito perseguible de oficio y de carácter público en un ilícito privado, dejando vacía de

³⁹ ÁLVAREZ, S. H., El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio. *Diario La Ley*, 2020, (9698), 4.

contenido la denuncia inicial, lo que en ningún caso obedece a la voluntad del legislador en materia de violencia de género intrafamiliar y doméstica.

Cabe recordar que el derecho reconocido en el artículo 416 LECrim tiene carácter excepcional y como tal, debe ser interpretado restrictivamente. Si el fundamento jurídico que justifica su aplicación es resolver el conflicto entre el deber de testificar y las consecuencias que dicha declaración tendría sobre los vínculos familiares, una vez el testigo ha decidido, de manera libre y con plena autonomía de su voluntad, denunciar y postularse como acusación particular, se debe entender que ya ha resuelto el dilema y no habría razón para recuperar la dispensa en la vista oral⁴⁰

En definitiva, la citada sentencia excluye del ámbito subjetivo de la dispensa a las víctimas o testigos denunciantes y lo restringe a los meros testigos parientes del procesado. Este cambio de criterio, a pesar de no ser tan novedoso, sí ha suscitado críticas, en concreto, los votos particulares de tres magistrados.

Las pretensiones de estos tres magistrados se fundamentaban principalmente en la denuncia de la inadecuación de la vía jurisprudencial para introducir un cambio de criterio de semejante envergadura, así, el jurista D. Antonio del Moral García, defiende que la decisión debería haber quedado en manos del legislador para evitar modificaciones tan tajantes.

3.4. Problemas e implicaciones de la dispensa en supuestos de violencia sobre la infancia y doméstica.

Dada la trascendencia en nuestro país de los delitos de violencia de género y doméstica, conviene estudiar este fenómeno por separado en atención a las especialidades procesales que plantea y la operativa del derecho a no declarar.

⁴⁰ LÓPEZ, S. P., op cit, pp. 110.

La violencia doméstica o violencia de género intrafamiliar, en adelante VGI, hace referencia a toda violencia física, sexual o psicológica, producida en el ámbito de la intimidad familiar sobre la mujer o los hijos menores⁴¹.

El apartado 2º del artículo 173 del Código Penal pena a quien: *“habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad (...)”*.

El especial tratamiento jurídico y procesal del que gozan los delitos de VG y VGI viene explicado, en parte, por la existencia de un vínculo de afectividad e intimidad entre la víctima y el agresor que no existe en el resto de ilícitos tipificados en el Código Penal. Esta relación hace necesaria la regulación de instrumentos y mecanismos que velen por la integridad moral, psicológica y por la recuperación de la víctima evitando situaciones de sufrimiento adicional (victimización secundaria).

En segundo lugar, si atendemos a la definición dada por el artículo 173.2 CP, la VGI o violencia doméstica, queda restringida al ámbito del cónyuge, excónyuge y descendientes, además de las relaciones análogas al matrimonio y sin perjuicio de que persista la convivencia entre ambos.

Teniendo en cuenta los dos caracteres enunciados y tal y como pone de manifiesto la Fiscalía General del Estado en su memoria del ejercicio de 2020, la mayor dificultad que entrañan los delitos de VG y VGI es la actividad probatoria. Por su configuración, son delitos que se cometen en el ámbito de la intimidad de la pareja o de la familia, de manera que la existencia de testigos de referencia suele ser residual. En este punto y en particular sobre la suficiencia de la declaración de la víctima como única prueba a cargo, ya se ha pronunciado el Supremo en su sentencia núm.653/2016, de 15 de julio: *“La palabra de*

⁴¹ MIRAT H., P y ARMENDÁRIZ L., C., Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias político-penales. Madrid: Grupo difusión, 2020, pp 12.

un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva”⁴²

Sin embargo, especial consideración cobran los procedimientos en los que, las víctimas se acogen a la dispensa del artículo 416 LECrim imposibilitando al tribunal enjuiciador la valoración de sus testimonios. En España, a lo largo de 2020, 14.915 mujeres se acogieron al derecho a no declarar, resultando, o bien, en el sobreseimiento de la causa o en una sentencia absolutoria por déficit probatorio⁴³. A pesar de los esfuerzos realizados por las fiscalías en buscar otros medios de prueba, ya sean exploraciones físicas o informes médicos, la presunción de inocencia difícilmente es desvirtuada sin testimonios directos.

Además, según un estudio elaborado por el Consejo General del Poder Judicial en marzo de 2016⁴⁴, 20 de las sentencias con fallos absolutorios, se fundaron en el acogimiento de la víctima a la dispensa del artículo 416.1 LECrim y en la insuficiencia de otros métodos probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia.

Desde el punto de vista del proceso, el acogimiento a la dispensa del deber de declarar puede producirse en dos ocasiones. Generalmente, el procedimiento se inicia con una denuncia ante la policía que dará lugar a una declaración ante el juez de instrucción, éste deberá advertir a la víctima del derecho recogido en el artículo 416.1 LECrim. En este punto, la víctima familiar tendrá la potestad para decidir, si continúa con el procedimiento dando lugar a la apertura del juicio oral, o si retira los cargos en contra del autor de la agresión. Con ocasión de la apertura del juicio plenario, el juez debe reiterar la advertencia a la víctima de acogerse a la dispensa. Independientemente de que la voluntad de la víctima sea la de declarar o acogerse, el Ministerio Fiscal, como reza en artículo 191 CP⁴⁵, tiene facultad para continuar con el enjuiciamiento del delito y mantener la

⁴² BELTRÁN MONTOLIÚ, A., Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LeCrim: evolución jurisprudencial, 2018, pp 26.

⁴³ Memoria del Ministerio Fiscal elevada al gobierno relativa al ejercicio de 2020.

⁴⁴ Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales (marzo 2016).

⁴⁵ Artículo 191 del Código Penal “1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal. 2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.”

acusación. No obstante, como se ha adelantado anteriormente, las dificultades probatorias de los delitos de VG y VGI aumentan considerablemente en tanto no existen declaraciones de testigos de referencia, siendo prácticamente residuales las sentencias que logran un pronunciamiento condenatorio cuando opera la dispensa del deber de declarar.

Así, la Fiscalía General del Estado en su memoria de 2020 critica el régimen del artículo 416 LECrim denunciando que: *“Provoca no solo la sensación social de impunidad, sino también el desánimo en los operadores jurídicos en general y de los y las fiscales en particular, que ven sus esfuerzos baldíos, ya que el uso de la dispensa imposibilita que la denuncia y el proceso penal alcance sus efectos punitivos, pero también tuitivos, hasta el punto de que algunas víctimas han perdido la vida tras denunciar agresiones anteriores que, sin embargo, fueron archivadas al ejercer la víctima la facultad de dispensa analizada”*

Esta dificultad enjuiciadora de los delitos de VG y VGI aumenta exponencialmente cuando aparece la figura del menor de edad, ya sea como testigo directo de las agresiones que ha sufrido su madre o como víctima de los abusos. En estos casos, entran en juego tanto los vínculos emocionales entre el ofendido y el agresor y la dependencia emocional que un niño tiene hacia sus padres. Según la macroencuesta de Violencia contra la Mujer, realizada por la delegación del gobierno en 2019, el 60,6% de las mujeres que sufrieron violencia física o sexual declararon que sus hijos o hijas habían presenciado los hechos⁴⁶.

Los menores, como sujetos necesitados de una mayor protección y tutela, cuentan con un régimen diferenciado en cuanto a su participación en el proceso penal, caracterizado por la excepcionalidad de su declaración en juicio oral y el ejercicio de la dispensa por sus representantes legales.

Como pone de manifiesto el Defensor del Pueblo⁴⁷, es una práctica habitual de los tribunales no informar al menor sobre la posibilidad de acogerse a la dispensa, este defecto procesal, si bien no supone la nulidad del procedimiento como tal, si invalida el

⁴⁶ Macroencuesta de violencia contra la mujer elaborado por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género en 2019.

⁴⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, La escucha del menor, víctima o testigo, Madrid, 2015.

testimonio prestado por el menor⁴⁸, poniendo en duda la eficacia procesal de la exención. Ante la inexistencia de previsión legal al respecto, doctrina y jurisprudencia han venido creando diversos instrumentos que tratan de evitar que el menor pueda verse perjudicado por el contenido de la dispensa: la presunción de madurez y la prueba preconstituida.

Sobre la presunción de madurez, sin perjuicio de su posterior desarrollo en el apartado relativo a las novedades introducidas por la LOPIVI, en este punto cabe destacar que, en el caso de que el tribunal enjuiciador valore que el menor no cuenta con la madurez suficiente para acogerse a la dispensa por sí mismo, serán sus representantes legales los que ejerzan el derecho por él⁴⁹.

Por ejemplo, en la Sentencia núm.225/2020, de 25 de mayo, el Supremo absuelve a un menor al que se le había acusado de un delito continuado de agresión sexual contra sus cuatro hermanas. En primera instancia, se le absuelve con respecto a los abusos cometidos sobre tres de las hermanas que, por ostentar 14,16 y 18 años se habían acogido a la dispensa del deber de declarar, sin embargo, se le condena por el ilícito cometido sobre su hermana menor de 10 años que, a juicio del tribunal, carecía de la madurez suficiente para acogerse a la exención y por ello no se le informó de dicha posibilidad. Confirmada la sentencia de instancia en apelación, es revocada por el Supremo argumentando que: *“la declaración sumarial se abordó sin informar a la testigo o a los padres que la trasladaron obedeciendo a una imperativa citación judicial (a quienes se impidió incorporarse a la declaración, siendo obligados a esperar en el exterior), que existía el derecho de no declarar contra su hermano; habiendo eludido el instructor activar el mecanismo previsto para que la dispensa pudiera ser ejercida por un defensor judicial en su nombre”*.

También ha suscitado controversias el ejercicio de la dispensa por parte de los representantes legales del menor, en particular, cuando existe un conflicto de intereses entre ambos. Por ejemplo, en el caso de que la madre estuviera personada como acusación particular y el menor careciera de madurez suficiente lo que implicaba la exclusión del

⁴⁸ STS núm.304/2013, de 26 de abril. Ref. 2013/4346 y STS núm.854/2013, de 30 de octubre. Ref. 2013/3672

⁴⁹ STS núm.699/2014, de 28 de octubre. RJ 2014/6445

ámbito de aplicación de la dispensa. En este sentido, el Supremo⁵⁰ ha resuelto primando la voluntad expresada por el menor víctima, que, al momento de la instrucción del caso tenía 15 años de edad por lo que su madre, como representante legal y acusación particular, ejerció su derecho por ella. Si bien, a la celebración del juicio oral, con 17 años, el tribunal enjuiciador consideró que había alcanzado el grado de desarrollo suficiente para que su opinión fuera oída y valorada, expresando su voluntad de acogerse a la dispensa y no declarar en contra de su padre.

⁵⁰ STS núm.209/2017, de 28 de marzo, RJ 2017/1786

4. LEY ORGÁNICA 8/2021 DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

4.1. Motivación de la reforma

El Estado español, en virtud de los compromisos internacionales⁵¹ y nacionales⁵² que ha venido asumiendo, ostenta el imperativo legal de garantizar la protección de los menores a través de medidas legislativas, sociales, administrativas y educativas.

A lo largo de los años, se ha venido aprobando un amplio marco jurídico relativo a los niños y adolescentes, destacando, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que modifica parcialmente el Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, o la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas normas centradas en los instrumentos de protección de los menores de edad.

España, como miembro de la ONU, ratificó y se adhirió en 1989 a la Asamblea General de las Naciones Unidas, comprometiéndose, en virtud de su artículo 19, a desarrollar las medidas legales, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger a los niños y adolescentes frente a cualquier tipo de violencia. En el año 2019, el Comité de los Derechos del Niño, emitió una recomendación al Estado español que versaba sobre la necesidad de dictar una ley integral frente a la violencia sobre la infancia y adolescencia, dicha recomendación, fue reiterada en el año 2019 tras un estudio de la situación de los menores en el país.

Hasta el momento, la legislación española en materia de derechos del niño se centraba en la tipificación de las conductas punibles y en la reparación del daño sufrido por la víctima, no existiendo un conjunto normativo centrado en la lucha por la eliminación de esta clase de violencia. La Convención sobre los Derechos del Niño establece explícitamente que

⁵¹ Convenio de Lanzarote para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos, el Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica o el Convenio sobre Ciberdelincuencia.

⁵² Pacto del Estado contra la violencia de género y la Agenda 2030.

es un deber de los estados miembros proteger a los menores de cualquier tipo de malos tratos y agresiones, así como desarrollar medidas de prevención, detección y sensibilización en el ámbito familiar, institucional y educativo⁵³.

Resulta evidente que la violencia sobre la infancia representa uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la sociedad española en la actualidad. El análisis estadístico y objetivo de la situación no es una tarea sencilla, bien por la dificultad que su denuncia entraña para los menores o por el desconocimiento de los medios para actuar. En España, en 2017, se produjeron un total de 9.537 delitos contra la libertad e indemnidad sexual, de los cuales, 4.542 fueron cometidos contra menores de edad⁵⁴, es decir, un 48% de las víctimas de delitos sexuales en 2017 fueron niños y niñas de menos de 18 años. Por otro lado, como pone de manifiesto la ONG *Safe the children* tras analizar las sentencias dictadas en España de violencia sobre la infancia, en casi un 84% de las ocasiones los agresores eran familiares del menor víctima.

Teniendo en cuenta los datos enunciados y las recomendaciones internacionales al respecto, la necesidad de actualizar y unificar el tratamiento jurídico que nuestro ordenamiento otorga a la violencia sobre la infancia estaba latente, la decisión de emplear una ley orgánica viene explicada por la relación directa de la cuestión con el derecho fundamental⁵⁵ que nuestro texto constitucional enuncia en su artículo 15: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”* así como por la voluntad de dar cumplimiento a los principios de eficiencia, seguridad jurídica y proporcionalidad⁵⁶.

En conclusión, el legislador pone el foco en el derecho que asiste a todo menor a no ser objeto de ningún tipo de violencia, física, psicológica o sexual, por ello, introduce un enfoque integral y multidisciplinar para afrontar el problema con medidas que abarcan

⁵³ Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño

⁵⁴ Informe elaborado por el Ministerio de Interior sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España en 2017.

⁵⁵ MARTÍNEZ, C y ESCORIAL, A., “Guía sobre la Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia”, 2021. Disponible en: <https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/10/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia.pdf> ; última consulta: 12/03/2022).

⁵⁶ Artículo 129 del Ley 39/2015, de 1 de octubre.

tanto la prevención (sensibilización, concienciación o formación) como la protección (detección precoz, tutela de los poderes públicos) y la restitución del daño (victimización secundaria)⁵⁷.

La LOPIVI, se compone de 60 artículos, estructurados a través de un título preliminar, cinco títulos, nueve disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y veinticinco disposiciones finales. Cada título se centra en un ámbito de regulación y actuación de los poderes públicos, así, el título I recoge los derechos de los niños y adolescentes de manera abstracta mientras que el título V regula la organización administrativa del Consejo General del Poder Judicial y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

4.2. Nueva redacción del artículo 416.1 LECrim

La disposición final primera de la LOPIVI modifica el artículo 416 LECrim de manera que su redacción resulta de la siguiente manera:

“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.
(...)*

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

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

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

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

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

⁵⁷ Memoria del Análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

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

Esta nueva regulación de la dispensa del deber de declarar en juicio es una clara manifestación de los objetivos recogidos en el en el preámbulo de la LOPIVI, en particular, sobre la concesión de una mayor protección en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad. El legislador, recupera la redacción propuesta por el Consejo de Ministros en noviembre de 2020 en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁸ añadiendo el inciso segundo relativo a delitos graves con víctimas menores de edad. Resultando así, en un precepto que responde a las peticiones que, tanto la jurisprudencia como la doctrina, venían demandando desde hace años.

La excepción contenida en el primer ordinal se refiere a aquellos delitos cometidos por el cónyuge o persona unida por un vínculo análogo, contra los menores o personas discapacitadas, que no tienen la obligación legal de declarar. El legislador pone de manifiesto su voluntad de primar el deber de los representantes legales de velar por la integridad y los intereses de sus representados, frente las eventuales justificaciones que pudieran amparar la dispensa.

El inciso segundo, que no había sido contemplado hasta el momento en ningún anteproyecto de ley, no exige para su activación ningún tipo de vínculo afectivo, únicamente que, se trate de un delito grave⁵⁹, que el testigo sea mayor de edad y el ofendido un menor o persona con discapacidad. Su fundamento, reside en la consideración como interés superior la protección de la figura del menor o discapaz frente a cualquier otro tipo de bien jurídico tutelado.

Estas dos excepciones, regulan supuestos en los que las víctimas son menores de edad y los testigos mayores. Sin embargo, los tres últimos apartados se refieren a situaciones en las que en la figura del testigo pueden concurrir simultáneamente las notas de minoría de edad y ofendido y por ello, serán analizadas a continuación en mayor detalle.

⁵⁸ Artículo 660 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 24 de noviembre de 2020.

⁵⁹ Entendiendo por delito grave aquellos que la ley castiga con pena grave (art 13 CP) esto es, delitos contra la vida, libertad o indemnidad sexual.

El artículo 416.1. 3º trata de dar respuesta al conflicto que surge cuando el menor, como víctima del delito, es el único testigo de los hechos, y sus representantes legales, actuando en su nombre, se acogen a la dispensa del deber de declarar. Tradicionalmente, esto desembocaba en una situación de desamparo para la víctima, al no poder ser valorado el testimonio prestado en fase de instrucción como prueba preconstituida⁶⁰

El derecho a la dispensa del deber de declarar en juicio, como derecho con amparo constitucional, es personal e intransferible y, su ejercicio, como ya ha sido señalado por el Supremo⁶¹, no está supeditado a haber alcanzado la mayoría de edad sino, al grado de madurez.

La determinación de la edad con la que se alcanza una madurez suficiente no es tarea sencilla ni sobre la que exista consenso normativo. Así, en los procedimientos de separación y divorcio el menor tendrá derecho a ser oído a partir de los 12 años (art 700 LEC), mientras que el Código Civil retrasa la edad hasta los 14 años para poder testar y hasta los 16 para emanciparse y contraer matrimonio.⁶²

Tal y como señala la Fiscalía General del Estado, no pueden recibir el mismo tratamiento jurídico un niño de 5 años, que presenta evidentes limitaciones en su desarrollo cognitivo y emocional, que un niño de 16 años que ya cuenta con una capacidad verbal e intelectual asimilable a la de un adulto de 18 años⁶³.

En cualquier caso, y como se desprende del estatuto jurídico del menor⁶⁴, los niños tienen derecho a ser oídos y a que sus testimonios sean considerados en sede judicial. Este mandato legal, obliga a los órganos jurisdiccionales a realizar un esfuerzo para constatar si el menor cuenta con el desarrollo intelectual y emocional suficiente para poder decidir libre y razonadamente sobre su voluntad de testificar en contra de un pariente.

⁶⁰ DÍEZ RIAZA, S., op cit. pp. 319-356.

⁶¹ STS núm.209/2017, de 28 de marzo. Ref. 2017/1786, STS núm.329/2021, de 22 de abril. RJ 2021/1775 y STS 205/2018, de 25 de abril RJ 2018/2104

⁶² Artículos 663 y 46 del Código Civil.

⁶³ Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos.

⁶⁴ Artículos 152 y 162 CC y 2 y 9 LORJM

No estando sentados legalmente los criterios que han de tenerse en cuenta en la evaluación del grado de desarrollo del menor, se ha venido aceptando un método mixto, combinando la edad biológica con las características individuales del sujeto. Jurisprudencialmente, la horquilla más frecuente para considerar la presunción de madurez oscila entre los 12 y 14 años. La reciente LOPIVI, parece inclinarse por tomar como referencia los 14 años, alegando que por debajo de dicha edad aumenta exponencialmente el riesgo de victimización añadida por su intervención en el proceso penal.⁶⁵

El esfuerzo de los tribunales debe ir encaminado a una ponderación de los intereses en juego, en especial, cuando el testigo-víctima se encuentre en edades que puedan resultar controvertidas. La decisión de acogerse la dispensa, debe ser fruto de un proceso de razonamiento lo suficientemente reflexivo, informado y libre, con pleno conocimiento de las consecuencias que implica su ejercicio. Así, siendo la edad un criterio fundamental, existen otros parámetros valorables, como que el testigo haya sido víctima de los hechos que se están enjuiciando, la naturaleza pública o privada de la acción, la gravedad del ilícito, la entidad del daño, el vínculo con el procesado, o las repercusiones emocionales que la declaración pudieran tener sobre el menor. También cobra especial relevancia la existencia o ausencia de otros medios de prueba, así como el plazo de prescripción del delito enjuiciado.⁶⁶

Finalmente, el citado precepto, apuesta por emplear como elemento determinante, la capacidad del menor de comprender el significado de la dispensa. De esta forma, cuando el sujeto no entienda la operativa de la dispensa, tendrá derecho a ser oído y ello, con independencia de que la voluntad de sus tutores legales sea la de acogerse a la exención.

Hasta el momento, si el tribunal enjuiciador consideraba que el menor no tenía madurez suficiente para entender las consecuencias de la dispensa, se atribuía a sus representantes legales la facultad de ejercer ese derecho en su nombre⁶⁷. En caso de existir un conflicto de intereses con alguno de los progenitores, por ejemplo, por estar personado como acusación particular, el menor directamente dejaría de optar a la dispensa.⁶⁸.

⁶⁵ STS núm.329/2021, de 22 de abril.

⁶⁶ STS núm.225/2020, de 25 de mayo. RJ 2020/1563 y STS núm.342/2021, de 23 de abril. RJ 2021/2300

⁶⁷ STS 699/2014, de 28 de octubre RJ 2014/6445

⁶⁸ STC 94/2010, de 15 de noviembre.

Resulta también de interés mencionar que, habiéndose personado el representante legal como acusación particular en nombre del menor, una vez este alcance la mayoría de edad o una madurez suficiente, podrá ejercer libre e independientemente su derecho a la dispensa y ello porque: *“la previa opción de la madre no les puede privar de la capacidad de elegir por sí mismos si quieren o no acogerse a la dispensa. Incluso si la madre hubiese permanecido como acusación particular, los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía sobre la posibilidad de declarar o no. No se les arrebatara esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores”*.⁶⁹

La cuarta excepción introducida por la LOPIVI recoge la doctrina resultante de la Sentencia del TS núm.389/2020, de 10 de julio, sobre la imposibilidad de acogerse a la dispensa cuando, habiendo estado personado como acusación particular en un procedimiento, se hubiera desistido de dicha posición con carácter previo a la celebración del juicio oral. Como se ha mencionado anteriormente, el Supremo introduce esta nueva línea interpretativa defendiendo que: *“nada impide que esta Sala Casacional pueda modificar un Acuerdo Plenario anterior, y así lo ha hecho en varias ocasiones con anterioridad. Es más, choca con la naturaleza de la jurisprudencia que ésta sea pétrea, inmutable o invariable, sino todo lo contrario, la jurisprudencia ha de adaptarse a la interpretación más conforme con la realidad social, porque significa marcar el sentido vivo de la ley”*.

Finalmente, el quinto inciso, deja de nuevo sin efecto el contenido del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de enero de 2018 que rechazaba la posibilidad de recuperar declaraciones que se hubieran realizado en fase de instrucción, si en el momento del juicio oral, el testigo se acogía a su derecho de no declarar. La nueva redacción propuesta por la LOPIVI apuesta por concederle validez de prueba a cargo a la prueba preconstituida en fase de instrucción, especialmente cuando se trate de testigos-víctimas menores de edad que pudieran cambiar de criterio por las presiones de sus familiares o de su entorno.

⁶⁹ STS núm.205/2018, de 25 de abril. RJ 2018/64728.

4.3. Aplicación práctica de la reforma

La entrada en vigor de la LOPIVI, ha introducido importantes cambios y novedades en el régimen jurídico de la dispensa del deber de declarar en juicio, por ello, en este apartado, a fin de poder determinar si verdaderamente la LOPIVI ha supuesto cambios y mejoras en el tratamiento legal de los menores de edad frente a la violencia vicaria, se estudiarán las sentencias y pronunciamientos jurisprudenciales dictados desde la aprobación de la citada ley.

Ahora bien, cabe recordar que la LOPIVI se comenzó a aplicar a partir del 25 de junio de 2021, por ello, al ser una reforma relativamente novedosa, existen pocos pronunciamientos y sentencias relevantes que hayan puesto en práctica el nuevo régimen jurídico de la dispensa del deber de declarar en juicio.

Se menciona en este sentido la Sentencia nº7/2022 de 2 de febrero del TSJ de Castilla y León. El Tribunal resuelve un supuesto de abusos sexuales y delitos contra de la libertad sexual cometidos por un mayor de edad sobre dos menores que tenía en situación de acogimiento temporal. Tras la condena del acusado en instancia, éste fundamenta su recurso en la nulidad de las declaraciones prestadas por los dos menores víctimas, al no haber sido advertidos de la posibilidad de acogerse a su derecho a la dispensa del deber de declarar, equiparando el acogimiento a los lazos de parentesco que menciona el artículo 416 LECrim.

El TSJ rechaza la excepción procesal alegada por el recurrente argumentando que, por un lado, y como ya ha resuelto el Tribunal Supremo en su sentencia núm.49/2018, de 30 de enero, la dispensa del deber de declarar en juicio es una excepción a la normativa procesal penal y, como tal, debe ser interpretada restrictivamente por lo que no cabría atribuir sus efectos a una situación de parentesco por afinidad.

A continuación, el Tribunal también hace mención a la LOPIVI y a los principios y valores en los que se inspira entendiendo que, si bien los menores víctimas de los abusos no habían denunciado los hechos ni estaban personados como acusación particular, el agresor se había visto beneficiado de una situación de vulnerabilidad e inferioridad con

respecto a las víctimas y por ello resulta más adecuado sostener que la posición de los menores en el proceso se asimila más a la de ofendidos que a la de meros testigos.

5. CONCLUSIONES

Una vez analizado el régimen jurídico que rodea a la dispensa del deber de declarar, su fundamento y justificación, los problemas que plantea cuando es ejercida por menores de edad y sus nuevas excepciones, se puede concluir lo siguiente.

En primer lugar y en relación con el problema de la violencia sobre la infancia y adolescencia que está viviendo España en la actualidad, cabe reseñar, que las cifras de maltrato y agresiones sobre estos sujetos están todavía lejos de disminuir, sin embargo, lo más llamativo y a la vez, preocupante, es que la amplia mayoría de estas agresiones son producidas por familiares o personas cercanas al menor, de esta forma, no es de extrañar la polémica que suscita la aplicación práctica de la dispensa del deber de declarar con víctimas menores de edad y delitos cometidos en el seno del ámbito familiar.

Sobre la existencia de la exención al deber de declarar en juicio, se puede afirmar que, con su introducción, el legislador buscaba dar una solución normativa a la necesidad de proteger la conciencia de las personas que se encuentran unidas al procesado por vínculos de parentesco o consanguíneos en los que rigen valores como la solidaridad y lealtad, ello se justifica en el especial tratamiento jurídico que nuestro texto constitucional otorga a las relaciones familiares.

Dada la generalidad de la redacción del artículo 416 LECrim, la doctrina y jurisprudencia han sido las encargadas de precisar y matizar el concepto de exención. Sobre la titularidad del derecho, tras varios cambios interpretativos, el TS ha decidido apostar por reconocer la posibilidad de acogerse a la dispensa cuando los hechos sobre los que se va a declarar se hayan producido mientras subsistía el vínculo matrimonial o análogo y ello, con independencia de que concurra convivencia efectiva en la pareja. Se trata de una decisión acertada y actualizada a la realidad que está viviendo la sociedad española donde cada vez proliferan nuevas formas de pareja y de organización familiar.

En lo que atañe a la edad para hacer uso de la dispensa, se ha rechazado tajantemente seguir un criterio biológico fundamentado en alcanzar la mayoría de edad. Por el contrario, los tribunales apuestan por conceder más importancia a la madurez del menor, realizando un seguimiento individual y casuístico, lo que concuerda con la necesidad de

asegurar la protección de los derechos de la infancia y adolescencia. De esta forma, surge la cuestión de cómo proceder en aquellas situaciones en las que el tribunal o comité enjuiciador determinen que el menor no cuenta con el desarrollo emocional y mental suficiente, pues bien, este extremo ha sido objeto de modificación por la LOPIVI que ahora rechaza la posibilidad de que sean los representantes legales del menor los que ejerzan la dispensa del deber de declarar en su nombre y apuesta por reconocer que, cuando el menor no sea capaz de comprender la operativa de la dispensa, tendrá derecho a ser oído y ello, con independencia de que la voluntad de sus representantes legales sea diferente.

A través del análisis de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la dispensa, se puede apreciar como las preocupaciones de los tribunales han ido cambiando. Inicialmente, el artículo 416 LECrim se venía entendiendo como una especie de privilegio del procesado, esta idea fue abandonada para pasar a defender que suponía una garantía para el familiar testigo, así distintas sentencias han ido estudiando de manera aislada las graves consecuencias que esta figura jurídica producía sobre los menores de edad. Estas denuncias, junto con las alarmantes estadísticas, han puesto de manifiesto la necesidad de conceder prioridad y auxilio al interés superior del menor de edad frente a cualquier otro bien jurídico tutelado.

La entrada en vigor de la LOPIVI es el resultado de una intensa labor legislativa y jurisprudencial, las 5 excepciones introducidas a la exención del deber de declarar aportan una solución legal a las situaciones más controvertidas que se estaban dando en sede judicial y sobre las que no existía previsión normativa. No habiendo transcurrido todavía un año desde la entrada en vigor de la citada ley, se puede prever que, a medio plazo, proporcionará a los menores el espacio de auxilio y protección que venían demandando desde hace años y no sólo en sede judicial puesto que, la LOPIVI es una ley que cuenta con un enfoque integral que pone su foco de actuación en todos los ámbitos en los que se encuentren los menores de edad (sanidad, educación, familia, social, institucional o administrativo).

Por otro lado, y en relación con el debate sobre la procedencia de mantener o eliminar la figura de la dispensa del deber de declarar, cabe recordar que en el seno de los delitos de VG y VGI, los protagonistas deben ser las víctimas, esto es, los menores y mujeres que

se hayan visto incursos en situaciones de violencia por parte de sus parejas, exparejas, progenitores o parientes. La decisión de acogerse a la exención, como se ha visto anteriormente, suele desembocar en sentencias con fallo absolutorio, sin embargo, dada la envergadura y sensibilidad del problema, no parece que la eliminación absoluta de la dispensa sea la solución más acertada puesto que, las víctimas en estos casos, se encuentran menoscabadas y en situaciones de vulnerabilidad, donde la manipulación, ya sea hacia la prestación de un determinado testimonio o hacia el acogimiento a la exención, puede resultar muy sencilla para su agresor. Por ello, y como se ha venido poniendo de manifiesto a lo largo del presente trabajo y en el preámbulo de la LOPIVI, las actuaciones de los poderes públicos en esta materia deberían ir encaminadas a lograr una mayor sensibilización de la sociedad en general actuando y detectando este tipo de situaciones de forma precoz para prevenir el daño.

De esta forma, se concluye el presente trabajo afirmando que, si bien la aprobación de la LOPIVI representa un gran avance en materia de protección de la infancia y adolescencia frente a cualquier tipo de violencia, no supone más que el primer paso para el necesario cambio que debe producirse en la sociedad a fin de erradicar la violencia que están viviendo miles de menores en nuestro país. Se ha puesto de manifiesto, mediante datos estadísticos, la entidad del problema en cuestión y las graves consecuencias que tiene en el desarrollo psíquico y físico de los menores. La concienciación, detección y prevención tempranas son tres de las claves sobre las que debe girar la actuación de los poderes públicos para lograr reducir las agresiones sobre los menores de edad.

6. BIBLIOGRAFÍA

Obras doctrinales

ALMENAR BERENGUER, M. “La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal”, El Derecho Editores. Revista Jurisprudencial El Derecho, n. 3. P.1, 2007.

ÁLVAREZ, S. H. “El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio.” *Diario La Ley*, vol. 9698, n. 4. 2020.

BELTRÁN MONTOLIU, A. “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LeCrim: evolución jurisprudencial”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 3, n. 19, 2018

BUCKWALTER, I. M. *La declaración del menor en el proceso penal: admisibilidad y práctica en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanc. 2019.

BUJÁN, M. V. Á. Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida ya la prueba anticipada. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2015.

DÍEZ RIAZA, S., La tutela procesal de la violencia contra la infancia y adolescencia. *El nuevo marco legal de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España*, ARANZADI/CIVITAS, 2021.

GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2021.

GIMENO SENDRA, V., CALAZA LÓPEZ, S., y DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2021.

HERNÁNDEZ, M. P. M. y LEÓN, C. A., “Violencia de género versus violencia doméstica”, *Difusión Jurídica y Temas de Actualidad*, 2006.

QUIROGA, J. B. *Ley de enjuiciamiento civil con jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, 2021.

LÓPEZ, M. L. V. “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *Revista para el análisis del derecho*, 2012.

LÓPEZ, S. P. “Incidencia de la violencia de género en el ámbito penal”, *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, vol. 20, 2020.

MANZANARES, R. C. *Política legislativa y violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2020.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Tirant lo Blanch, 2009.

MARTÍNEZ, C y ESCORIAL, A., “Guía sobre la Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia”, 2021.

MASIP, M. S. La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal. *Revista General de Derecho Procesal*, vol. 29, 2013.

MIRAT H., P y ARMENDÁRIZ L., C. *Violencia de género versus violencia doméstica*, Difusión Jurídica, Madrid, 2006.

MUÑOZ, J.C. “Análisis Doctrinal”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 44, 2020.

PANSZI, T. R., *¿Se debe obligar a declarar a las mujeres?: una aportación criminológica a la discusión sobre la dispensa de las víctimas de violencia en la pareja a declarar en el proceso penal* (Doctoral dissertation, Universitat Pompeu Fabra), 2014.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. P. C., JIMÉNEZ, A. V., y PENA, A. N. *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch, 2020.

PÉREZ VALLEJO, M., *Prevención y protección integral frente a la violencia infantil: un enfoque desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Tirant lo Blanch, 2021.

PRADAS, M. I. R. y CANO, M. I. G., *La prueba*, Tirant lo Blanch, 2017.

SÁNCHEZ VIDANES, C. Violencia de género y doméstica. En “*Memento práctico familia (civil)*”. Francis lefebvre, 2020.

RUBIO, M. J., y MONTEROS, S. “Las víctimas de agresiones sexuales ante el sistema jurídico legal”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 11, 2001.

SUBIJANA, I. J., y ECHEBURÚA, E. “Los menores víctimas de abuso sexual en el proceso judicial: el control de la victimización secundaria y las garantías jurídicas de los acusados”, *Anuario de Psicología Jurídica*, vol. 28, n. 1, 2018.

TORRES, M. R. *Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2018.

Legislación

Constitución Española. (BOE 29 de diciembre de 1978).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 2 de julio de 1985).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE 17 de septiembre de 1882).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE 5 de junio de 2021)

Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE 10 de octubre de 1979)

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 de abril de 2015)

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE 17 de enero de 1996)

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE: 23 de julio de 2015)

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. (BOE 29 de julio de 2015)

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE: 4 de noviembre de 2009)

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 24 de noviembre de 2020.

Convenio de Lanzarote para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (BOE 12 de noviembre de 2010)

Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (BOE 10 de septiembre de 2009)

Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica (BOE 6 de junio de 2014)

Convenio sobre Ciberdelincuencia (BOE: 17 de septiembre de 2010)

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 389/2020, de 10 de julio (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2020/2672). Fecha de la última consulta: 15 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 205/2018, de 25 de abril (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2018/2104). Fecha de la última consulta: 5 de febrero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 331/1996, de 11 de abril (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2428/2018). Fecha de la última consulta: 8 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 134/2007, de 22 de febrero (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 1996/3698). Fecha de la última consulta: 8 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 342/2021, de 23 de abril (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2021/2300). Fecha de la última consulta: 5 de abril de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 225/2020, de 25 de mayo (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2020/1563). Fecha de la última consulta: 20 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 292/2009, de 26 de marzo (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2009/2377). Fecha de la última consulta: 9 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 10/2007, de 12 de enero (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2007/675). Fecha de la última consulta: 1 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/1981, de 28 de julio (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 1981/31). Fecha de la última consulta: 15 de febrero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 699/2014, de 28 de octubre (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2014/6445). Fecha de la última consulta: 30 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/2010, de 15 de noviembre (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2010/94). Fecha de la última consulta: 1 de abril de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 209/2017, de 28 de marzo (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2017/1786). Fecha de la última consulta: 8 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 329/2021, de 22 de abril (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2021/1775). Fecha de la última consulta: 19 de marzo de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2013, de 26 de abril (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2013/4346). Fecha de la última consulta: 5 de febrero de 2022.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León núm.7/2022, de 2 de febrero (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2022\73323). Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm.49/2018, de 30 de enero (versión electrónica- base de datos Aranzadi. Ref. 2018/284). Fecha de la última consulta: 2 de abril de 2022.

Otros documentos consultados

AUDIENCIAS PROVINCIALES, “Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales). Disponible en:

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/Estudio-sobre-la-aplicacion-de-la-Ley-integral-contra-la-violencia-de-genero-por-las-Audiencias-Provinciales--Marzo-2016->

DEFENSOR DEL PUEBLO, “La escucha del menor, víctima o testigo”. Disponible en:

<https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/la-escucha-del-menor-victima-o-testigo-mayo-2015/>

DELEGACIÓN DEL GOBIERNO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO,

“Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2019” Disponible en:

<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Memoria de la Fiscalía General del Estado 2020”. Disponible en:

https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Estadísticas de violencia de género y violencia doméstica en 2019”. Disponible en:

https://www.ine.es/prensa/evdvg_2020.pdf

MINISTERIO DE JUSTICIA, “Memoria del Análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”. Disponible en: <https://transparencia.gob.es/servicios->

buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20185201&lang=en,es&fcAct=2021-05-14T13:03:46.627Z

MINISTERIO DE INTERIOR, “Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España en 2017”. Disponible en:

<http://www.interior.gob.es/documents/10180/0/Informe+delitos+contra+la+libertad+e+indemnidad+sexual+2017.pdf/da546c6c-36c5-4854-864b-a133f31b4dde>