



FACULTAD DE DERECHO

**LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR DEL
ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE
ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ESPECIAL
MENCIÓN A LA LEY ÓRGANICA 8/2021 DEL 4 DE
JUNIO.**

Autora: Minerva Nuez Santana

4º E-1

Área de Derecho Procesal

Tutora: Sara Díez Riaza

Madrid

Resumen

El presente trabajo de fin de grado se centra en el análisis detallado de la dispensa del deber de declarar según lo establecido en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, destacando las transformaciones legislativas y jurisprudenciales hasta y con la promulgación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI). Iniciando con la incorporación de esta figura dentro del marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este estudio profundiza en la evolución interpretativa y las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales que han rodeado su aplicación, especialmente en casos de violencia implicando a menores de edad, ya sea en el papel de víctimas o testigos. Este análisis exhaustivo contempla la naturaleza problemática de su ejercicio práctico en el contexto judicial, las críticas y los desafíos enfrentados en su aplicación, y cómo la LOPIVI ha introducido modificaciones significativas para abordar estas cuestiones, con el fin último de reforzar la protección de los derechos de niños y adolescentes ante situaciones de violencia, subrayando el principio del interés superior del menor. La investigación abarca desde el marco legislativo, pasando por la evolución jurisprudencial, hasta las aportaciones doctrinales, ofreciendo una visión integral sobre la dispensa del deber de declarar y su impacto en la protección de los menores dentro del sistema judicial español.

Palabras clave: dispensa del deber de declarar, menor de edad, víctima, testigo, proceso, protección, victimización secundaria.

Abstract.

This thesis focuses on the detailed analysis of the exemption from the duty to testify as established in article 416 of the Criminal Procedure Act, highlighting the legislative and jurisprudential transformations until and with the enactment of Organic Law 8/2021, of 4 June, on the Comprehensive Protection of Children and Adolescents against Violence (LOPIVI). Beginning with the incorporation of this figure within the framework of the Criminal Procedure Act, this study delves into the interpretative evolution and the different doctrinal and jurisprudential positions that have surrounded its application, especially in cases of violence involving minors, whether in the role of victims or witnesses. This exhaustive analysis contemplates the problematic nature of its practical exercise in the judicial context, the criticisms and challenges faced in its application, and how LOPIVI has introduced significant modifications to address these issues, with the ultimate aim of reinforcing the protection of the rights of children and adolescents in situations of violence, underlining the principle of the best interests of the child. The research ranges from the legislative framework, through jurisprudential developments, to doctrinal contributions, offering a comprehensive view of the waiver of the duty to testify and its impact on the protection of minors within the Spanish judicial system.

Keywords: exemption from the duty to testify, minor, victim, witness, prosecution, protection, secondary victimisation.

Índice

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. EL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO. ARTÍCULO 410 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.	8
3. EL DERECHO A LA DISPENSA AL DEBER A DECLARAR.....	13
3.1. FUNDAMENTO Y SIGNIFICADO DE LA DISPENSA.	13
3.2. ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANTIGUA REDACCIÓN.	16
<i>3.2.1. TITULARIDAD DEL DERECHO A NO DECLARAR.....</i>	<i>16</i>
<i>3.2.2. EJERCICIO DEL DERECHO A LA EXENCIÓN. ESTUDIOS E INTERPRETACIONES JURISPRUDENCIALES.....</i>	<i>17</i>
<i>3.2.3. LA DISPENSA DEL DEBER A DECLARAR EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. EXCEPCIONES Y PROBLEMÁTICAS.....</i>	<i>23</i>
4. EL MENOR DE EDAD Y LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR..	28
4.1. LA LEY ORGÁNICA 8/2021 DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.....	28
<i>4.1.1. FUNDAMENTOS DE LA REFORMA.....</i>	<i>28</i>
<i>4.1.2. NUEVO ARTÍCULO 416 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. ACTUAL REDACCIÓN Y APORTACIONES JURISPRUDENCIALES.</i>	<i>31</i>
4.2. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA REFORMA.....	41
5. CONCLUSIONES.....	44
6. BIBLIOGRAFÍA.....	48

Abreviaturas.

- CC: Código Civil
- CDN: Convención de los Derechos del Niño de 1989
- CE: Constitución Española
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CP: Código Penal
- *Ibid: ibidem* o en el mismo lugar
- *Id.: idem* o lo mismo
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LEVD: Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito
- LO: Ley Orgánica
- LOPIVI: Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia.
- LPGC: Las Palmas de Gran Canaria
- Núm.: número
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- *Op. cit.: opus citatum* o en la obra citada
- P. o pp: página o páginas
- RUMI: Registro Unificado de Maltrato Infantil
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TS: Tribunal Supremo
- VG: Violencia de Género
- *Vid.: videre* o ver

1. INTRODUCCIÓN.

El artículo 39 de la Constitución Española reza: “*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.*” Este artículo de nuestro texto constitucional manifiesta el tratamiento diferenciado que legalmente se ofrece a las familias, los hijos y las madres, las cuales son merecedores de protección.

El artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nace como protección de los vínculos y lazos familiares, otorgando al testigo o víctima pariente la dispensa de la obligación general de declarar. Así pues, el objetivo de la dispensa no responde a otro fin distinto que la búsqueda de la paz y estabilidad familiar como valores superiores recogidos en nuestro texto constitucional.

Sin embargo, y a pesar de la voluntad del legislador al introducir el artículo en la Ley Enjuiciamiento Criminal en el año 1882, este no ha estado exento de problemáticas en cuanto a su aplicación, y tanto la doctrina como la jurisprudencia, han venido denunciando la necesidad de actualizar su régimen jurídico que, hasta el momento, venía concediendo una especie de espacio de inmunidad y protección para los agresores. Esta problemática, además, se intensificaba cuando se constituían como testigos víctimas los menores de edad y adolescentes que a menudo sufrían el fenómeno conocido como victimización secundaria por su participación en el proceso y los modos en los que debían prestar declaración.

Tras una gran trabajo legislativo y en línea con las recomendaciones de la Comisión de los Derechos del Niño, en 2021, entra en vigor la Ley Orgánica la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, que introduce una serie de cambios, incluida la reforma del contenido del artículo 416, manifestando claramente la intención del legislador de brindar una protección reforzada a los menores víctimas de violencia y priorizando el interés superior del niño.

El propósito de elegir este tema para el presente estudio se centra en examinar cómo la legislación española aborda la situación de personas que son testigos y/o víctimas

y familiares del acusado, poniendo especial atención en menores de edad en delitos de violencia. El estudio a desarrollar tiene como objetivo analizar las implicaciones y consecuencias procesales que conlleva el acogimiento del derecho a no declarar, su alcance objetivo y subjetivo al igual que sus límites y las problemáticas que su aplicación suscita.

De acuerdo con el Boletín Estadístico de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia nº 25 del Observatorio de la Infancia¹ en 2022, se reportaron 48.187 delitos de maltrato infantil. Dentro de estas cifras alarmantes, se incluyen 5.499 casos de abusos sexuales, 13.724 de maltrato emocional, 9.044 de maltrato físico y 19.979 casos de negligencia, reflejando una discordancia significativa entre el ideal de protección familiar y la realidad vivida por muchos menores en el país. En teoría, el entorno familiar se concibe como un lugar de serenidad y seguridad, donde los niños deberían poder crecer y desarrollarse tanto emocional como físicamente en paz. Sin embargo, esta idealización no se corresponde con la dura realidad que enfrentan numerosos niños en España.

Este trabajo de fin de grado se divide en tres secciones principales: inicialmente, se examinará la obligación general de declarar en juicio, entendido como el compromiso que recae sobre la totalidad de los españoles. Posteriormente, se analizará el fundamento y la dispensa a la obligación de declarar al igual que el marco legal que regía la dispensa de esta obligación antes de la implementación de la LOPIVI, abordando las bases de esta exención, la titularidad de este derecho y sus límites, los estudios jurisprudenciales al respecto y las controversias que surgen en contextos de violencia de género. Tras establecer esta base teórica y legal, se explorará la LOPIVI, el fundamento de la reforma del artículo 416 y el modo en que las modificaciones que ha introducido respecto a la dispensa marcan un avance significativo en el abordaje de la violencia contra menores y adolescentes en España.

¹ OBSERVATORIO DE LA INFANCIA “Boletín Estadístico de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia nº 25” 2022. (disponible en https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/estadisticas/PDF/Boletin_Proteccion_25_PROVISIONAL.pdf; última consulta: 03-04-2024)

2. EL DEBER DE DECLARAR EN JUICIO. ARTÍCULO 410 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

El artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) establece el derecho de todas las personas a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos². Así pues, a la vez que la Carta Magna otorga a los españoles el derecho a una tutela efectiva en los procesos judiciales, les obliga a colaborar con los mismos. El artículo 118 de la CE establece que es de obligado cumplimiento prestar la colaboración que se requiera por parte de los Jueces y Tribunales en el curso de los procesos y en la ejecución de lo resuelto³. Así pues, estas dos obligaciones de protección y colaboración por parte de los españoles son recíprocas y de obligado cumplimiento, de forma que ambas deben ser respetadas y aplicadas, por un lado, por los Jueces y Tribunales y, por otro lado, por todos los españoles.

En la misma línea que el artículo 118 CE, el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) impone a todos los que residan en el territorio español, ya sean nacionales o extranjeros, y que no estén impedidos, la obligación de atender al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que se les pudiera preguntar y conocieren.⁴ Así pues, este artículo obliga a la realización de la declaración testifical, siendo esta la declaración de conocimiento efectuada por personas físicas diferentes al imputado, entre las que se puede encontrar la víctima, que conocen de la comisión del hecho ilícito y punible. Esta declaración se realiza en calidad de acto de investigación ante el Juez de Instrucción o de prueba en el juicio oral. El testigo pues, no puede ser nunca el propio acusado, incluso el ofendido al prestar declaración en el proceso penal lo hace en calidad de testigo y no de parte.⁵

La misma obligación se prevé en el artículo 707 de la citada ley al disponer que *“Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado,*

² Artículo 24.1 CE *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”*

³ Artículo 118 CE *“Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.”*

⁴ Artículo 410 LECrim *“Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.”*

⁵ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal. Segunda Edición*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.

con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”

Frente a la obligación general de declarar de todo aquel que haya presenciado un hecho de apariencia delictiva, siendo los obligados los testigos y las víctimas, la LECrim reconoce una serie de salvedades por diferentes razones.

El artículo 411 LECrim⁶ establece que, por razones de Estado, el Rey, la Reina, sus consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino están exentos de la obligación de comparecer y de prestar declaración.⁷ Por otro lado, pero en la misma línea, el artículo 412 en sus apartados 1 y 2⁸ dispone que tanto el resto de los miembros de la familia real como determinados sujetos a raíz de su cargo como el Presidente del Gobierno, los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, el Presidente del Tribunal Constitucional, y otros, deben concurrir al llamamiento del Juez pero no tienen la obligación de declarar en sede judicial, pudiendo hacerlo por escrito.⁹ El artículo 412.5¹⁰ se pronuncia sobre determinados sujetos que ostentan cargos públicos, estableciendo que estos también están exentos de concurrir con el llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo en su despacho oficial o en la sede de la que sean miembros, como, por ejemplo, el Defensor del Pueblo o los Diputados y Senadores. El artículo 417 LECrim¹¹,

⁶ Artículo 411 LECrim: “*Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino. También están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados.*”

⁷ VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal.” *Revista para el análisis del Derecho*, 2012, pp. 2 - 3

⁸ Artículo 412.1 y 2 LECRIM: “*1. Estarán exentas también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo por escrito, las demás personas de la Familia Real. 2. Están exentas de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo: 1.º El Presidente y los demás miembros del Gobierno. 2.º Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado. 3.º El Presidente del Tribunal Constitucional. 4.º El Presidente del Consejo General del Poder Judicial. 5.º El Fiscal General del Estado. 6.º Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.*”

⁹ GIMENO SENDRA, V., *Op. cit.*

¹⁰ Artículo 412.5 LECrim: “*Estarán exentos también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros: 1.º Los Diputados o Senadores. 2.º Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. 3.º Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. 4.º El Defensor del Pueblo. (...)*”

¹¹ Artículo 417 LECrim: “*No podrán ser obligados a declarar como testigos: 1.º Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. 2.º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida. 3.º Los incapacitados física o moralmente.*”

por razones de oficio determina que no podrán ser obligados a declarar como testigos (i) los eclesiásticos y ministros de culto; (ii) los funcionarios públicos; (iii) los incapacitados física o moralmente.

Finalmente, el artículo 416 LECrim en su primer párrafo, en su antigua redacción, introducía una exención a la obligación de declarar de los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación análoga a la matrimonial, y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes nombrados en el artículo 261.1 LECrim¹². Estos son (i) quien sea cónyuge de delincuente no separado legalmente o de hecho (ii) personas ascendientes y descendientes del delincuente y parientes colaterales hasta segundo grado inclusive.¹³

Estando así las cosas, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia (LOPIVI) se reforma el artículo 416 LECrim no solo su párrafo primero, sino también introduciendo cinco excepciones a la dispensa contenida en el párrafo primero, excepciones que abordaré en un apartado posterior.

Por otro lado, el artículo 420 LECrim establece que si el testigo no se presenta o se niega a declarar lo que sabe será castigado con una multa que oscila entre los 2.000 y 5.000 euros. Si la negativa a presentarse persistiera será conducido ante la presencia del juez instructor por los agentes de la autoridad a la vez que perseguido por un delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal (CP)¹⁴.

¹² Artículo 416 LECrim. redacción anterior a la reforma de 25/06/2021, modificado por la disposición final 1.4 de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 junio. *“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.”

¹³ Artículo 261.1 LECrim *“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.”*

¹⁴ Artículo 463.1 CP: *“El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.”*

Asimismo, si es la negativa a declarar lo que persistiera será perseguido por un delito de desobediencia grave a la autoridad.¹⁵

Este marco normativo se aplica de la misma forma a las víctimas y a los testigos, es decir, no existe una diferenciación en la normativa procesal penal con respecto a las declaraciones del ofendido y del testigo. De esta forma, ambos están sujetos a la obligación de comparecer y a las consecuencias que el CP y la LECrim tipifican para su eventual negativa. Esto se debe principalmente a que, como señala GIMENO SENDRA, una de las especialidades del procesal penal frente al civil, es que mientras en el civil la figura del testigo hace referencia a todo tercero que no sea parte del proceso, en el penal las víctimas prestan declaración como testigo, formando parte del proceso.¹⁶

En este sentido, es esencial para el mejor entendimiento de la dispensa del deber de declarar y sus especialidades, comprender no solo el concepto de testigo y sus obligaciones y derechos, sino también el concepto de la víctima y lo que se conoce como “victimización secundaria”. Así pues, según la Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVD), víctima del delito es aquella persona que haya sufrido delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal.¹⁷ Por tanto se reconoce la condición de víctima con independencia de la identidad y circunstancias personales del autor del delito, del resultado y de la interposición de la denuncia.

Para esclarecer aún más este concepto, es crucial comprender la distinción entre víctima y sujeto pasivo. Si bien todo sujeto pasivo de un delito es considerado víctima, no necesariamente toda víctima es un sujeto pasivo. A menudo, se tiende a confundir ambos

¹⁵ 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.*”

¹⁶ GIMENO SENDRA, V., *Op. cit.*

¹⁷ Artículo 1 de la LEVD: “*Las disposiciones de esta Ley serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal.*”

términos, pero es importante destacar que el sujeto pasivo se refiere a la persona titular del bien jurídico protegido o expuesto al peligro, mientras que la víctima puede ser cualquier individuo o entidad física o jurídica que sufra directa o indirectamente un perjuicio como resultado inmediato o mediato de la infracción.¹⁸

De esta forma, dentro del proceso penal las víctimas forman parte del proceso declarando como testigo, sometiendo así a las víctimas a un doble perjuicio: el perjuicio derivado del delito y el que proviene de la participación en el proceso, lo que se conoce como victimización secundaria.

El concepto de "victimización secundaria" se emplea para describir las experiencias traumáticas que enfrentan las víctimas del delito dentro del sistema judicial penal, así como las consecuencias adversas y el sufrimiento que experimentan al tener que repetir sus relatos de los hechos como parte de su colaboración con la justicia. Este sufrimiento adicional surge principalmente debido a la sobreexposición de las víctimas a interrogatorios, exámenes físicos o declaraciones donde deben relatar y revivir repetidamente los eventos objeto de juicio.¹⁹

Por lo tanto, la diferencia clave entre la victimización primaria y secundaria radica en que, la primaria se produce por los efectos nocivos que produce el delito, mientras que la segunda es una consecuencia adversa del sistema que busca esclarecer los hechos y llevar a cabo el proceso penal para establecer la inocencia o culpabilidad del acusado.²⁰

Así pues, esta clase de victimización cobra especial relevancia cuando intervienen en el proceso menores de edad, y en particular, cuando el niño es testigo o víctima de un delito cometido por un familiar o pariente.²¹ Los menores de edad son sujetos especialmente vulnerables, y por lo tanto merecedores de una mayor protección por parte de las

¹⁸ MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Respuesta jurídica y social a la víctima del delito*, Ediciones Experiencia, 2018, p. 7.

¹⁹ 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.

²⁰ MORILLAS FERNANDEZ, D.L., PATRÓ HERNANDEZ, R.M. y AGUILAR CÁCELES, M.M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización 2º Ed*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014.

²¹ 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, Valencia, 2019, pp. 238.

instituciones públicas²², sobre todo en España, donde la protección frente a la violencia no acaba de ser efectiva, según informes como el *Informe sobre los costes de la violencia contra la infancia. Impacto económico y social*.²³ En la LEVD, se despliega un catálogo extenso de derechos dirigidos precisamente a evitar la victimización secundaria. En concreto se pone la atención en el contacto del perjudicado del delito con la Administración de Justicia, procurando establecer unos mínimos que eviten según se afirma en la Ley, la indeseada victimización secundaria.²⁵ Además, la LOPIVI intenta aunar esfuerzos exigiendo una mayor coordinación entre las distintas autoridades y entidades competentes para la efectiva protección de los menores durante el proceso penal,²⁶ a la vez que recoge diferentes mecanismos que luchan 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.

3. EL DERECHO A LA DISPENSA AL DEBER A DECLARAR.

3.1. Fundamento y significado de la dispensa.

La dispensa del artículo 416 LECrim es un mandato constitucional. Este artículo responde a la excepción establecida en el artículo 24 CE, ya que este prevé también la excepción a la obligación de declarar por razón de parentesco o secreto profesional. Dicha excepción queda justificada no solo en base al artículo de la constitución, cuya concreción realiza el legislador a través del artículo 416 LECrim, sino también se trata como afirma la STS núm. 389/2020, de 10 de julio²⁷ de una exención que “*queda plenamente*

²² DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M., “La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia.” en Thomson Reuters (ed.), *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 243-330.

²³ RAMOS, R., “Los costes de la violencia contra la infancia. Impacto económico y social.” *Educo 2018 - Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Facultad de Derecho*, 2018. disponible en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Maltrato/EDUCO_Los_costes_de_la_violencia.pdf; última consulta: 20-12-2023)

²⁴ ARÁNZAZU CALZADILLA MEDINA, M. y HÉRNANDEZ LOPEZ, C., *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia (1º Ed., diciembre 2021)*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

²⁵ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., “Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa.”, *Revista Penal Tirant*, n. 47, 2021, pp. 9-11.

²⁶ *Id.*

²⁷ STS número 389/2020 de 10 de julio (EDJ 2020/613263)

justificada tanto por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución²⁸”. De la misma forma, este derecho descansa 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.²⁹

El argumento de la exención reside en evitar que aquellas personas vinculadas familiarmente con el acusado, procesado o investigado en el proceso penal se encuentren en la compleja y desagradable decisión de perjudicar a su familiar imputado o de faltar a la verdad en su declaración con objeto protegerlos, faltando así a sus deberes como testigo y provocando el riesgo de que se deduzca testimonio contra ella.

Así pues, esta dispensa se constituye como un derecho fundamental, único y exclusivo para el testigo o víctima, y no para el investigado o acusado, en el sentido de que este derecho no forma parte de la esfera de protección de garantías que el investigado tiene respecto a las fuentes de prueba, como por ejemplo el derecho a no declarar contra sí mismo, sino que se sitúa en el ámbito de la protección de los propios testigos y/o víctimas. De esta forma, a estos últimos con el ejercicio de la dispensa se les excluye del principio general de obligatoriedad de prestar declaración con la finalidad última de no someterlos a la obligación de declarar en contra de los intereses de su familiar procesado.³⁰

Sin embargo, la titularidad y fundamento de la dispensa ha sido objeto de discusión por parte de la jurisprudencia. Inicialmente, encontramos resoluciones que abogaban por que fuera un privilegio para el acusado, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de abril de 1996³¹ establece: *“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”*. Esta sentencia fue reiterada por la STS 1587/1997 de 17 de diciembre³².

²⁸ VEIGA VACCHIANO, J. (2022) “La dispensa para declarar del artículo 416 LECRIM tras la LO 8/2021.” (disponible en <https://lexetsocietas.com/2022/11/16/la-dispensa-para-declarar-del-articulo-416-lecrim-tras-la-lo-8-2021/>; última consulta: 09-01-2024)

²⁹ Artículo 39 CE: *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.”*

³⁰ MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., *Op. cit.*, p. 12

³¹ STS núm. 331/1996 de 11 de abril (EDJ 1996/1597)

³² STS 1587/1997 de 17 de diciembre (EDJ 1997/9369)

No obstante, esta tesis comenzó a ser abandonada pasando a entender la dispensa como un derecho y garantía del testigo. El rechazo por esta idea fue invocado por la Sentencia de 22 de febrero de 2007³³ en la que se estableció que *“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”*.³⁴ Esta tesis permaneció vigente y fue seguida por la Sentencia del TS de 26 de marzo de 2009³⁵ que rezaba *“La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución.”*

Desde entonces, esta idea ha permanecido presente en la jurisprudencia. Recientemente se ha ratificado además en la anterior sentencia nombrada del TS, la STS número 389/2020 de 10 de julio³⁶, que estableció por un lado, que la dispensa a declarar es un derecho del testigo y este no se corresponde con derecho alguno del acusado y por otro lado, ratificó el hecho de que el art. 416 LECrim supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional dimanante del haz de garantías del art. 24 CE, y se trata por lo tanto de un derecho procesal atribuido a quien ostenta la condición procesal del artículo 410 LECrim.

³³ STS núm. 134/2007, de 22 de febrero (EDJ 2007/18033)

³⁴ CAMPAÑER MUÑOZ, J., “Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal. (Octubre - diciembre 2016)”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 44, 2016, pp. 23-48.

³⁵ STS núm. 292/2009, de 26 de marzo (EDJ 2009/38187)

³⁶ STS número 389/2020 de 10 de julio (EDJ 2020/613263)

3.2. Artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Evolución histórica y antigua redacción.

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 del derecho a no declarar.

El artículo 416 de la LECrim reconoce el derecho a no declarar al cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial del procesado. Como pariente entendemos los familiares más cercanos: padres, hijos, abuelos y nietos, anunciando el artículo de manera genérica el ámbito subjetivo del derecho, siendo la jurisprudencia la responsable de matizar y limitar el derecho.

Desde la entrada en vigor de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal³⁷ se amplía el ámbito de aplicación del derecho a cualquier persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial equiparándola con la figura del cónyuge.

Así pues, como ha señalado VILLAMARÍN LÓPEZ, a diferencia de quienes tienen prohibido declarar porque pesa sobre ellos un deber jurídico de guardar secreto, en el caso de los parientes llamados al proceso como testigos la Ley les atribuye una suerte

³⁷ Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

de “privilegio familiar”, que deja a su voluntad la decisión de si se abstienen o no de dar testimonio respecto del acusado.³⁸

De acuerdo con esta perspectiva, parece evidente que el cónyuge o familiar testigo sea el titular de la dispensa. Sin embargo, algunos autores han ido más allá al sugerir que, desde la aprobación de la CE, la facultad conferida a estos testigos por el artículo 416 de la LECrim emana de un derecho subjetivo que poseen frente al Estado. En este sentido, el artículo 24 de la CE consagra esta exención de declarar como un derecho fundamental de naturaleza legal, concediendo a sus titulares la capacidad de decidir si prestan declaración o no en cada etapa del proceso penal que involucre a su cónyuge o pariente. Esto los coloca en una posición privilegiada respecto a otros testigos, derivada de la titularidad de otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar.³⁹

La configuración de esta exención como un derecho fundamental implica, según argumenta DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que cualquier violación de esta exención puede reinterpretarse como una violación del artículo 24 de la CE⁴⁰ y, por ende, es susceptible de protección a través del amparo por el Tribunal Constitucional.⁴¹

3.2.2. Ejercicio del derecho a la exención. Estudios e interpretaciones jurisprudenciales.

El alcance objetivo del ejercicio del derecho a la exención a la obligación de declarar no se encuentra delimitado de forma exacta. El artículo 416 LECrim no especifica el contenido de las declaraciones que quedan protegidas por esta dispensa, por lo que se debe interpretar que todas las declaraciones, independientemente de los hechos a los que se refieran, están amparadas: ya sean personales o no, relacionadas con la intimidad del testigo o no, y estén o no vinculadas al hecho investigado. Tampoco establece limitaciones para las declaraciones sobre delitos cometidos en el ámbito familiar, por lo que también se consideran protegidas por esta dispensa.⁴²

³⁸ VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *Op. cit.*, pp. 2-3

³⁹ *Ibid*, p. 15

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, 2018, p. 121.

⁴¹ VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *Op. cit.*, pp. 14-16.

⁴² *Ibid*, p. 16

Sin embargo, es importante tener en cuenta que el artículo 416 LECrim no exime al testigo pariente de uno de los imputados de tener que declarar en el mismo proceso si se le pregunta sobre cuestiones relacionadas con la participación de otros coimputados en la comisión del delito.⁴³

En relación con el alcance subjetivo se plantean dos cuestiones que la jurisprudencia ha respondido con los años (i) el momento en el que debe existir el vínculo matrimonial o análogo entre el testigo y el procesado; y (ii) si el derecho a no declarar se ostenta en aquellos casos en los que la víctima-testigo se haya constituido como acusación particular.

La primera cuestión plantea si el vínculo debe existir tan solo en el momento de la comisión de los hechos o si debe subsistir al tener que prestar declaración el testigo en el proceso penal. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentidos distintos.⁴⁴ Así, en STS anteriormente citada del 26 de marzo de 2009 reconoce tal derecho a pesar de no existir una convivencia efectiva y vínculo comenzado el proceso:

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

Sin embargo, anteriormente en otro sentido se había pronunciado la Sentencia de 20 de enero de 2009⁴⁵, al afirmar que en caso de no poder sostenerse con los datos disponibles

⁴³ VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., *Op. cit.*, p16.

⁴⁴ PASCUAL SERRATS, R.M., “La declaración de la víctima-testigo del delito de violencia de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.” En Abril Stoffels, R.M. (Dir.). *Estudios sobre la mujer: política, derecho, comunicación, educación y violencia contra las mujeres*, Editorial Huygens, Madrid, 2020, pp. 239-264.

⁴⁵ STS 13/2009, de 20 de enero (EDJ 2009/9012)

la existencia de una relación afectiva al tiempo de la celebración del juicio el testigo no estará dispensada de prestar declaración.⁴⁶

Con el fin de unificar la interpretación del artículo, el Tribunal Supremo español emitió un pronunciamiento definitivo sobre esta cuestión el 24 de abril de 2013, a través de un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda⁴⁷. En dicho acuerdo, se estableció que "*La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se extiende a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos mencionados en el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese de la situación análoga de afecto.*"

Así pues, conforme al citado Acuerdo se puede concluir que la titularidad del derecho a no declarar viene determinada por la existencia del vínculo en el momento de la comisión de los hechos, con independencia de subsista en el momento en que se lleve a cabo la declaración.⁴⁸ Por lo tanto, aunque con carácter previo o durante la tramitación del proceso penal se extinga el vínculo, el testigo podrá acoger a su derecho a no declarar. Sin embargo, se entiende que si los hechos objeto de la acusación ocurrieron una vez extinguido el vínculo al que se refiere el artículo 416.1 de la LECrim, la víctima tendrá sí la obligación de declarar.⁴⁹

Lo cierto es que, prevalece el criterio de que la dispensa para no declarar, establecida en el artículo 416 de la LECrim, debería aplicarse únicamente a aquellos individuos que, en el momento en que se les solicita testimoniar o se lleva a cabo el acto procesal relevante, mantienen con el acusado alguna de las relaciones o vínculos mencionados en dicho artículo. Esto se debe a que, si la base de esta dispensa era la solidaridad derivada de la

⁴⁶ La Sentencia reza: "*No puede sostenerse con los datos disponibles que entre ambos subsistiera ninguna clase de relación afectiva al tiempo de la celebración del juicio, por lo que en todo caso la testigo no estaba dispensada de prestar declaración, lo que hace que la valoración de su testimonio no haya vulnerado ningún derecho fundamental del recurrente*".

⁴⁷ Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24-04-2013, sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim.

⁴⁸ PASCUAL SERRATS, R.M., *Op. cit.*, pp. 239-264.

⁴⁹ *Id.*

relación familiar entre el testigo y el acusado, una vez desaparecido este vínculo, no existiría justificación para mantener la exención.⁵⁰

La segunda cuestión es relativa a si la víctima testigo que se hubiera constituido en parte acusadora ostenta el derecho a la dispensa. Como adelanté anteriormente, la víctima en el proceso penal declara como testigo, sin embargo, también puede constituirse como parte acusadora como víctima titular del bien jurídico protegido. Por lo tanto, se plantea la cuestión de si una víctima que había iniciado el proceso judicial decide retirar su participación antes del juicio oral aún conserva su derecho a no declarar como testigo. Una interpretación estricta del artículo sugeriría que la dispensa protege a la víctima justo antes de su intervención en el caso, desapareciendo cuando se convierte en parte acusadora y luego reapareciendo si decide abandonar la acción legal. Para aclarar esta controversia, el Tribunal Supremo se pronunció negando que el derecho a no declarar sea discontinuo.⁵¹

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015⁵² entiende que el hecho de haber tenido la condición de acusación particular en algún momento del proceso, aunque después se renuncie al ejercicio de acciones penales y civiles, excluye no solo la obligación de informar del derecho de la dispensa sino también la posibilidad de acogerse a él.⁵³

⁵⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL “Muestreo jurisprudencial. Dispensa a testificar (art. 416 y 707 LECrim)”, 2013 (disponible en [⁵¹ 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*, n. 9396, 2020.](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%2520DE%2520VIOLENCIA%2520DOM%25C3%2589STICA/OTRAS%2520ACTIVIDADES%2520FORMATIVAS/FICHEROS/20130502%2520JP%2520Muestreo%2520jurisprudencial.pdf&ved=2ahUKEwiSt_7RyaaFAxXeUKQEHSadAnQQFnoECCgOAO&usg=AOvVawOSDDyYCzmmuAYblqQJe_Te; última consulta 3-04-2024)</p></div><div data-bbox=)

⁵² STS 449/2015, de 14 de julio (EDJ 2015/136430)

⁵³ La Sentencia reza: “*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 instruirla 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 estatus, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible*”.

No obstante lo anterior, se adopta un nuevo Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 23 de enero de 2018⁵⁴ en el que modifica lo dispuesto en el Acuerdo de 2013, estableciendo que “*No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (art. 416 LECrim) quien habiendo estado constituido como acusación particular ha cesado en su condición*”

Conforme al Acuerdo de 2018 se concluye que la exención de la obligación de declarar no alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a los que se refiere el artículo 416 LECrim en los supuestos en que esté personado como acusación particular en el momento de declarar⁵⁵, sin embargo, sí aplica a estas personas si han renunciado de su condición en el proceso.

Finalmente, otro cambio en la jurisprudencia se produce con la sentencia de 10 de julio de 2020⁵⁶. Esta sentencia se dicta como respuesta a la denuncia como acusación particular de una mujer víctima a su marido. Sin embargo, durante el trámite de constitución del jurado la denunciante deja de ostentar tal posición procesal, y a consecuencia, es obligada a declarar en el juicio oral en tanto que la Magistrada-presidenta del Jurado no le concede la posibilidad de acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim. Frente a esta situación, el Supremo rechaza la posibilidad de acogimiento a la dispensa de las víctimas una vez constituidas en acusación particular y establece que este derecho no se recupera aun si han renunciado a dicha posición procesal. Así, se elimina la naturaleza intermitente de la dispensa, pues al vincular su aplicación al estado de la víctima, se estaría transformando un delito perseguible de oficio y de carácter público en un asunto privado, anulando la efectividad de la denuncia inicial. Esto último tiene especial relevancia en los casos de violencia de género, problemática que se discutirá en el apartado siguiente.

Así pues, se concluye que no es lo mismo el estatuto jurídico del testigo que no ha sido víctima de los hechos, ni, por consiguiente, denunciante, y que por ello carece de cualquier esfera de relación con el delito investigado, que el testigo víctima y denunciante de tal delito. La dispensa prevista en el artículo 416 de la LECrim está diseñada para el

⁵⁴ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim.

⁵⁵ PASCUAL SERRATS, R.M., *Op. cit.*, pp. 239-264.

⁵⁶ STS núm. 389/2020, de 10 de julio (EDJ 2020/613263)

primer testigo, no para el segundo. A los parientes se les otorga la opción de abstenerse de declarar si hacerlo compromete la posición de la persona con la que mantienen los lazos especificados en el artículo. Una vez que este testigo ha resuelto este conflicto, ya sea denunciando primero y luego convirtiéndose en acusación particular, ha renunciado claramente a la dispensa que la ley le ofrece. Si posteriormente deja de ocupar esa posición procesal, no debería recuperar un derecho del cual se ha desprendido voluntariamente, contradiciendo drásticamente lo dispuesto en el Acuerdo de 2018.⁵⁷

En definitiva, la citada sentencia excluye del ámbito subjetivo de la dispensa a las víctimas o testigos denunciadores que ostenten o hayan ostentado la condición de acusación particular, y lo restringe a los testigos parientes del procesado en tanto que entiende que la dispensa tiene su fundamento en la resolución del conflicto por parte del testigo pariente.

Sin embargo, este cambio de criterio ha suscitado críticas, en concreto de los votos particulares de tres magistrados en la citada sentencia. Las discrepancias de estos tres magistrados con el criterio de la Sentencia se fundamentaban principalmente en la denuncia de la inadecuación de la vía jurisprudencial para introducir un cambio de criterio de tal magnitud. Además, alguno de estos magistrados fue ponente en el Acuerdo del 2018, y entiende que nada ha cambiado para justificar un cambio jurisprudencial tan drástico. En concreto, el magistrado D. Antonio del Moral García defiende en su voto particular, al que se adhiere el magistrado D. Pablo Llanera Conde:

“Nada nuevo ha sucedido desde entonces que justifique el cambio jurisprudencial. Seguimos estando ante un derecho constitucional cuya restricción parece reclamar algo más que una interpretación voluntarista que puede abocar a muchos titulares del derecho a renunciar al mismo (no creo que sea admisible una renuncia tácita o presunta anticipada a un derecho constitucional), inadvertidamente, sin captar la trascendencia de su decisión: basta con que al ser asistidas por un letrado como es preceptivo manifiesten en esos momentos preliminares del proceso que acogen esa asistencia jurídica que el Estado les brinda para que se considere, sin ninguna cautela para una información sobre esa consecuencia quizás no querida, que

⁵⁷ COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL, “El Tribunal Supremo fija que la víctima constituida en acusación particular en un proceso judicial no recupera el derecho a la dispensa de declarar si renuncia a esa posición procesal.”, 2020. (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-la-victima-constituida-en-acusacion-particular-en-un-proceso-judicial-no-recupera-el-derecho-a-la-dispensa-de-declarar-si-renuncia-a-esa-posicion-procesal->; última consulta: 15-01-2024)

automáticamente ha renunciado a su derecho a la dispensa de los arts. 416 LECrim) y 24 CE; no tanto por ministerio de la ley, sino por ministerio de la jurisprudencia en virtud de una interpretación cargada de voluntarismo. Si más adelante reclama esa facultad, se le conminará a declarar (la negativa sería delito de desobediencia), bajo juramento y con la advertencia explícita de las penas que se establecen para el falso testimonio contra quien es o ha sido su marido o pareja afectiva; y quizás sea padre de sus hijos comunes. Le hemos arrebatado, por una vía oblicua, y casi sin que se dé cuenta, la herramienta que la Constitución pone en sus manos para escapar del conflicto.”⁵⁸

Además, el jurista defiende que la decisión debería haber quedado en manos del legislador para evitar modificaciones tan tajantes, dejando patente, que, aunque la dispensa en el deber de declarar sea un derecho que no supone una novedad, aún existe una intensa diversificación en las interpretaciones sobre su ámbito de aplicación y límites que ni la jurisprudencia ni la legislación han podido homogeneizar.

3.2.3. La dispensa del deber a declarar en los supuestos de violencia de género. Excepciones y problemáticas.

Dada la relevancia de los crímenes relacionados con la violencia de género en nuestro país y el tratamiento indiferenciada que otorga la LECrim a las víctimas frente a los testigos, es pertinente examinar este fenómeno de forma aislada, tomando en cuenta las características únicas de los procedimientos legales involucrados y la dinámica del derecho a negarse a prestar declaración.

La violencia de género (VG) hace referencia a 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.⁵⁹

Así pues, dicha violencia está específicamente penada en el ordenamiento jurídico español, en concreto el apartado 2 del artículo 173 del CP pena a quien ejerce habitualmente una violencia física o psíquica sobre quien sea su cónyuge o haya sido su

⁵⁸ STS núm. 389/2020, de 10 de julio (EDJ 2020/613263)

⁵⁹ Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de efectividad aun sin convivencia.⁶⁰

El CP otorga un tratamiento legal y procesal distinto a los delitos de VG. Esta categoría de delito se distingue por basarse en lazos personales y emocionales, caracterizados por una relación cercana y personal entre quien sufre el daño y quien lo inflige, una conexión que no se encuentra en otros delitos tipificados.⁶¹ Además, esta especialidad se fundamenta en la vulnerabilidad del sujeto pasivo y víctima, que debe ser una mujer, con respecto y frente al sujeto activo del delito, el varón, siendo fundamental que exista una relación de afectividad durante o anterior a la agresión. Por lo tanto, esta situación demuestra y justifica la necesidad de establecer políticas y herramientas que protejan el bienestar moral y psicológico, así como faciliten el proceso de sanación de la víctima.⁶²

La víctima de VG como cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial al agresor tiene el derecho a acogerse al a la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la LECrim, pues dicho artículo no distingue los casos en los que el cónyuge o análogo ha sido víctima o testigo del delito cometido.⁶³ No obstante lo anterior, un análisis razonable de esta normativa podría hacernos entender que el propósito de dicha exención se mantiene cuando el testigo es un pariente del acusado y no se encuentra en la posición de víctima o afectado.⁶⁴ A pesar de ello, una amplia parte de la jurisprudencia de nuestros tribunales ha concluido que no existe distinción entre un testigo común y un testigo que también es víctima, aplicándose la exención de igual forma para el testigo que incurre en la condición de víctima del delito por el cual se acusa al procesado.⁶⁵

⁶⁰ Artículo 173.2 del CP: “*El que 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 necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, (...)*”.

⁶¹ BELTRÁN MONTOLIÚ, A., “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECRIM: evolución jurisprudencial.” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, n. 19 (enero de 2018), 2018, p. 17.

⁶² MIRAT H., P y ARMENDÁRIZ L., C., *Violencia de género versus violencia doméstica*, Difusión Jurídica, Madrid, 2016, p. 12.

⁶³ MONTESINOS GARCÍA, A., “La dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género”, *TEORDER*, n. 11, 2012, p. 224.

⁶⁴ *Ibid*, p. 224.

⁶⁵ En concreto, la STS núm. 134/2007, de 22 de febrero (EDJ 2007/18003) dispone: “*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*

Consecuentemente, siguiendo esta premisa, la aplicación del artículo 416 LECrim produce una serie de anomalías y dificultades en los procesos por delitos de VG. Una de las mayores dificultades que entraña estos delitos reside en la actividad probatoria, pues los crímenes de VG por sus características son tipos delictivos que se producen en el ámbito de la privacidad de la pareja, de forma que es frecuente que el testimonio de la víctima se constituya como la única prueba de cargo en el proceso y la existencia de testigos de referencia suela ser poco común. De esta forma, 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 subjetiva.*”⁶⁶

Estando así las cosas, el acogimiento de la dispensa por parte de la víctima en los procesos de VG supone, por el motivo expuesto supra, frecuentemente el sobreseimiento del proceso. Es un dato objetivamente incuestionable, tal y como aparece reflejado en las memorias del Ministerio Fiscal, que casi la mitad de los procesos por violencia de género, terminan sin condena al acogerse la víctima a la dispensa prevista en el art. 416 LECrim⁶⁷. De esta forma, la dispensa continúa citándose por las distintas fiscalías como la principal causa de sobreseimiento provisional o sentencia absolutoria. Según cifras del CGPJ, en 2022, 16.839 mujeres invocaron esta exención en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, lo que representa el 9.25% del total de víctimas de violencia de género.⁶⁸

Así pues, en relación con la dificultad que supone para los procesos de VG la aplicación del artículo 416 LECrim, uno de los aspectos que ha generado mayor controversia doctrinal y jurisprudencial se refiere al valor probatorio de las declaraciones sumariales en aquellos casos en los que en la fase del juicio 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 en sentencia absolutoria o en

declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado. (...) La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido.”

⁶⁶ STS núm. 653/2016, de 15 de julio (EDJ 2016/113587)

⁶⁷ BELTRÁN MONTOLIÚ, A., *Op. cit.*, p. 17.

⁶⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Memoria de la Fiscalía General del Estado relativa al ejercicio de 2022 elevada al Gobierno”, 2023, pp. 634-636. (disponible. En https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS23.pdf; última consulta: 03-02-2024)

sobreseimiento.⁶⁹ 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 artículos 714⁷⁰ y 730⁷¹ de la 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. De esta manera, ante la retractación del testimonio que se produce en el plenario o la imposible reproducción de la misma, la diligencia se introduce en el debate procesal.⁷² No obstante, el Tribunal Supremo, precisó 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 no se está produciendo una situación de imposible reproducción de las declaraciones, ni tampoco se trata en sentido estricto de una retractación. En concreto la sentencia de 10 de febrero de 2009⁷³ estableció que

“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 LECr., 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 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 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. 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.”

⁶⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Op. cit.*, p. 636.

⁷⁰ Artículo 714 de la LECrim: “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.”

⁷¹ Artículo 730 de la LECrim: “1. 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. 2. A instancia de cualquiera de las partes, se podrá reproducir la grabación audiovisual de la declaración de la víctima o testigo practicada como prueba preconstituida durante la fase de instrucción conforme a lo dispuesto en el artículo 449 bis.”

⁷² BELTRÁN MONTOLIU, A., *Op. cit.*, p. 36.

⁷³ STS núm. 129/2009, de 10 de febrero (EDJ 2009/16839)

Además, recientemente la jurisprudencia ha reiterado en su posición mediate la sentencia del 15 de noviembre de 2017⁷⁴ donde volvió entendiendo que el acogimiento del testigo/víctima de la dispensa se trata de *“el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial”*, prohibiendo de nuevo la incorporación de la declaración testifical prestada en la fase sumarial a la actividad probatoria del juicio oral ni por la vía del artículo 730 LECrim ni por el artículo 714 de la misma ley, y posteriores sentencias⁷⁵ han incurrido en lo mismo. Y en la misma línea se pronunciaba el TS en el citado Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional 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.⁷⁶ Sin embargo, y aunque el Tribunal Supremo haya abogado por la protección del derecho fundamental recogido en el artículo 416 LECrim, esta imposibilidad de recuperar las declaraciones sumariales suponía a menudo, el sobreseimiento del caso, perpetuando las absoluciones en los casos de VG y la inseguridad jurídica de las víctimas.

No obstante, volviendo a traer a colación la Sentencia STS 389/2020, de 10 julio anteriormente citada, actualmente el TS ha acordado, en relación con el derecho a acogerse a la dispensa en el juicio oral, que quien se ha constituido en acusación particular, al cesar en esta posición procesal, no recobra el derecho de dispensa y por lo tanto tras la denuncia y las declaraciones sumariales no se puede acoger a él en la fase del juicio oral. De esta manera, esta interpretación trata de proteger a la víctima, porque detrás del acogimiento a la dispensa tras la denuncia se encuentra un agresor que aparentemente quiere una reconciliación, pero que lo que verdaderamente se propone es seguir dominando y maltratando a su pareja. Así pues, el Supremo no acepta el acogimiento de por parte de la víctima de la dispensa una vez se había constituido como acusación particular, pues cuando la víctima decide denunciar a su agresor, que no tiene obligación de hacerlo de acuerdo con el artículo 261.1º LECrim es porque ya no hay espacio para

⁷⁴ STS núm. 733/2017, de 15 de noviembre (EDJ 2017/237095)

⁷⁵ Vid. STS núm. 205/2018, de 25 de abril (EDJ 2018/64728)

⁷⁶ Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim rezaba lo siguiente: *“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.”*

que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado.⁷⁷

Si bien es cierto esto no resolvía el problema de la falta de pruebas cuando la víctima, que no actúa como acusación particular, decide acogerse a la exención durante la fase de plenario, este mecanismo representa un avance hacia la protección de la víctima, y en los casos en los que la víctima es acusación particular sí permite recobrar el valor probatorio de las declaraciones sumariales. Además, fomenta la presentación de denuncias para aumentar la eficacia de los procesos judiciales y facilita la condena del agresor.

Así pues, y sin perjuicio de lo que desarrollaré con mayor profundidad en apartados posteriores, con la reforma del artículo 416 LECrim por la entrada en vigor la LOPIVI en 2021, se añade una excepción en el apartado 5º que establece: “*Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo*”. Así, la reformulación sugerida por la LOPIVI favorece otorgar valor probatorio a las pruebas preconstituidas durante la fase de instrucción, especialmente en casos de testigos o víctimas menores de edad y víctimas de delitos de violencia de género que podrían modificar su posición debido a presiones familiares o de su entorno. Esta modificación permite hacer uso de las declaraciones sumariales y de las que se realicen en el plenario pues la víctima no podrá acogerse a la dispensa si tras haber sido informada de su derecho renuncia a ella, resolviendo la problemática central relativa a los delitos de VG y ofreciendo una solución eficaz a los procedimientos que se volvían ineficaces por la ausencia de evidencia.

4. EL MENOR DE EDAD Y LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR.

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

4.1.1. Fundamentos de la reforma.

⁷⁷ SÁNCHEZ MELGAR, J. “Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio.” (disponible en <https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio>; última consulta: 06-03-2024)

España, como Estado parte de la Organización de Naciones Unidas, firmó la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CDN) donde se comprometió, en virtud de su artículo 19⁷⁸, a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a los niños de todas las formas de malos tratos perpetradas por padres, madres o cualquiera otra persona responsable de su cuidado, y establecer medidas preventivas y de tratamiento al respecto.

El ordenamiento jurídico español, ha venido aprobando un amplio marco jurídico relativo a la protección de los niños y adolescentes tanto en el proceso judicial como en otras áreas. Entre estas se encuentra por ejemplo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por la que se concretó el concepto jurídico de “interés superior del menor” por incorporación de a jurisprudencia del TS y de los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de la ONU de Derechos del Niño⁷⁹, o la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que mejoran la atención y la protección de los menores y de los hijos de las mujeres víctimas de la violencia de género.⁸⁰

El Estado español ha implementado los derechos incluidos en la CDN a través de medidas legislativas, sociales, administrativas y educativas como las anteriormente mencionadas. Sin embargo, en el año 2010 el Comité de Derechos del Niño, emitió una

⁷⁸ Artículo 19 de la CDN: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

⁷⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.”, 2013. En concreto establece que “*Todos los Estados parte deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.*”

⁸⁰ DÍEZ RIAZA, S. y GIBBERT POMATA, M., *Op. cit.*, pp. 243-330.

recomendación⁸¹ al Estado español alentando la necesidad de adoptar un marco normativo e institucional adecuado para abordar de manera eficiente y conforme a las exigencias de derechos humanos la violencia que sufren las personas menores de edad. Posteriormente en 2018, el Comité de Derechos del Niño volvió a recomendar⁸² a España la adopción de dicha legislación, insistiendo además en que el Estado adoptara todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación se ajustara completamente a los principios y las disposiciones de la CDN.

Esta reiteración en las recomendaciones por parte del Comité se funda en que el sistema normativo español no se ajustaba plenamente al modelo de protección integral con enfoque de derechos humanos planteado por la Convención. Antes de la implementación de la LOPIVI, la legislación existente se enfocaba en imponer sanciones penales a los agresores y asegurar una serie de beneficios sociales para la atención y reparación de las víctimas. Sin embargo, esta aproximación descuidaba la protección y los derechos de los niños frente a la violencia. Los datos relativos a la violencia contra menores antes de la LOPIVI eran preocupantes: según el Ministerio del Interior, en 2020 se registraron 35.778 denuncias en las que la víctima era un menor. De estas, 5.685 fueron por delitos contra la libertad sexual, afectando principalmente a niñas, quienes representaban el 50% del total. Además, hubo 5.851 denuncias por violencia doméstica, siendo las adolescentes de entre 14 y 17 años las más perjudicadas.⁸³

Así pues, teniendo en cuenta los datos enunciados y las reiteradas recomendaciones por parte de los órganos de la ONU y otras instituciones, finalmente en el año 2021 entra en vigor la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que tiene como finalidad combatir la violencia sobre la

⁸¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención.”, 2010. En concreto, la recomendación establecía lo siguiente: “*El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las normas administrativas de todas las comunidades autónomas se ajusten plenamente a los principios y las disposiciones de la Convención y los dos Protocolos facultativos.*”

⁸² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España.”, 2018. En concreto la recomendación establecía que “*El Comité reitera su anterior recomendación de que el Estado parte adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación y las normas administrativas de todas las comunidades autónomas se ajusten plenamente a los principios y las disposiciones de la Convención y los dos Protocolos Facultativos.*”

⁸³ MARTÍNEZ, C. y ESCORIAL, A., “Guía sobre la Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la violencia.” *Cátedra de los Derechos del Niño Comillas ICADE*, 2021. (disponible en <https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/10/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia.pdf>; última consulta: 05-03-2024)

infancia y la adolescencia desde una aproximación integral.⁸⁴ Así pues, la LOPIVI se encarga de “*garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral*”⁸⁵ Tratándose pues de una protección constitucional reforzada en relación con los artículos 15⁸⁶ y 39.4 de nuestro texto constitucional⁸⁷.

En conclusión, la creación de la LOPIVI refleja el compromiso del legislador con el derecho fundamental de todos los menores a estar libres de cualquier forma de violencia, ya sea física, psicológica o sexual. Este enfoque integral y multidisciplinario hacia la problemática incluye medidas de prevención como la sensibilización, concienciación y educación, así como la protección completa a través de la detección temprana y la intervención de los entes gubernamentales, buscando además la reparación del daño y previniendo la victimización secundaria.⁸⁸

4.1.2. Nuevo artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actual redacción y aportaciones jurisprudenciales.

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.

La disposición final primera modifica el artículo 416 LECrim de forma que queda redactado como sigue:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

⁸⁴ Preámbulo I de la LOPIVI

⁸⁵ Artículo 1 de la LOPIVI

⁸⁶ Artículo 15 de la CE: “*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.*”

⁸⁷ Artículo 39.4 de la CE: “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”

⁸⁸ 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=NormaEV03LO-20185201&fcAct=Tue%20Jun%2014%2015:56:51%20CEST%202022&lang=es>; última consulta: 08-03-2024)

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.

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 sobre la exención del deber de declarar refleja los propósitos establecidos en el preámbulo de la LOPIVI, especialmente en lo que respecta a ofrecer una protección amplia en el ámbito penal para menores y personas con discapacidad. De este modo, se materializa en una disposición legal que atiende a las solicitudes que la jurisprudencia y la doctrina han estado haciendo durante 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. Así pues, resulta evidente la inaplicabilidad de la dispensa en cuanto al

apartado primero del 416.1 LECrim: si conforme a los artículos 227⁸⁹, 228⁹⁰ y 263⁹¹ del CC, el tutor o el guardador de hecho de los menores de edad o de las personas con discapacidad ostentan su representación y defensa, es razonable que se exija su colaboración obligatoria para reforzar la base probatoria del proceso penal contra quienes vulneren los derechos de sus representados o protegidos.⁹² De esta forma, en caso de ser la víctima menor de edad y el testigo mayor de edad tenga atribuida su representación legal, este último no podrá acogerse a la dispensa, obligándole a declarar y velar por el interés del menor.

El fundamento de la excepción del número segundo se asemeja al número primero, pues en este se trata de un delito sancionado con pena grave⁹³ donde el testigo sea un mayor de edad y la víctima un menor o una persona con discapacidad. Su fundamento, reside en la consideración como interés superior la protección de la figura del menor o discapacitada frente a cualquier otro tipo de bien jurídico tutelado, y, por lo tanto, de nuevo se fuerza la colaboración del testigo mayor de edad excluyéndolo del derecho a la dispensa.

De esta forma, especialmente en el primer precepto, se fuerza la protección y la primacía de los derechos del menor por los que deben velar sus tutores y representantes legales. Protección que, durante el proceso legal, si el acusado forma parte de la esfera afectiva del testigo y víctima, podría verse mermada por el acogimiento de la dispensa por el testigo mayor de edad.

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

⁸⁹ Artículo 227 del CC: “Los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad.”

⁹⁰ Artículo 228 del CC: “El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1.º A velar por él y a procurarle alimentos. 2.º A educar al menor y procurarle una formación integral. 3.º A promover su mejor inserción en la sociedad. 4.º A administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida. 5.º A informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración. 6.º A oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten.”

⁹¹ Artículo 263 del CC: “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”

⁹² VEIGA VACCHIANO, J. *Op. cit.*

⁹³ Entendiendo por delito grave aquellos que la ley castiga con pena grave artículo 13 del CP, esto es, delitos contra la vida, libertad o indemnidad sexual.

las que en la figura del testigo pueden concurrir simultáneamente las notas de minoría de edad y víctima y por ello, serán analizadas a continuación en mayor detalle.

El apartado tercero trata de dar respuesta al conflicto que surge cuando el menor es no solo testigo sino también víctima de los hechos cometidos por el acusado y que debido a la naturaleza del delito su declaración sea la única prueba de cargo. Esto sucede en delitos cometidos fuera de lo público, casos de maltrato o abuso sexual que suceden en la intimidad, a solas con el agresor, y generalmente en ausencia de testigos. Debido a esto, es frecuente que el abusador pueda aprovecharse de la dependencia emocional del niño y ejercer presión a través de la intimidación para que retire la denuncia o para que el menor se acoja a la dispensa y, por tanto, la acusación se vea frustrada por la falta de prueba y el proceso se vea obstaculizado y archivado.⁹⁴ Además, esta misma situación sucede cuando 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 preconstituida.⁹⁵

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 nombre. Así lo señala la STS 699/2014⁹⁶ que rechaza *“enérgicamente la escena de un menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándole para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al “encarcelamiento” de un pariente cercano (...) Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida sus posibilidades, no puede situarse de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización.”* Y en caso de apreciarse un conflicto de intereses con uno de los progenitores, como puede ser evidente, en un caso de abuso o maltrato en que el agresor es uno de los progenitores, corresponderá al otro progenitor

⁹⁴ MARAVALL BUCKWALTER, I., *Op. cit.*, pp. 237-264.

⁹⁵ DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M., *Op. cit.*, pp. 319-356

⁹⁶ STS núm. 669/2014 de 28 de octubre (EDJ 2014/209383)

adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor⁹⁷ o en el caso de los padres estar personados como acusación particular, el menor directamente dejaría de optar a la dispensa.⁹⁸ El TS delega el ejercicio de dicha dispensa en los representantes legales del menor,⁹⁹ pues tal y como señala la Fiscalía General del Estado, es importante reconocer que un niño de 5 años, con sus evidentes limitaciones en el desarrollo cognitivo y emocional, no puede recibir el mismo tratamiento jurídico que un niño de 16 años, quien posee una capacidad verbal e intelectual comparable a la de un adulto de 18 años.¹⁰⁰

No obstante, la LOPIVI ha introducido cambios significativos en este aspecto, eliminando la opción de que los representantes legales del menor ejerzan en su nombre la dispensa del deber de declarar. La ley ahora prioriza el reconocimiento de que, si el menor no está en condiciones de entender el funcionamiento de la dispensa, debe tener el derecho a ser escuchado, incluso si la opinión de sus representantes legales difiere.¹⁰¹

Así pues, ordinal tercero del artículo excluye del ejercicio del derecho a la dispensa al menor de edad que por su edad o discapacidad no pueda comprender el sentido de la exención. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es qué grado de madurez debe acreditarse en el menor edad para que pueda acogerse a la dispensa contemplada en el artículo 416 LECrim.¹⁰² Como ya ha ido señalando la jurisprudencia, el acogimiento a la dispensa no está supeditado a la edad, sino a la combinación de esta con la madurez de la víctima menor de edad, afirmando que *“no hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usa de esta habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según su juicio ponderativo que deberá efectuar el juzgador.”*¹⁰³

⁹⁷ MARAVALL BUCKWALTER, I., *Op. cit.*, p. 262

⁹⁸ STC 94/2010, de 15 de noviembre (EDJ 2010/264366)

⁹⁹ MARAVALL BUCKWALTER, I., *Op. cit.*, p. 262

¹⁰⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos.

¹⁰¹ Artículo 11.1. LOPIVI: *“Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior.”*

¹⁰² BONILLAS, J., “La participación en el proceso penal de la víctima menor de edad. El ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar.” *TEORDER* 2023, n. 34, 2023, pp. 256-281.

¹⁰³ STS núm. 699/2014, de 28 de octubre (EDJ 2014/209383)

Si bien es cierto el legislador no menciona explícitamente el término "madurez", es evidente que se refiere a ella, entendida como la capacidad para comprender y valorar las implicaciones de un asunto. La madurez no se correlaciona de manera directa con la edad cronológica; factores como la educación, la información recibida, la experiencia vivida, el entorno, las expectativas sociales y culturales, así como el nivel de apoyo recibido, influyen en el desarrollo de las capacidades del niño o adolescente y en la evolución de su capacidad para entender y razonar.¹⁰⁴

A falta de una definición legal precisa sobre los criterios a considerar en la evaluación del nivel de desarrollo de un menor, se ha adoptado un enfoque mixto que toma en cuenta tanto la edad biológica como las características individuales de la persona. Por lo tanto, aunque la edad no sea criterio determinante de la madurez, sí debe tenerse en cuenta, y la determinación de la edad con la que se alcanza una madurez suficiente no es tarea sencilla ni sobre la que exista consenso normativo.¹⁰⁵ Así, en los procedimientos de separación y divorcio el menor tendrá derecho a ser oído a partir de los 12 años¹⁰⁶, mientras que el CC retrasa la edad hasta los 14 años para poder testar¹⁰⁷ y hasta los 16 para emanciparse y contraer matrimonio.¹⁰⁸ Por su parte, la LOPIVI tiende a establecer como punto de referencia los 14 años, argumentando que, por debajo de esta edad, el riesgo de una victimización adicional debido a su participación en el proceso penal se incrementa de manera significativa.¹⁰⁹

¹⁰⁴ BONILLAS, J., *Op. cit.*, pp. 256-281

¹⁰⁵ STS núm. 329/2021, de 22 de abril (EDJ 2021/538440)

¹⁰⁶ Artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: (...) *“Si el procedimiento fuere contencioso y se estimare necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando.”*

¹⁰⁷ Artículo 663 del CC: *“No pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años.”*

¹⁰⁸ Artículo 46 del CC reformado en 2015 por la Ley de Jurisdicción Voluntaria en la que se eleva la edad para contraer matrimonio de 14 a 16 años y deben estar emancipados en virtud de los artículos arts. 317, 319 y 320 del CC.

¹⁰⁹ Preámbulo II LOPIVI: *“Por tanto, se convierte en excepcional la declaración en juicio de los menores de catorce años o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio evitando que el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha de juicio oral afecten a la calidad del relato, así como la victimización secundaria de víctimas especialmente vulnerables.”*

Por otro lado, la sentencia STS núm. 329/2021¹¹⁰ nos ofrece de forma escueta que la madurez se encuentra entre la horquilla de los 12 y 14 años, estableciendo lo siguiente: *“A tenor de la doctrina expuesta, no puede afirmarse con la contundencia que lo hace el recurso, que este Tribunal en sede penal se haya decantado por considerar los 12 años como umbral de la madurez de quien ha de declarar en un proceso en relación con un pariente de los abarcados por el artículo 416 LECRIM. (...) A partir de la pauta que tal previsión ofrece, podría entenderse como razonable residenciar la presunción madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, a salvo de que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura.”*

En este contexto, el trabajo de los tribunales debe enfocarse en equilibrar los intereses en conflicto, particularmente cuando el testigo-víctima se halla en edades que pueden generar debate. Si bien la edad es un criterio clave, existen otros factores relevantes a considerar, tales como si el testigo fue víctima del delito en cuestión, el carácter público o privado del caso, la severidad del delito, la magnitud del daño causado, la relación con el acusado, o el impacto emocional que testificar podría tener en el menor. Como establece la citada STS del 25 de mayo de 2020¹¹¹

“El Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la repercusión de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos y a los que hemos hecho anterior referencia. (...) Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes. Que el testigo sea la víctima de los hechos que se enjuician o que, por el contrario, sea un mero observador de lo que aconteció, es un elemento que condiciona el reconocimiento de su facultad de optar; como lo es también la naturaleza pública o privada de la acción penal establecida para la persecución de los hechos; la gravedad del delito investigado; su repercusión punitiva; la gravedad del daño irrogado a la víctima; la naturaleza del vínculo del testigo con el procesado; la repercusión que su declaración pueda tener en su relaciones familiares futuras; o la repercusión psíquica con la que los hechos pueden sacudir el futuro del menor.”

¹¹⁰ STS núm. 329/2021, de 22 de abril (EDJ 2021/538440)

¹¹¹ STS núm. 225/2020, de 25 de mayo (EDJ 2020/573194) y lo mismo se ratifica en la STS núm. 342/2021, de 23 de abril (EDJ 2021/550710)

Sin embargo, y aun tras la entrada en vigor de la LOPIVI, ni la jurisprudencia ni el legislador español han llegado a un consenso sobre qué criterios y qué edad se debe tener en cuenta para poder determinar la madurez del menor de edad, por lo que, como bien establece el TS habrá que examinar caso por caso tomando en consideración los hechos relevantes del caso y las circunstancias del menor de edad que puedan darnos una imagen de su grado de madurez y entendimiento en relación con la aplicación del artículo 416 de la LECrim.

Es relevante destacar que también hay un cambio cuando el representante legal actúa como acusación particular en representación del menor. Actualmente una vez que este último alcance la mayoría de edad o una madurez adecuada, podrá ejercer de manera libre e independiente su derecho a la dispensa. Esto se debe a que: *“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 arrebató esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores”*.¹¹²

También es notable la innovación que la LOPIVI introduce al hacer obligatorio, durante la fase de instrucción de un procedimiento penal por delitos contra la integridad personal de menores de catorce años o personas con discapacidad que requieran protección especial, el registro de la declaración de dicha persona como prueba preconstituida.¹¹³ Este mecanismo es esencial para evitar la victimización secundaria y tiene como finalidad asegurar que el menor de edad o la persona con discapacidad no tenga que repetir constantemente a lo largo del proceso penal los hechos traumáticos que ha experimentado o presenciado.¹¹⁴

Por otra parte, se introducen en la LECrim los requisitos básicos para que la prueba preconstituida se considere debidamente practicada por parte del órgano instructor.¹¹⁵

¹¹² STS núm.205/2018, de 25 de abril (EDJ 2018/64728)

¹¹³ Disposición final primera, apartado 8 de la LOPIVI por la que se modifica el artículo 449 ter de la LECrim.

¹¹⁴ SILLERO CROVETTO, B., “Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia: el derecho de las víctimas a ser escuchadas y a defender sus derechos e intereses en los procedimientos judiciales.” *Revista de Direito Magis*, v. 2, n. 1, 2023, p 121.

¹¹⁵ Disposición final primera, apartado 8 de la LOPIVI por la que se modifica el artículo 449 de la LECrim.

Además, se impone la responsabilidad al órgano de juicio de aceptar la validez y suficiencia de dicha prueba, de tal manera que no se podrá solicitar una nueva declaración del individuo durante el juicio oral, excepto en situaciones excepcionales.¹¹⁶

Por otro lado, la cuarta excepción que incorpora la LOPIVI se basa en la doctrina establecida por la Sentencia del TS núm. 389/2020, del 10 de julio, citada varias veces en este trabajo, la cual establece que no es posible acogerse a la dispensa de declarar cuando se ha actuado como acusación particular en un procedimiento y se ha renunciado a esa posición antes de la celebración del juicio oral.¹¹⁷

Finalmente, el quinto ordinal establece que el derecho a la dispensa no se le otorga al testigo en el caso de que este haya accedido a declarar durante el proceso después de haber sido correctamente notificado de su derecho a abstenerse de hacerlo.¹¹⁸ Así pues, se anula el efecto del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 2018, que negaba la posibilidad de utilizar declaraciones realizadas en la fase de instrucción si, durante el juicio oral, el testigo decidía acogerse a su derecho a no declarar, pues se entiende, que en caso de que el testigo víctima haya sido informado de su derecho a acogerse a la dispensa este posteriormente no podrá acogerse a ella durante el juicio, y por lo tanto se podrá hacer uso de las declaraciones realizadas en fase de instrucción.

No obstante, la normativa no especifica la obligatoriedad del deber de informar a la víctima o testigo, de forma que ha sido la jurisprudencia la encargada de moldear esta obligación. La STS de 10 de mayo de 2007¹¹⁹ establece que *“Para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores.”* Así pues, es obligaciones de los Tribunales y policía informar, pues no informar a la víctima o testigo, o a sus representantes legales en caso de menor de edad sin suficiente madurez, resulta en la nulidad e imposibilidad de valorar las declaraciones obtenidas. Esto se fundamenta en la sentencia anterior donde el TS absuelve al acusado de un delito de contra la salud pública por no haber informado a su

¹¹⁶ SILLERO CROVETTO, B., *Op. cit.*, p 121.

¹¹⁷ BONILLAS, J., *Op. cit.*, pp. 256-281

¹¹⁸ STS núm. 658/2021 de 3 septiembre (EDJ 2021/692986) y STS núm. 485/2021 de 3 junio (EDJ 2021/588301)

¹¹⁹ STS núm. 385/2007, de 10 de mayo (EDJ 2007/32808)

hermana, la única testigo que prestó declaración, del derecho a no declarar contra parientes.

De la misma forma, en la sentencia núm. 225/2020, de 25 de mayo¹²⁰ el TS decide absolver al recurrente menor acusado de un delito continuado de agresión sexual contra sus cuatro hermanas. En primera instancia, se le absuelve en relación con las agresiones a 3 de sus 4 hermanas que, por edad 14, 16 y 18 años, se habían acogido la dispensa del deber de declarar del artículo 416 LECrim. No obstante, sí se le condena por el ilícito cometido sobre su hermana menor de 10 años, quien, a juicio del tribunal, carecía de la madurez suficiente para acogerse a la exención y por ello, ni a ella ni a sus representantes se les informó de dicha posibilidad. Una vez confirmada la sentencia de instancia en apelación, se revocó 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”*.

Así pues, en este caso, como en el anterior, el Supremo considera que el acusado tiene que ser absuelto pues las declaraciones por las que fue condenado se prestaron sin los representantes legales de la menor ser informados de su posibilidad de acogerse al derecho del artículo 416 LECrim por la menor no tener madurez suficiente para entenderla y, en consecuencia, acogerse a ella por lo que los representantes debían ser informados de su posibilidad de ejercerla ellos por la menor. Si bien es cierto en este caso el resultado del enjuiciamiento del Supremo pueda parecer injusto para con las víctimas, es un ejemplo que manifiesta de manera categórica el mecanismo por el que aboga la jurisprudencia a la hora de aplicar la dispensa del deber de declarar.

Sin embargo, la STS de 30 de noviembre de 2022¹²¹ discrepa, y limita la obligación de informar y excluye de su ámbito el hecho de que la víctima se haya establecido en acusación particular. Establece que cuando es el testigo quién por iniciativa propia se dirige a las dependencias policiales o al órgano judicial con el propósito de interponer la

¹²⁰ STS núm. 225/2020, de 25 de mayo (EDJ 2020/573194)

¹²¹ STS núm. 927/2022, de 30 de noviembre (EDJ 2022/75666)

denuncia, el testigo no tendrá que ser prevenido de esta dispensa, pues según el Tribunal, este testigo ya ha resuelto el conflicto de intereses a favor de interponer la denuncia.

De esta forma, parece que parte del Supremo aboga por defender la falta de información al testigo o víctima de su derecho contenido en el artículo 416 LECrim cuando este sea el denunciante, pues en ese caso, al constituirse en acusación particular no podría hacer uso de la dispensa y, por lo tanto, ese deber de información no tendría utilidad. Sin embargo, otro segmento de la jurisprudencia considera que es fundamental ejercer la obligación de información, pues la dispensa del deber de declarar se trata de un derecho fundamental amparado por la CE que ostentan todos los españoles y que, por lo tanto, deben ser informados de su derecho de ejercerlo, para que, en caso de no renunciar a él, lo haga de forma expresa e informada. No obstante, al igual que otros numerosos aspectos sobre este artículo, actualmente no existe conceso jurisprudencial.

4.2. Aplicación práctica de la reforma.

La entrada en vigor de la LOPIVI ha traído consigo cambios significativos y novedades en el marco legal referente a la exención del deber de declarar, especialmente en lo que respecta a los menores de edad. Por esta razón, en esta sección se analizarán detalladamente estos cambios y su aplicación práctica, con el objetivo de evaluar si la LOPIVI ha representado realmente una mejora en el tratamiento legal de los menores frente a la violencia.

Son muchas las razones que desaconsejan según DÍEZ RIAZA y GISPERT POMATA la participación de menores en el acto del juicio, ya que tal intervención puede contribuir a la victimización secundaria que el proceso busca prevenir, y el lapso de tiempo entre los hechos y la declaración puede ser perjudicial. Factores como la potencial distorsión del testimonio debido a la vulnerabilidad y fragilidad del menor, además de los cambios en su desarrollo y madurez, indican que la percepción y capacidad de un niño de 5 años pueden diferir significativamente de las de ese mismo niño a los 10 años.¹²²

¹²² SILLERO CROVETTO, B., *Op. cit.*, p 123.

Así pues, a nivel nacional, en 2021, se lanzó el proyecto de la creación del Juzgado de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia de Las Palmas de Gran Canaria (LPGC), un proyecto piloto pionero en España especializado en la protección del menor y que en algo más de dos años ha llevado unos 550 asuntos, siendo la violencia sexual intrafamiliar y el maltrato físico las principales tipologías que se han abordado.

Desde su creación el Juzgado de Violencia contra la Infancia y Adolescencia, que funciona en el partido judicial de LPGC desde el 1 de octubre de 2021, en el transcurso de su segundo año registró 607 denuncias, marcando un aumento del 66,3% respecto al número de casos abiertos durante su primer año. Actualmente, sigue operando con notable eficiencia y recibe un amplio apoyo del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria.¹²³

La creación de este juzgado tiene como objetivo proporcionar entornos seguros y acogedores para los menores, así como desarrollar estrategias que prevengan la victimización secundaria. Uno de los ejes fundamentales de la gestión del Decanato de los Juzgados de LPGC ha sido promover la provisión de recursos, establecer patrones de comportamiento y fomentar iniciativas que coadyuven a alcanzar lo que se conoce en la esfera de la Administración de Justicia como “buen trato hacia la infancia” o una “justicia amigable con los niños.”¹²⁴

Por ejemplo, la puesta en funcionamiento de la Sala Gesell conllevó la provisión de los medios técnicos necesarios para garantizar la realización de la prueba anticipada del testimonio de menores víctimas de delitos, cumpliendo con todas las exigencias requeridas desde la perspectiva de la segunda instancia y posteriores. El procedimiento de esta diligencia se inicia con la resolución judicial que la ordena y se materializa con la llegada de menor víctima a las instalaciones judiciales.¹²⁵

¹²³ COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL, “El Juzgado de Violencia contra la Infancia registra un incremento de casos del 66,3%”. (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/En-Portada/El-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-registra-un-incremento-de-casos-del-66-3--->, última consulta: 17-03-2024)

¹²⁴ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA “Guía de actuación del juzgado piloto de violencia contra la infancia y la adolescencia del Partido Judicial de Las Palmas de Gran Canaria.” 2022 (disponible en https://www.icalpa.es/sites/default/files/DOCUMENTOS/NOTICIAS/Noticias/2022/guia_y_anexo_.pdf, última consulta: 17-03-2024)

¹²⁵*Ibid*, p. 26

Esta sala consta de dos habitaciones separadas por una pared que cuenta con un cristal unidireccional que permite observar y escuchar lo que sucede en una de las habitaciones desde la otra, sin que esto sea posible en sentido inverso. Esta configuración mejora significativamente la protección y privacidad de las víctimas, siendo particularmente útil en casos que involucran a menores.¹²⁶

La puesta en servicio de la sala Gesell posibilita un entorno que promueve la privacidad y previene la victimización secundaria, la pérdida de evidencia y los efectos adversos asociados, especialmente en individuos de alta vulnerabilidad como los menores. Bajo esta modalidad, los testimonios se recaban en un ambiente de calma y seguridad, adecuando el proceso de interrogatorio por parte del juez o el Ministerio Fiscal conforme a lo establecido en el Estatuto de la Víctima. De esta manera se trata de evitar o minimizar el impacto emocional y el trauma que pueden generar el acto de recordar y la confrontación visual con las personas investigadas o acusadas.¹²⁷

Los protocolos y espacios establecidos por el Juzgado de LPGC encuentran su inspiración en la escena europea, en concreto en el modelo de *Barnhaus* (Casa de los Niños en islandés). Este enfoque implica el uso de edificaciones especialmente adaptadas para llevar a cabo declaraciones, evaluaciones, tratamientos, y otras necesidades de los menores, de tal manera que sean los profesionales quienes se desplacen a estas instalaciones y no el menor a diferentes lugares. Países como Islandia o Suecia ya han implementado este sistema desde hace algunos años, con el fin de proporcionar atención integral a menores víctimas de agresiones sexuales.¹²⁸

Así pues, la creación de esta Casa de los Niños se encuentra también en desarrollo por la propuesta el Juzgado de LPGC. A tal efecto se ha aprobado el proyecto de ampliación del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (IMLCF) de LPGC a fin de dotarlo de una nueva “Área de Infancia y Adolescencia” (AIA). Este espacio se concibe como un módulo adicional dedicado exclusivamente a la infancia, de modo que, desde la entrada hasta la salida, todo el recinto está enfocado a este propósito. La estructura descrita cuenta con áreas especializadas para menores, incluyendo una entrada privada, oficinas de

¹²⁶ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS DE GAN CANARIA, *Op. cit.*, p. 26.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M., *Op. cit.*, pp. 311-312

atención, salas de espera individuales, área de juegos, salas Gesell para observación, y una sala de reuniones con sección de observación para casos prolongados, todo diseñado para cubrir las necesidades de los menores y sus acompañantes. Además, el contacto personal del menor se limitará exclusivamente a interacciones con expertos y profesionales en psicología forense del IMLCF durante las diligencias de exploración y la práctica de la prueba preconstituída del testimonio. Esta sería la primera instalación de su tipo en España, diseñada con este propósito y contenido específicos.¹²⁹

Estando así las cosas, podemos ver que la aplicación práctica, no solo de la reforma del artículo 416 LECrim sino las disposiciones incluidas en la LOPIVI, ha traído importantes iniciativas que abogan por la creación de espacios seguros y garantizadores de la protección de los menores de edad contra la violencia. El Juzgado de Violencia contra la Infancia y Adolescencia de LPGC se trata de una iniciativa referente a nivel nacional e internacional que esperamos ver reproducida a lo largo del país en un futuro próximo.

5. CONCLUSIONES.

Tras analizar el marco normativo y jurisprudencial del derecho a la dispensa del deber de declarar contenido en el artículo 146 de la LECrim y la compleja intersección entre la protección jurídica de los testigos, en especial de menores de edad y víctimas de violencia, y la garantía de derechos fundamentales puedo concluir lo siguiente.

La exención del deber de declarar en juicio se constituye como un derecho fundamental amparado por nuestro texto constitucional. Con su introducción, el objetivo del legislador era ofrecer una respuesta legislativa al dilema al que se enfrenta el testigo vinculado por lazos de parentesco o matrimonio con el acusado, entre la verdad y la solidaridad familiar. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, otorgando a los testigos parientes de un privilegio familiar frente al testigo ordinario, justificado en el especial tratamiento jurídico que nuestro la CE otorga a las relaciones familiares. En este sentido, concluimos, en línea con la jurisprudencia, que se trata de un derecho que forma parte de la esfera jurídica de haz de garantías del testigo o víctima, no del acusado.

¹²⁹ ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS DE GAN CANARIA, *Óp. cit.*

Sin embargo, y a pesar del buen espíritu del legislador, debido a 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.

Dos han sido las cuestiones fundamentales en relación con la titularidad del derecho sobre las que la jurisprudencia se ha pronunciado. La primera se refiere a la temporalidad del vínculo matrimonial o similar para ejercer el derecho a no declarar como testigo en un proceso judicial. Se ha determinado que este derecho se basa en la existencia del vínculo en el momento en que ocurrió el delito, sin importar si el vínculo se mantiene al momento de testificar. La segunda cuestión discute si una víctima-testigo que se haya constituido como parte acusadora puede optar por la dispensa de no declarar. Inicialmente se permitía a las víctimas-testigos que fueran parte acusadora acogerse a la dispensa de no declarar, pero la jurisprudencia evolucionó para concluir finalmente que se excluye a quienes hayan actuado como acusación particular, reflejado en una reforma legislativa que especifica la inaplicabilidad de la exención de declarar en tales casos.

Del mismo modo, debido al trato indiferenciado que la normativa otorga a víctimas y testigos, otro escenario se presenta cuando en el proceso el testigo aparte de ser testigo también es víctima. Esta situación causa especial problemática y controversia en ámbito de las víctimas de VG. La decisión de acogerse a la exención, como se ha visto anteriormente, suele desembocar en sentencias con fallo absolutorio por constituirse el testimonio de la víctima como única prueba de cargo. Por ello, como se ha venido poniendo de manifiesto se han ido buscando soluciones ante el acogimiento de la víctima del derecho a no declarar hasta llegar la actual con la reforma introducida por la LOPIVI en el artículo 416 LECrim. A parte de la exclusión de la víctima de testificar si se constituye como parte acusadora, si el testigo víctima ha sido debidamente informado de su derecho a acoger a la dispensa y ha renunciado a él no se le permite el acogimiento de este en un momento posterior, de forma que sus declaraciones tendrán valor probatorio y la víctima tendrá obligación de declarar, ofreciendo una solución eficaz a los procedimientos que se volvían ineficaces por la ausencia de evidencia.

Con respecto a la obligación de informar a testigos víctimas o sus padres (en caso de menores) por parte de la justicia o la policía es un tema con interpretaciones divididas y sin claridad normativa, a pesar de las directrices del artículo 416 LECrim. Parte de la

jurisprudencia ve esencial informar, hasta el punto de anular declaraciones si no se cumple, mientras que otro segmento defiende que no es obligatorio si la víctima se constituye como acusación particular.

En relación con la figura del menor, la concepción que en la actualidad se tiene de la víctima cuando se trata de un menor de edad busca evitar o minimizar al máximo cualquier daño que pueda producirse como resultado de la intervención del menor en el proceso y para ello, se establecen las garantías incluidas en la LOPIVI. Aunque las reformas legales han avanzado, las notificaciones de maltrato infantil han aumentado, según datos de 2021 del RUMI.¹³⁰ Sin embargo, este incremento en las notificaciones no necesariamente refleja más casos de maltrato, sino más bien un aumento en las denuncias. Esto podría ser un indicador de que las garantías y facilidades incluidas en la LOPIVI para favorecer no solo a los procesos seguros sino también a la denuncia por parte de los menores de edad y sus parientes están siendo efectivos, creando una seguridad jurídica que favorece a la denuncia de estos casos, lo que es clave en la protección contra la violencia infantil.

Los diferentes pronunciamientos de la jurisprudencia a lo largo de los años han puesto de manifiesto sus diferentes preocupaciones en relación con la dispensa del deber de declarar y las víctimas testigos menores de edad. La cuestión fundamental, y sobre la cual no existe un criterio asentado es qué es aquello que determina la madurez suficiente del menor para acogerse a la dispensa. Los tribunales han optado por adoptar un enfoque combinado, teniendo en cuenta la edad, pero otorgando mayor relevancia a la madurez del menor mediante una evaluación casuística y siendo la guía de la LOPIVI que actualmente establece un rango entre los 12 y 14 años, sin embargo, esto no es absoluto.

En relación con el 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, la LOPIVI ha modificado este aspecto, impidiendo que los representantes legales del menor ejerzan en su nombre la dispensa de testificar, y opta por

¹³⁰ MINISTERIO DE SANIDAD “Informe anual de la Comisión frente a la violencia a los niños, niñas y adolescentes” 2022-2023. (disponible en https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/prevencionViolencia/infanciaAdolescencia/docs/Informe_anual_CoViNNA.pdf; última consulta: 03-04-2024)

garantizar el derecho del menor a ser escuchado, aun cuando no comprenda completamente la dispensa y su voluntad difiera de la de sus representantes legales.

La LOPIVI, fruto de un amplio esfuerzo legislativo y jurisprudencial, ha introducido cinco excepciones a la dispensa del deber de declarar, abordando situaciones complejas que antes carecían de marco legal específico. Su implementación ha tenido efectos prácticos notables, como la creación del Juzgado Piloto de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia en LPGC y la exigencia de grabar las declaraciones de menores como prueba preconstituida en la fase de instrucción por delitos contra su integridad personal.

Este trabajo concluye que, aunque la LOPIVI y la reforma del artículo 416 de la LECrim son avances significativos en la protección de niños y adolescentes contra la violencia, representan solo el comienzo hacia los cambios necesarios en la sociedad para eliminar la violencia contra menores en España. La ambigüedad del artículo genera incertidumbre y discrepancias en su interpretación, obstaculizando el progreso hacia una normativa clara y aplicable. Además, es de vital necesidad que se introduzca en la normativa una diferenciación más intensa entre el testigo y el testigo víctima a efectos procesales, pues como se ha evidenciado, no se trata del mismo conflicto ni proceso al que se enfrente el testigo pariente ordinario que el testigo pariente que también se constituye como víctima del delito.

La dispensa del deber de declarar aun constituyéndose como un derecho fundamental amparado por la CE, es un derecho que debe ejercerse con matices y límites, asegurando la seguridad jurídica de las víctimas y testigos menores de edad, reduciendo su participación en el proceso, y evitando la victimización secundaria. No obstante lo anterior, esto no solo se consigue a través de normativa como la LOPIVI y el artículo 416 de la LECrim, sino también a través de la concienciación, detección y prevención tempranas. Estos son tres principios fundamentales en los que deben centrarse tanto las autoridades como la sociedad en su conjunto para disminuir la violencia contra niños y adolescentes, y establecer un entorno seguro para los miembros más indefensos de nuestra comunidad, quienes, por ende, requieren y merecen el mayor nivel de protección.

6. BIBLIOGRAFÍA.

LEGISLACIÓN

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

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

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

Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

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)

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. (BOE núm. 266, de 04/11/2009)

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito. (BOE núm. 101, de 28/04/2015).

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

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)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995)

Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (BOE núm. 134, de 05/06/2021).

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889)

JURISPRUDENCIA

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim. [versión electrónica base de datos del Consejo del Poder Judicial].

Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24-04-2013, sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim [versión electrónica base de datos del Consejo del Poder Judicial].

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 331/1996 de 11 de abril (EDJ 1996/1597)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1587/1997 de 17 de diciembre (EDJ 1997/9369)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 134/2007 de 22 de febrero (EDJ 2007/18033)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 385/2007, de 10 de mayo (EDJ 2007/32808)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 129/2009, de 10 de febrero (EDJ 2009/16839)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 292/2009, de 26 marzo (EDJ 2009/38187)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/2010, de 15 de noviembre (EDJ 2010/264366)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 699/2014, de 28 de octubre (EDJ 2014/209383)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 449/2015, de 14 de julio (EDJ 2015/136430)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 653/2016, de 15 de julio (EDJ 2016/113587)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 205/2018, de 25 de abril (EDJ 2018/64728)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 733/2017, de 15 de noviembre (EDJ 2017/237095)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 225/2020, de 25 de mayo (EDJ 2020/573194)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 389/2020, de 10 de julio (EDJ 2020/613263)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 342/2021, de 23 de abril (EDJ 2021/550710)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 485/2021 de 3 junio (EDJ 2021/588301)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 658/2021 de 3 septiembre (EDJ 2021/692986)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 434/2022, de 3 de mayo (EDJ 2022/559942)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 544/2022 de 1 de junio (EDJ 2022/596181)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2022, de 30 de noviembre (EDJ 2022/75666)

OBRAS DOCTRINALES

ALMENAR BERENGUER, M., “La problemática del testigo menor de edad en el proceso penal,” *Revista Jurisprudencial El Derecho*, n. 3., 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*, n. 9693, 2020.

- ARÁNZAZU CALZADILLA MEDINA, M. y HÉRNANDEZ LOPEZ, C., *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia (1º Ed., diciembre 2021)*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.
- BELTRÁN MONTOLIU, A., “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECRIM: evolución jurisprudencial.” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3º Época, n.º 19 (enero de 2018), 2018, pp. 13-46.
- BONILLAS, J., “La participación en el proceso penal de la víctima menor de edad. El ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar.” *TEORDER* 2023, n. 34, 2023, pp. 256-281
- CAMPAÑER MUÑOZ, J., “Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal.” (Octubre - diciembre 2016), *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n. 44, 2016, pp- 23-48.
- DÍEZ RIAZA, S. y GISBERT POMATA, M., “La protección jurídico procesal frente a la violencia contra la infancia.” en Thomson Reuters (ed.), *Protección jurídica de las personas menores de edad frente a la violencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 243-330.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, 2018, p. 121.
- FATTAH, E.A., *Understanding Criminal Victimization: An Introduction to Theoretical Victimology*, 1991, p. 15.
- FERNANDEZ ESCOBAR, J.B., “La dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: regulación, cambio jurisprudencial y visión crítica hacia una mayor protección de lege ferenda.” , *Diario La Ley*, n.º 10275, 2023.

- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal* (Segunda Edición). Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015
- MARAVALL BUCKWALTER, I. *La declaración del menor en el proceso penal: admisibilidad y práctica en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Respuesta jurídica y social a la víctima del delito*. Ediciones Experiencia, 2018, p. 7.
- MIRAT H., P y ARMENDÁRIZ L., C., *Violencia de género versus violencia doméstica*, Difusión Jurídica, Madrid, 2006.
- MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, D., “Presente y futuro del protagonismo de la víctima en la justicia penal: perspectiva desde la justicia restaurativa.” *Revista Penal*, n. 47, 2021, pp. 153 – 175.
- MONTESINOS GARCÍA, A., “La dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género.” *TEORDER*, n. 11, 2012, p. 218-249
- MORILLAS FERNANDEZ, D.L., PATRÓ HERNANDEZ, R.M. Y AGUILAR CÁCELES, M.M., *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*, 2º Ed. Editorial Dykinson, 2014.
- PASCUAL SERRATS, R.M., “La declaración de la víctima-testigo del delito de violencia de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.” En Abril Stoffels, R.M. (Dir.). *Estudios sobre la mujer: política, derecho, comunicación, educación y violencia contra las mujeres*. Editorial Huygens, Madrid, 2020, pp. 239-264.
- 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, Valencia, 2021.
- PRADAS, M. I. R. y CANO, M. I. G., *La prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SUBIJANA, I. J., y ECHEBURÚA E., “Las 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.

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

INFORMES Y RECURSOS DE INTERNET

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL “Muestreo jurisprudencial. Dispensa a testificar (art. 416 y 707 LECrim)”, *Poderjudicial.es*, 2013 (disponible en https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%2520DE%2520VIOLENCIA%2520DOM%25C3%2589STICA/OTRAS%2520ACTIVIDADES%2520FORMATIVAS/FICHEROS/20130502%2520JP%2520Muestreo%2520jurisprudencial.pdf&ved=2ahUKewiSt_7RyaaFAxXeUKQEHSadAnQQFnoECCgQAQ&usg=AOvVaw0SDDyYCzmmuAYbIqQJe_Te; última consulta 3-04-2024)

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención.” *Refworld*, 2010. (disponible en <https://www.refworld.org/es/pol/concobservations/crc/2010/es/71990>; última consulta: 20-02-2024)

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “*Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*” *Refworld*, 2013. (disponible en <https://www.refworld.org/es/ref/polilegal/crc/2013/es/95780>; última consulta: 20-02-2024)

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España.” *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, 2018. (disponible en

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g18/057/16/pdf/g1805716.pdf?token=AnznAP5GjkNqDGL0zY&fe=true>, última consulta: 20-02-2024)

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL, “El Tribunal Supremo fija que la víctima constituida en acusación particular en un proceso judicial no recupera el derecho a la dispensa de declarar si renuncia a esa posición procesal.” *Poderjudicial.es*, 2020. (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-la-victima-constituida-en-acusacion-particular-en-un-proceso-judicial-no-recupera-el-derecho-a-la-dispensa-de-declarar-si-renuncia-a-esa-posicion-procesal->; última consulta: 15-01-2024)

COMUNICACIÓN PODER JUDICIAL “El Juzgado de Violencia contra la Infancia registra un incremento de casos del 66,3%.” *Poderjudicial.es*, 2023. (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Canarias/En-Portada/El-Juzgado-de-Violencia-contra-la-Infancia-registra-un-incremento-de-casos-del-66-3--->; última consulta: 17-03-2024)

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO “Memoria de la Fiscalía General del Estado relativa al ejercicio de 2022 elevada al Gobierno”, *Fiscal.es*, 2022, pp. 634-636. (disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEFIS23.pdf; última consulta: 03-03-2024)

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, “Guía de actuación del juzgado piloto de violencia contra la infancia y la adolescencia del Partido Judicial de Las Palmas de Gran Canaria.”, 2022. (disponible en https://www.icalpa.es/sites/default/files/DOCUMENTOS/NOTICIAS/Noticias/2022/guia_y_anexo_.pdf; última consulta: 17-03-2024)

MARTÍNEZ, C. y ESCORIAL, A., “Guía sobre la Ley Orgánica de Protección integral a la Infancia y a la Adolescencia frente a la violencia.” *Cátedra de los Derechos del Niño Comillas ICADE*, 2021 (disponible en

<https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/10/guia-ley-organica-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-a-violencia.pdf>; última consulta: 05-03-2024)

MINISTERIO DE JUSTICIA (2019) “Memoria del Análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.” *Portal de Transparencia de la Administración General del Estado*, 2019. (disponible en <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEV03L0-20185201&fcAct=Tue%20Jun%2014%2015:56:51%20CEST%202022&lang=es>; última consulta: 08-03-2024)

MINISTERIO DE SANIDAD “Informe anual de la Comisión frente a la violencia a los niños, niñas y adolescentes” *Sanidad.gob.es*, 2023. (disponible en https://www.sanidad.gob.es/areas/promocionPrevencion/prevencionViolencia/infanciaAdolescencia/docs/Informe_anual_CoViNNA.pdf; última consulta: 03-04-2024)

OBSERVATORIO DE LA INFANCIA “Boletín Estadístico de Medidas de Protección a la Infancia y la Adolescencia nº 25” *Observatorio de la Infancia*, 2022. (disponible en https://observatoriodelainfancia.mdsocialesa2030.gob.es/estadisticas/estadisticas/PDF/Boletin_Proteccion_25_PROVISIONAL.pdf; última consulta: 03-04-2024)

RAMOS, R. “Los costes de la violencia contra la infancia. Impacto económico y social.” *Educo 2018 - Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Facultad de Derecho*, 2018. (disponible en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/PDF/Maltrato/EDUCO_Los_costes_de_la_violencia.pdf; última consulta: 20-12-2023)

SÁNCHEZ MELGAR, J., “Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio.” *El Derecho*, 2021. (disponible en <https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de->

[declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio](#); última consulta 06-02-2024)

VEIGA VACCHIANO, J., “La dispensa para declarar del artículo 416 LECRIM tras la LO 8/2021.” *Lex et societas. Blog jurídico de actualidad.*, 2021. (disponible en <https://lexetsocietas.com/2022/11/16/la-dispensa-para-declarar-del-articulo-416-lecrim-tras-la-lo-8-2021/>; última consulta: 09-01-2024)