

## **ANÁLISIS DEL OFRECIMIENTO DE LA DISPENSA. GIRO JURISPRUDENCIAL.**

### **RESUMEN**

El objetivo principal de este trabajo de investigación ha consistido en explorar el alcance y consecuencias prácticas de la dispensa a la obligación de declarar y ofrecer soluciones a los problemas detectados en la aplicación de la regulación legal actual.

El derecho de acogerse a la dispensa del deber de declarar como testigos, es un derecho constitucional proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española al establecer que “la ley regulará los casos en que por razón de parentesco o secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Corresponde al legislador su configuración y al Tribunal Supremo su interpretación.

Desde la perspectiva metodológica este trabajo se estructura en tres partes.

La primera parte comprende los capítulos del primero al cuarto, dedicados a profundizar sobre el concepto de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer, la llamada violencia de género.

La parte segunda, la más relevante, abarca el extenso capítulo quinto, centrado en la dispensa del derecho de la víctima a no declarar.

Finalmente, el contenido de la parte tercera, el capítulo sexto, consiste en una entrevista a Jueces que ejercen en órganos de Violencia sobre la Mujer en la que se refleja su postura respecto a la dispensa legal, finalizando su estudio con unas conclusiones referentes a algunas reflexiones y planteamientos de futuro como resultado de la investigación.

El fin es aunar el plano teórico doctrinal con la aplicación práctica, con la interpretación de los tribunales, algo que es fundamental para no perder la conexión con la realidad. El método real ha consistido en partir de la realidad práctica de un juzgado de violencia de género, al examen de la jurisprudencia y la doctrina, y contrastar aquella con estas.

El Tribunal Supremo, Sala Penal en la Sentencia 371/2018<sup>1</sup>, se ha pronunciado respecto a la necesidad de llevar a cabo la detección del riesgo en la víctima mediante la articulación de protocolos.

Antes de reflejar en este resumen mis conclusiones es necesario referirme a la protección que actualmente se presta a las víctimas de violencia de género

Desde el ámbito policial hay que destacar el llamado “Sistema VioGén”<sup>2</sup>. Según consta en el manual de VioGén del Ministerio del Interior bajo el amparo del artículo 32 de la Ley 1/2004, en el año 2007, se desarrolla y se pone en funcionamiento desde la Secretaría de Estado de Seguridad (SES) del Ministerio del Interior el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén). Está gestionado por el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior (GESI), actualmente el Gabinete de Coordinación y Estudios (GCE), y tiene por objetivo integrar las acciones de seguimiento y coordinación de las actividades desarrolladas en materia de violencia de género.

Consiste en una aplicación web a la que acceden usuarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Nacional y Guardia Civil obligatoriamente y las Policías Autonómicas y Locales que voluntariamente se adhieran), Instituciones Penitenciarias, Juzgados, Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Oficinas de Asistencia a las Víctimas, Fiscalías, Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y finalmente, Servicios

---

<sup>1</sup> STS nº 371/2018, de 19 de julio, ponente: Vicente Magro Servet, n.º de recurso: 10067/2018. “Este tipo de casos evidencian la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo en la valoración de la presencia del incremento del riesgo en las víctimas con una especial atención en su detección en las denuncias que presentan las víctimas y que se debe acompañar en la denuncia policial al estudio que al efecto se elabore, así como en los institutos de medicina legal en la valoración forense, como consta en el Protocolo Médico-forense de la valoración urgente del riesgo de violencia de género del Ministerio de Justicia, donde se marcan las pautas de la detección del riesgo. Ello supone actuar desde el campo de la prevención en la evitación de la reiteración de estos hechos, y alertando a la víctima del riesgo concurrente, así como pudiendo articularse instrumentos de ayuda social y económica a las víctimas de malos tratos que así puedan entrar en ese arco de víctimas en situación de riesgo, pudiendo individualizarse las situaciones en aras a evitar la agravación de conductas que acaben con el crimen de género. Así para secuenciar esta valoración del riesgo ante el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder judicial, se presentó el 8 de marzo de 2011 un Decálogo [...]”.

<sup>2</sup> Disponible en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen>. Consultado 4 de septiembre de 2019.

Sociales y Organismos de Igualdad de las diferentes Comunidades Autónomas.

Con este sistema se pretende establecer una tupida red de instituciones, recursos e información que mediante la predicción del riesgo (VPR y VPER) permita el seguimiento y protección de forma rápida, integral y efectiva de las mujeres maltratadas, y de sus hijas e hijos, en cualquier parte del territorio nacional.

Objetivos del sistema VioGén:

- Realizar seguimiento y protección en cualquier parte del territorio nacional.
- Aglutinar instituciones.

Hay usuarios habilitados aparte de las Fiscalías y Juzgados, así como de la Guardia civil y Policía Nacional, las policías locales, los Mossos d'Esquadra, Policía Foral y Ertzaintza.

- Integrar información.  
Promover mecanismos que permitan conocer el estado y movimiento de los internos condenados y preventivos por delitos de violencia de género y ponerlo en conocimiento inmediato de los agentes implicados en la seguridad de la víctima y la propia víctima.

Promover el avance en la interconexión de los subsistemas de recogida de denuncias de Policía Nacional, Guardia Civil y policías autonómicas y locales para recibir de forma automatizada y en tiempo real las denuncias de violencia de género integrándolas dentro del sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género.

Promover la interconexión del sistema de registros administrativos de apoyo a la administración de Justicia e integrarlo dentro del sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género.

Facilitar la integración de los Puntos de Coordinación de órdenes de protección en el sistema de seguridad integral en los casos de violencia de género.

- Establecer medidas de protección policial (Instrucción SES 5/2008).

La Policía valora el tipo de riesgo de la víctima, según las normas establecidas en el Protocolo dictado por el Secretario de Estado de Seguridad. Los niveles de riesgo recogidos en dicho protocolo son:

Extremo. - Protección permanente de la víctima, control intensivo de los movimientos del agresor, vigilancia en entradas/salidas en centros escolares de los hijos.

Alto. - Vigilancia frecuente y aleatoria en domicilio, trabajo y colegio. Recomendar a la víctima su traslado a un centro de acogida o al domicilio de un familiar, control de los movimientos del agresor.

Medio. - Vigilancia aleatoria en domicilio, lugar trabajo y colegio, acompañamiento a la víctima en actuaciones de carácter judicial, asistencial o administrativas. Procurar que se facilite a la víctima servicio de asistencia, entrevistas personales con la víctima por responsables de su protección.

Bajo. - Facilitar a la víctima números de teléfono de contacto 24 horas, contactos telefónicos esporádicos con la víctima, comunicación al agresor de que la víctima dispone de un servicio policial de protección, recomendaciones a la víctima sobre autoprotección y modos de evitar incidentes, información precisa sobre el teléfono de asistencia móvil.

Los diferentes niveles de riesgo conllevarán, además de sus medidas específicas de protección, la aplicación de las previstas para los niveles de riesgo inferior que no se encuentren implícitas en ellas.

A los niveles anteriores se ha añadido últimamente la posibilidad de que la policía en sus atestados haga constar una diligencia de “Caso de Especial Relevancia”, manifestando en la misma que tras la práctica de la valoración con la información disponible se ha detectado una especial combinación de indicadores que aumentan de manera significativa la probabilidad de que el agresor ejerza sobre la víctima violencia muy grave o letal.

- Hacer predicción de riesgo.  
El equipo de Valoración de Riesgo está integrado por especialistas de las diferentes Instituciones policiales y penitenciarias implicadas en el sistema VioGén. Con el respaldo científico de expertos de tres universidades españolas: Universidad Autónoma de Madrid, Universidad

de Barcelona e Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología de la Universidad de Málaga.

La valoración policial del riesgo consiste en cumplimentar unos formularios que permiten predecir el nivel de riesgo que tiene una víctima a sufrir una nueva agresión. Hay dos tipos de formularios:

- EL VPR (Valoración Policial de Riesgo), que se debe utilizar nada más conocerse un hecho o cuando lo estimen los evaluadores, normalmente como consecuencia de la aparición de nuevos datos o circunstancias.
- EL VPER (Valoración Policial de Evolución del Riesgo) es un formulario que estima la evolución del riesgo cuando ya existe Orden de Protección Judicial.

Revisión Periódica de los niveles de riesgo:

- Extremo: 72 horas
- Alto: 7 días
- Medio: 30 días
- Bajo: 60 días.
- No apreciado: cada 3 meses.

También se revisará cuando lo disponga la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal, o cuando existan nuevas y significativas circunstancias para la víctima o en la conducta del agresor.

La valoración del riesgo se realiza en diversos momentos. Uno inicial por la policía actuante que confecciona el atestado y posteriormente, dicho riesgo se va revisando por los UFAM a lo largo del proceso.

La valoración del riesgo policial se obtiene a través de un sistema actuarial, es decir, que la predicción del riesgo viene determinada en función de una escala numérica, cuyo número resultante procede de la suma de puntos que se obtienen contestando la víctima un cuestionario donde se reflejan preguntas claves de las que se infiere o no el riesgo para su vida o integridad corporal y psíquica. Si el agente actuante entiende que el riesgo debe ser más elevado puede hacerlo constar y elevar el mismo, pero nunca disminuirlo.

A esta valoración policial del riesgo se le atribuyen protocolos de control de este y de protección a la víctima<sup>3</sup>.

Los Jueces a la hora de motivar la concesión de una orden de protección o de una medida cautelar, suelen hacer alusión a la correspondiente valoración policial del riesgo para la víctima realizada al efecto. La misma manifestación realiza el Fiscal y la acusación particular a la hora de solicitar orden de protección o una medida cautelar.

En la práctica, en los Juzgados de violencia sobre la mujer se reciben los informes procedentes de la Policía, sobre el seguimiento realizado a las víctimas y el resultado obtenido en la valoración policial del riesgo, incluso cuando no se ha dictado una orden de protección. En estos últimos casos, se refleja la identificación del policía que ha entrevistado a la perjudicada y las manifestaciones de la misma, siguiendo todos los tramites que establece la Instrucción 4/2019 de la Secretaría de Estado de Seguridad<sup>4</sup> e indicando el resultado de la valoración del riesgo; si no se aprecia riesgo, hacen constar en el informe que la situación del caso en el sistema VioGén, en cumplimiento de la referida Instrucción 4/2019 SES, se inactiva hasta que el nivel de riesgo se eleve o se dicte una medida de alejamiento.

La policía indica como reflexión final que los recursos humanos son escasos y de elevado coste. Es preciso invertir en perfeccionar el proceso de predicción del nivel de riesgo apoyándose en el mundo universitario y empresarial. Hay que tender hacia la estimación permanente de evolución del riesgo (EPER). De esta forma se podrán optimizar los escasos recursos disponibles.

Desde el entorno policial se sabe que los operadores judiciales también pueden encargar este tipo de valoraciones de riesgo a los especialistas de las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI), ya sean médicos o psicólogos<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Instrucción 4/2019, de la Secretaria de Estado de Seguridad por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema VioGén).

<sup>4</sup> Contempla que en los casos de especial relevancia, así como los que afectan a menores en situación de vulnerabilidad y/o en situación de riesgo, además del atestado policial al que se adjunta el Informe de VPR, se genere una diligencia automatizada que recomienda la práctica de evaluaciones forenses adicionales al objeto de complementar la VPR y, en su caso, determinar las medidas de gestión del riesgo más pertinentes.

<sup>5</sup> Guía y Manual de Valoración Integral Forense de la Violencia de Género y Doméstica. Ministerio de Justicia.

Desde el ámbito administrativo la Subdirección General de Registros Administrativos de apoyo a la actividad Judicial perteneciente al Ministerio de Justicia ha elaborado una instrucción para la integración de los Registros Judiciales<sup>6</sup>.

Existen una serie de Registros Judiciales, en concreto, el Registro Central de Penados (RCP), el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género y (RCPVD), y el Registro Central de Medidas Cautelares (RCMC)<sup>7</sup>, fundamentales para desarrollar la actuación judicial penal en materia de violencia, y que suponen una gran ayuda para todos los intervinientes en esta materia por la información que suministran.

En el Real Decreto de 2 de octubre de 1878, se dispuso el establecimiento en el Ministerio de Gracia y de Justicia de un Registro Central de Procesados y otro de Penados, consecuencia de la necesidad de satisfacer un bien jurídico elemental: hacer posible la demostración de la reincidencia para la aplicación más justificada de los correspondientes preceptos del C. P., así como para poder establecer las medidas cautelares necesarias que aseguraran la presencia del inculpado en juicio.

Posteriormente y en virtud de los Reales Decretos 231/2002 de 1 de marzo, 232/2002 de 1 de marzo y 355/2004 de 5 de marzo, entraron en funcionamiento el Registro Central de Rebeldes Civiles (RCRC) y el Registro Central de Responsabilidad Penal de Menores (SFM).

Por Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, se reguló el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

Igualmente, se llevó a cabo la creación y puesta en funcionamiento del Registro de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no firmes, previsto en la Disposición Adicional segunda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y este constituye un instrumento de gran utilidad que permite al

---

Protocolo Forense para la Valoración Urgente del Riesgo. Es un instrumento útil y pocas veces solicitado por el M. Fiscal. Aunque es un instrumento propio de los territorios llamados “Ministerio”, es decir, en los que no se ha transferido la competencia, se puede solicitar su aplicación en todo el territorio nacional.

<sup>6</sup> Instrucción 3/2012, de 19 de julio, de la Secretaría de la Administración de Justicia sobre determinadas cuestiones relativas a la organización y funcionamiento del sistema de registros administrativos de apoyo a la administración de Justicia, particularmente en relación con la integración de los Registros Centrales de Penados y medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes y de protección a las víctimas de violencia doméstica.

<sup>7</sup> Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/registros/registro-central>. Consultado 4 de septiembre de 2019.

órgano judicial disponer de otros elementos de juicio a fin de ponderar sus resoluciones en las distintas fases del proceso penal.

Este Registro ofrece información sobre la existencia de órdenes en vigor de busca y captura o de detención y puesta a disposición, lo que permite al Juez valorar la existencia de riesgo de fuga, en la resolución en la que se decida sobre la prisión provisional o libertad del investigado.

La peligrosidad del sujeto es un dato fundamental a la hora de individualizar la pena en la sentencia, ya que el Juez debe tener en cuenta al imponer aquella, no solo la gravedad del hecho, sino también las circunstancias personales del culpable.

Todo ello justifica la conveniencia de publicar una norma en un sistema único que recoja y sistematice todas las disposiciones, que regule los diferentes registros.

El sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia tiene como objeto principal servir de apoyo a la actividad de los órganos judiciales e impulsar su modernización. Al mismo tiempo, se persigue contribuir a la conexión del Sistema de Registros con los registros de otros países de la Unión Europea conforme a la Decisión 2005/876/JAI del Consejo de 21 de noviembre de 2005 y a la propuesta de la Decisión Marco del Consejo relativa a la organización y contenido de intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

Finalmente, se llevó a cabo la creación del Registro Central de Delincuentes Sexuales (RCDS) y la integración de los registros centrales de medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes; para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género; y de penados (RCP).

Actualmente, el Sistema Integrado de Registros Administrativos de Apoyo a la actividad Judicial (SIRAJ) es la suma de todas las aplicaciones de los registros mencionados. Desde hace unos años, se está trabajando en una nueva versión del SIRAJ, que unifique todas las aplicaciones que dan soporte a cada uno de los registros en un único sistema y que aúne todas las funcionalidades comunes, preserve las que son propias de cada una de ellas e integre en una única base de datos toda la información repartida actualmente en las distintas bases de datos existentes<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> El Ministerio de Justicia en nota referente al SIRAJ 2., enviada a los Letrados de la Administración de Justicia en enero del 2020, indica: El nuevo Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la

Para que el sistema de registro único sea plenamente eficaz, es necesario que los usuarios de la aplicación vinculen correctamente los procedimientos de los distintos órganos judiciales que forman parte de una misma causa penal, y que todos los órganos que han participado en la tramitación recojan la causa y graben su procedimiento, para que el órgano que continúe con la instrucción vincule su propio procedimiento con el inmediatamente anterior. De esta forma el Registro ofrecerá información veraz sobre el órgano en el que se tramita actualmente la causa, facilitando así la labor de consulta de los órganos judiciales y otros usuarios como los cuerpos policiales y las CCAA.

La integración de los registros judiciales hace posible el envío de las sentencias grabadas en los mismos para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género (RCPVD) y de medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes (RCMC), al registro central de penados (RCP), cuando se grabe la firmeza de la sentencia.

El nuevo modelo registral supone un ahorro de tiempo y esfuerzo para los órganos judiciales, además de una mejora de los datos grabados, ya que se utilizará toda la información contenida en los registros de violencia doméstica y de medidas cautelares para completar la información necesaria en el registro central de penados.

En noviembre del 2015 comenzó la apertura del proyecto de envíos automáticos del SIRAJ a MIR-Policía Nacional y Guardia Civil, así los datos grabados en el SIRAJ —tales como requisitorias, medidas cautelares y penas— se traspasan automáticamente al Ministerio de Interior.

Una pantalla muestra al Letrado de la Administración de Justicia el resultado de los registros enviados. Cualquier modificación de los datos, se reenvía de forma automática al Ministerio del Interior, incluida la cancelación. La idea es que se elimine el papel y utilizar únicamente el sistema informático. En este sentido se crea en el propio registro el llamado fondo documental, que constituye un repositorio en el que se inserta,

---

Administración de Justicia (SIRAJ-2) establece una sola vía de registro de datos, evita la redundancia y contribuye a la homogeneización de la información. Facilita la agilidad en la tramitación de los procesos y en el intercambio de información con menos costes operativos (de personal, papel y de mantenimiento de los sistemas). En enero y febrero del 2020 se va a llevar a cabo una experiencia piloto con diferentes órganos judiciales previa de formación *on-line* con los Letrados de la Administración de Justicia y el personal de la oficina judicial, con el fin de poner en marcha el nuevo sistema el 30 de abril. La dirección de acceso será <https://siraj2.justicia.es>.

asociada a la inscripción de la requisitoria en los Registros, la copia digital del testimonio de particulares correspondiente.

En la práctica en los Juzgados de Instrucción de Violencia de Género, los Letrados de la Administración de Justicia están obligados, en primer lugar, a extraer del Registro de Penados los antecedentes penales del investigado e inscribir todas las medidas cautelares y órdenes de protección que se concedan, rellenando un formulario con los datos de la víctima, del investigado y el tipo de medida cautelar que se otorgue; por ejemplo, si se trata de una orden de alejamiento otorgada en una comparecencia del art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o una agravación de la medida otorgada en una comparecencia de un bis *in fine*. Y lo mismo respecto a las medidas concretas otorgadas en una orden de protección, tales como la medida de alejamiento de la víctima a una cierta distancia, la prohibición de comunicación por cualquier medio con la víctima o medidas civiles en relación con la vivienda, los alimentos de los hijos...

Del mismo modo deben inscribir las averiguaciones de domicilio, las buscas y las declaraciones de rebeldía. Y en cuanto a las resoluciones, es obligatorio anotar los fallos de las sentencias de conformidad que se dicten, indicando todos los datos de la misma, la fecha de los requerimientos que se efectúen, así como en su caso, si se trata de un delito leve, se debe anotar la correspondiente nota de condena en el registro de penados.

Cualquier variación de la situación personal del investigado, su entrada en prisión, su libertad provisional, la instalación de un aparato tecnológico de localización y la supresión del mismo debe ser anotada informativamente.

Y en cuanto a los procedimientos, los Letrados de la Administración de Justicia deben anotar y rescatar los datos informáticos que han recibido de otro juzgado. En el caso de que los Letrados de la Administración de Justicia estén destinados en Juzgados Penales o en Secciones de la Audiencia Provincial y éstos órganos tengan competencias en materia de violencia de género, deben anotar los datos exigidos por el Registro para inscribir los fallos de las sentencias condenatorias que dicten los Magistrados, inscribiendo las penas y las medidas cautelares y medidas de seguridad acordadas, así como una vez firmes las mismas, anotar la nota de condena que se enviara automáticamente al Registro de Penados.

Es necesario que todos los usuarios autorizados del sistema de integración de registros de la administración de justicia conozcan la experiencia alcanzada hasta el momento en la gestión del sistema de

registros, la constante evolución experimentada en los últimos años y los proyectos ya en marcha o en fase de pruebas; igualmente, es necesaria la cumplimentación exacta de los campos imprescindibles, con el fin de lograr la deseada interoperabilidad de los sistemas. El propio sistema te informa de las novedades establecidas.

Es importante por ejemplo que siempre se anoten las medidas cautelares, las órdenes de protección acordadas y las sentencias condenatorias. Si están correctamente actualizados los datos, serán una valiosa herramienta para los profesionales dedicados a esta materia, pues permitirán conocer en todo momento si las mencionadas medidas, órdenes de protección y penas están activas o han sido canceladas, dato fundamental dada sus consecuencias, porque de estar activas, es un aviso de que el investigado puede incurrir en un delito de quebrantamiento tanto de medida cautelar como de pena.

El sistema de integración de registros de la Administración de Justicia custodia los datos de las requisitorias, medidas cautelares, órdenes de protección, medidas de seguridad y penas dictadas en sentencias firmes y no firmes en causas de violencia de género o de violencia doméstica. En el caso de que estén autorizados determinados funcionarios para grabar los datos en el SIRAJ, los Letrados de la Administración de Justicia impartirán las instrucciones precisas al personal de la oficina judicial para que los Registros sean fiel reflejo de la situación procesal de la causa.

Desde el ámbito judicial cuando una víctima tiene miedo de su pareja y teme por su vida puede solicitar una orden de protección o una medida cautelar, y está previsto en el Código Penal y expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Juez en determinados casos puede adoptar medidas consistentes en, o bien de privarle al detenido a residir en determinados lugares, o bien prohibirle acudir al lugar en que se haya cometido el delito o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos.

También puede acordar prohibir al detenido aproximarse a la víctima, o a familiares o personas que determine el Juez, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, y la prohibición de comunicarse con la víctima, o con sus familiares u otras personas que determine, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual (artículos 544 Bis y 544 Ter de Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Es decir, se puede adoptar una medida cautelar cuando el Juez lo estime necesario para proteger a la víctima, o acordar una orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de determinadas personas, resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna medida de protección mencionada anteriormente.

En los casos en los que se solicite una orden de protección, debe convocarse a una audiencia urgente a la víctima y al presunto agresor, así como al Fiscal y a los abogados de las partes, y después de oír a ambas, el Juez resolverá en sentido de conceder o denegar la orden de protección.

En el caso de concederla adoptará las medidas penales, civiles y de protección social que considere convenientes. Las medidas de naturaleza civil pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos; fijar el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuno a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Esas medidas solo tienen un periodo de vigencia de 30 días. Si dentro de ese plazo fuese incoado por la víctima o su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los 30 días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez que resulte competente.

Estas medidas deben ser comunicadas a las Administraciones competentes e inscritas en el registro informático anteriormente comentado (SIRAJ), a fin de adoptar medidas de protección, sean estas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier índole.

En la Ley se recogen medidas de protección en el ámbito laboral y de seguridad social respecto de las mujeres trabajadoras por cuenta propia o ajena y las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, tales como el derecho a reducción o reordenación de su tiempo, o la movilidad geográfica, al cambio del centro de trabajo, la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo o la extinción del contrato de trabajo con derecho a la situación legal de desempleo, incluso ayudas

públicas pecuniarias para las mujeres víctimas de violencia de género sin ingresos o con ingresos mínimos.

En el año 2009, se suscribió un Protocolo de actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género<sup>9</sup>. Estos mecanismos contribuyen a mejorar la seguridad y protección de las víctimas y permiten verificar el cumplimiento de las prohibiciones de aproximación impuestas en las resoluciones judiciales, generando una prueba documental de los incumplimientos que resultará de alto valor en el procedimiento penal que se incoe por un presunto delito de quebrantamiento. Al principio, este mecanismo se aplicó solamente para el control de las medidas cautelares, pero pronto se detectó la necesidad de ampliar su aplicación al ámbito del control de la ejecución de penas.

Las medidas cautelares y la orden de protección previstas en los artículos 544 Bis y 544 Ter LECRIM, para las víctimas de la violencia doméstica, implican una serie de medidas legales de protección tendentes a evitar o reducir la posibilidad de la continuidad indiciariamente delictiva de quienes con su actitud supongan objetivamente un peligro para las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal.

Para confirmar racionalmente la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima se ha de hacer un análisis en función de cada caso concreto, y resulta legalmente ineludible que la resolución que adopte o deniegue la orden de protección contenga una motivación razonable, lo que supone un examen suficiente de las circunstancias concurrentes.

Hasta el RD/9/2018, de 3 de agosto, sobre Medidas Urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de Género<sup>10</sup>, las consecuencias jurídicas en lo referente a la concesión de una Medida Cautelar del art. 544 Bis de LECrim y una orden de protección del art. 544 Ter de LECrim eran muy distintas. La orden de protección atribuía a la víctima el estatuto de mujer maltratada, al ser dicha resolución el título que habilitaba a la víctima a acudir a determinados sectores de la

---

<sup>9</sup> Resolución de 17 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se acuerda la publicación del “Protocolo de actuación para la implantación del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas de alejamiento en materia de violencia de género” y se ordena la elaboración de las normas técnicas de desarrollo del mismo por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

<sup>10</sup> <https://violenciagenero.org/normativa/real-decreto-ley-92018-3-agosto-medidas-urgentes-desarrollo-del-pacto-estado>. Consulta 5 de marzo de 2019.

Administración para reclamar unos derechos que la Ley confiere a ese estatuto. Las medidas del art. 544 Bis, sin embargo, no constituían ese título habilitante.

El Decreto modificó el artículo 23 de la Ley de Violencia de Género, en el sentido de que la resolución que se dicte como consecuencia de la aplicación del artículo 544 bis, concediendo una medida cautelar es título habilitante para el reconocimiento de los mismos derechos que se generaban con la concesión de una orden de protección.

*Artículo 23. Acreditación de las situaciones de violencia de género:*

*Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos.*

En la práctica judicial, si antes de la publicación del Real Decreto el Fiscal solicitaba que en caso de acordarse por los Jueces la medida cautelar esta se mantuviera hasta que se celebrara la comparecencia del artículo 544 Ter, desde la reforma del artículo 23 de la Ley de Violencia de Género, y en situaciones en las que la pareja no tiene hijos en común, he comprobado que en la práctica, en la petición de dicha medida cautelar, se solicita se mantenga dicha protección hasta el final del procedimiento. Los Jueces, en las resoluciones que dictan en estos casos en concreto, acceden a dicha petición, incluso la acuerdan de oficio, lo que ha supuesto en la práctica diaria un descenso en las convocatorias de comparecencias en virtud del artículo 544 Ter.

Si las dos resoluciones que se dictan como consecuencia de la aplicación del artículo 544 Bis y 544 Ter son títulos habilitantes para la concesión de los derechos establecidos en la LOIVG, entiendo que la diferencia estriba en

que con la concesión de una orden de protección, y en los casos en que la pareja tenga hijos en común, se pueden dictar medidas civiles respecto de ellos, referentes a la custodia, a los alimentos y a las vistas, medidas que en ningún caso pueden dictarse cuando se aplica el artículo 544 Bis.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal también se regulan las medidas cautelares que se pueden imponer a las personas jurídicas, así como a los menores.

Hasta que se publicó la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que modifica la regulación de la dispensa judicial, la interpretación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre el contenido del artículo 416 de LECrim, ha sido cambiante y ha originado inseguridad jurídica en la praxis judicial.

En éste trabajo se analizan meticulosamente los cambios jurisprudenciales que han tenido lugar en la década anterior en torno a la figura de la dispensa judicial, y se profundiza en el contenido de las principales sentencias y acuerdos dictados por el Tribunal Supremo durante ese tiempo, que han servido de base para proceder a su modificación legal.

Acuerdos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo aplicados en materia de la dispensa judicial:

-Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece.

*La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:*

*a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.*

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

-Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de dos mil dieciocho.

*1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo,*

*aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.*

*2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.*

-Acuerdo del Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de julio de dos mil veinte.

*La víctima de los hechos, que está personado en el proceso como acusación particular, al dejar de ostentar tal posición, no recobra un derecho del que carecía con anterioridad, por haber renunciado al mismo al constituirse como acusación particular.*

Estos tres Acuerdos, aunque no son leyes ni normas jurídicas, orientan insoslayablemente a los operadores jurídicos de la jurisdicción penal<sup>11</sup>, manteniendo la Sentencia 514/2016 de 13 de junio<sup>12</sup>:

*Los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional no son técnicamente y desde el punto de vista jurídico vinculantes, sí tienen la capacidad de orientar y sugerir con vehemencia el respeto a los mismos.*

*La fuerza necesaria de los mismos la impondrá la jurisprudencia que uniformemente lo respalde.*

Dichos acuerdos, eran la herramienta necesaria para que el Juez dictara sus sentencias, y debido a que en muy corto espacio de tiempo se estableció por el Tribunal Supremo un criterio distinto, en torno a las consecuencias de la personación o no de la víctima como acusación particular en el procedimiento, se creó una incierta inseguridad jurídica que dio lugar a dictar resoluciones distintas por la comisión de un mismo hecho delictivo, según el tiempo en que el hecho era juzgado.

La sentencia 389/2020 de 10 de julio del Tribunal Supremo, de nuevo se analiza un supuesto en que la víctima denuncia espontáneamente y ejerce la acción penal pero posteriormente renuncia a dicha acción. Se fija la

---

<sup>11</sup> En enero de 2004, el Fiscal General del Estado creó una Comisión dentro de la Sección Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo para estudiar los Acuerdos del Pleno y concluyó en el sentido mencionado.

<sup>12</sup> Ponente: José Ramón Soriano Soriano, *op. cit.*, pág.26.

pérdida definitiva de acogerse a la dispensa en el instante en que se ejercita la acusación particular, ha sido relevante para establecer el marco legislativo de la dispensa judicial.

Pero, es más, incluso en base a los razonamientos jurídicos plasmados en la sentencia 389/20, que conlleva al acuerdo del Pleno Jurisdiccional, la interpretación de algún juez podía llevarle a no conceder la dispensa a la víctima que no se ha constituido en acusación particular, pero hubiese denunciado espontáneamente los hechos, al indicar dicha sentencia en su fundamento jurídico octavo:

*En los casos de violencia de género la dispensa a colaborar con la justicia carece de fundamento, y así lo hemos declarado en multitud de resoluciones judiciales. No tiene sentido conceder una dispensa a declarar a quien precisamente declara para denunciar a su agresor. Y también resulta igualmente de nuestros acuerdos Plenarios, anteriormente citados, especialmente cuando el testigo se encuentra personado como acusación particular.*

Criterio del que discrepo e igualmente crítico, ya que discurrir por esa senda, insisto, puede no respetar el contenido del derecho fundamental otorgado en el artículo 24.2 de la Constitución Española a la víctima, cual es poderse acoger a la dispensa a la obligación de declarar contra los parientes descritos en el mismo.

Y en lo que respecta a la deducción de testimonio de las declaraciones vertidas por la denunciante por posibilidad de haber incurrido está en un delito de falso testimonio o denuncia falsa, tampoco los jueces seguirán el mismo criterio, quizás amparándose alguno de ellos en “el miedo insuperable” de la víctima para no deducirlo, máxime teniendo en cuenta que la propia sentencia del Tribunal Supremo 389/2020, en su fundamento jurídico duodécimo, establece:

*La víctima podrá declarar libremente, pues al haber renunciado a la dispensa por el ejercicio de la acusación particular, en los términos que aquí se interpretan, de nada valdrá a su presunto agresor coaccionarla o amenazarla para que se pliegue a sus intereses, y en todo caso, siempre dispondrá la víctima de la eximente de miedo insuperable, si hubiera lugar a ella.*

Especialmente me centro en el análisis de la misma no solo porque en virtud de ella se dicta el criterio legislativo que actualmente está vigente en la materia de la dispensa, sino también por la trascendencia que tiene para la víctima de violencia de género. Son de destacar los cuatro votos particulares. critico su contenido, dado que en lo que respecta a la aplicación de este criterio, se estaba produciendo una grave inestabilidad jurídica, de la que fui testigo por mi profesión, observando que ante los mismos hechos unos jueces concedían el derecho a la dispensa a la obligación de declarar a la víctima de violencia de género y otros no, pudiendo generar fallos de distinto contenido según el Juez que presidía el juicio, lo que a mi juicio era inaceptable, máxime teniendo en cuenta que probablemente esta situación duraría hasta que existiese una jurisprudencia consolidada al respecto o se modificara el art. 416.

Es cierto que la jurisprudencia no puede fosilizarse, debe evolucionar, pero en esta materia de la dispensa, los giros interpretativos han originado en la práctica judicial una grave inseguridad jurídica, dictándose ante un mismo hecho, sentencias, con soluciones diferentes, según el Acuerdo que estuviera vigente en el momento de los hechos.

La nueva redacción dada al artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no plantea una problemática que se limita al ámbito de la violencia de género o la violencia doméstica; sin embargo, es precisamente en este campo donde la discusión se revela más sensible, ya que en estos casos el testigo que se acoge al derecho a no declarar es a su vez víctima del delito.

Considero que ubicar la fundamentación en salvaguardar el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une a la víctima con el procesado hace que la víctima “perdone” al agresor con tal de mantener los vínculos familiares.

Si se sostiene, sin embargo, que el fundamento de la dispensa no se halla en el fin de mantener unos vínculos con el agresor, sino en no exigir obligatoriamente a la víctima la conducta de declarar contra el procesado, independientemente de que quiera o no quiera seguir con los vínculos de familiaridad con él, en este caso no estaríamos hablando del “perdón” de la víctima, pues puede que no desee perdonarle.

Analizando el primer supuesto, perdonar al maltratador cuando este hubiera cometido delitos contra la pareja o contra los hijos comunes por

salvaguardar los vínculos familiares podría aceptarse siempre y cuando no se plantearán excepciones.

Me explico; en general los casos de perdón de la víctima se producen cuando se trata de los llamados delitos leves, tales como vejaciones, injurias, amenazas, coacciones e incluso lesiones de poca entidad. Pero me cuesta sostener que la víctima perdone a su maltratador cuando el delito producido por el mismo sea más grave. Por ejemplo, una tentativa de homicidio o de asesinato, unas lesiones graves que causaran en la víctima la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, una agresión o abuso sexual. No dudo que puede ocurrir. Si es así, considero plenamente justificado el fundamento basado en los vínculos de familiaridad y solidaridad con el presunto maltratador.

Pero, si no fuera así, a nivel jurídico resulta insostenible mantener dicho fundamento, cuando se plantean excepciones dentro de ese supuesto. ¿Por qué solo perdono al maltratador cuando este ha cometido un delito de poca gravedad?

Insisto, si no se plantean excepciones podría aceptarse ese fundamento, pero considero incongruente poder utilizar la dispensa al antojo personal de cada uno y según los distintos hechos delictivos que hubiera cometido el agresor.

¿Debe la víctima perdonar en todos los supuestos los hechos delictivos cometidos por el causante?, ¿sería factible jurídicamente aplicar la dispensa según el tipo de delito efectuado por el agresor? Es decir, ¿se podría perdonar al mismo si hubiera cometido unas lesiones leves, y no perdonarlo si hubiera cometido un homicidio imprudente? Y, es más, si la pareja hubiera cometido un intento de homicidio contra la víctima y unas lesiones a un hijo común menor de edad, ¿podría declarar la perjudicada contra la pareja por los hechos cometidos hacia su vida y acogerse a la dispensa a no declarar por los hechos cometidos hacia su hijo? Es decir, ¿podría regularse una dispensa distinta para los casos de violencia de género y otra para los demás casos?

Además, si ese fuese el fundamento, lo lógico sería usar otra herramienta jurídico-penal como es el perdón. En efecto, si lo que quiere el legislador es poner en la mano de la víctima la posibilidad de mantener la convivencia familiar y la unión afectiva, entonces no se entiende por qué solo se alcanzará ese objetivo cuando la víctima tiene la llave de la única prueba, y

no cuando hay otras pruebas u otros testigos que llevan a la condena a pesar de la negativa de la víctima a declarar.

Si se mantiene que el fundamento de la dispensa es salvaguardar los vínculos familiares y de solidaridad, esos vínculos en muchos supuestos no se van a salvaguardar, pues como sucede en la práctica, existen casos en los que no se cuenta únicamente con la declaración de la víctima, sino también con las declaraciones de otros testigos que vieron los hechos y con informes médicos que pueden abalar la condena del maltratador o agresor sexual.

Muchos interrogantes que después de reflexiones desembocaron en una conclusión: estar utilizando “el perdón” con el fin de evitar una impunidad al maltratador, convirtiendo un delito público en otro semipúblico, utilizando la regulación de la dispensa según nos conviniese o no, ¿es jurídicamente aceptable, siendo el maltrato un delito público y no privado? ¿Se podría considerar el “perdón” un artilugio para mantener la dispensa? En definitiva, las razones sentimentales para que la conciencia de una víctima de violencia de género se quedará tranquila en el sentido de que no se condenara al culpable debido a su silencio, ¿serían suficientes para justificar el acogimiento a la dispensa?

Cuanto más avanzaba en mi planteamiento me resultaba más difícil poder justificar las excepciones a que una víctima se acogiera a la dispensa a no declarar, tan solo porque quería perdonar al agresor, en algunos casos basados en la menor gravedad del delito cometido (delito leve o menos grave), obligándola, en cambio, a declarar en los delitos graves de violencia de género, ya que el bien jurídico protegido en todos estos casos es el mismo, la vida, de su esposa o pareja. No existe una dispensa “a la carta”, por ello si se mantuviera esa tesis, se podría incurrir en un posible fraude procesal.

Así pues, descartado el perdón como fundamento de la dispensa, cabría preguntar: ¿Por qué considero que no debe suprimirse la misma en los casos en que la víctima sea también testigo?

La dispensa a declarar entre parientes es un derecho fundamental que está reconocido en nuestra Constitución. El derecho a no declarar por razones familiares es un derecho con rango constitucional incuestionable.

Suscribo plenamente la argumentación que se plasma en la Sentencia 319/2009 de 23 de marzo a la que he hecho referencia con anterioridad. Considero muy acertada su fundamentación:

*El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso.*

*De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. El testigo pariente del imputado solo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar.*

La LPIA modifica el artículo 416 LECrim, estableciendo las siguientes excepciones a la posibilidad de ejercer la dispensa, cuando la víctima es menor o discapacitado.

*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 oír previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.*

Las dos últimas excepciones se refieren a cuestiones concretas, independientemente de que la víctima sea o no menor de edad.

*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.*

Al establecer la LPIA, las excepciones mencionadas en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referentes al ejercicio de la dispensa,

desde el día 26 de junio del 2021, fecha en la que entro en vigor, se ha producido un giro radical en la jurisprudencia actual y me adelanto a predecir las críticas que en los años posteriores recibirá esta nueva regulación por parte de los distintos operadores jurídicos.

En cuanto a la primera excepción,

*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.*

Hay que distinguir dos situaciones: por un lado, si el menor es testigo, pero no es víctima del delito enjuiciado y, por otro, si el menor es víctima del delito. En el primer caso, la decisión de ejercer o no la dispensa corresponderán a sus representantes legales, mientras que, en el segundo caso, si el menor es testigo-víctima, sus representantes legales no podrán acogerse a la dispensa del deber de declarar en su nombre.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPD), introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, y se regula más detenidamente la institución de la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. Conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo para las personas con discapacidad, suprimiendo las referencias que hacía el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la institución de la tutela, en la regulación del art. 416 de LECrim.

La LPIA, amplía el contenido del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia de 8 de enero de 2019, creando dos excepciones más a la dispensa del derecho a declarar:

*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.*

Es una excepción objetiva, el foco de atención se centra en la gravedad del delito realizado en concreto sobre una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Al analizar

posteriormente en este trabajo el fundamento de la dispensa a no declarar, me posiciono al respecto, al mantener que el bien jurídico protegido en todos los casos es el mismo, la vida, bien del hijo o de su esposa o pareja, por ello manifiesto que no puede existir una dispensa “a la carta”, y jurídicamente me resulta insostenible poder sostener esta tesis.

*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.*

En cuanto a la tercera excepción, en todo caso se respetará el derecho de la persona menor de edad de ser oída, pero no se dice nada de si la opinión de ese menor podrá ser tenida en cuenta o no, cuestión a la que se tendría que haber aludido.

Respecto al modo de practicarse la declaración del menor, tanto el ALPIA como la LPIA presentan novedades, que dada su relación con la prueba preconstituida se reflejan en el apartado correspondiente de este trabajo

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

Temo que muchas de las resoluciones que acuerden la deducción de testimonio contra la perjudicada se recurrirán, alegando probablemente que la víctima mintió debido al miedo insuperable que le producía su agresor y que por ello no se debía haber acordado la deducción de testimonio. Será de nuevo el Tribunal Supremo quien interprete si, en aplicación de dicho acuerdo, se puede deducir testimonio o no contra la perjudicada, por haber faltado a la verdad en alguna de sus declaraciones.

- Resulta llamativo que dado que la Fiscalía ha recurrido anteriormente sentencias amparándose justamente en el contenido que ahora fija el Acuerdo de Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2020, en este caso en concreto, no solicitó la deducción de testimonio de las declaraciones de la víctima por haber podido incurrir en un delito de falso testimonio o denuncia falsa, máxime cuando siguió manteniendo en sus conclusiones la acusación pública por un delito de malos tratos en el ámbito familiar penado en el art. 153.1 y 3 del Código Penal contra el acusado.

Destaco que se pueden dictar sentencias absolutorio, lo que reafirma mi postura contraria al nuevo enfoque jurisprudencial, ya que el hecho de obligar a la víctima a declarar cuando se ha constituido en acusación particular no protege a la víctima, como indica la sentencia de diez de julio del 2020; al contrario, probablemente coaccionada por su pareja para que cambie su declaración, se ve abocada no solo a ser una víctima real de violencia de género sino a figurar como denunciada por un posible delito de falso testimonio o denuncia falsa.

se vea abocada a ser condenada con la pena establecida en el artículo 458.2 del Código Penal para el delito de falso testimonio, o la del 556.1 por el delito de desobediencia a la autoridad, e incluso por el delito de obstrucción a la justicia del artículo 463.1 de dicho texto legal, si estando citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o tribunal, como en la praxis está sucediendo<sup>13</sup>. ¿No sería mejor dar validez y eficacia a las declaraciones que la víctima prestó en el Juzgado de Instrucción para evitar la coacción que sin duda se puede dar por parte del presunto agresor para que la misma declare en otro sentido en el plenario? ¿No podría de ese modo evitarse así la doble victimización de la víctima?

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

Sin embargo, a pesar de que en un principio pudiera pensarse que, por fin, definitivamente, ha quedado solucionado el problema de interpretación de la dispensa, me atrevo a predecir que de nuevo surgirán criterios distintos entre los distintos órganos judiciales sobre el derecho a conceder la dispensa a declarar.

---

<sup>13</sup> Falso testimonio, art. 458.2 CP: “Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado”.

Desobediencia grave a la autoridad, art. 556.1 CP: “Serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren o desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones...”.

Obstrucción a la justicia, art. 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”.

No ya respecto a la cuestión del ejercicio de la acción penal, sino en concreto sobre el ordinal quinto del apartado primero del artículo 416, referente a:

-que el testigo haya declarado durante el procedimiento teniendo conocimiento de que podía no hacerlo,

-y sobre a si se debe tener en cuenta la declaración prestada en comisaría y poderle denegar el derecho a la dispensa a no declarar o debe prevalecer únicamente la interpretación referente a tomar solo en consideración las declaraciones de los testigos realizadas en presencia judicial.

No sería irracional ni encontraría desacertado que se pudiera llegar a plantear un posible recurso de inconstitucionalidad contra el ordinal quinto del párrafo primero del artículo 416 de LECrim, al entender que el legislador se ha extralimitado al exceptuar de la dispensa judicial al testigo que haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

El artículo 53.1 de la Constitución Española mantiene que solo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, y el art. 24 de la CE, es muy claro, permitiendo que por razones de parentesco no se puede obligar a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, salvo los casos regulados por la ley.

Mi propuesta es eliminar este parrafo quinto del art 416 de la LECR al extralimitar el contenido reflejado en el artículo 24. 2 de CE en el sentido de que el legislador regulará los casos en que por razón de parentesco no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos y acudir al aprueba constituida, pudiendo valorar la declaración del testigo que ha sido prestada con todas las garantías.

#### Prueba preconstituida

Aquí radica la cuestión principal de este trabajo de investigación. ¿Podemos poner en manos de la víctima un poder absoluto de disposición, de tal manera que este tipo de delitos se traten como privados, al acogerse la misma a la dispensa a no declarar, cuando la naturaleza de estos delitos es pública?

Por ello es tan importante el contenido del actual artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referente a la reproducción en el Juicio Oral de las declaraciones de la víctima.

En los delitos públicos, la actitud de la víctima, una vez denunciados los hechos, es irrelevante; sin embargo, indirectamente puede influir mucho de hecho en la decisión final del proceso, pero no porque sea dueña de la pretensión, sino porque su testimonio puede resultar imprescindible para la resolución del mismo.

Si una prueba preconstituida —la declaración de la víctima de maltrato— se ha practicado con todas las garantías, en concreto con contradicción, con intervención de las partes con sus respectivos letrados, en presencia de una autoridad judicial no solo de un Juez o Magistrado en su caso, sino de un Letrado de la Administración de Justicia que da fe de esa actuación, con advertencia a la declarante de la posibilidad de acogerse a la dispensa del artículo 416, y constanding grabación en medio audiovisual de su declaración, cabría cuanto menos preguntarse ¿por qué no tiene ninguna validez la misma si la persona que la emitió, llegado el juicio oral manifiesta su voluntad de no declarar?.

Es claro que con la regulación actual debe declarar, y de no hacerlo incurrirá en un delito de desobediencia, pero el Juez no puede rescatar su declaración practicada en la instrucción de la causa.

¿Por qué dejamos en manos de la víctima el poder de invalidar declaraciones ya producidas y que han sido realizadas legalmente?, ¿por qué, si a una persona se le advirtió en una fase procesal de que no estaba obligada a declarar y a pesar de ello declaró, no se puede incorporar a las actuaciones sus manifestaciones si en el plenario se niega a declarar?

Es cierto que jamás se puede obligar a un familiar a declarar en un proceso seguido contra alguno de los parientes señalados en el tan mencionado artículo 416, pero si lo hizo pese a haberle ofrecido la dispensa, esa declaración —entendiendo— debe tener un valor, el que se considere, pero nunca un valor sujeto a un poder dispositivo del testigo

Si las conclusiones mencionadas fueran llevadas a la práctica por los Jueces en sus sentencias, es razonable pensar que realmente se podrían evitar muchas sentencias absolutorias dictadas por ellos en el momento actual.

Por ser una cuestión tan trascendental, hemos optado por ser muy explícitos en informar correctamente a la perjudicada del cambio legislativo y así, desde el inicio del procedimiento judicial y concretamente en la información previa de los derechos que le asisten a la misma, se le pone en

conocimiento el significado y la repercusión que tiene la postura de mostrarse parte ejerciendo la acusación particular, a fin de que la víctima pueda ponderar la situación y actuar en consecuencia, en el sentido de ejercitar o no la misma.

Es más, a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en el artículo 416 de LECrim tendremos que hacerle saber al testigo víctima que incluso si declara contra el agresor no podrá acogerse posteriormente a la dispensa a no declarar, a mi juicio, un exceso legislativo, máxime teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha establecido que las interpretaciones a los límites de un derecho constitucional deben ser restrictivos<sup>14</sup>.

Concluyo manifestando que en cumplimiento del artículo 24 de la Constitución Española, en todo caso, y siempre que tenga derecho a la dispensa judicial, se debe respetar siempre la voluntad de la víctima, independientemente de que cada uno esté o no de acuerdo con la postura que ha tomado la misma, de acogerse al derecho a no declarar contra su agresor.

En cuanto a la prueba preconstituida, soy partidaria de reformar nuevamente el artículo 730 de la LECrim. , sugiero la posibilidad de que dado que la reforma operada por la LPIA no ha procedido a modificar los artículos 448 y 730 de la LECrim, en el sentido propugnado en este trabajo, se podría abordar una nueva reforma del artículo 730 de LECrim, e incluir la posibilidad de que se pudiera valorar la declaración de la víctima prestada en instrucción con todas las garantías, cuando la misma se negara a declarar.

Las conclusiones a las que seguidamente hago referencia, buscan sintetizar los puntos centrales de esta investigación que no es puramente especulativa pues pretendía no quedarme tan solo en una crítica constructiva a la redacción actual del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino derivar en una propuesta creativa de soluciones a problemas que surgen en la práctica del ejercicio del derecho a acogerse a la dispensa de la obligación de declarar. Me centro en la que se otorga a la víctima que a su vez es testigo de la violencia de género, ese

---

<sup>14</sup> STC nº 90/2006, de 27 de marzo, Sala Segunda Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez nº de recurso: 7115/2002.

ha sido el ámbito de mi trabajo profesional durante años y es ahí donde puedo tratar de enfrentar las soluciones legales y doctrinales con el espejo de la realidad.

### **PRIMERA: Situación actual: inseguridad jurídica y necesidad de replanteamiento**

No existe una línea jurisprudencial y doctrinal definida en materia de dispensa de parientes a la obligación de declarar. Esa realidad genera, posiciones divergentes y disminuye la seguridad jurídica, provocando insatisfacción y desconcierto en los operadores jurídicos y desigualdad en los justiciables.

La necesidad de una reforma y una homogeneización en la respuesta queda puesta de relieve en la propuesta contenida en el pacto de estado contra la violencia machista.

*117. Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes, en relación con el derecho de dispensa de la obligación a declarar a través de las modificaciones legales oportunas.*

El silencio de la víctima que se ha acogido a la dispensa del art. 416 de LECrim provoca de facto la impunidad y como consecuencia un robustecimiento de lo que se trataba de evitar: la sumisión de la víctima.

A pesar de las continuas normas dictadas por el legislador que modifican el contenido del art. 416 de LECrim, y de la extensa jurisprudencia mencionada en este trabajo que lo interpreta, no se acaba de alcanzar el objetivo proteccionista de la víctima de un delito de violencia de género.

En un alto porcentaje de casos, la víctima se acoge a la dispensa a declarar, siendo el único testigo de los hechos y al no prestar declaración contra su agresor, el Juez determina la inexistencia de pruebas que desvirtúen la presunción de inocencia.

### **SEGUNDA: Puntos débiles del actual panorama**

No considero acertado ni suprimir el derecho que tiene la víctima de violencia de género a acogerse a la dispensa que señala el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni mantener el contenido actual de la dispensa.

a) Si se eliminara la dispensa del artículo 416 de la LECrim, la mujer víctima de malos tratos quedaría sujeta al régimen general de los testigos con el peligro de una revictimización en tanto se la pondría en la tesitura de incurrir en responsabilidades criminales derivadas de su negativa a declarar o hacerlo falsamente.

b) Mantener la regulación actual del artículo 416 de la Ley de prueba de provocaciones relevantes. Entiendo que estamos ante la restricción de un derecho constitucional (art 24 CE) no suficientemente justificada, además subsisten problemas interpretativos de fuste que propician interpretaciones dispares como la armonización entre el artículo 261 referente a la denuncia, con el 416 de la LECrim; o la pertinencia de deducir testimonio contra la víctima por haber faltado a la verdad en su declaración.

### **TERCERA: Fundamento**

Cualquier intento de regulación de esta materia o de interpretación de la norma vigente exige como presupuesto dilucidar cuál es el fundamento de la dispensa a declarar. Tras ello hay que plantearse si estaría justificada y es conveniente un régimen especial para los casos de violencia de género.

El fundamento de la dispensa no se halla en el fin de mantener unos vínculos con el agresor, sino en no exigir obligatoriamente a la víctima la conducta de declarar contra el procesado. Entiendo que la dispensa es manifestación del principio de no exigibilidad. En el caso concreto de la víctima de violencia de género la dispensa tiene un doble fundamento: no le es exigible incriminar a persona con la que mantiene o ha mantenido fuertes vínculos afectivos (protección de las relaciones familiares, art. 39 CE), esa idea se complementa con la protección del derecho a la intimidad del ámbito familiar (art. 18 CE), independientemente de que aquella desee o no continuar con los vínculos de familiaridad con él. En ningún caso la dispensa tiene que ver ni debe tener que ver con la institución del perdón.

Solo desde la comprensión integral de la premisa de respetar la voluntad de la persona que se acoge al derecho a no declarar, se pueden proponer modificaciones legales a la regulación de la dispensa para evitar que muchos casos de maltrato resulten impunes.

### **CUARTA: Propuestas concretas de modificaciones.**

1.- La dispensa a la obligación de declarar se debería ofrecer siempre en los casos en los que exista matrimonio o sean pareja de hecho, y siempre que

convivan en el momento de tomar declaración, también cuando la víctima y el agresor tengan hijos comunes y aquella no se haya mostrado como acusación particular en cada una de las fases del procedimiento.

2.- El respeto al derecho de la víctima a no declarar ha de ser acompañado de un sistema de información y asesoramiento previos a la decisión de ejercitar o no tal derecho, que supere lo puramente burocrático, así como de concretas y efectivas medidas de apoyo.

Esa información debe contener ilustración sobre el papel del Fiscal, así como en la actualidad las consecuencias de su personación.

Debiera preverse la posibilidad de que la víctima puede estar acompañada de una persona elegida por ella durante su declaración. Es vital que la víctima, desde que interpone la denuncia hasta que se le tome declaración en el Juzgado de Instrucción de Violencia sobre la Mujer, no tenga contacto directo con el investigado o familiares de este.

3.- Debe revisarse la jurisprudencia. No comparto el contenido del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, del día 23 de enero del 2018, que prohíbe el uso de las declaraciones de la víctima efectuadas con contradicción durante la fase de investigación cuando en el juicio se acoge a la dispensa.

4.- La reciente modificación legislativa, originando grietas en la conexión de la dispensa con su reconocimiento constitucional, puede generar inconvenientes, obligar a la víctima a declarar la puede abocar a responsabilidades penales por desobediencia o falso testimonio u obstrucción a la justicia.

Es medida más eficaz, coherente, y respetuosa con los derechos de la víctima abrir la posibilidad de usar sus declaraciones en fase de instrucción como se propone, que situarla en la tesitura de o inculpar a la persona con la que mantiene lazos afectivos o incurrir en responsabilidad penal.

5.- Para salir al paso de esas consecuencias perniciosas ha de ponderarse la posibilidad de una reforma legislativa consistente en dispensar a la víctima de prestar juramento en su declaración, y así no se la podría perseguir por el delito de falso testimonio, lo que no excluiría en ningún caso las eventuales responsabilidades por un delito de denuncia falsa.

6.- El artículo 55.1 del Convenio de Estambul, debiera alentar en la praxis de nuestros juzgados a buscar pruebas más allá de las declaraciones de la víctima en la medida de lo posible.

sobre un precepto llamado tarde o temprano a ser nuevamente reformado, ya que la reciente reforma legislativa no ha solucionado definitivamente el problema.

Concluyo, que estamos ante la restricción de un derecho constitucional (art 24 CE) no suficientemente justificada, además subsisten problemas interpretativos de fuste que propician interpretaciones dispares como la armonización entre el artículo 261 referente a la denuncia, con el 416 de la LECrim; o la pertinencia de deducir testimonio contra la víctima por haber faltado a la verdad en su declaración.

Cabe en estos momentos reflexionar acerca de una línea de actuación distinta a la seguida actualmente desde el Estado redactando el actual

art.416 de LECR, que no potencie la intervención penal de modo indiscriminado ni, por tanto, obligar a la víctima a declarar cuando no desee hacerlo, volviendo a la tesis establecida en el acuerdo del Tribunal Supremo del 2028 en lo que se refiere a *que No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.*

A pesar de la reforma legislativa llevada a cabo en el artículo 416 de la LECrim, el índice de sentencias absolutorias que se dictan, como consecuencia de haberse acogido la víctima de violencia de género a la dispensa judicial, es excesivo. Las últimas estadísticas nos dan una dimensión real del problema ante el que nos enfrentamos; por ello, se debe buscar un equilibrio, dar con una solución para que esta situación descrita en los párrafos anteriores no se produzca, pues tal como está regulada actualmente la dispensa, los operadores jurídicos sentimos impotencia al ver que casos auténticos de violencia de género se archivan porque la víctima no dice la verdad cuando declara o porque se les deja a la víctima una especie de privatización de la infracción en el ámbito intrafamiliar, lo que se contrapone a los objetivos de la política criminal plasmada en los convenios internacionales que obligan a España por haberse adherido a los mismos