

Neus Vendrell Briansó

**LA DIFICULTAT PROBATÒRIA DE LA
VIOLENCIA DE GÈNERE**

ESPECIAL ATENCIÓ A L'ARTICLE 416 DE LA LECRIM

TREBALL DE FI DE GRAU

dirigit per la Dra. Elisabet Cerrato Guri

Doble Grau de Dret i ADE



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2021

Aquest TFG s'ha desenvolupat en la modalitat de: Treball de Recerca

- Títol de la Revista científica triada:

Justicia. Revista de derecho procesal

- Normes per a autors previstes a la revista:

1. S'enviarà la col·laboració pel correu electrònic següent: justicia@libreriabosch.com
2. S'ha de fer un resum en castellà i anglès d'una extensió màxima de 100 paraules amb les paraules claus corresponents i el nom de l'autor i càrrec acadèmic o professional. S'haurà de traduir també a l'anglès el títol de l'estudi.
3. Els treballs han de ser inèdits i es cedeixen gratuïtament els drets de publicació.
4. Ha de tenir una extensió màxima de 60 pàgines a doble espai, en lletres Times New Roman 12 (text) i 10 (notes).
5. S'estructurarà mitjançant apartats numèrics.
6. En la redacció s'ha de procurar no utilitzar negreta ni subratllat.
7. Les cites van a peu de pàgina de la següent manera: autor, títol en cursiva, ciutat, any i pàgines citades. Quan es tracti d'una cita electrònica es posarà la direcció i la data de lectura.

ÍNDEX

1. Introducció	4
2. Resum i paraules clau	5
3. Aproximació al concepte i regulació de violència de gènere	7
4. Dificultat probatòria en la violència de gènere. Especial atenció a la dispensa de declarar de l'art. 416 LECrim	13
4.1. El testimoni de la víctima com a única prova de càrrec	13
4.2. La dispensa de l'art. 416 LECrim a les víctimes de violència masculista	15
5. Anàlisi de l'evolució jurisprudencial.....	17
5.1 Situació prèvia a l'Acord del Ple no jurisdiccional del TS de 2013	17
5.2 Acord No Jurisdiccional de 24 d'abril de 2013	18
5.2.1 Declaració per fets succeïts amb posterioritat a la dissolució del matrimoni o cessament definitiu de la situació anàloga d'afecte	19
5.2.2 Supòsits en els que el testimoni estigui personat com acusació en el procés.20	
5.3 Acord del Ple No Jurisdiccional de 23 de gener de 2018.....	21
5.4 Sentència Tribunal Suprem 34/2020, de 10 de juliol de 2020	23
5.4.1 Anàlisi del canvi interpretatiu. Motius de la sentència.....	23
5.4.2 Vots particulars.....	25
5.4.3 Sentències posteriors	26
5.4.4 Conseqüències	27
6. Alternatives a la situació actual	30
6.1 Reforma legislativa.....	30
6.2 Mesures complementàries de suport.....	31
6.3 Aproximació a alguns models de dret comparat	32
7. Conclusions.....	35
8. Bibliografia i webgrafia.....	37
9. Índex doctrina judicial	40

1. Introducció

Aquest treball neix de la inquietud respecte el problema global de la violència de gènere i en concret del tractament i posició de les víctimes en els processos judicials. Com a estudiant de dret i futura jurista però sobre tot, com a dona, em sento implicada i interpel·lada en la lluita feminista per erradicar i abolir el masclisme de la societat.

En aquest context, he cregut oportú aprofitar l'oportunitat d'elaborar un treball de fi de grau que em permetés aprofundir sobre un tema de tanta actualitat que a la vegada encaixa a la perfecció amb els meus interessos i m'ha permès conèixer en detall aspectes que, d'altra manera, no hagués assolit amb tanta concreció. Així doncs, he elaborat aquest estudi combinant els meus valors feministes amb els estudis jurídics que he assolit al llarg d'aquests 5 anys a la Facultat de Ciències Jurídiques de la Universitat Rovira i Virgili.

El treball de recerca es basa en un estudi de la dispensa de l'obligació de declarar en un procediment penal que s'introdueix amb l'article 416 de la LECrim, centrant-nos en els casos de violència de gènere. S'analitza l'afectació que ha tingut al llarg dels anys amb els respectius canvis de criteris jurisprudencials i es proposen diverses alternatives que pretenen una millor protecció per la víctima. La metodologia de l'estudi s'ha basat en la recerca a partir de diversos textos normatius, documents doctrinals i jurisprudencials que m'han permès fer una anàlisi evolutiva completa detallant també opcions alternatives que s'apliquen a altres països.

L'objectiu principal s'ha basat en l'anàlisi de la problemàtica sorgida a partir de l'aplicació d'aquest article sobre tot en el casos de violència de gènere on la única prova pot ser el testimoni de la víctima i per tant, si aquesta s'acull a la dispensa, ens podem trobar davant d'un procediment que acaba amb sobreseïment o absolució per falta de proves concloents que permetin trencar la presumpció d'innocència. Davant d'aquesta situació, s'ha de buscar la millor alternativa per trencar amb aquests espais d'impunitat envers els agressors.

2. Resum i paraules clau

LA DIFICULTAT PROBATÒRIA DE LA VIOLÈNCIA DE GÈNERE. ESPECIAL ATENCIÓ A L'ARTICLE 416 LECrim.

Resum: Aquest estudi es basa en la problemàtica sorgida arran de la dispensa de l'obligació de declarar (art. 416 LECrim) en els supòsits de violència de gènere on el testimoni de la víctima és sovint l'única prova per desvirtuar la presumpció d'innocència. El Tribunal Suprem ha intentat resoldre els dubtes que sorgien en l'aplicació d'aquest article a partir de resolucions i canviant de criteri interpretatiu fins a 3 vegades al llarg dels darrers 8 anys, motiu pel qual es valora la necessitat de reformular aquest text legal per poder oferir una protecció major a aquestes víctimes.

Paraules clau: violència de gènere, dificultat probatòria, declaració de la víctima, dispensa de declarar, criteri jurisprudencial.

LA DIFICULTAD PROBATORIA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL ATENCIÓN AL ARTÍCULO 416 LECrim.

Resumen: Este estudio se basa en la problemática surgida a raíz de la dispensa de la obligación de declarar (art. 416 LECrim) en los supuestos de violencia de género dónde el testimonio de la víctima es a menudo la única prueba para desvirtuar la presunción de inocencia. El Tribunal Supremo ha intentado resolver las dudas surgidas en aplicación de este artículo a partir de resoluciones y cambiando de criterio interpretativo hasta 3 veces a lo largo de los últimos 8 años, motivo por el cual se valora la necesidad de reformular este texto legal para poder ofrecer una protección mayor a estas víctimas.

Palabras clave: violencia de género, dificultad probatoria, declaración de la víctima, dispensa de declarar, criterio jurisprudencial.

THE PROBATIVE DIFFICULTY OF GENDER VIOLENCE. SPECIAL ATTENTION TO ARTICLE 416 LECRIM.

Abstract: This study is based on the problem that arose as a result of the dispensation from the obligation to testify (art. 416 LECrim) in cases of gender violence where the victim's testimony is often the only evidence to disprove the presumption of innocence. The Supreme Court has tried to resolve the doubts of the application of this article with resolutions and changing its interpretative criteria up to 3 times over the last 8 years, this is why we need to reformulate this legal text in order to be able to offer greater protection to those victims.

Keywords: gender violence, evidentiary difficulty, victim's statement, dispensation from declaring, jurisprudential criteria.

3. Aproximació al concepte i regulació de violència de gènere

La desigualtat entre homes i dones és una realitat existent i latent en la nostra societat. Fruit d'aquest desequilibri es constitueix un problema estructural que es troba arrelat des dels inicis de la història i es plasma en tots els àmbits i contextos de la nostra societat. Aquestes relacions desiguals s'emmarquen dins del concepte del masclisme, entès com l'atribució d'una superioritat de valors, en tots els camps, dels homes envers les dones. Aquest fet neix d'un sistema patriarcal on la societat és dominada pels homes. L'assignació històrica de rols de superioritat al gènere masculí fa que aquesta estructura es perpetui al llarg dels anys i es desenvolupi en diversos tipus de violència -física, psicològica, sexual, econòmica, laboral, familiar, social, etc.- com a conseqüència del domini, control i abús de poder dels homes sobre les dones.

La violència de gènere és la manifestació més brutal d'aquesta superioritat i desigualtat i actualment és un greu problema que afecta la vida quotidiana de moltes dones causant-los, en massa ocasions, greus lesions físiques i/o psicològiques i, en els pitjors dels casos, la mort. Donat el seu caràcter sistèmic, la lluita per acabar amb la violència de gènere ha de ser transversal i això implica una complexitat afegida¹ que es pretén abordar amb una evolució legislativa constant.

A Espanya, no es regula com a tal fins al 2004 amb la Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere² (en endavant LOMPIVG); si bé hi ha hagut manifestacions des de l'any 1989 quan es va contemplar per primera vegada el delictes de violència domèstica en la LO 3/1989 de 21 de juny. Més endavant, al 1995, es reforma el Codi Penal per introduir-hi algunes millores tècniques i un enduriment de la penalitat. Amb la finalitat d'oferir major protecció a la víctima, al 1999 s'introdueixen noves reformes al Codi Penal i a la Llei d'Enjudiciament Criminal (en endavant LECrim) que inclouen la violència psíquica i l'ampliació del nombre de persones que formen part del grup familiar. En aquest sentit de protecció s'encaminen també les novetats legislatives del 2003 amb la LO 11/2003 de mesures concretes, en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social d'estrangers; o la nova reforma del Codi Penal amb la que s'inclou el delictes de maltractaments habituals.

¹ Román Llamosi, Sofia. (2019). Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *VLex*, p. 179.

² Espanya. Llei Orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere. Boletín oficial del Estado, 29 de desembre de 2004, núm. 313, 42166-42197.

Altres lleis rellevants han sigut la Llei 27/2003 reguladora de l'Ordre de Protecció de les Víctimes de Violència Domèstica, que introdueix l'art. 544 ter a la LECrim, o la ja referida LOMPIVG que pretén produir un marc integral de protecció a les víctimes i disposar de tota una sèrie d'actuacions i mesures que tendeixin a prevenir aquests fets fins a que s'arribin a eradicar centrant-se en tres àmbits: prevenció, protecció i penalitat. Cal destacar també la llei orgànica 3/2007 per la Igualtat efectiva de dones i homes amb la que es vol eliminar qualsevol forma de discriminació per raó de sexe. El 2010 es va fer una nova reforma del Codi Penal que, tot i que no conté modificacions que afectin específicament la violència de gènere, sí que presenta alguna connexió indirecta com la reforma referent a la pàtria potestat.

A nivell català, cal fer referència a la llei catalana 5/2008³ en tant que norma pionera a l'Estat espanyol en matèria de violència masclista fruit de la participació d'organitzacions feministes i partits polítics, que es refereix a aquesta violència com l'expressió més greu i devastadora de la nostra cultura ja que impedeix el desenvolupament dels drets, la igualtat d'oportunitats i les llibertats de les dones. Aquesta llei està en constant adaptació als canvis socials tal i com queda reflectit a l'última modificació del passat desembre de 2020.

Pel que fa a l'àmbit internacional també trobem diverses normatives que pretenen frenar i acabar amb aquesta greu situació, exemples importants són: la Convenció sobre l'Eliminació de totes les formes de discriminació contra la Dona (CEDAW) del 1979; la Conferència de Drets Humans de Viena de 1993; La Declaració de Beijing del 1995; la Resolució de la Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides del 1997 2001/49; la Directiva 2006/54/CE relativa a l'aplicació del principi d'igualtat d'oportunitats i igualtat de tracte entre homes i dones en assumptes de treball i ocupació; entre d'altres.

Així doncs, comptem amb un important volum de textos normatius que pretenen dotar a l'àmbit jurídic de perspectiva de gènere – entenent gènere com aquells papers,

³ Catalunya. Llei 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a eradicar la violència masclista. DOGC, 2 de maig de 2008, núm 5123. Aquesta llei ha estat reformada recentment per la llei 17/2020, de 22 de desembre amb la vocació d'ampliar, reforçar i actualitzar-la. Les novetats són referents a les dones transgènere i cisgènere, les qüestions de les dones en la vida política, la regulació de la violència institucional, les violències digitals, la inclusió d'una definició de consentiment sexual i ampliacions dels tipus de violència en àmbit social i comunitari.

Institut Català de les Dones. Gencat. (https://dones.gencat.cat/ca/ambits/violencia_masclista/normativa/lei-17-2020-de-22-de-desembre-de-modificacio-de-la-lei-5-2008/#, data de consulta: 06/03/2021).

comportaments, activitats i atribucions socialment construïts que una societat concreta considera propis de dones o de homes⁴ - que pot servir per desvetllar aquelles institucions, regles i pràctiques del dret que creen, legitimen i perpetuen la discriminació, amb el propòsit de derogar-les, transformar-les i/o substituir-les per altres⁵, alhora que dotar la societat de les eines necessàries per combatre el greu problema de la violència de gènere

Tal i com es defineix en l'exposició de motius de la llei nacional 1/2004 (LOMPIVG), la violència de gènere és aquell tipus de violència dirigida a les dones pel simple fet de ser-ho, perquè els seus agressors les consideren mancades dels drets mínims de llibertat, respecte i capacitat de decisió. Comprèn qualsevol acte de violència física i psicològica, incloses les agressions a la llibertat sexual, les amenaces, coaccions o la privació arbitrària de la llibertat (art. 1.3 LOMPIVG). Segons la citada llei, aquesta manifestació de discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones, s'exerceixen per part d'aquells que han sigut o són els seus cònjuges o els que han estat vinculats a elles per relacions similars d'afectivitat encara que no hi hagi hagut convivència (art. 1.1). Per tant, la LOMPIVG trenca amb la tendència expansiva d'anar ampliant el cercle dels possibles subjectes passius de violència de gènere ja que es limita a incloure-hi les relacions matrimonials o anàlogues⁶.

Tot i això, un sector important de la societat considera que la violència de gènere no només s'exerceix per part de parelles o ex-parelles sinó que, en tractar-se d'un fenomen estructural i transversal, va molt més enllà i arriba a superar l'entorn més íntim de la dona de manera que s'afirma que la violència de gènere la pot dur a terme qualsevol persona sense necessitat de tenir un vincle emocional amb la víctima, encara que aquesta sigui la situació més freqüent. En aquest sentit, el legislador espanyol amplia el concepte de víctima de violència de gènere en l'article 2 de la llei 13/2007⁷ de Mesures de Prevenció i Protecció Integral contra la Violència de Gènere amb la següent definició "es consideraran víctimes de violència de gènere (...) a) la dona que, pel fet de ser-ho, independentment de la seva edat, orientació o identitat sexual, origen, ètnia, religió, o

⁴ Definició que es mostra en el Conveni d'Estambul en el Conveni del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència contra la dona i la violència domèstica. Estambul 11 de maig de 2011.

⁵ Ramírez Ortiz, Jose Luís. (2020). El testimonio único de la Víctima en el proceso penal des de la perspectiva de genero. *Revista internacional sobre Razonoamiento Probatorio*, 1, 201-246.

⁶ Domínguez Castellano, Fátima; Nieto Morales, Concepción; Calderón Lozano, Amalia; Torres Reviriego, María del Rosario. (2016). Guía de intervención judicial sobre violencia de género. *VLex*, 27-29.

⁷ Espanya. Llei Orgànica 13/2007, de 26 de novembre, de mesures de prevenció i protecció integral contra la violència de gènere. Boletín Oficial del Estado, 13 de febrer de 2008, núm. 38, 7773-7785.

qualsevol altra condició o circumstància personal o social, pateixi un dany o perjudici sobre la seva persona (...)” i per tant, eliminant la necessitat de que el subjecte passiu es trobi en una relació matrimonial o similar. Aquesta perspectiva coincideix amb la de l’Organització Mundial de la Salut que en la definició que ens ofereix sobre la base de l’article 1 de la Declaració sobre l’eliminació de la violència contra la dona de les Nacions Unides⁸ no contempla la necessitat que l’autor sigui cap persona concreta ni que existeixi cap vincle afectiu sinó que simplement descriu aquest concepte com “tot acte de violència de gènere que resulti, o pugui tenir com resultat un dany físic, sexual o psicològic, per a la dona, incloses les amenaces de tals actes, la coacció o la privació arbitrària de llibertat, tant si es produeixen en la vida pública com en la privada”⁹. Per tant, l’únic requisit és el fet que un home exerceixi violència sobre la dona pel simple fet de ser-ho.

El conjunt de valors que encara predominen a dia d’avui, tals com l’educació, la cultura, la religió, les lleis, el llenguatge, etc. fan que aquest sistema patriarcal es perpetui i es mantingui a la dona en una condició d’inferioritat. Així és com, a partir de la tradició, les dones queden sotmeses al poder, normes i ordres d’una societat dominada per homes i per tant, sotmeses als homes.

Les dades ens donen la raó, segons la Macroenquesta de Violència contra la Dona del 2019¹⁰ duta a terme pel Ministeri d’Igualtat espanyol: 1 de cada 2 dones ha patit o pateix violència de gènere al llarg de la seva vida. Això suposa que el 57,3% de les dones d’Espanya patiran o ja han patit algun cop qualsevol tipus de violència pel simple fet de ser dones; i si reduïm el marc temporal els últims 12 mesos, la xifra continua sent igualment devastadora: 1 de cada 5 dones ha estat víctima de violència masclista. Si ens centrem només en la violència sexual, aquest estudi indica que un 6,5% de les dones han patit aquest tipus de violència en algun moment de les seves vides per persones amb qui no han tingut mai una relació de parella mentre que un 14,2% de dones han patit violència física i/o sexual per part d’una parella actual o passada.

⁸ ONU: Asamblea General, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer: Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993*, 20 Diciembre 1993, A/RES/48/104.

⁹ Definició que ofereix la ONU. (https://www.who.int/topics/gender_based_violence/es/, data de consulta: 16/03/2021).

¹⁰ És l’operació estadística més rellevant que es fa a Espanya en relació a la violència de gènere. Es duu a terme cada 4 anys des del 1999 amb l’objectiu de conèixer el percentatge de dones de 16 anys o més que resideixen a Espanya i han patit o pateixen algun tipus de violència pel fet de ser dones. (<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>, data de consulta: 18/02/2021).

És evident doncs l'existència i importància d'aquesta problemàtica que genera molt de debat en l'actualitat política i jurídica del nostre país. Els darrers governs han destinat esforços, programes i recursos a polítiques socials que han intentat posar fi a aquestes dades¹¹ tot i que, com es desprèn de les estadístiques aportades, encara queda molta feina per endavant. A més, les previsions no són bones de cara al futur ja que aquestes xifres no paren de créixer any rere any, destacant l'Institut Nacional d'Estadística que el nombre de dones víctimes de violència de gènere va augmentar un 2% l'any 2019 i té una tendència creixent des de l'any 2013, que s'ha vist acusada per la situació de pandèmia originada per la COVID19 ja que durant aquesta crisi el temps de convivència entre agressor i víctima ha augmentat (degut a la quarantena i el confinament), els conflictes quotidians s'incrementen, la violència es perllonga sense interrupcions, la percepció de seguretat i impunitat de l'agressor és major i tot això genera més facilitat per els abusos i violències¹².

Tots aquests canvis han afectat la situació dels tribunals del nostre país on només al 2019 hi va haver 31.805 persones denunciades per violència de gènere¹³, encara que moltes víctimes continuen sense denunciar per diversos motius¹⁴: creuen poder-ho resoldre soles, consideren que té poca importància, tenen por a l'agressor, o no ho fan per vergonya.

Tal i com s'indica en la Macroenquesta de Violència contra la Dona del 2019, de les dones que havien arribat a vèncer la por de denunciar, un 21,3% van retirar la denúncia per por, pel sentiment de culpa ja que "és/era el pare dels meus fills/es", per promeses que no tornaria a passar, per pena envers la parella o perquè s'havien separat.

¹¹ En són exemples la posada en funcionament del telèfon 016, d'atenció a les víctimes de Violència de Gènere. (08/10/2017). Puesta en marcha del teléfono 016, de atención a las víctimas de la violencia de género. *Noticias jurídicas*. (<https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/466-puesta-en-marcha-del-telefono-016-de-atencion-a-las-victimas-de-la-violencia-de-genero/>, data de consulta: 6/03/2021) ; o la xarxa d'atenció i recuperació integral que ofereix la Generalitat de Catalunya a les víctimes de Violència de Gènere (https://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/families/violencia_masculista/xarxa-datencio-i-recuperacio-integral-/, data de consulta: 06/03/2021).

¹² Urbano, Clara. (2020). El impacto de la COVID-19 en la violencia de género. *El Diario*. (https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/impacto-covid-19-violencia-genero_129_6132839.html, data de consulta: 06/03/2021).

¹³ INE. (2020, maig 19). Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género (EVDVG). Año 2019. (https://www.ine.es/prensa/evdvg_2019.pdf, data de consulta: 06/03/2021).

¹⁴ Macroenquesta de Violència contra la Dona 2019. (<https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>, data de consulta: 18/02/2021).

Veient aquestes dades podem afirmar que aquesta violència, en moltes ocasions, té lloc en un àmbit domèstic o intrafamiliar¹⁵ cosa que li atorga una projecció temporal molt més àmplia i es pot desenvolupar o estendre fins i tot un cop acabada la relació¹⁶, la qual cosa suposa una complexitat afegida que cal valorar i tenir en compte durant l'enjudiciament. Així doncs, en els delictes de violència de gènere observem aquesta peculiaritat que no es produeix en altres delictes: l'esfera estrictament privada en la que es desenvolupen els actes i la relació d'afectivitat entre agressor i víctima¹⁷. Aquest escenari dificulta la possibilitat de presentació i obtenció de proves que pugin vèncer la presumpció d'innocència ja que en molts d'aquests procediments, l'única prova existent és la pròpia declaració de la víctima i per tant, tot això produeix que un elevat nombre de denúncies acabin amb sobreseïment o absolució¹⁸ per falta de valor probatori necessari com per superar la presumpció d'innocència o bé perquè la víctima decideix acollir-se al dret de la dispensa de declarar previst a l'art. 416 LECrim¹⁹.

Dins de tot aquest context, aquest treball centra la seva atenció en la problemàtica derivada de la dispensa prevista a l'article 416 de la LECrim, que permet no declarar a la víctima quan sigui familiar de l'acusat, i com això afecta a la prova de tal delicte i a la posterior condemna. Es farà una anàlisi completa de l'evolució jurisprudencial existent al llarg dels últims anys per acabar conclouent amb una proposta que permeti una millor resposta a les víctimes de violència de gènere, especialment quan es troben immerses en un procés judicial .

¹⁵ Segons la referida Macroenquesta 2019, el 70,6% d'agressions sexuals es duen a terme per un familiar o un amic o conegut.

¹⁶ Román Llamosi, Sofia. ob. cit.

¹⁷ Dominguez Castellano, F.; Nieto Morales, C.; Calderón Lozano, A. y Torres Reviriego, M.R., ob. cit., 519-529.

¹⁸ De les 150.785 denúncies per violència de gènere que es van presentar al llarg del 2020, només 18.668 van arribar a la fase d'enjudiciament mentre que 54.715 van acabar amb sobreseïment (tant lliure com provisional). De les denúncies que van arribar fins a l'enjudiciament, 2.140 van acabar amb sentència absoluta i 16.402 en condemna (un 10,88% de les denúncies inicialment presentades). Dades extretes de: *Informe anual sobre violència de gènere*. Consejo general del Poder Judicial. (2020).

¹⁹ Cerrato Guri, E (2007). *La dificultad del delito de maltrato sobre la mujer. Peritaje y prueba pericial*.

4. Dificultat probatòria en la violència de gènere. Especial atenció a la dispensa de declarar de l'art. 416 LECrim

4.1. El testimoni de la víctima com a única prova de càrrec

Una de les principals dificultats que plantegen els processos penals per delictes de violència de gènere és la dificultat probatòria dels fets delictius pel fet de que aquests acostumen a desenvolupar-se en la intimitat de la parella i l'àmbit domèstic, cosa que acaba significat que en moltes ocasions no hi hagi més testimonis directes que l'agressor i la víctima, essent de destacar en aquests casos la freqüent situació de dominació de l'home dins de la relació que pot generar el silenci de les víctimes. L'experiència i pràctica dels tribunals posa de manifest que en molts casos, l'única prova de pes que s'acaba produint és la declaració de la víctima.

Quan ens trobem davant d'una situació on la única prova és la declaració de la víctima és necessari valorar si aquesta és suficient per desvirtuar la presumpció d'innocència²⁰. El Tribunal Suprem s'ha posicionat en aquest sentit en múltiples ocasions al llarg dels darrers anys acceptant que *“el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril, 5 y 11 de mayo de 1994, entre otras muchas)”*²¹. Per tant, el testimoni de la víctima com a única prova pot ser suficient per condemnar el presumpte agressor sempre i quan es compleixin una sèrie de requisits que també venen determinats per la Sala Penal del Tribunal Suprem en moltíssimes de les seves resolucions²². Així doncs, seguint la jurisprudència de l'alt Tribunal, es considera necessària la concurrència de tres exigències per tal de dotar de factors de raonabilitat una possible sentència condemnatòria.

En primer lloc, cal que hi hagi absència d'incredibilitat subjectiva, que pugui resultar de les seves característiques o circumstàncies personals. És important tenir en compte les

²⁰ Dret fonamental garantit en l'article 24.2 de la Constitució Espanyola pel qual es garanteix a tota persona – contra la qual es dirigeixi un procediment – ser innocent fins que una sentència ferma no declari el contrari.

²¹ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 1413/2000, de 21 de setembre de 2000, f.j. 1er. (ECLI:ES:TS:2000:6593).

²² STS (Sala Segona) 238/2011, de 21 de març de 2011, f.j. 2n. (ECLI:ES:TS:2011:1991).

ATS (Sala Segona) 4/2021, de 17 de desembre de 2020, f.j. únic. (ECLI:ES:TS:2020:12810A).

característiques físiques o psicoorgàniques, en les que cal valorar el grau de maduresa i desenvolupament, i la incidència que puguin tenir certs trastorns mentals o malalties en la credibilitat de les seves afirmacions. Així mateix, també cal comprovar la inexistència de mòbils que enterboleixin o puguin enterbolir la sinceritat de la declaració fent que sigui dubtosa la seva credibilitat i per tant, crear un grau d'incertesa incompatible amb la formació d'una convicció inculpatòria ferma tenint en compte que qualsevol denunciante té per regla general l'interès en la condemna del denunciat i no per això s'elimina el valor de les seves afirmacions²³.

En segon lloc és necessari apreciar la versemblança²⁴ del testimoni, és a dir, que la seva declaració sigui lògica – sense contradiccions – i tingui el suport de dades objectives tot i que cal ponderar adequadament els delictes en els que no es deixa rastre de la seva perpetració ja que el fet de que la dada corroborant no es pugui contrastar no desvirtua el testimoni si es justifica adequadament.

Per últim, caldrà la persistència en la incriminació consistent en la no existència d'ambigüitats ni contradiccions i el manteniment de la incriminació en el temps. És a dir, no hi ha d'haver modificacions en les successives declaracions i es precisa de coherència i concreció en la declaració (sense ambigüitats, generalitats o vaguetats).

Aquests requisits poden presentar certa problemàtica ja que quan s'ha de valorar la declaració de les víctimes s'han de tenir en compte les circumstàncies especials per les que es veuen afectades. En moltes ocasions, les víctimes no segueixen una actuació processal uniforme ja que és comú que estiguin unides per vincles d'afectivitat als agressors, no tinguin suport econòmic, depenguin psicològicament d'aquests o tinguin por a represàlies²⁵. Tot això pot comportar que hi hagi certs comportaments desiguals com ara canvis en les declaracions inicials o la posterior retirada de la denúncia, per això cal ser conscients de tots aquests factors per no caure en l'error de considerar que aquests canvis són deguts, en tot cas, a la falta de veracitat²⁶.

²³ STS (Sala Segunda, de lo Penal), núm. de recurs 207/1993, de 11 de maig de 1994, f.j. 1er. (ECLI:ES:TS:1994:3521)

²⁴ STS (Sala Segunda, de lo Penal) 1413/2000, de 21 de setembre de 2000, f.j. 1r. (ECLI:ES:TS:2000:6593). STS (Sala Segunda, de lo Penal) 752/2002, de 29 d'abril de 2002, f.j. 4t. (ECLI:ES:TS:2002:3052).

²⁵ Larrauri Pijoán, (2008) Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?, *Las Mujeres y sistema penal (violencia doméstica)*, Euroeditores, 95-132.

²⁶ Montesinos García, Ana. "Especificades probatorias en los procesos por Violencia de Género". *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época (nº 17), 127-165.

4.2. La dispensa de l'art. 416 LECrim a les víctimes de violència masclista

En relació a la declaració de la víctima en processos de violència de gènere, cal destacar el contingut de l'article 416 de la LECrim que preveu un privilegi a favor d'alguns familiars²⁷ de l'acusat exemptant-los de l'obligació de declarar que en principi és imposada a tot testimoni en un procés penal a través de l'article 410 de la LECrim. Aquesta dispensa persegueix dues finalitats: en primer lloc, protegir el testimoni davant d'un possible conflicte de consciència o interessos i per altra banda, protegir les relacions de família. El fonament jurídic d'aquest article rau en la creença que declarar sent testimoni i familiar pot posar en una situació antinatural al testimoni que es pot veure forçat a revelar un secret familiar o bé a mentir a favor del parent; es tracta, en definitiva, de protegir la intimitat en l'àmbit familiar.

En els casos de violència de gènere és habitual que la víctima, després de denunciar, es vulgui acollir a aquest dret ja que deixa de tenir interès en què es condemni l'agressor. L'explicació es basa en l'existència d'una relació íntima i dependent, ja sigui present o passada, que dificulta tot el procediment en què es veu envoltada la víctima. S'han de tenir present diverses particularitats: la violència normalment és exercida per algun conegut; es sol desenvolupar en el domicili i en la intimitat; es tracta d'una violència instrumental que pretén un control i submissió sobre la dona; i per últim, respon a un cicle que es perllonga en el temps on es van acumulant tensions i la situació acaba explotant quan es manifesta la violència però que en molts casos acabarà en una posterior reconciliació, fins que es torna a iniciar el mateix cicle²⁸. Totes aquestes situacions provoquen en la víctima una inestabilitat psicològica on generen sentiments contradictoris envers els seus agressors.

Així doncs, dins d'aquesta situació complexa, quan la víctima s'acull a la dispensa de declarar, es dificulta encara més el procediment perquè sense aquesta prova de càrrec es fa pràcticament impossible justificar la condemna de l'autor del delictes de violència masclista, essent inevitable el sobreseïment o una sentència absolutòria, tal i com conclou

²⁷ “Están dispensados de la obligación de declarar: Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261(...)”.

²⁸ Román Llamosí, Sofia, ob. cit.

la Memòria de la Fiscalia General de l'Estat del 2019²⁹ on s'indica que la dispensa de l'article esmentat és la causa principal de la conclusió dels procediments sense condemna, essent evident la sensació d'impunitat per aquestes conductes.

De fet, aquest mateix document posa xifres a aquesta situació. Així, l'any 2019 un 10,66% de les dones es va acollir a la dispensa (17.205 casos) augmentant el nombre de casos respecte dels anys anteriors. Des de la Fiscalia General de l'Estat es fa constar en les Memòries que encara que els casos no estan comptabilitzats, un percentatge important de les sentències absolutòries són motivades per l'acolliment de la víctima a la dispensa de l'article 416 de la LECRIM, fent notar la Fiscalia Provincial d'Alacant³⁰, que és decisiu per l'ús de la referida dispensa l'ambigüitat de sentiments envers l'agressor, la dependència econòmica i social i la por d'agredir, encara més, la situació.

Resulta lògic doncs que, davant d'aquesta situació, hi hagi molt de debat jurisprudencial i doctrinal ja que entren en contraposició la possibilitat o no d'acollir-se a la dispensa envers la necessitat de tenir prova de suficient pes per dictar una sentència condemnatòria. Al llarg d'aquest treball s'analitzaran els diversos canvis jurisprudencials i les conseqüències que se'n deriven així com les possibles solucions que permetin garantir la protecció de la víctima i el seu entorn.

²⁹ Fiscalía General del Estado (2019). Memorias de la Fiscalía General del Estado. (<https://www.fiscal.es/documents/20142/133838/MEMORIA+-+2020.pdf/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f?version=1.0&t=1599473163000>, data consulta: 17/04/2021).

³⁰ Fiscalía General del Estado (2019). Memorias de la Fiscalía General del Estado, p. 825. (<https://www.fiscal.es/documents/20142/133838/MEMORIA+-+2020.pdf/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f?version=1.0&t=1599473163000>, data de consulta: 17/04/2021).

5. Anàlisi de l'evolució jurisprudencial

En aquest apartat ens proposem examinar quina ha estat la interpretació que la jurisprudència ha fet de l'art. 416 de la LECrim i quina ha estat l'evolució que ha seguit la seva aplicació, a partir de tres moments clau: l'Acord del Ple no jurisdiccional del Tribunal Suprem de 24 d'abril de 2013³¹, l'Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala Segona del Tribunal Suprem de 23 de gener de 2018 (4405/2018)³² i finalment, la recent Sentència del Tribunal Suprem de 10 de juliol de 2020³³.

5.1 Situació prèvia a l'Acord del Ple no jurisdiccional del TS de 2013

Abans de l'Acord del 2013 els tribunals havien fet pronunciaments diversos³⁴ entorn a l'operativitat de la dispensa de declarar en els casos en els que el testimoni fos la víctima dels fets perseguits.

Així, en algunes ocasions el Tribunal Suprem havia entès que l'article 416 de la LECrim no havia d'aplicar-se quan la víctima formalitzava la denúncia espontàniament per tal de rebre protecció personal ja que, segons la opinió del tribunal, aquest article pretén protegir la intimitat de l'àmbit familiar d'aquells testimonis que són parents de l'acusat sense ser víctimes. En aquest sentit, la STS de 12 de juliol de 2007 observa que *“contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección”*³⁵.

³¹ *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.* (https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/_Acuerdos_de_Sala/ci.Acuerdos_del_Pleno_No_Jurisdiccional_de_la_Sala_Segunda_del_Tribunal_Supremo_de_24_04_2013_sobre_la_interpretacion_del_art_416_de_la_LECrim_.formato3, data de consulta: 17/04/2021).

³² *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.* (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim->, data de consulta: 17/04/2021).

³³ STS (Sala Penal) núm. 34/2020, de 10 de juliol de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:289).

³⁴ Villamarín López, María Luisa (2020). A propósito de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio: reinterpretando el art. 416 LECrim en el ámbito de la violencia familiar. *Diario La Ley*, nº 9732.

³⁵ STS (Sala Penal) núm. 625/2007, de 12 de juliol de 2007, f.j. únic. (ECLI:ES:TS:2007:5286).

De manera semblant ja s'havia posicionat la STS de 27 d'octubre de 2004 dient que en els casos en els que fos la víctima qui denunciés *“es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene y menos con el alcance que pretende darle el recurrente”*³⁶. En conseqüència, es considerava que no era necessari advertir de l'existència d'aquest dret quan era la víctima la que denunciava ja que amb la voluntat de denunciar ja estava declarant.

Per altra banda, altres pronunciaments havien afirmat de manera més discreta que resultava innecessari advertir al testimoni denunciant del seu dret a no declarar quan de la seva denúncia se'n desprenia concloentment la seva renúncia a aquest privilegi³⁷.

5.2 Acord No Jurisdiccional de 24 d'abril de 2013

El 24 d'abril de 2013 el Tribunal Suprem va adoptar un Acord no jurisdiccional per tal d'establir dues excepcions a la dispensa de l'article estudiat i intentar unificar les interpretacions jurisprudencials efectuades fins al moment. En concret es disposava el següent:

“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.”*

Amb aquest acord, no es permetia que s'acollissin a la dispensa de declarar a aquelles persones que declararessin sobre fets que s'haguessin desenvolupat després de la dissolució del matrimoni - o similar en cas de relació anàloga d'afecte – i a aquells testimonis que fossin l'acusació particular en el procés³⁸. Per tant, es creen dues excepcions a l'obligació de declarar.

³⁶ STS (Sala Penal) núm. 1225/2004, de 27 d'octubre de 2004, f.j. 3r. (ECLI:ES:TS:2004:6855).

³⁷ STS (Sala Penal) núm. 662/2001, de 6 d'abril de 2001, f.j. 1r. (ECLI:ES:TS:2001:2890).

³⁸ Villamarín López, María Luisa, ob. cit., p. 4-5.

Beltrán Montoliu, Ana (2018). Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: evolución jurisprudencial. *Revista de derecho penal y criminología*, nº19, 30-34.

Tot i la bona voluntat d'aquest Acord, segueix sense facilitar l'aplicació de l'art. 416 LECrim per part de jutges i magistrats, especialment per la problemàtica generada entorn a la interpretació de les dues excepcions que incorpora, i que a continuació passem a analitzar.

5.2.1 Declaració per fets succeïts amb posterioritat a la dissolució del matrimoni o cessament definitiu de la situació anàloga d'afecte

En aquest cas, l'Acord establí que quan els fets haguessin tingut lloc després de la dissolució del matrimoni o relació anàloga, les víctimes no es podrien acollir a la dispensa de declarar ja que aquesta relació matrimonial o anàloga que es requereix al citat article ja no era existent i per tant, quedava fora del supòsit de fet. Com a conseqüència, l'exempció seria aplicable si al temps de declarar persistís la relació d'afectivitat, tenint en compte que és en aquest moment quan es produeix el xoc entre el deure de declarar i les conseqüències que se'n poden derivar dels vincles familiars i de solidaritat que uneixen víctima i acusat³⁹. Tot i això, el Tribunal Suprem concreta que el moment que s'ha de tenir en compte per tal de valorar la pertinència de la dispensa és la data dels fets⁴⁰.

Ara bé, en alguns casos d'especial transcendència es permetia la dispensa "*si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento*"⁴¹ com va ser el cas de la referida sentència on el recurrent havia estat declarat culpable per delictes de maltractament familiar, delictes continuats de coaccions, delictes de maltractament físic i psíquic i d'un delictes d'abús sexual amb l'agreujant de parentiu. Es va permetre que la víctima no declarés encara que ja no existís una convivència efectiva amb l'acusat ja que la intimitat familiar sota la qual es van desenvolupar els fets es veia igualment compromesa un cop cessada la convivència. A més, el Tribunal Constitucional, en una interlocutòria del 2006⁴², ja indicava que: "*Los sujetos eximidos de la obligación de declarar por este precepto legal pueden acogerse a esta dispensa con independencia de que exista o no una convivencia efectiva con el procesado.*" Tornant al cas referit a la citada sentència de 2010, es va considerar que la

³⁹ STS (Sala Penal) núm. 164/2008, de 8 d'abril de 2008, f.j. 3r. (ECLI:ES:TS:2008:1412).

⁴⁰ SAP Madrid (Secció 27.ª) núm. 523/2017, de 4 de setembre de 2017, f.j. 2n. (ECLI:ES:APM:2017:11352).

⁴¹ STS (Sala Penal) núm. 459/2010, de 14 de maig de 2010, f.j. 3r. (ECLI:ES:TS:2010:2648).

⁴² ATC núm. 187/2006, de 6 de juny de 2006, f.j. 4t. (ECLI:ES:TC:2006:187A).

víctima no rebia amenaces o altres tipus d'accions que l'atemorissin i per tant, com que s'havia trencat el contacte amb el condemnat, resultava evident l'exercici de la dispensa amb íntegra capacitat i llibertat. En conseqüència, es va donar valor a la seva decisió de no declarar ja que s'entenia que era plenament voluntària i es considerava un exercici del dret de la dispensa totalment vàlid. A la pràctica, tot aquest entrellat generava confusions i pràctiques dispars.

D'altra banda, aquesta exempció planteja també conflicte en les parelles de fet, essent necessari que sigui una relació amb continuïtat i estabilitat. En aquests casos en els que el cessament de la relació no es determina a partir d'una sentència de divorci, es planteja la dificultat de concretar si el cessament definitiu ha sigut abans o després dels fets denunciats i, per tant, saber si és d'aplicació l'article 416 de la LECrim. En aquest sentit la Circular 6/2011⁴³ estableix que *“la ruptura de esa convivencia ha de obedecer a la voluntad de poner fin a la misma por las partes”* excloent els casos en que la convivència resulta interrompuda per ingrés a presó de l'imputat com a mesura cautelar i amb oposició tàcita o expressa de la víctima. Serà en aquestes situacions quan la convivència s'entendrà interrompuda per disposició judicial cosa que significarà la continuïtat de la parella de fet i per tant, la víctima/testimoni haurà de ser advertida del seu dret a no declarar.

5.2.2 Supòsits en els que el testimoni estigui personat com acusació en el procés

L'obligació d'informar del dret a la dispensa per part de la policia, l'òrgan instructor i el sentenciador, és evident ja que en cas contrari no es podria admetre la declaració emesa per la víctima (en aplicació de l'article 11.1 de la LOPJ⁴⁴). La problemàtica d'aquest cas es troba en els procediments on la víctima, personada com a acusació particular a l'inici del procés, renuncia posteriorment a l'exercici de l'acció penal.

El dubte sorgia pel fet de si el personar-se inicialment com acusació particular implicava en qualsevol cas la impossibilitat d'acollir-se a la dispensa. Sobre aquesta qüestió la jurisprudència va plantejar dues posicions diferenciades.

La primera postura, seguida majoritàriament per la jurisprudència menor, considerava que el fet d'haver exercit en algun moment del procés l'acusació particular no privava la

⁴³ FGE, Circular 6/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*, p. 1715.

⁴⁴ Llei orgànica 6/1985 del Poder Judicial. 1 de juliol de 1985. BOE núm. 157.

víctima del seu dret a la dispensa de declarar en el judici oral si havia renunciat o renunciava en aquell moment a l'exercici de l'acció penal⁴⁵. Per tant, tot i haver iniciat el procediment com a acusació particular, no hauria de declarar si més tard renunciava a aquesta posició.

No obstant, el Tribunal Suprem trenca amb l'anterior criteri majoritari exclouent la possibilitat d'acollir-se a la dispensa a aquelles víctimes que haguessin exercit l'acusació particular durant un any en el període d'instrucció i que posteriorment renunciessin a l'exercici de l'acció penal compareixent com a testimoni⁴⁶.

És evident doncs, que l'Acord de 2013 deixa sense resoldre moltes de les qüestions derivades de l'aplicació pràctica de l'art. 416 LECrim, tenint com a conseqüència disparitat d'interpretacions en detriment de la unitat jurisprudencial i en benefici de la inseguretat jurídica. Això explica que l'any 2018, la Sala Segona del Tribunal Suprem emeti un nou Acord del Ple No Jurisdiccional.

5.3 Acord del Ple No Jurisdiccional de 23 de gener de 2018

L'Acord del Ple No Jurisdiccional de la Sala Segona del Tribunal Suprem pretén aclarir, de nou, l'abast de la dispensa de declarar, establint que:

“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.”

Per tant, a partir d'aquest moment, si durant el judici oral el testimoni s'acull a l'exempció del deure de declarar, el tribunal no podrà entrar a valorar les declaracions que s'haguessin pogut fer amb anterioritat al judici oral encara que hi hagués alguna contradicció o constessin com a prova preconstituida. Per altra banda, introdueixen un nou canvi que

⁴⁵ SAP Girona (Secció 4ª) núm. 91/2017, de 24 de febrer de 2017, f.j. 2n. (ECLI:ES:APGI:2017:249).

⁴⁶ STS (Sala de lo Penal) núm. 449/2015, de 14 de juliol de 2015, f.j. 3r. (ECLI:ES:TS:2015:3500).

permetrà acollir-se a la dispensa a aquelles persones que havia sigut acusació particular però ha renunciat a aquesta posició⁴⁷.

Aquest acord es veu reforçat amb la posterior sentència del mateix Tribunal Suprem del 25 d'abril de 2018⁴⁸ que s'articula sobre la base de tres motius essencials.

En primer lloc, justifica la decisió al·legant que el Tribunal Suprem no pot retallar els drets fonamentals recollits a l'article 24 de la Constitució Espanyola com és el de la dispensa a declarar i que, per contra, el que ha de fer és interpretar-los de la manera més àmplia possible. Així doncs, deixa clar que *“este Tribunal no puede erigirse en legislador inventado excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa interpositio legislatoris a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional”*.

Per altra banda, i referent al segon punt de l'Acord del Ple, aquesta sentència justifica aquest posicionament de manera evident puntualitzant que, encara que no sigui lògic atorgar aquest dret a qui exerceix l'acusació particular, no hi ha justificació per privar de la dispensa a qui acabi renunciant posteriorment a l'exercici de l'acció penal i a ser part en el procés ja que *“no se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar): es un derecho renunciabile, nunca una obligación legal, sin perjuicio de las consecuencias que en ciertos casos pudiera arrastrar (v.gr. costas procesales)”*. En definitiva, com que el fet de formular acusació no és una obligació sinó un dret renunciabile, aquest s'ha de respectar i això suposa la possibilitat d'acollir-se posteriorment a la dispensa.

L'últim motiu essencial al que fa referència la citada sentència és la temporalitat. S'indica que tot i que el dret a la dispensa és un dret renunciabile, la renúncia no suposa que en un futur no es pugui reprendre, i així es fa constar: *“no cabe la renuncia proyectada al futuro; por muy informada que sea esa renuncia”*. És a dir, encara que la víctima exerceixi en primer lloc l'acusació particular i per tant, renunciï tàcitament a la dispensa havent de declarar obligatòriament; això no impedirà que, si posteriorment es retira de la

⁴⁷ Franco Serrano, María Teresa (2020). La declaración testifical de parientes. La dispensa a declarar de la víctima del delito. Tratamiento jurisprudencial. *Diario La Ley*, nº 9717, p.8.

⁴⁸ STS (Sala de lo Penal) núm. 205/2018, de 25 d'abril de 2018, f.j. 3r. (ECLI:ES:TS:2018:1629).

posició acusatòria, més tard pugui exercir el seu dret de no declarar ja que tot i ser un dret renunciable, no implica afectació de futur d'aquest privilegi. Per tant, un cop feta la renúncia d'aquest dret, es podrà acabar recuperant si s'abandona la posició acusatòria.

En el mateix sentit, recentment, el 25 de maig de 2020, es dictava sentència reiterant aquesta interpretació restrictiva a l'hora de limitar tal dret de manera que es repetia que *“la facultad de abstenerse se recupera tan pronto como el testigo desista de su pretensión punitiva”*⁴⁹.

En definitiva, fins a dita data, la interpretació del Suprem era clara: en el moment en què es retira l'acusació particular (i per tant, es deixa d'exercir l'acció penal per la suposada víctima) - fet freqüent en els processos de violència de gènere pels fets explicats anteriorment - es recupera el dret a la dispensa. Dos mesos més tard, el posicionament del mateix tribunal canvia radicalment.

5.4 Sentència Tribunal Suprem 34/2020, de 10 de juliol de 2020

El 10 de juliol de 2020 el Tribunal Suprem dicta la sentència 389/2020⁵⁰ que dona un gir de 360 graus a la interpretació consolidada al 2018 a la que ja hem tingut oportunitat de referir-nos. Amb aquesta nova sentència s'estableixen nous arguments que canvien la línia interpretativa seguida fins al moment.

5.4.1 Anàlisi del canvi interpretatiu. Motius de la sentència

Així doncs, es defensa un nou criteri interpretatiu de l'article 416 LECrim quan el Tribunal afirma *“De manera que la víctima, que ha ostentado la condición de acusación particular, ha resuelto su conflicto, a favor de denunciar primero y ostentar la posición de parte acusadora después. El derecho de dispensa es esencialmente renunciable, y la víctima ha renunciado a él. Renunciado el derecho por parte del testigo, como dice nuestra jurisprudencia, no se recobra su contenido, ni hay razón alguna para ello. Esto es común con todos los derechos, salvo el derecho a no declarar del acusado por afectar esencialmente a su derecho de defensa”*.

Queda palès doncs, que amb aquesta interpretació es crea una nova tesi – tot i que s'han de tenir en compte els vots particulars que més endavant s'explicaran–, a partir de la qual

⁴⁹ STS (Sala de lo Penal) núm. 225/2020, de 25 de maig de 2020, f.j. 2n. (ECLI:ES:TS:2020:1559).

⁵⁰ STS (Sala de lo Penal) núm. 389/2020, de 10 de juliol de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2493).

no es permet a la víctima recuperar el dret a la dispensa quan s'ha constituït com acusació particular (i per tant, s'entén que renuncia al dret) i més tard es retira d'aquesta posició. És a dir, un cop la víctima és part acusatòria, aquesta haurà de declarar sigui quina sigui l'evolució del procediment. L'actual criteri jurisprudencial al que ens estem referint es desenvolupa sobre la base de sis motius, que es detallen a continuació.

En primer lloc, el tribunal parla de la incompatibilitat del dret amb la posició de denunciante com a víctima dels fets, emfatitzant els casos de violència de gènere pel fet de ser la denunciante la dona o parella amb anàloga relació de la persona acusada, ja que aquesta li atribueix la comissió de fets delictius i per tant considera que *“Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial”*.

Per altra banda, s'afirma que si la persona denunciante es constitueix en acusació particular no ostenta la facultat de dispensa, argument coincident amb els Acords Plenaris, però que discrepa de l'acord del 2018 ja que no permet que reneixi el dret al que s'havia renunciat. Aquest posicionament troba recolzament a la sentència del propi tribunal 449/2015 de 14 de juliol⁵¹ on s'indicava que *“la dispensa había definitivamente decaído con el ejercicio de la acusación particular”*, ja que *“una vez resuelto el conflicto que constituida su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho”*.

El tercer motiu es basa en la creença que el fet de denunciar a l'agressor per part de la víctima no deixa espai per a que es produeixi el xoc entre el deure de declarar i les conseqüències dels vincles familiars i de solidaritat que uneixen el testimoni amb l'acusat i que es posen en valor amb l'article 416 de la LECrim, doncs *“la víctima ya ha resuelto el conflicto derivado de su vínculo con el agresor”*.

El següent argument defensa que d'aquesta manera, el testimoni víctima, no serà coaccionat per a que s'aculli a la dispensa a l'hora de prestar testimoni i per tant, considera que serà lliure de declarar.

En cinquè lloc, el tribunal considera que, sota l'aplicació del principi dels actes propis, no es pot admetre *“sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma*

⁵¹ STS (Sala de lo Penal) núm. 449/2015, de 14 de juliol de 2015, f.j. 3r. (ECLI:ES:TS:2015:3500).

persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad” i afegeix que, a banda, aquesta postura no és acceptable ja que “*no pueden convertirse de facto a este tipo de delitos como si fueran susceptibles de persecución a instancia de parte, cuando estamos en presencia de delitos públicos perseguibles de oficio*”. En aquest sentit, part de la doctrina⁵² opina que encara que la dificultat afegida que suposa que l’únic testimoni abandoni l’exercici de l’acció penal i això comporti que en moltes ocasions la justícia es quedi sense proves, no es pot utilitzar aquest fet com a base per alterar les normes del joc o per retallar les facultats processals reconegudes en la nostra legislació i que per tant, el que ha de fer l’estat és protegir i incentivar a la víctima a declarar ja que no pot evitar que aquesta canviï d’estatus durant el procés.

Per últim, s’explica que el fet que l’article 416 de la LECrim sigui una excepció de la norma general comporta que s’hagi d’interpretar de manera restrictiva i això implica que sigui “*únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa*”. Però, a quins casos s’està referint? Probablement caldrà analitzar cas per cas per determinar-ne la seva excepcionalitat.

La sentència conclou amb la justificació de la decisió amb base a la necessitat d’una adequada protecció a la víctima, considerant que la dispensa es fonamenta en la resolució del conflicte per part del testimoni parent i que aquesta disputa es soluciona un cop denuncia i es constitueix en acusació particular, renunciant d’aquesta manera a la dispensa. A tot això cal afegir que si la víctima renuncia amb posterioritat a tal posició, el fet de recuperar la dispensa “*alimenta su coacción*” i per tant, podria esbiaixar la declaració en el judici oral.

5.4.2 Vots particulars

No obstant, és innegable que ens trobem davant d’una qüestió conflictiva de difícil solució, tal i com posen de relleu els diversos vots particulars a la pròpia sentència. Tals vots destaquen per seguir la línia interpretativa marcada al Ple del 2018 i reafirmada a la sentència de 25 d’abril de 2018, referida i citada anteriorment. En aquests vots s’expressa, entre molts altres arguments, la necessitat d’abordar el problema que es desprèn de les víctimes que s’acullen al dret a no declarar, des de la vessant legislativa i no

⁵²Villamarín López, María Luisa, ob. cit., p.10.

jurisprudencial per tal de ponderar tots els interessos i conseqüències de la solució que s'adopti. Posen en valor el fet que aquest dret sigui constitucional i per tant, estigui subjecte a la reserva de llei, considerant doncs que aquest límit ha de ser respectat per part del Tribunal de manera que aquest no ha de crear dret sinó limitar-se a interpretar-lo. Per altra banda, també argumenten que els canvis jurisprudencials exigeixen una argumentació especial que no es justifica suficientment en aquesta nova sentència ja que opten per la posició contrària de l'adoptada només dos anys abans, al 2018. Segons els magistrats que signen els vots particulars, una jurisprudència canviant o contradictòria no és bon dret encara que tingui excel·lents arguments o raons convinents.

5.4.3 Sentències posteriors

Tot i que estem davant d'un canvi jurisprudencial molt recent, ja trobem resolucions judicials que han tingut l'oportunitat d'aplicar el nou criteri interpretatiu de l'art. 416 de la LECrim. En concret, destaquem les tres resolucions judicials següents.

La primera resolució que pren en consideració el canvi jurisprudencial és la interlocutòria 1182/2020 de l'Audiència Provincial de Madrid⁵³. En aquest cas l'acusat presenta recurs on qüestiona l'adopció d'una ordre de protecció sol·licitada per la víctima que posteriorment renuncia a l'exercici de l'acció particular. Tot i això, el Ministeri Fiscal impugna el recurs argumentant que hi ha indicis racionals de criminalitat a la vista de la declaració de la víctima i l'informe mèdic. En aquesta resolució es fa referència a la STS 389/2020 per remarcar que, encara que la víctima hagi renunciat posteriorment a les accions civils i penals, aquesta no es pot acollir a la dispensa ja que el conflicte es va resoldre “*al haber formulado ella la denuncia, haber solicitado la adopción de una orden de protección, haber declarado en la tramitación de las diligencias previas como perjudicada/ofendida, estando informada expresamente de su derechos como tal, y haber manifestado que deseaba declarar una vez que fue instruida del contenido del citado artículo*”. Finalment, s'acorda desestimar el recurs i, per tant, fer executable la mesura de protecció.

El 25 de febrer del 2021⁵⁴ el Tribunal Suprem torna a dictar una resolució on cita la sentència de referència analitzada, tot i que en aquesta ocasió es pren com a base

⁵³ AAP Madrid (Sección 27ª) núm. 1182/2020, de 4 de setembre de 2020, f.j. 3r. (ECLI:ES:APM:2020:4222A).

⁵⁴ STS (Sala de lo Penal) núm. 175/2021, de 25 de febrer de 2021, f.j. 2n. (ECLI:ES:TS:2021:903).

argumentativa per resoldre un problema d'aplicació de l'article 416 de la LECrim diferent al nostre objecte d'estudi –l'aplicació d'aquesta norma en els casos en què coincideix víctima i testimoni –, doncs tracta el testimoni d'un tercer.

La tercera i última sentència és la del Tribunal Suprem de 4 de març de 2021⁵⁵. En aquest cas, es recorre una sentència anterior i un dels motius al·legats és l'error en la valoració de la prova testifical ja que, segons l'acusat, els testimonis no havien estat informats del dret a la dispensa de l'article objecte d'estudi. El tribunal decideix desestimar el motiu basant-se en la nova línia jurisprudencial assentada per la sentència 389/2020 (entre d'altres també esmentades al llarg d'aquest treball). Motiva la decisió indicant que els testimonis s'havien presentat al procediment com a acusació particular cosa que implica una renúncia al dret a la dispensa i per tant, el tribunal no tenia perquè informar-los de l'existència d'aquest article ja que “*resulta incompatible reclamar la acción del Estado en persecución de un delito y, a la vez, negarse a prestar declaración sobre el delito cuyo castigo se pretende*”.

5.4.4 Conseqüències

Una vegada hem examinat l'evolució que ha sofert l'art. 416 LECrim a partir de la interpretació de la nostra jurisprudència, caldrà veure quina repercussió tindrà a la realitat de les víctimes.

Per fer-ho, cal tenir en compte tota la casuística que envolta aquests procediments, a la que prèviament hem tingut oportunitat de referir-nos. D'aquesta manera, tal i com afirma la jutgessa Maria Jesús López Chacón⁵⁶, la realitat demostra que en la majoria de supòsits, la dona que acudeix a comissaria per denunciar uns fets de violència de gènere, no ho fa de manera tranquil·la ni relaxada i es mostra amb una estabilitat emocional fràgil que dificulta les decisions preses amb consciència i sense vacil·lacions sobre qüestions importantíssimes per al seu futur processal. A més, se li suma el fet que les víctimes, després d'haver patit el possible episodi que les impulsa a denunciar, sovint han d'esperar massa temps a comissaria per ser ateses i en algunes ocasions encara, amb posterioritat,

⁵⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 202/2021, de 4 de març de 2021, f.j. 2n. (ECLI:ES:TS:2021:1032).

⁵⁶ López Chacón, María Jesús. (2020). Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género. *Diario la Ley*. (<https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/11/05/reflexiones-sobre-la-sts-389-2020-de-10-de-julio-en-cuanto-a-la-dispensa-de-la-obligacion-de-declarar-de-la-victima-de-un-delito-de-violencia-de-genero>, data de consulta: 17/04/2021).

han d'acudir al centre mèdic que analitzi les lesions per, finalment, declarar, la qual cosa incrementa la seva intranquil·litat, essent el propòsit majoritari d'aquestes víctimes acabar amb la situació de violència (més enllà de les conseqüències penals que se'n puguin derivar per l'agressor). És evident que tots aquests factors –entre altres– poden afectar la capacitat de decisió i comprensió de les víctimes a l'hora d'acceptar o no l'assistència lletrada que se'ls ofereix.

El sentiment majoritari és que el lletrat els dona suport i que els proporciona confiança i seguretat i per això moltes d'elles accepten aquesta assistència lletrada i denuncien, si bé sense tenir prou consciència de les conseqüències que es deriven de la denúncia (la no possibilitat d'acollir-se a la dispensa posteriorment). En la nostra opinió, per aquest motiu, és molt important que des del moment inicial en què la víctima acudeix a comissaria per denunciar el supòsit de violència de gènere, se li assigni assistència lletrada (sense haver de denunciar primer) perquè el corresponent lletrat pugui informar-la de les conseqüències que té el fet de denunciar i ella pugui decidir tenint coneixement clar i complet de la situació.

En aquest sentit, la nova interpretació que el Tribunal Suprem dona a l'art. 416 de la LECrim considera que el fet d'estar obligada la víctima a declarar per haver renunciat a la dispensa formulant denúncia, evitarà posteriors coaccions per part del presumpte agressor; però la realitat és diferent. Tal i com opina part de la doctrina⁵⁷ i en sentit contrari sentència al criteri del Tribunal Suprem, al privar la víctima d'aquest dret no s'eviten coaccions sinó que l'efecte pot ser que la víctima es vegi obligada a faltar a la veritat i en aquest cas, d'assumir les conseqüències que se'n derivin.

El tribunal afegeix que les víctimes denunciants obtenen la informació adequada a les oficines d'atenció a les víctimes i per tant, dona per fet que des del primer moment coneixen la seva posició processal, però aquesta afirmació resulta incoherent tenint en compte que aquestes oficines no estan a totes les ciutats del territori i això significa que en el 90% dels casos⁵⁸ no sigui possible l'assistència prèvia.

Per tant, tenint en compte que majoritàriament la víctima no arriba a comprendre degudament l'abast que té l'acceptació d'assistència lletrada per intervenir com a

⁵⁷ Franco Serrano, María Teresa, ob. cit., p.11.

⁵⁸ López Chacón, María Jesús, ob. cit.

acusació particular en el procés penal derivat de la violència de gènere, és fàcil que més tard se'n penedeixi i vulgui acollir-se a la dispensa que prèviament havia rebutjat. Aquesta realitat pot derivar en declaracions poc esclaridores on la víctima digui no recordar exactament el que va passar o afirmi que durant la declaració estava nerviosa i/o no s'havia explicat prou bé. Fins i tot, en algunes ocasions, amb declaracions contràries a les emeses anteriorment amb la possibilitat d'incórrer en delictes de fals testimoni. És per això, que tal i com apuntava el Magistrat Don Andrés Palomo Del Arco en el seu vot particular, aquesta finalitat protectora pretesa amb la nova interpretació pot no arribar a ser efectiva.

6. Alternatives a la situació actual

Per tal de donar resposta a la problemàtica que es deriva de la interpretació jurisprudencial de l'art. 416 de la LECrim, cal tenir en compte diverses alternatives.

6.1 Reforma legislativa

L'article 24.2 2n paràgraf de la Constitució Espanyola preveu una reserva de llei pels casos en els que per raó de parentesc no s'estigui obligat a declarar, i així el legislador ho ha materialitzat en l'article 416 de la LECrim. No obstant, aquesta regulació legal no és suficient efectiva en els casos de violència de gènere com ha quedat acreditat al llarg d'aquest estudi. Aquesta mancança ha propiciat que els tribunals s'hagin pronunciat de manera dispar intentant donar la millor interpretació. Tot i així, la lloable feina dels tribunals, fins i tot després del recent criteri establert pel TS, no és capaç de donar una solució òptima al les víctimes de la violència de gènere, motiu pel qual ens hauríem de plantejar una revisió en perspectiva de gènere de l'article 416⁵⁹.

En el seu cas, la reforma legislativa podria prendre dues vessants: excloure completament les víctimes de la possibilitat d'acollir-se a la dispensa o bé privar-les de fer ús d'aquest dret un cop ja hi han renunciat⁶⁰.

Si ens centrem en el primer cas on s'aposta per l'exclusió de les víctimes de violència de gènere a l'adopció d'aquest dret, s'han de tenir en compte les previsions de l'article 24.2 de la Constitució⁶¹ per tal d'evitar una revictimització. En aquest sentit, es proposa que el testimoni i víctima puguin declarar sense haver de prestar jurament o promesa de dir la veritat⁶² tal i com es permet a França amb l'article 336 del Codi Processal Penal francès. Aquest article estableix que en aquestes situacions, el testimoni pot ser escoltat a títol informatiu i sense que aquest tingui la obligació de dir la veritat.

59 Sent conscient de la rellevància de la reforma, si bé ara no entrarem en l'estudi perquè excedeix de l'objecte del treball.

⁶⁰ Villamarín López, María Luisa, ob. cit., p.11. També: (https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/capitulo_VI/cap_VI_3.pdf), data de consulta 24/05/2021).

⁶¹ Beltrán Montoliu, Ana, ob. cit., p.41.

⁶² CONGRESO, *Informe de la Subcomisión...* cit., Sessió n°6: 1 de març de 2017 Compareixença de D.^a Paloma Marín López, magistrada, ex Secretaria tècnica de l'Observatori contra la violència domèstica i de gènere del CGPJ, p.32.

El segon cas és la línia que segueix el Tribunal Suprem a la sentència 34/2020 que canvia el rumb interpretatiu seguit des del 2018 amb l'Acord del Ple no Jurisdiccional. Es tracta de no permetre que la víctima que ha exercit acusació particular es pugui acollir a la dispensa, ja que s'entén que es renuncia a aquest dret un cop es presenta la denúncia. Per tant, encara que posteriorment renunciï a aquesta posició acusadora no podrà recuperar el dret a la dispensa. Es tractaria doncs d'introduir a la llei aquesta interpretació que fa el tribunal i això evitaria que hi hagués un nou canvi interpretatiu a partir de la jurisprudència o dels acords del tribunal. Dotaria d'uniformitat les resolucions adoptades i permetria que es seguís la mateixa línia sense canvis de criteri, cosa que garanteix més seguretat jurídica.

Seguint la via de la reforma legislativa, el grup d'experts i expertes en matèria de violència de gènere i domèstica del C.G.P.J. va emetre un informe l'11 de gener de 2011 on proposava la introducció d'un nou article: el 730 bis. La proposta es basava en la possibilitat de llegir, a instància de qualsevol de les parts, al judici oral les declaracions que s'haguessin fet durant la instrucció de la causa per part dels testimonis víctimes del delictes i que s'haguessin acollit a la dispensa de prestar declaració. D'aquesta manera es podria valorar la declaració inicial com a mitjà de prova amb l'abast procedent de cada cas segons el contingut i l'existència d'altres proves⁶³. Aquesta mesura permetria que la víctima fes ús de la dispensa a la vegada que s'evitaria que el procediment acabés amb sobreseïment o absolució per falta de proves suficients. És una combinació interessant que permet l'ús del dret i la persistència del que, en moltes ocasions, és la única prova disponible.

6.2 Mesures complementàries de suport

Per altra banda, també hi ha opcions que no passen per una reforma legislativa i que podrien ser mesures complementàries o alternatives a la reforma. O, fins i tot, també es

⁶³ CGPJ (2011). *Informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan.* (<https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Temes/Violencia-domestica-i-de-Genere/Grups-d-experts/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004>, data de consulta: 15/05/2021).

podrien tenir en compte de manera transitòria fins que el legislador abordés la problemàtica.

Una possible solució podria ser la de mantenir la dispensa però amb una major inversió en la millora de l'acompanyament especialitzat a la víctima durant tot el procediment per tal de posar al centre de la qüestió l'especial vulnerabilitat de les víctimes sense que aquestes hagin de renunciar a un dret legítim com el de la dispensa⁶⁴.

Paral·lelament, es podria articular una modificació de la planta judicial amb una dotació superior de mitjans que derivés en la creació de més jutjats especialitzats en violència de gènere.

Per altra banda, i dins d'aquestes mesures complementàries, és necessari evitar que la víctima hagi de declarar tantes vegades i que durant el judici oral hagi de reproduir amb total literalitat allò que va declarar en el moment de denunciar, havent passat en molts casos un període important de temps entre un i altre moment⁶⁵. Per a fer-ho es podria admetre la prova preconstituïda o dur a terme la gravació de la declaració en el moment de la denúncia de manera que durant la instrucció i el plenari la víctima no hagués de tornar a declarar⁶⁶. Tot i això, aquestes mesures servien només per aquells processos que finalment arribessin a la fase del judici oral i per tant, no resoldria ni donaria resposta a tots els casos de violència de gènere, cosa que torna a evidenciar la necessitat d'una reforma legislativa que respongui a totes les casuístiques i no deixi buits legals ni dubtes interpretatius.

6.3 Aproximació a alguns models de dret comparat

Altres alternatives podrien passar per fixar-nos en els models de dret comparat adoptats per altres països, als que tractarem d'aproximar-nos breument a continuació⁶⁷.

⁶⁴ CONGRESO, *Informe de la Subcomisión...* cit., Sessió n°6: 1 de març de 2017 Compareixença de D.^a Amalia Fernández Doyague, presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS, pp. 94 i 95.

⁶⁵ Fernández Nieto, Josefa (2020). A vueltas con la doctrina de pleno STS 389/2020 del art. 416 LECRIM y la dispensa del derecho a declarar: incertidumbres, reformas y alternativas de futuro. *ElDerecho.com*. (<https://elderecho.com/wp-content/uploads/2020/09/VALORACION-SOBRE-LA-NUEVA-DOCTRINA-DE-PLENO-SOBRE-LA-DISPENSA-DEL-DERECHO-A-DECLARAR-DEL-ART.pdf>, data de consulta: 15/05/2021).

⁶⁶ SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género ... cit.*, *Comparecencia de l'advocada especialista en violència de gènere*, D.^a Mercè Claramunt Biels, p.11.

⁶⁷ Villamarín López, María Luisa (2018). El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal. *Revista para el Análisis del Derecho: InDret*. N° 4/2012, 4-9. (<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/922.pdf>, Data de consulta: 15/05/2021).

A França s'aplica la incapacitat relativa per donar testimoni als parents de l'acusat de manera que es preveu una prohibició general per prestar declaració sota jurament en diversos parents de l'acusat, entre ells, al matrimoni (fins i tot després del divorci). Tot i aquesta prohibició, el testimoni pot ser escoltat a títol informatiu i sense assumir l'obligació de dir la veritat.

El cas d'Anglaterra és diferent. Durant molts anys va estar prohibit que els membres d'un matrimoni declararessin l'un contra l'altre en un procediment penal. Més endavant ja es va permetre declarar en favor de la defensa i finalment, al 1973 es va abordar aquesta situació amb l'onzè *Criminal Law Revision Comitee*. En aquest cas ja no es protegia incondicionalment la unitat matrimonial i per tant, es va entendre que els cònjuges havien d'estar facultats per declarar com a testimonis (a instància de la defensa o acusació) i que fins i tot, en alguns casos, estarien obligats a prestar declaració com a testimonis. Concretament, quedarien obligats en els casos on hi hagués interessos públics en joc (com els casos de violència domèstica) i quan s'hagués atemptat contra menors de 16 anys que visquessin al nucli familiar. Tot i això, els cònjuges co-acusats queden fora d'aquesta obligació.

Durant molts anys, a Itàlia, els parents de l'acusat tenien prohibit declarar com a testimonis; però al 1930, amb el *Codice di Procedura Penale*, es va suprimir aquesta prohibició perquè no es considerava oportú privar els parents de la seva facultat de declarar entenent que podien ser part clau en el procediment (ja fos per demostrar la innocència o bé la culpabilitat). Finalment, al 1988, el legislador (art. 199) estableix que els parents propers no tenen perquè declarar a no ser que siguin víctimes o hagin presentat denúncia o querrela enfront l'acusat, casos en els quals estaran obligats a declarar. En el cas de ser víctima es justifica amb la idea que la unitat familiar i solidaritat entre membres queda trencada mitjançant la violència de l'acusat. Quan és el parent el que denuncia, es considera que mitjançant aquest acte ja es supera tot dubte sobre el possible conflicte intern entre protegir al parent i el deure de declarar i per tant, no necessita protecció. Lògicament, i igual que en el cas espanyol, per poder-se acollir a la dispensa és precís informar al parent de tal dret quan aquest hagi de declarar com a testimoni. Per tant, el cas italià no seria una alternativa per al legislador espanyol ja que no permet a les víctimes

Fernández Nieto, Josefa, ob. cit.

acollir-se a la dispensa un cop han presentat la denúncia i aquesta ja és la situació actual que es desprèn de la sentència 389/2020.

Per últim, la realitat alemanya també és fruit d'una llarga evolució legislativa en el tractament dels testimonis parents. Primerament, aquests subjectes estaven incapacitats per declarar fins que, més endavant, es va establir una exempció respecte de l'obligació general. Segons l'article 48 del *Strafprozessordnung* hi ha varis subjectes exempts de declarar (com són el cònjuge o promès, fins i tot després del divorci) amb el respectiu deure d'informar d'aquest dret per part dels tribunals. El tret diferenciador d'aquest sistema penal envers els altres explicats amb anterioritat és l'existència de dos beneficis més. El primer, regulat a l'article 55 del corresponent text legislatiu, és la capacitat de negar-se a respondre preguntes concretes en cas de decidir declarar. L'altre característica, que estableix l'article 61 i és comú al codi francès, consisteix en la no obligació d'haver de prestar jurament en la declaració del judici oral tot i que el tribunal tindrà l'última paraula i podria decidir que s'hagués de fer aquest jurament. Si, en canvi, el testimoni decideix no declarar en el judici oral, les declaracions del sumari no es poden llegir ni tenir en compte a l'hora de prendre la decisió final.

En definitiva, són moltes les alternatives que poden donar resposta a la situació de les víctimes i tot i que és difícil valorar quina és la més adequada, si que és evident que cal una reforma legislativa ja que les novetats derivades dels canvis interpretatius dels tribunals precisen de l'aval del poder legislatiu que, en el cas de l'art. 416 LECrim, té aquesta feina pendent.

En el cas de que el legislador espanyol volgués utilitzar d'exemple algun dels models explicats caldria que abans d'aplicar cap canvi en aquest sentit fes un anàlisi i estudi extens de la incidència i els efectes d'aquestes normes en el seu context per poder valorar si hi va haver algun canvi substancial que millorés la situació de les víctimes o si, pel contrari, els efectes van ser negatius, creant més desprotecció o indefensió. I, de manera més específica, seria interessant analitzar la seva incidència en el sentit de les sentències resolent els conflictes de violència de gènere.

7. Conclusions

Primera.- La violència de gènere és un problema estructural mundial que afecta a tots els nivells i àmbits de la societat. Per aquest motiu la solució no pot venir només des de la justícia sinó que ha de ser transversal per poder abordar totes les branques que deriven i formen d'aquest greu problema social.

Segona.- Des de l'àmbit que ens ocupa, el jurídic, la dificultat no és menor. Al llarg del treball s'ha demostrat la conflictivitat i problemàtica actual, especialment pel que fa a la seva prova.

A nivell legislatiu, s'han destinat esforços i realitzat impulsos a la millora d'aquesta greu problemàtica ja des de 2004, amb l'entrada en escena de la LOMPIVG. En aquest punt, mereix especial menció la llei Catalana 5/2008, de 24 d'abril, del dret de les dones a erradicar la violència masclista, que el passat desembre de 2020 va ser modificada per aplicar certs canvis que pretenen una millora en el funcionament de tot el sistema i on, per exemple, s'estableix que l'assessorament jurídic a l'hora de denunciar passa a ser perceptiu i gratuït a la vegada que s'introdueix el concepte de violència institucional.

Tercera.- Amb tot, el nombre de sentències absolutòries o sobreseïments en casos de violència de gènere continua sent elevadíssim degut a la dificultat probatòria. Aquesta dificultat s'agreuja en els casos en què la víctima s'acull a la dispensa de declarar de l'article 416LECrim i decideix no declarar ja que en sovint, la seva declaració pot resultar ser l'única prova, essent pràcticament impossible desvirtuar la presumpció d'innocència, amb resultat d'absolució o sobreseïment. Aquesta realitat acaba generant situacions d'impunitat per l'agressor, que s'escapa de la resposta penal pels fets delictius comesos, i menys encara atorga la protecció que precisen les víctimes en aquests casos.

Quarta.- Malauradament, estem davant d'un problema d'actualitat que no troba consens en la seva solució, tal i com evidencia el constant canvi de parer jurisprudencial dels darrers anys. Des del 2013 fins avui hi ha hagut 3 canvis substancials en els criteris jurisprudencials a seguir que han repercutit en la consideració que ha de tenir el del testimoni de les víctimes de la violència de gènere. Amb l'acord del 2018 el criteri es desmarcava de la decisió presa al 2013 mentre que amb el darrer canvi de 2020 es recuperava la idea inicial de manera més restringida i això suposa que a dia d'avui, quan la víctima denuncia, ha de declarar.

Tot i això, encara és aviat per valorar les conseqüències de l'aplicació del nou criteri jurisprudencial en torn a l'aplicació de l'art. 416 de la LECrim i és difícil preveure si es facilitarà la situació de les víctimes o si s'ajudarà a combatre la violència de gènere.

Aquesta dificultat que venim explicant es reafirma encara més en els vots particulars de la STS 34/2020 de 10 de juliol, que dona l'últim gir interpretatiu i canvia el criteri jurisprudencial assentat al 2018. Tot plegat posa en evidència que encara queda molta feina a fer en la recerca d'una solució satisfactòria al conflicte plantejat, que probablement precisarà de la revisió del conflictiu art. 416 LECrim.

Cinquena.- Addicionalment, cal destacar també la manca de recursos per una correcta articulació de tots els mecanismes previstos a la LOMPIVG i això fa que l'acompanyament i suport a les víctimes sigui insuficient i en molts casos, especialment en els més allunyats de les grans ciutats on no hi ha oficines d'atenció a les víctimes, inexistent.

És important no perdre de vista que el paper de la justícia en aquest cas és el de condemnar als culpables pels crims comesos. No obstant, la solució real de la violència de gènere no vindrà de la mà dels tribunals, doncs no es pot buscar una solució penal a un conflicte que majoritàriament es desenvolupa en un context intrafamiliar. Per això s'ha de seguir treballant per, més enllà de la resposta penal, trobar la solució que precisen les víctimes i que poc sovint no troben el dret i el procés penal.

8. Bibliografia i webgrafia

- Beltrán Montoliu, Ana (2018). Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim: evolución jurisprudencial. *Revista de derecho penal y criminología*, nº19.
- Cerrato Guri, E (2017). *La dificultad del delito de maltrato sobre la mujer. Peritaje y prueba pericial*.
- CONGRESO, *Informe de la Subcomisión...* cit., Sessió nº6: 1 de març de 2017 Compareixença de D.^a Amalia Fernández Doyague, presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS
- CONGRESO, *Informe de la Subcomisión...* cit., Sessió nº6: 1 de març de 2017 Compareixença de D.^a Paloma Marín López, magistrada, ex Secretaria tècnica de l'Observatori contra la violència domèstica i de gènere del CGPJ.
- Domínguez Castellano, Fátima; Nieto Morales, Concepción; Calderón Lozano, Amalia; Torres Reviriego, María del Rosario. (2016). Guía de intervención judicial sobre violencia de género. *VLex*.
- FGE, Circular 6/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer*.
- Franco Serrano, María Teresa (2020). La declaración testifical de parientes. La dispensa a declarar de la víctima del delito. Tratamiento jurisprudencial. *Diario La Ley*, nº 9717.
- *Informe anual sobre violència de género*. Consejo general del Poder Judicial. (2020).
- Larrauri Pijoán, (2008) Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?, *Las Mujeres y sistema penal (violencia doméstica)*, Euroeditores.
- Montesinos García, Ana. “Especificades probatorias en los procesos por Violencia de Género”. *Revista de derecho penal y criminología*. 3ª Época (nº 17).
- Ramírez Ortiz, Jose Luís. (2020). El testimonio único de la Víctima en el proceso penal des de la perspectiva de genero. *Revista internacional sobre Razonoamiento Probatorio*, 1.
- Román Llamosi, Sofia. (2019). Los delitos de violencia de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *VLex*.

- SENADO, *Ponencia de estudio para la elaboración de estratègies contra la violencia de género ... cit.*, *Comparescencia de l'advocada especialista en violència de gènere*, D.^a Mercè Claramunt Biels.
- Villamarín López, María Luisa (2020). A propósito de la reciente STS 389/2020, de 10 de julio: reinterpretando el art. 416 LECrim en el ámbito de la violencia familiar. *Diario La Ley*, nº 9732.
- https://dones.gencat.cat/ca/ambits/violencia_masclista/normativa/llei-17-2020-de-22-de-deseembre-de-modificacio-de-la-llei-5-2008/#
- https://www.who.int/topics/gender_based_violence/es/
- <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>
- <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/466-puesta-en-marcha-del-telefono-016-de-atencion-a-las-victimas-de-la-violencia-de-genero/>
- https://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/families/violencia_masclista/xarxa-datencio-i-recuperacio-integral-/
- https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/impacto-covid-19-violencia-genero_129_6132839.html
- https://www.ine.es/prensa/evdvg_2019.pdf
- <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>
- <https://www.fiscal.es/documents/20142/133838/MEMORIA+++2020.pdf/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f?version=1.0&t=1599473163000>
- <https://www.fiscal.es/documents/20142/133838/MEMORIA+++2020.pdf/ebc7f294-b4d8-6ca4-c7c0-3a95c371e94f?version=1.0&t=1599473163000>
- https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Acuerdos_de_Sala/ci.Acuerdos_del_Plano_No_Jurisdiccional_de_la_Sala_Segunda_del_Tribunal_Supremo_de_24_04_2013_sobre_la_interpretacion_del_art_416_de_la_LECrim_formato3
- <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional->

- [de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrim-](#)
- <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/11/05/reflexiones-sobre-la-sts-389-2020-de-10-de-julio-en-cuanto-a-la-dispensa-de-la-obligacion-de-declarar-de-la-victima-de-un-delito-de-violencia-de-genero>
 - <https://www.poderjudicial.es/cgpj/ca/Temes/Violencia-domestica-i-de-Genere/Grups-d-experts/Informe-del-Grupo-de-Expertos-y-Expertas-en-Violencia-Domestica-y-de-Genero-del-Consejo-General-del-Poder-Judicial-acerca-de-los-problemas-tecnicos-detectados-en-la-aplicacion-de-la-Ley-Organica-1-2004>
 - <https://elderecho.com/wp-content/uploads/2020/09/VALORACION-SOBRE-LA-NUEVA-DOCTRINA-DE-PLENO-SOBRE-LA-DISPENSA-DEL-DERECHO-A-DECLARAR-DEL-ART.pdf>
 - <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/922.pdf>

9. Índex doctrina judicial

ATC núm. 187/2006, de 6 de juny de 2006

STS (Sala Segunda, de lo Penal), núm. de recurs 207/1993, de 11 de maig de 1994.

STS (Sala Segunda, de lo Penal) 1413/2000, de 21 de setembre de 2000.

STS (Sala Penal) núm. 662/2001, de 6 de abril de 2001

STS (Sala Segunda, de lo Penal) 752/2002, de 29 d'abril de 2002.

STS (Sala Penal) núm. 1225/2004, de 27 de Octubre de 2004

STS (Sala Penal) núm. 625/2007, de 12 de juliol de 2007

STS (Sala Penal) núm. 164/2008, de 8 d'abril de 2008

STS (Sala Penal) núm. 459/2010, de 14 de maig de 2010

STS (Sala Segunda, de lo Penal) 238/2011, de 21 de marzo de 2011.

STS (Sala de lo Penal) núm. 449/2015, de 14 de juliol de 2015

STS (Sala de lo Penal) núm. 205/2018, de 25 d'abril de 2018

STS (Sala de lo Penal) núm. 225/2020, de 25 de maig de 2020

STS (Sala de lo Penal) núm. 389/2020, de 10 de juliol de 2020

STS (Sala de lo Penal) núm. 175/2021, de 25 de febrer de 2021

STS (Sala de lo Penal) núm. 202/2021, de 4 de març de 2021

ATS (Sala Segunda, de lo Penal) 4/2021, de 17 de desembre de 2020.

SAP Girona (Secció 4^a) núm. 91/2017, de 24 de febrer de 2017

SAP Madrid (Secció 27.^a) núm. 523/2017, de 4 de setembre de 2017

AAP Madrid (Sección 27^a) núm. 1182/2020, de 4 de setembre de 2020