

Rosario Barrado Castillo

Abogada ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Socia de la FICP.

~La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23/01/2018~

Resumen.- La dispensa de la obligación de denunciar y declarar se encuentra regulada en los arts. 261 y 416 LECrim., y está justificada por la existencia de intereses contrapuestos que pueden llegar a darse en los parientes de las personas investigadas en un proceso penal con respecto a la obligación de revelar una conducta ilícita como ciudadano, y el respeto al afecto y lealtad hacia congéneres de su familia. Y a este respecto, el acuerdo del pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo del pasado 23/01/2018 ha venido a consolidar dicha dispensa procesal.

I. ALCANCE DEL ART. 416 DE LA L.E.CRIM.

La Constitución española proclama en su artículo 24.2, que "la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

En ese mismo precepto constitucional queda recogido que la **prueba**, para entenderse como tal en un procedimiento judicial penal, debe ser bastante como para romper con el principio de **presunción de inocencia** (art. 24 CE) y su apreciación debe ajustarse a los principios procesales en orden a establecer una valoración razonada, en cumplimiento de lo previsto en el art. 120.3 de la Constitución Española. Precisamente para evitar la infracción del derecho de interdicción de la arbitrariedad a fin de no llegar a un resultado de condena fundamentado en una valoración injusta.

La prueba desarrollada en juicio resulta inmune a la revisión casacional, en lo que respecta a la inmediación, pero sí es revisable en lo relativo a la argumentación del razonamiento de su valoración.

El legislador, de conformidad con dicho precepto (art. 24 CE) exime de la obligación de declarar conforme al artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al familiar del procesado y manda al Juez instructor que le advierta de tal derecho. La exención de la obligación de declarar se reitera en el **artículo 707 L.E.Crim.** para el momento del juicio oral. La exención tiene su justificación en el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio. El mismo fundamento es también el que justifica la exención de responsabilidad penal ante la eventual imputación de responsabilidad criminal a título de encubrimiento, conforme se determina en el artículo 454 del Código Penal.

La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio en contraposición a la obligación de prestar testimonio, se encuentra algunas veces en los vínculos de lealtad y solidaridad entre el testigo y el imputado, en consonancia con la protección que se dispensa a las relaciones familiares en el artículo 39 de la Constitución, y en otras ocasiones se fundamenta en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución. Se legitima dicha opción de guardar secreto procesal, en el ámbito familiar.

En algún supuesto, como en el caso de las STS 1062/1996, de 17 de diciembre y STS 331/1996, de 11 Abril, se ha proclamado el dudoso principio de que el precepto contenido en el art. 416.1 LECrim. está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo y de ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar. Desde luego, pese a la ausencia de desarrollo específico de la previsión constitucional de exoneración de la obligación genérica del artículo 118 de la Constitución, no es cuestionable la conciliación de aquella con los compromisos derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos y por ello está consagrada por el Tribunal Europeo en diversas sentencias¹.

No cabe comparar la opción de acogerse el testigo pariente a la dispensa de no prestar declaración, que opera como una excepcionalidad de la norma, en sus efectos de no integrar el material probatorio del proceso, con el puntual derecho a no declarar del acusado, que se agota en cada oportunidad y sin afectar al resultado de las decisiones adoptadas en otros momentos, previos o posteriores.

En definitiva, reconocido, con base en las razones que ya han quedado expuestas, el derecho de la denunciante a eximirse de prestar declaración en el acto del Juicio oral, haciendo uso de la dispensa que al respecto le otorga el artículo 707 de la Ley procesal, en relación con el 416.1 de ese mismo Cuerpo legal, con la clara y voluntaria intención de que sus manifestaciones no constituyan elementos de incriminación contra su esposo. En tal sentido, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo consideran que la **declaración de la víctima** puede tener por sí sola valor de prueba testifical suficiente para conculcar el principio de presunción de inocencia, siempre que se

¹ Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 Sep. 1990; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990; caso Isgró, TEDH S 19 Feb. 1991 y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 Nov. 1986). El TEDH, en este último caso, para proteger a testigo evitándole problemas de conciencia, considera que un precepto que autorice al testigo a no declarar en determinados casos no infringe el art. 6.1 y 3 d) del Convenio.

practique con las debidas garantías. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con otros delitos no relacionados con la violencia de género, no tiene en cuenta el testimonio único de la víctima como **prueba de cargo suficiente** a la hora de dictar una sentencia condenatoria, ya que se exige la existencia de otras pruebas de carácter objetivo, tales como informes médicos, psicológicos, sociales, testigos de referencia y otros.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 416 dispone que están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en líneas directas 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 del número 3 del artículo 261².

Esta **dispensa de la obligación de declarar**, tal y como se apunta en la sentencia del Tribunal Supremo, núm. 134/2007 de fecha 22 de febrero y otras como la STS de 26 de marzo de 2009, se justifica en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes de un mismo círculo familiar, incluido los miembros de la pareja de hecho:

«La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado» (sic).

Se trata de un derecho renunciable en cualquiera de las fases en las que deba informarse a la testigo/víctima: fase policial, de instrucción judicial o en el acto del juicio oral.

Esta premisa procesal tiene su máximo exponente en el ámbito de la violencia de género, en el que la jurisprudencia en los últimos tiempos ha venido consolidando su determinación, no permitiendo valorar las declaraciones de la víctima incluso cuando no se había acogido a la dispensa. Pero con este acuerdo del alto tribunal queda resuelta la cuestión. Así, el Tribunal Supremo determina que una vez acogida a la dispensa, ninguna declaración anterior será rescatable en el proceso.

² Artículo 261 L.E.Crim. modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito («B.O.E.» 28 abril) y actualmente consta de dos apartados. *Tampoco estarán obligados a denunciar: 1. ° El cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad. 2. ° Los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive.*

Esta cuestión es especialmente relevante en el ámbito de violencia sobre la mujer. El art. 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, preceptúa que las víctimas de violencia contra la mujer contempladas en la ley tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia; así como a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. Resulta habitual que la víctima actúe personada como acusación en el inicio del proceso. Y deviene en algo inusual que posteriormente decida no continuar ejercitando la acción. El hecho de haber actuado como acusación en alguna de las fases procesales ¿implica la desaparición de la dispensa del deber de declarar? La STS 1010/2012, de 21 de diciembre, anterior al Acuerdo de Pleno de 24 de abril de 2013, declaraba la validez de la dispensa ejercida al amparo del artículo 416 LECrim, pese a que la víctima había comparecido en el juicio oral asistida de letrado. La STS 449/2015, de 14 de julio, posterior ya al acuerdo e invocada por el Fiscal, analiza la denuncia por la valoración de la declaración de la víctima familiar pese a no haber sido realizada por el Presidente del Tribunal la advertencia de la dispensa a que podía acogerse, (art. 416 LECrim).

Esta duda interpretativa de la dispensa obedece a que, en los casos en que en el proceso penal haya unas declaraciones en fase policial o sumarial que no sean reproducidas en el acto del juicio, bien porque se guarde silencio, o bien porque resulten contradictorias con las operadas en el sumario, cuando el testigo/familiar se acoge a su dispensa a declarar, se elimina la posibilidad de valorar declaraciones anteriores.

Así, el acuerdo referido acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 23/01/2018, recoge literalmente:

*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 preconstituída.*

Se trata de un aspecto procesal de suma importancia, ya que en los casos del delito de **violencia de género**, la **prueba elemental** de cargo suele ser la de la testigo/víctima. Pero en general, en cualquier otro tipo de delito común, también tiene su especial relevancia, puesto que en aquellos supuestos en los que se decida libremente declarar por parte del familiar/testigo del investigado, lógicamente constituirá un elemento probatorio crucial.

El acuerdo recoge igualmente aunque en sentido negativo la posibilidad de acogerse a dicha dispensa de declarar, cuando refiere el segundo apartado:

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.

Con dicho pronunciamiento jurídico, en relación al derecho de dispensa, se opta por una interpretación de máximos en relación a su alcance, en la línea de facilitar una interpretación más favorable para el reo, puesto que la ejercitación de dicho derecho que deber estar prevenida por la expresa advertencia del Juzgador, comporta un recorte a las posibilidades de la acusación, recortando la incriminación del encausado.

Precisamente, el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) impone que la carga de la prueba de los hechos denunciados recaiga en la acusación. Para lo que resulta necesario una **mínima actividad probatoria**, realizada con las garantías necesarias y referida a todos los elementos esenciales del delito imputado, al tiempo que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (entre otras la STC 26/2010 de 27 de abril). Siguiendo a Guasp³, la prueba actúa como el vínculo que une el proceso con la realidad, que enlaza el proceso con el conjunto de verdades materiales que deben ser reflejadas en el juicio para que éste cumpla eficazmente su función.

En cuanto a los medios de prueba, resultan procesalmente operativos los recogidos en las leyes de enjuiciamiento tanto penal como civil, distinguiéndose entre los medios de prueba personales y los medios de prueba reales. Así, son medios de prueba personales los que se refieren a las personas y comprenden tanto la declaración del acusado, como la prueba testifical y la prueba pericial. Por el contrario, los medios de pruebas reales se refieren a las cosas y versan básicamente en la prueba documental, así como la inspección ocular y registros.

II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 23/01/2018.

En el ámbito de los delitos fuera de la violencia de género, también tiene su significativa implantación la dispensa a declarar del art. 416 L.E.Crim. Así lo ha venido plasmando la jurisprudencia con anterioridad al último acuerdo del presente año, en numerosas sentencias.

³ GUASP DELGADO, Jaime. Concepto y método de Derecho Procesal, ed. Civitas, Madrid, 1997.

La decisión del testigo/familiar en el acto del Juicio Oral a prestar declaración o no, supone un acto propio que debe ser libremente tomada, y cuyo respeto debe imponerse en el proceso. Si aquél decide abstenerse de declarar contra el encausado, de conformidad con lo previsto en el **art. 707 de la LECr**, en relación con el **art. 416 de la LECr**, comporta ejercitar una dispensa prevista en la ley, que deberá ser respetada por el Tribunal hasta el punto de no poder tener en cuenta la valoración sumarial de cualquier otra declaración anterior del mismo. Es más, el hecho de no haber manifestado dicha dispensa a declarar en el sumario, no cercena la posibilidad de hacerlo con posterioridad, ni supone la renuncia a decidir abstenerse a declarar como testigo en el momento del juicio oral, que es donde realmente puede considerarse prueba formal con valor probatorio para poder conculcar el principio de presunción de inocencia.

La declaración del testigo prestada a lo largo del sumario, tiene una naturaleza diferente a la declaración prestada en el juicio oral. La primera no conlleva naturaleza probatoria capaz de desvirtuar el principio de inocencia, mientras que la testifical en el juicio oral sí comporta dicha connotación probatoria. Por ello, existe la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de prestar testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de la dispensa, concedida a precisamente, a prevención de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado.

En consecuencia, una vez admitida la decisión de no declarar contra el encausado en el acto del juicio oral, resulta imposible valorar de cualquier declaración sumarial. En rigor, la dispensa así manifestada en dicha vista oral, no erradica la existencia de **declaración sumarial** ni su validez; ésta concurre al expediente judicial como diligencia judicial practicada formalmente, pero su valor probatorio queda invalidado como verdadera prueba de cargo cuando se ejercite la dispensa en la posterior **declaración judicial** ante el Tribunal en el propio **acto del juicio oral**, puesto que de lo contrario, se dejaría sin eficacia alguna la dispensa así ejercitada.

Así, ya la STS 31/2009⁴ invalida como prueba de cargo la exploración de una menor obrante en fase sumarial, celebrada ante el Juez Instructor en presencia del Ministerio Fiscal en la que se detallaba extensamente las relaciones sexuales mantenidas

⁴ STS 31/2009, de 27 de enero. Ponente: Prego De Oliver Tovas, Alfonso.

incitada u obligada por su madre, cuando posteriormente la referida testigo, ya mayor de edad en el acto del juicio oral, manifiesta su expreso deseo de no prestar declaración.

Recoge igualmente dicha sentencia que tampoco resulta válida la incorporación de la declaración testifical prestada en fase sumarial, a la actividad probatoria del juicio oral en virtud del art. **730 de la LECrim.** que permite que se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.

El referido artículo supone la posibilidad de dar eficacia probatoria a una diligencia sumarial, como excepción al principio básico de que la prueba debe ser practicada en la fase del juicio oral en el que deben concurrir los principios de inmediación, contradicción y publicidad. Y por ello, debe ser usado con carácter excepcional. Para ello debe resultar irreproducible en la vista oral, como en el caso de una inspección ocular realizada durante el sumario, o en el supuesto de desaparición o fallecimiento sobrevenida de un testigo.

Así previsto, el art. 730 parte de la premisa de la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, resultando irreproducible su declaración. Pero en el caso en el que el testigo decide libremente acogerse a la dispensa de no declarar en el acto del juicio oral, no puede entrar en juego la previsión del citado artículo. Dicho criterio interpretativo ha sido mantenido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencias como STS de 26 de noviembre de 1973; manteniéndose en el tiempo como en STS de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001, **no permitiendo la lectura** de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar.

Precisamente en virtud de los citados principios de orden penal, con respecto a la inmediación, contradicción y publicidad, debe desdeñarse la incorporación de la diligencia sumarial el **art. 714** que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el juicio oral.

Este artículo está previsto para contrastar la exactitud de la declaración testifical en el acto del juicio oral, sobre los detalles que explique el testigo en su posible contradicción. Lo que claramente no ocurre en la no declaración judicial del testigo

pariente que decide acogerse a su derecho a no declarar, dado que no existe contradicción alguna entre lo declarado en el sumario y lo no declarado en la vista oral.

Resulta igualmente destacable la **STS 000/2010**⁵, por la que igualmente se virtualiza la prevalencia de la dispensa del art. 416, en detrimento de la premisa procesal prevista en el **art. 730** de la L.E.Crim.

En el supuesto contemplado en dicha sentencia, a pesar de no existir ninguna prueba directa más que las declaraciones prestadas por la denunciante ante la policía y su ratificación en el juzgado de instrucción, la Audiencia, tras proceder a su lectura en el acto del juicio, con aplicación del artículo 730 de la ley procesal, entendiendo encontrarse ante un supuesto de imposibilidad de práctica de la testifical en el plenario, decide otorgarles valor probatorio y dicta sentencia condenatoria al acusado por los delitos juzgados, pese a que aquella manifestó su expreso deseo de no prestar declaración en el acto del juicio oral.

La Sala estimó la dispensa del artículo 416.1 de la ley procesal en relación al art. 707 dado el acusado era su esposo. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no le impide su ejercicio posterior.

Pone de relieve esta sentencia cómo ya el El Tribunal Constitucional, pese a inadmitir la cuestión de constitucionalidad que se le presentaba, en su Auto 187/2006, de 6 de junio, acertó a recoger (...) *Al respecto hemos de convenir con el Fiscal General del Estado en que no puede aceptarse que la **convivencia** se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 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.***

Precisamente, partiendo de dicha premisa la sentencia justifica cómo no concurre imposibilidad de practicar la prueba testifical en el acto del juicio oral, sino que detalla cómo lo que existe es el ejercicio de un derecho legalmente establecido a favor de la testigo declarante, máxime cuando la Audiencia inconsecuentemente, no apercibió a la testigo de obligación a declarar, como hubiera sido necesario para afirmar que se agotaron realmente todas las posibilidades de llevar a cabo la práctica de la prueba que,

⁵ STS 459/2010, de 14 de mayo. Ponente: Maza Martín, José Manuel.

recordemos una vez más, era la esencial de que se disponía para la imposición de unas penas de importante cuantía.

E igualmente consagra esta sentencia que *tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECrim. que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral.*

El art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el sumario, resultando irreproducible su declaración. Pero su aplicación no cabe cuando la falta de declaración del testigo en el juicio oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido legalmente, estando el testigo presente en las sesiones de dicha vista oral. No concurre en tal caso la *imposibilidad jurídica* prevista en su tenor literal.

Este argumentado en la histórica STS de 26 de noviembre de 1973, ha sido mantenido posteriormente en las STS de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001⁶, en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que posteriormente en el juicio oral hace uso de su derecho a no declarar.

III. JURISPRUDENCIA DEL ART. 416 L.E.CRIM. EN RELACIÓN AL ACUERDO DEL PLENO NO JURISDICCIONAL DE SALA DE 24 DE ABRIL DE 2013.

Resulta significativa la **STS 449/2015⁷, de 14 de julio** por la que se confirma la condena, aun cuando en la instancia, la Sección III de la Audiencia Provincial de Oviedo condenó al acusado como autor del delito de agresión sexual a su pareja con la que había convivido los tres años anteriores, pese a la no advertencia a la víctima de las prevenciones del art. 707 de la L.E.Crim. en sus declaraciones judiciales, motivo por el que la defensa de aquél instó el debido recurso instando consecuentemente la exclusión

⁶ En idéntico sentido STS de 5 de Marzo de 2010 y SsTS de 17 de Diciembre de 1997 y 27 de Noviembre de 2000 o las del Tribunal Constitucional 331/96, de 11 de Abril, y 1587/97, de 17 de Diciembre (...) *en orden a que no puede leerse una declaración sumarial de un testigo cuando éste hace uso de su derecho a no declarar en el acto del juicio oral.*

⁷ STS 449/2015, de 14 de julio. Ponente: Gimenez García, Joaquín.

de sus declaraciones en el acervo probatorio del proceso.

El razonamiento jurídico pone de relieve que el art. 416-1º de la L.E.Crim. declara exentos de la obligación de declarar, entre otras personas a "la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial" con el agresor. Exención que tiene naturaleza constitucional como se acredita con el art. 24-2º, último párrafo, de la Constitución.

La cuestión es decidir, es si la víctima de violencia de género que ha iniciado ella misma el expediente judicial con su denuncia puede ampararse con posterioridad en la dispensa de la obligación de declarar tanto durante la instrucción como en el plenario, y determinar la validez que pueda tener su declaración inculpativa al no haber sido previamente advertida de su derecho a no declarar.

A tal respecto hay que poner de relieve que la jurisprudencia del alto tribunal no ha sido uniforme, existiendo algunas sentencias que llegaban a resultados diversos y por tal motivo, surge el **acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013** para establecer una mayor seguridad jurídica en la uniformidad de la interpretación del precepto.

Así, partiendo de que la justificación de tal exención se encuentra en el conflicto existente entre el deber legal de decir la verdad y el derecho derivado del vínculo afectivo familiar o asimilado existente entre agresor y víctima, se adopta dicho acuerdo constituyendo la posición definitiva "la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416-1º L.E.Crim. alcanza a las personas que **están o han estado unidas** por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto", exceptuándose únicamente los supuestos en que hubiera cesado el matrimonio o la convivencia y el caso en que la víctima estuviera personada como acusación particular⁸.

Algunas sentencias como las de fecha 26 de Abril y 30 de octubre de 2013⁹, aplicaron la doctrina que se derivaba de tal Acuerdo siendo de señalar, que en caso de omisión de la información de la dispensa de declarar, ex art. 416-1º L.E.Crim. a la persona concernida, ello no llevaría *sic et simpliciter* a la nulidad del juicio, sino solo a la **nulidad de la declaración** concernida por lo que la condena podía ser mantenida de existir **otras pruebas de cargo** suficientes.

⁸ Situación ésta última superada con el pronunciamiento del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 23/01/2018.

⁹ STS 304/2013 de 26 de Abril y STS 854/2013 de 30 de Octubre.

En concreto, en la meritada sentencia expuesta, se recogió que *si bien es cierto que en el inicio de la causa penal, no se le informó de su derecho a no declarar ex art. 416-1º L.E.Crim. con motivo de su declaración en sede judicial el día 7 de Julio de 2012. El posterior ejercicio de la Acusación Particular, --y durante un año--, le novó su status al de testigo ordinario, el que mantuvo, aún después de que renunciara al ejercicio de la Acusación Particular, por lo que su declaración en el Plenario tuvo total validez aunque no fuese expresamente instruida de un derecho del que ella misma había renunciado al personarse como Acusación Particular.*

IV. NUEVA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DE LA DISPENSA DEL ART. 416 L.E.CRIM.

La STS de 30 de enero de 2018¹⁰, se hace eco del nuevo enfoque dado a la dispensa del meritado precepto procesal, en la que haciendo expresa referencia a la conocida STS de 27 octubre de 2.004, viene a precisar que el presupuesto de la dispensa del artículo 416.1 es que medie la **obligación de declarar**.

A tal efecto se recoge expresamente que en el supuesto enjuiciado no existe tal presupuesto en la medida que fue *Adela quien espontáneamente acudió a la Comisaría de Alcázar de S. Juan -folio 1- denunciando a su padre, denuncia que inició el procedimiento judicial, y en esta situación en que es la propia víctima la que denuncia, 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. Un examen de las actuaciones pone de manifiesto que tras la declaración/denuncia inicial de la víctima, se le recibió en sede judicial -folio 21- en concepto de perjudicado, a presencia del Juez, Secretario y Letrado designado expresamente por el detenido. Ninguna tacha puede efectuarse a tal declaración que, por ello, es susceptible de ser valorada e integrar la actividad de cargo capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia."*

Igualmente Por su parte, la STS de 12 de julio de 2.007, destaca como el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un **derecho renunciabile** en beneficio de los testigos, pero no de los **denunciantes espontáneos** respecto de hechos que les han perjudicado y que acuden a la policía en busca de protección.

¹⁰ STS 49/2018, de 30 de enero. Ponente: Berdugo Gomez De La Torre, Juan Ramón.

No obstante este criterio jurisprudencial, en la actualidad rige la obligatoriedad de la advertencia del art. 707 de la L.E.Crim. tanto en sede policial como judicial y dentro de ésta en cada una de los dos fases del proceso - instrucción y plenario-.

Por ello, la consecuencia de la no observancia de dicha obligación es la nulidad de la declaración prestada y la consiguiente imposibilidad de su valoración por el juzgador. Así se acoge igualmente en diversas sentencias, entre las que se hallan SSTS. 28/11/96, 18/4/97, 17/12/97 y 26/5/99 que determinan que es obligación del Juez instructor de un proceso penal **advertir a los testigos** que se encuentren **dispensados** de la obligación de declarar por ser **pariente** del acusado, con la consecuencia de que la declaración prestada sin esta advertencia será nula.

La STS de 20/2/2008, declara la nulidad de las declaraciones sumariales incorporadas al juicio oral mediante su lectura, respecto de la mujer unida al acusado por análoga relación de afectividad a la matrimonial, al no ser advertida por la policía, ni por el Juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio.

En la misma línea de protección de los vínculos de solidaridad y lealtad del testigo/familiar con el acusado, y de forma más general, el **artículo 418** de la **L.E.Crim.** exime al testigo, con las excepciones que contempla, de la obligación de declarar respecto de cualquier pregunta cuya contestación pueda perjudicar de una forma directa e importante, en términos de dicho artículo, bien a la persona bien a la fortuna de cualquiera de los **parientes** a los que se refiere el artículo 416, lo que sin dificultad puede extenderse al procesado. Parece que si esta posibilidad se reconoce a quien está obligado a declarar, debe igualmente ser reconocida a favor de la persona que declara por propia iniciativa.

Por tal motivo, las declaraciones prestadas contra el acusado por parte de los testigos/familiares sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la L.E.Crim, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse **nulas** y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra aquél.

Ahora bien, cabe destacar que la exclusión de los parientes afines hasta el segundo grado que se recoge en el artículo **261.2 L.E.Crim**, lo es en cuanto a la obligación de

denunciar, no así a supuestos del artículo 416 que refiere a la dispensa de declarar, tal es así que la remisión que este último precepto realiza el artículo 261, sólo se refiere al apartado 3, referencia a los *afines* que ha sido eliminado en la redacción actual del art. 261.2 por LO 4/2015 de 27.4 del Estatuto víctima del delito.

CONCLUSIONES.

La dispensa de la obligación de denunciar y declarar, regulada en los arts. 261 y 416 L.E.Crim., tiene su fundamento en el **conflicto de intereses** que se crea en los familiares del investigado en un proceso penal, como pugna entre el deber de comunicar las conductas delictivas y el principio de lealtad y afecto hacia la familia. Ese es el verdadero fundamento de sendos preceptos procesales.

El último acuerdo de pleno no jurisdiccional del alto tribunal, de fecha 23 de enero de 2018, viene a zanjar la cuestión debatida en los procesos de violencia de género, sentando el criterio de interpretación de forma *pro reo*, al excusar de dicha obligación de declarar al testigo/familiar que en el acto del juicio oral renuncia a su condición de acusación particular, pese a haberse posicionado como tal en la fase sumarial del procedimiento penal.