

Pino Esther Hormiga Franco

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Doctoranda Derecho Penal UDIMA. Licenciada en Criminología y abogada no ejerciente del Colegio de Abogados de Las Palmas.

**~Dispensa del artículo 416 de la LECrim y sus peculiaridades.
Personas especialmente protegidas~**

**I. DISPENSA DEL ARTÍCULO 416 DE LA LECRIM Y SUS
PECULIARIDADES.**

Vamos a abordar el ámbito subjetivo y objetivo de la dispensa del artículo 416 de la LECrim, es decir, quién y en qué casos se puede ejercer este derecho.

Aquellas mujeres víctimas que hubieran ido de manera voluntariamente a interponer una denuncia se les negaba la dispensa para que pudieran narrar el hecho ilícito y la persona de su autor. Ahora bien en qué momento se puede hacer uso de la dispensa del artículo 416 de la LECrim, es el que planteó la cuestión contradictoria de ahí que tuviera que valorarse si era necesaria la existencia de relación conyugal o de análoga afectividad, y si ésta estuviera vigente en el momento de la declaración en la instrucción o en el momento del juicio oral o tras la interposición de la denuncia. La anterior doctrina jurisprudencial quedó definitivamente fijada en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2013, desarrollado en la STS 304/2013, de 26 de abril, que se pronuncia en los siguientes términos: Esta Sala se ha pronunciado en varias sentencias sobre el alcance de la dispensa a la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se trate de 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 (los que no están obligados a denunciar).

La no obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la LECrim, sólo es aplicable a las personas que están o han estado unidas por análoga relación de afectividad, salvo que se trate de hechos acaecidos con posterioridad al divorcio o cese de la situación análoga o que el testigo se haya personado como acusación particular en

la causa penal. En estos casos el testigo tendrá que responder a lo que se le pregunte y conozca de los hechos diciendo la verdad. A sensu contrario, la dispensa afecta a los testigos que en el momento de declarar estén unidos en matrimonio o mantengan relación análoga a la conyugal, no teniendo obligación de declarar contra el acusado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010, deja a voluntad del testigo o denunciante la contradicción entre sus intereses morales o familiares y el deber como ciudadano de denunciar los hechos delictivos para que puedan ser perseguidos. Para ello, a esta persona que debe soportar la presión de pugna entre sus sentimientos y deber de colaborar con la justicia se le deba informar de la dispensa para que decida si quiere ejercitarla. Se les da la posibilidad, para no obligarles a decir verdad contra su pariente y que puedan luego ser perseguidos por un delito de falso testimonio.

Cuando se incumple el deber que establece la LECrim, en relación al deber de advertir al testigo de la dispensa del artículo 416, la consecuencia no puede ser otra que la nulidad de la prueba testifical, porque no se trata de un defecto procesal sino de una vulneración de derechos fundamentales, aplicando el artículo 11.1 LOPJ.

El Tribunal Supremo y en su acuerdo de Pleno no jurisdiccional, declara que si la víctima ejerce de acusación particular, ésta no tiene derecho a ser informada de su derecho a no declarar o dicho en otros términos se convierte en una persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar. Así que si dicha persona perdiera el estatus de acusación particular, por ejemplo, en la fase de plenario, el juez deberá informar a la testigo de su derecho a la dispensa del artículo 416 de la LECrim. Es necesario para que no tenga derecho a la dispensa, que esté personado, es decir, en el caso de que haya estado personado volvería a tener derecho a no declarar contra el acusado sólo por haber renunciado a su posición de acusación particular.

Analizando la jurisprudencia reciente sobre el tema objeto de estudio, podemos extraer algunas conclusiones:

En relación con la imposibilidad de incorporar la declaración sumarial del testigo-pariente como material probatorio al acto de juicio oral cuando se acoge al derecho a no declarar por vía del artículo 714 LECrim, refieren las SSTs de 27 de enero de 2009 y 10 de febrero de 2009 que: «Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el artículo 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. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que, cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario»¹.

En relación con el plenario, no pueden incorporarse al acto de juicio oral las declaraciones de un testigo efectuadas en el seno de otro procedimiento por vía de los artículos 714 y 730 LECrim, y no puede obligarse a declarar al testigo pariente que declaró en contra del acusado en otro procedimiento (STS 18 de diciembre de 2008).

En este caso, ya se ha unificado el criterio que cuando no se advierte de la dispensa a declarar a quién tiene derecho a ella por ser el testigo familiar o tener vínculo con el acusado, se declarará la nulidad de la declaración y deberá expulsarse la misma de prueba para su valoración. Pero en los casos en que ocurre lo contrario, es decir, que se le advierte del derecho a la dispensa, cuando se trata de testigo que no debe acogerse a la misma, por ejemplo a un testigo divorciado del procesado o a quién ya no convive con el acusado y ha mantenido una relación análoga de afectividad al matrimonio. En estos casos debe declararse también la nulidad de la declaración, pero si el ofrecimiento a la dispensa se ha hecho en la declaración en el acto del juicio oral, deberá de celebrarse nuevamente, tras la declaración de nulidad del acto del juicio oral.

Y en cuanto al deber de ser informado al deponente del derecho a la dispensa a declarar, salvo en los casos en los que interpone denuncia donde manifiesta tácitamente su deseo de no acogerse a dicho derecho (STS 23 de marzo de 2009).

El derecho a no declarar es una facultad del testigo que puede ejercitar o no, no estando vinculado por el principio de los actos propios, de forma que puede haberse acogido a su derecho a no declarar en sede policial o durante la instrucción judicial (expresa o tácitamente mediante la presentación de denuncia) y no acogerse a tal derecho en declaraciones posteriores en la instrucción o en el acto de juicio oral (STS 23 de marzo de 2009). Lo que ampara al derecho a no declarar en supuestos de

¹ DE LA FUENTE HONRUBIA, Fernando. La dispensa del deber de declarar por concurrencia de vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual. La Ley 121/2010.

violencia familiar, cuando las relaciones en estos casos pueden estar destruidas, son cuestiones de índole subjetiva del testigo a quién se le puede obligar a declarar contra aquella persona que tiene un vínculo familiar o afectivo.

Otras de las conclusiones que se extraen es la imposibilidad de la reproducción de la declaración sumarial del testigo pariente en el acto de juicio oral por vía del artículo 730 LECrim, cuando en ese momento procesal se acoge al derecho a no declarar. Tampoco es posible proceder a su lectura por vía del artículo 714 LECrim, para poner de manifiesto eventuales contradicciones por cuanto en nada puede contradecirse quien no declara (STS 27 de enero de 2009).

Ahora bien, existe jurisprudencia contradictoria sobre el criterio de la convivencia entre los parientes como requisito para que concurra el derecho a no declarar en testigos divorciados o parejas de hecho.

Mientras que la jurisprudencia consolidada del TS entendía que ese requisito ha de venir referido solamente al momento en el que deponga el testigo (último exponente STS 20 de enero de 2009), la última STS de 26 de marzo de 2009 entiende que también concurre el derecho a no declarar si había convivencia al momento en el que ocurrieron los hechos. En los demás vínculos personales del artículo 416 LECrim, no se plantea esta dicotomía por cuanto no se exige convivencia.

En cuanto al tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico de la víctima en relación a la dispensa del artículo 416 de la LECrim, ya es doctrina jurisprudencial consolidada que la víctima de violencia de género que haya declarado en la fase de instrucción y luego en la fase de plenario hiciera uso de la dispensa a declarar, no se podrá incorporar como prueba en el acto del juicio oral, la declaración anterior de la víctima. Así en cuanto en el momento en que debe aplicarse la dispensa quedó resuelta con el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 24 de abril de 2013 que se pronunció en los siguientes términos: «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»².

Hay demasiadas voces que predicán la reforma de la dispensa del artículo 416 de la LECRIM, que esta dispensa no puede alcanzar a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos de violencia de género, por una cuestión de seguridad jurídica y de alguna manera se evita que la víctima controle el curso del procedimiento a su capricho, garantizando así la tutela judicial efectiva. Y todo ello, si seguimos afirmando de que los delitos de violencia de género son delitos públicos y que afecta al conjunto de la sociedad española. Algunos autores abogan por la utilización de la mediación en este ámbito en interés del menor.

El Grupo de expertos y expertas en Violencia Doméstica y de Género que asesora en esta materia al Consejo General del Poder Judicial, ya en 2011 alertaba de la situación en un informe acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO 1/2004 y sugería que para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, "se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECrim que esta dispensa de la obligación de declarar no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto"³. Parece que todos los operadores jurídicos reivindican una reforma del artículo 416 de la LECrim para que las víctimas de los delitos de violencia doméstica y de género no tengan la dispensa y por lo tanto no hagan uso de ella. Se recomienda como en otros países de Europa se está haciendo, que la víctima que haya presentado denuncia o querrela, debe de estar obligado a declarar contra el acusado. Así mismo, se le debe eximir de prestar juramento para que no incurran en un posible delito de falso testimonio. Sabemos, que aunque el CGPJ, no publique datos sobre las víctimas que retiran la denuncia, salvo las asesinadas, aquellas son numerosas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

² GIL VALLEJO, Beatriz. A vueltas con el artículo 416 LECrim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del artículo 416.1 LECrim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual). La Ley 2947/2016.

³ BETRÁN PARDO, Ana Isabel. A propósito de la última interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la dispensa del deber de declarar de las víctimas de violencia de género. Comentarios a la STS 449/2015, de 14 de julio. Octubre 2015.

El acogimiento a la dispensa de declarar por la víctima de violencia de género da lugar que se produzcan el gran número de los autos de sobreseimiento provisional en la fase de instrucción y de sentencias absolutorias en el órgano de enjuiciamiento. Hay que tener en cuenta que la dispensa del artículo 416 de la LECrim se configura como un derecho constitucional en el artículo 24.2.2 de la CE, pero de desarrollo en una ley ordinario donde podría restringirse los casos en que pudiera la víctima acogerse a ese derecho como una excepción a la regla general de prestar declaración. Estas excepciones deben conciliarse con las instrucciones y criterios establecidos en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 24 de abril de 2013. En este sentido, la autora de este artículo propone la redacción del precepto de la siguiente forma:

"En los casos en que se trate de víctimas de delitos de violencia de género que en principio puedan acogerse a la dispensa a que se refiere el presente artículo, el Juez o Tribunal oída las partes y Ministerio Fiscal podrá acordar motivadamente en sede de instrucción o antes del inicio del Juicio que no obstante lo anterior, no puedan acogerse a la referida dispensa subsistiendo pues la obligación de prestar declaración y ello atendidas la existencia de antecedentes en el ámbito de la pareja, condenas previas del acusado por delitos de violencia de género, el interés de los hijos menores, la gravedad de los hechos objeto de instrucción o enjuiciamiento o cualesquiera otras circunstancias de especial relevancia. Dicha decisión en el ámbito del enjuiciamiento podrá adoptarse de forma oral y razonada antes del inicio del Juicio pero deberá quedar debidamente documentada en la sentencia que se dicte".⁴

En cualquier caso la decisión del juez de instrucción o del órgano de enjuiciamiento no supone un juicio de valor previo de la causa en contra del investigado. Habrá que valorar las circunstancias antes referidas de condenas previas del investigado, antecedentes en el ámbito de la pareja, la gravedad de los hechos, entre otras que se decidirá que la víctima deba declarar. Deberá la víctima de violencia de género que se ha negado a prestar declaración ir acompañada de letrado en el caso que por el Juzgado de le obligue a declarar y siempre la víctima lo solicite de conformidad con el artículo 20 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre. Esta propuesta de renuncia de

⁴ RODRÍGUEZ PERALTA, María Teresa. El problema de la dispensa del artículo 416.1 de la LECrim. Una solución alternativa. Revista de Derecho vLex - 179, 2019.

dispensa de manera obligatoria es para las víctimas que de manera excepcional se valore su obligación a declarar, sin perjuicio de aquellas que voluntariamente renuncian y ejercitan sus acciones legales como acusación particular en virtud del artículo 110 de la LECrim. Quizás se podría sugerir que en estos casos excepcionales que se obligue a declarar a la víctima de violencia de género sea en sede judicial en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o ante el órgano de enjuiciamiento con la opción previa de ser asistida por un psicólogo forense al objeto que la declaración que vaya a realizar no le afecte o perjudique en el terreno emocional. Únicamente veo que habría un inconveniente que en los juicios rápidos la inmediatez de los mismos se vea ralentizada por la asistencia psicológica previa.

II. MENORES Y PERSONAS ESPECIALMENTE VULNERABLES.

En esta materia de violencia de género sobre la mujer, los hijos son víctimas directas del delito al igual que la mujer.

En relación a si los hijos han presenciado o escuchado los malos tratos, resulta muy interesante la STS, Sala Segunda, de 18 de abril de 2018. El caso concreto es un delito de lesiones leves cometidos por un hombre sobre su esposa, a quien causó contusiones al empujarla contra la cama del dormitorio de uno de sus dos hijos. Éstos no estaban en la habitación donde ocurrió la agresión, pero estaban en casa. La sentencia señala que la presencia de menores no tiene porqué consistir únicamente en una percepción visual directa de los acontecimientos, sino que ha de extenderse a las «percepciones sensoriales»⁵. Lo novedoso de la sentencia es que si hasta ahora la agravante se entendía circunscrita al ámbito visual, ahora se extiende a esas otras percepciones sensoriales.

Los menores son víctimas de violencia cuando esta se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos a las personas que rodean, de forma más cercana, a la víctima inmediata, que es la mujer; los menores pueden ser correa de transmisión de distintas formas de violencia por parte de uno de sus progenitores, hacia el otro. Y, estadísticamente, son mayoritariamente instrumento a través del que los padres ejercen violencia sobre las madres. Es decir son cauce a través del que se ejerce violencia de género.

⁵ CORERA IZU, Martin. El Decreto sobre la violencia de género y la patria potestad. La Ley 11209/2018.

Y estas dos conclusiones fuerzan a la elaboración de un discurso complejo. Como víctimas, los menores han de ser protegidos, y sus madres han de encontrar a su vez protección frente a la instrumentalización de los menores para ejercer violencia contra ellas. Y es necesario hacer compatibles ambas dimensiones del discurso. El Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la Infancia Víctima de la Violencia de Género, lo explica claramente:

«Si ha sido difícil, y aún no se ha acabado, explicar y concienciar lo que es la violencia de género, su génesis, indicadores, detectores, mucho más lo es entrar en el mundo de la infancia donde los bloqueos emocionales sociales son mucho más grandes. Cuesta mucho entender que un juez pueda conceder visitas a un padre biológico, condenado por maltratar a la madre, incluso con la resistencia del menor. Lo que sucede es que se piensa que el juez no cree al menor o incluso que no le cabe en la cabeza que un padre, por muy maltratador que sea, hará daño a su hijo. Y ahí caemos en el relato, en la mitificación, en no querer afrontar los hechos como son»⁶.

Hoy, conceptual y normativamente, empezamos a no considerar a los menores sujetos ajenos al escenario de violencia, sino víctimas directas, aunque no lo sean de violencia física o moral contra ellos en primera persona sino en contra de la mujer. No son meros testigos. A partir de esa consideración, podemos colocarlos en el centro del problema, como a sus madres. Y, una vez situados bajo el mismo foco, podremos analizar de modo más preciso las medidas sociopolíticas, normativas y jurisprudenciales que conviene adoptar para proteger a estos sujetos, particularmente vulnerables por su doble condición de menores, y de víctimas de violencia de género. Estas reticencias debieran ser superadas. Es preciso tener presente que el comportamiento de los agresores tiene siempre un impacto sobre esos menores, una huella sobre su salud y sobre su desarrollo. De hecho, dentro de la definición de maltrato infantil se incluye la violencia psicológica, que a su vez contempla, como uno de los tres subtipos, la exposición a la violencia de género familiar. Así se considera víctima de violencia de género al niño o la niña expuesto a violencia de género en su ámbito familiar, por el hecho de vivir en un hogar donde su padre, o el compañero de su madre, es violento con la mujer.

⁶ GÓMEZ FENÁNDEZ, Itziar. Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. Revista Aranzadi Doctrinal, 8/2018.

El propio Tribunal Supremo sostiene en la reciente STS núm. 247/2018, de 24 de mayo (PROV 2018, 158520), que la exposición a la violencia de género tiene efectos sobre el bienestar del menor, esto es, que...«la presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre es una experiencia traumática produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, a quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación, ante la posibilidad de que su experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede ser paralizante, y que, desde luego, afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor , pues aprende e interioriza los estereotipos de género , las desigualdades entre los hombres y mujeres, así como la legitimidad de uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia».

Pero el camino hasta llegar a este pronunciamiento no ha sido precisamente corto. El cambio normativo, que siguió a un cambio de enfoque, se dio con la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Esta norma transformó el art. 1.2 LOPIVGR, redefiniendo el objeto de la misma. Si la versión inicial del precepto establecía que la ley determinaba medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas, la versión revisada del precepto reconoce que esas medidas de protección integral tienen por finalidad «prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia ». Por tanto, hoy por hoy, la LOPIVG reconoce expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares.

Y lo hace también el art. 10 del Estatuto de la víctima del delito cuando dice que «los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley», sabiendo que el Título I se refiere a los derechos básicos de las víctimas, y el Título III a la protección de las mismas. Entre esos derechos destacaría el de entender y ser entendida (art. 4); el derecho a la información desde el momento en que entra en contacto con las autoridades públicas de todos aquellos extremos que se recogen en el

art. 5 de la Ley y, en particular a recibir toda la información posible sobre la causa penal (art. 7); como denunciante, el derecho a quedarse con una copia de la denuncia y al intérprete (art. 6), derecho este último que permanece con la víctima, aunque no sea denunciante, en el curso del procedimiento y en su relación con las administraciones (art. 9); el derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo (art. 10); y, junto a los anteriores, el elenco de derechos que asisten a la víctima en el curso del procedimiento penal (arts. 11 a 18) y otros tantos que le aseguran la protección (arts. 19 a 26).

En definitiva, para concluir si en un supuesto en concreto, debe aplicarse la circunstancia que determina una mayor penalidad de los hechos por la existencia de una «persona especialmente vulnerable» deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso, de modo que una vez exista una posible víctima a la que pueda, en principio, aplicarse tal especial protección, como sucede con los menores, incapaces físicos o psíquicos, enfermos o ancianos, deberá ponderarse tal circunstancia de acuerdo con criterios jurídicos tales como si su aplicación puede suponer una posible vulneración del principio del non bis in idem o si pese a la concurrencia del presupuesto de hecho, en el caso en cuestión, fue inoperante.⁷

La agravante de violencia de género por actuar en presencia de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión. De no interpretarse así, destaca la Sala, «el precepto resultaría desactivado en la esencia de su funcionalidad, al quedar desprotegidos numerosos supuestos relevantes de victimización de menores de edad (cuando no tienen acceso al dormitorio de la pareja, o se encuentran atemorizados a la hora de acudir al cuarto donde se ejecuta la acción violenta; o simplemente cuando tienen dificultades de visión, etc.)». «La presencia de los hijos e hijas en episodios de violencia del padre hacia la madre, supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, de miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a repetirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos»,

⁷ GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma. Delimitación del concepto «persona especialmente vulnerable» en la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La Ley 1216/2005.

añaden los magistrados.⁸

Hay un conjunto de personas, también especialmente protegidas como posibles víctimas y permite considerar, en primer término, la existencia de dos grandes grupos, a saber: las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (a las que se dispensa, en general, una mayor protección) y los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente; los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; personas amparadas en cualquier otra relación integradas en el núcleo de la convivencia familiar del autor; y personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. A cada uno de estos dos grandes grupos se les dispensa, además, una protección que no es exactamente coincidente en cada una de las figuras delictivas que hemos estudiado. Por eso, conviene proceder a su estudio individualizado.⁹

Como conclusión, hasta el momento la violencia sobre la mujer es un problema que sigue existiendo, igual debemos de escuchar a otros operadores de otros campos como el social, el asistencial, educativo, sanitario, criminológico y por supuesto el jurídico, entre otros. En el campo judicial no se puede obviar principios del derecho penal, tales como el principio in dubio pro reo, presunción de inocencia, derecho de defensa y otros que son las garantías en nuestro ordenamiento jurídico y la lucha contra la violencia no puede restar derechos ni al acusado ni por supuesto al testigo, familiar de la víctima sea o no denunciante.

Es difícil resolver el conflicto interno que puede producir en el fuero interno del testigo para no perjudicar a la víctima, por lo que debe mantenerse el derecho a la dispensa del artículo 416 de la LECrim. Habrá que preguntarnos porqué el silencio de la víctima, por miedo o temor a represalias, por conflicto interno para no perjudicar al acusado, por los hijos, etc...igual habrá que instaurar otros sistemas para estos ilícitos, sobre las conductas menos grave. Habrá que fijarse y tener en cuenta los deseos de las

⁸ LARRAYOZ SOLA, INÉS. La agravante de violencia de género por actuar «en presencia» de los hijos no requiere que estos hayan visto la agresión. Revista Aranzadi Doctrinal, 7/2018.

⁹ PUENTE SEGURA, L/DE LA FUENTE HONRUBIA, F., El delito de maltrato habitual. Otras personas especialmente protegidas en el ámbito de la violencia familiar y de género, en: Violencia de género. Aspectos jurídicos penales fundamentales, CEF-UDIMA, Madrid, 2018.

víctimas y su protección. Debemos intentar que las víctimas se acojan menos a este derecho sin quitarles su derecho y se sancione al delincuente.

III. CONSIDERACIONES FINALES.

Para que exista una absoluta seguridad jurídica y extender el marco de protección de las víctimas, cada vez hay más autores que consideran preciso que se proceda a una modificación legislativa para incluir en el art. 416 LECrim, que esta dispensa de la obligación de declarar no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de afectividad o de parentesco que se expresan en el mencionado precepto.

Ya podemos ver otros países de derecho comparado como Italia donde se obliga a declarar cuando se ha presentado denuncia o cuando la víctima no goza de tal dispensa a declarar si ha sido víctima del delito. Similar situación en Francia, que se le excusa de prestar juramento para no incurrir en el delito de falso testimonio y en Inglaterra se fija la obligación de declarar cuando se trate del interés general como ocurre con los delitos de Violencia sobre la Mujer.

En España podría tener encaje cualquiera de estas opciones, al tratarse de delitos públicos, el Estado debería obligar a la persona que denuncia a declarar o si ha sido víctima del delito. Ahora bien, dada la situación de familiaridad o afectividad, debemos eximir al testigo de prestar juramento para que no incurra en un delito de falso testimonio.

Quizás la violencia de género pasa por graduar los diversos supuestos y darles un tratamiento diferenciado, toda vez que nos encontramos con episodios heterogéneos, desde la violencia de género habitual y continua a la violencia de género cuando ocurre un hecho aislado, todas ellas reprochables y el ordenamiento jurídico podría responder dando diferentes soluciones.

Por ello, quizás dada la poca efectividad de las medidas actualmente vigentes para luchar contra la violencia de género, es por lo que se podría dar una oportunidad a la mediación en aquellos conflictos no graves, que facilite una solución pacífica en la familia, sobre todo cuando los menores se relacionan con el progenitor maltratador, en aras siempre en beneficio y en interés del menor.