

EL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR DE LOS MENORES DE EDAD

ANÁLISIS DEL ART. 416 LECRIM Y PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA.

I- INTRODUCCION.

II-EL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR, REGULACION Y FUNDAMENTO.

III- EXAMEN DE LAS EXCEPCIONES DEL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACION DE DECLARAR.

- a) Que el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.
- b)-Que el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.
- c) Que el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.
- d) Que se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- e) Que el testigo, por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa.

IV-EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR POR LOS MENORES DE EDAD.

- a) El derecho a la dispensa a la obligación de declarar como derecho personalísimo.

- b) Examen de las condiciones del testigo menor de edad para acogerse a su derecho a la dispensa.

-El requisito de la edad.

-El requisito de la madurez.

-La evolución de la edad y del grado de madurez a lo largo del proceso penal.

I- INTRODUCCION.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que entró en vigor el 25 de junio de 2021 introdujo diversas reformas en el ámbito del derecho penal con la finalidad de tutelar a tal colectivo, los menores de edad, en estas líneas se va a analizar el derecho a la dispensa a declarar regulado en el art. 416 LECRim, modificado por la LO 8/2021 precisamente, como dice su Preámbulo, con el fin de proteger en el proceso penal a las personas menores de edad.

En este trabajo vamos a examinar el contenido de tal reforma al derecho a la dispensa examinando la actual regulación del art. 416 LECrim, comenzando con una serie de cuestiones generales para ahondar en los diferentes supuestos contemplados en la ley con especial hincapié al derecho a la dispensa de los menores de edad y la jurisprudencia del Tribunal Supremo habida al respecto.

II-EL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR, REGULACION Y FUNDAMENTO.

Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, según el art. Artículo 410.LECrim, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley. Sin embargo, esta obligación de prestar declaración tiene una serie de excepciones que recoge el art 416 de la LECrim regulador del llamado derecho a la dispensa a la obligación de declarar y que dispone que:

«Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Letrado de la Administración de Justicia consignará la contestación que diere a esta advertencia.

Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes casos:

1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

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

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

En lo que respecta a su naturaleza y fundamento la **STS, Penal sección 1 del 22 de noviembre de 2023 (ROJ: STS 5276/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5276) Sentencia nº 863/2023** Recurso: 6437/2021 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE parafrasea lo establecido en la STS 459/2010, de 14-5, al indicar que es la propia Constitución la que 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."

Esta exención, continúa señalando la citada sentencia, suele justificarse desde el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio derivada bien de los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, bien en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución.

Es decir, tradicionalmente el Tribunal Supremo señala como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del núcleo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al posible autor del delito.

Ahora bien esta finalidad no es absoluta, de ahí que el propio art. 416 LECrim establezca una serie de excepciones al derecho a la dispensa y, como indica la STS, sección 1 del 06 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3745/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3745) Sentencia nº 752/2021 Recurso nº 4356/2019 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia el art. 416 LECrim no solamente ha recogido la doctrina resultante de la STS 389/2020, de 10 julio -EDJ 2020/613263-, (referida a los supuestos en que el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular que había dado lugar a un jurisprudencia oscilante, en asuntos, mayoritariamente, de violencia sobre la mujer), sino que ha ampliado los supuestos de exención de la obligación de declarar frente a determinados parientes, a cinco situaciones, que suponen una mayor esfera de protección a la víctima y a los menores, en consonancia con los fines de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Antes de pasar a su análisis resulta procedente indicar algunas **CUESTIONES GENERALES** sobre el derecho a la dispensa a la obligación de declarar.

En cuanto a su naturaleza **la STS, a 10 de julio de 2020 - ROJ: STS 2493/2020 ECLI:ES:TS:2020:2493 Sala de lo Penal Nº de Resolución: 389/2020 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**, señalaba que la dispensa de declarar en un derecho del testigo que no se corresponde con un derecho alguno del acusado y supone que en el ámbito procesal penal se atribuya al pariente un derecho a no declarar.

Según la citada sentencia no es un derecho del acusado a que sus parientes no declaren en su proceso, sino que es un derecho de los parientes a no ser compelidos a declarar en un proceso en el que el pariente aparece como acusado. Además, añade, al tratarse de una excepción al mandato general contenido en el art. 410 de la LECRim es de aplicación restrictiva; lo cual es reiterada en sentencias como **la STS, nº 835/2024 Penal sección 1 del 09 de octubre de 2024 (ROJ: STS 4996/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4996)** que incide en que la dispensa de la declaración corresponde al testigo, no al acusado, y la relación parental ha de predicarse respecto del testigo, y no se extiende a situaciones en las que el acusado no es pariente de la testigo, como ocurría en el caso concreto en el que el acusado era la pareja sentimental de la madre de la testigo menor de edad.

En el mismo sentido se pronuncia **la STS, Penal sección 1 del 05 de julio de 2023 (ROJ: STS 2955/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2955) sentencia nº 550/2023 Recurso: 5261/2021 Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA** que considera que la dispensa del derecho a no declarar contra los familiares a los que se refiere el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal configura un proceso penal protector de los derechos del testigo para que su testimonio sea libre y prestado en condiciones de seguridad y por tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa, considerando que la interpretación extensiva y al margen de la ley que pretendía el recurrente, respecto de la testigo menor de edad hija de la que era la pareja del procesado carecía de base alguna y tan solo pretendía una inaceptable impunidad de los hechos.

Cabe preguntarse desde que momento se puede ejercitar el derecho a la dispensa, si debe o no entrar en juego desde la inicial declaración ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y la respuesta es afirmativa; así lo indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas sentencias tales como **STS, Penal sección 1 del 06 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3745/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3745), Sentencia: 752/2021 Recurso: 4356/2019 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR que hace referencia a la STS nº 485/2021, de 3 de junio, EDJ 2021/588301-**, que siguiendo, entre otras, a la STS de 10 de mayo de 2007, ratifica al deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el artículo 416,1.º de la LECRIM, el cual alcanza no sólo al juez sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar.

Ejemplos de la falta de validez de las declaraciones efectuadas por los agentes policiales sin información correcta del derecho a la dispensa las encontramos también en la, **la STS de 20 de febrero de 2008, EDJ 2008/25613-**, que declaró 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, por no haber sido advertida por la policía ni por el juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio oral o la STS 310/2021, de 12 de abril, que invalida la información ofrecida por la pareja del acusado, que no fue informada por la policía de la dispensa que ofrece el art. 416 de la LECrim.

Por su parte la STS, Penal sección 1 del 18 de abril de 2022 (ROJ: STS 1631/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1631) Sentencia: 372/2022 Recurso: 10671/2021 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGA, tras recordar que la dispensa del artículo 416 LECrim se aplica no sólo a los mayores de edad, sino también a los menores con suficiente madurez, desestimaba los argumentos del recurrente de que la prueba fundamental de cargo en la que se basaba el Tribunal Sentenciador para llegar a una sentencia condenatoria es la declaración de la menor a la que no se la había hecho información de la dispensa del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el atestado policial para poder abstenerse de prestar declaración contra su padre,, toda vez que el Tribunal sentenciador precisamente por tal ausencia de información en fase policial y al no haber declarado en fase de instrucción solo valoró a efectos probatorios la declaración de la menor en el plenario, acto en el que sí se la informó cumplidamente del derecho a la dispensa que le asistía.

En definitiva y conforme a la jurisprudencia indicada la ausencia de información, debida del derecho a la dispensa a la obligación de declarar del art 416 de la LECrim primero por los agentes de la autoridad, pero después y fundamentalmente por el juez instructor al testigo que al que le corresponde tiene como consecuencia no poder entrar a valorar la declaración testifical prestada en fase de instrucción y habida cuenta de que tratándose de menores de 14 años la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia obliga a practicar su declaración como prueba preconstituida en fase de instrucción para su posterior introducción en el acto del juicio oral, la incorrecta información y ejercicio del derecho a la dispensa del testigo menor de edad que puede acogerse a la misma trae como consecuencia no poder llevar al acervo probatorio la declaración prestada por tal testigo y la gravedad de tal consecuencia es extrema cuando se trata de víctimas menores de edad ya que las estadísticas ponen de relieve que son los delitos contra la libertad sexual y violencia familiar los que mayoritariamente sufren los menores de edad y que en una gran mayoría de ocasiones los autores de tales delitos en los que la víctima es un menor de edad son sus parientes; sus progenitores, sus abuelos, sus hermanos, con lo que va a ser aplicable el derecho a la dispensa del primer párrafo del nº 1 art. 416 LECrim de tal manera que menor de edad puede no declarar; y estos delitos suelen presentar como nota característica que se producen en un contexto de clandestinidad, sin testigos, ello supone que, en muchas ocasiones, la única o principal prueba de cargo será la declaración de la víctima menor de edad que se erige, así, como una prueba esencial para enervar la presunción de inocencia y posibilitar la condena penal de ahí la importancia de aplicar correctamente el derecho a la dispensa del art. 416 LECrim puesto que su correcto ejercicio supondrá la validez – o no- de la declaración de la víctima menor de edad y por tanto, la posible condena penal.

III- EXAMEN DE LAS EXCEPCIONES DEL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACION DE DECLARAR.

Antes de proceder al examen de las excepciones del derecho a la dispensa que tienen su fundamento en la adecuada protección del menor cabe hacer referencia a las nº 4 y nº 5 en su redacción dada por la LO 8/2021 que hacen referencia a los supuestos en los que el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular y cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

a) Que el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

La excepción nº 4 del art. 416 LECrim, el testigo que esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular no puede acogerse a la dispensa, no hace sino recoger la jurisprudencia última mantenida por el TS y acuñada principalmente en materia de violencia de género, pero que no se circunscribe a tal ámbito sino a cualquier hecho delictivo, y ello tras una serie de posiciones fluctuantes que recordaremos.

Así, inicialmente, dos Acuerdos Plenarios del Tribunal Supremo habían modulado la exención a la obligación de declarar. En primer lugar, en el Acuerdo de 24-4-2013, señalando que *“El derecho a la dispensa alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a los que se refiere el precepto, exceptuándose: a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto; y b) los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.*

En segundo lugar, el Acuerdo de 25-1-2018, que proclamó que:

"1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el [art. 416 LECrim](#), impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubiera 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 ([art. 416 LECrim](#)) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en tal condición."

Pero para evitar los espacios de impunidad que se estaban observando en la práctica, especialmente en materia de violencia sobre la mujer, el Tribunal Supremo convocó Pleno Jurisdiccional, para revisar su propia jurisprudencia, en el extremo correspondiente a si una persona que ha ostentado la acusación particular, después de abandonar tal posición en el proceso penal, puede recobrar su derecho a la dispensa, o si, por el contrario, ya optó entonces por resolver el conflicto que se le planteaba en tal momento inicial, y tomó la decisión de denunciar, primero, y de constituirse en parte procesal, después, dictándose **la STS, del Pleno Jurisdiccional, de 10 de julio de 2020 - ROJ: STS 2493/2020 ECLI:ES:TS:2020:2493 Sala de lo Penal Nº de Resolución: 389/2020 Nº Recurso: 2428/2018 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**, cuya doctrina se acoge ahora legalmente tras la reforma operada en el art. 416 LECrim por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y que entendió que quien se ha constituido en acusación

particular no recobra el derecho de dispensa al cesar en esta posición procesal y lo fundamentaba en las siguientes razones:

- La exención al deber de declarar que proclama el *art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmáticas. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el *art. 416.1* arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento.

- Este fundamento del precepto es el que debe de tenerse en cuenta para su interpretación de manera que no puede amparar a quien siendo víctima del delito cometido por parte de la persona que se encuentra en el círculo del *art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* activa precisamente con su denuncia el proceso penal, porque tal posición, la de denunciante, es incompatible con la dispensa que le otorga tal precepto legal; La denuncia ya es una imputación en contra del denunciado.

-Y se apoya en la *STC 94/2010, de 15 de noviembre* que señalaba la falta de sentido de la dispensa cuando es la mujer promotora -en el caso- de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, "pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el *art. 416 LECrim*.

Y acaba concluyendo que el denunciante, víctima de los hechos, que está personado en el proceso como acusación particular, al dejar de ostentar tal posición, no recobra un derecho del que carecía con anterioridad, por haber renunciado al mismo al constituirse como acusación particular justificando tal postura en seis razones:

-El derecho a la dispensa es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos.

-Si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado.

-Porque cuando la víctima decide denunciar a su familiar y recordemos que no tiene obligación de hacerlo (*ex art. 261.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*), es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado.

-Porque así no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar.

-Porque permitir acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, supondría aceptar sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro *status* a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno

puede ser admisible y resulta de la aplicación del principio de los actos propios.

- Porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

b)-Que el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

Siguiendo la doctrina establecida por la [STS, a 10 de julio de 2020 - ROJ: STS 2493/2020 ECLI:ES:TS:2020:2493 Sala de lo Penal Nº de Resolución: 389/2020 Nº Recurso: 2428/2018 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR](#), el fundamento de la excepción del nº 5 del art. 416 LECrim , radica en que el testigo a quien se le ha informado con todas las garantías de que puede decidir no prestar declaración contra su familiar decide hacerlo, ya ha resuelto el posible conflicto y ha renunciado al derecho que la dispensa supone, sin que exista razón alguna para su recuperación.

Ahora bien, nótese que uno de los requisitos, fundamental, para que entre en juego esta excepción es que la información que se ha de proporcionar al testigo que puede no declarar contra su pariente ha de ser “debida”; lo cual implica que, tal y como dispone el nº 1 del art. 416 LECrim, debe de ser el juez quien informe al testigo de que puede acogerse a la dispensa a declarar y se debe de consignar (ya más correctamente incorporar a la grabación de la toma de declaración) su respuesta, cual guarda estrecha conexión con la excepción, que veremos más adelante, de que el testigo carezca de la madurez para entender el significado del derecho a la dispensa, respecto de aquellos supuestos en los que haya podido mediar un lapso temporal importante desde la toma de declaración en instrucción y la celebración del juicio oral

c) Que el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

La primera excepción del derecho a la dispensa del art 416. LECrim se refiere a los supuestos en los que el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

Esta excepción tiene como fundamento la protección de los menores de edad principalmente en aquellos supuestos, observados en la práctica, de agresiones físicas o sexuales cometidas por los cónyuges o parejas sobre los hijos menores de edad comunes o propios del otro cónyuge o pareja que, anteriormente a la reforma, podían acogerse a su derecho a no declarar propiciando así situaciones de desamparo del menor víctima que, con la modificación legislativa, se pretenden evitar, dando preferencia al superior interés del menor frente al posible conflicto por razón de concurrir en el testigo representante legal del menor una relación sentimental con el posible agresor y una relación familiar con la víctima, su hijo respecto del cual tiene una especial obligación de protegerlo.

Ahora bien destacar que, además de aquellos supuestos de delitos cometidos por uno de los progenitores o pareja del progenitor sobre el menor de edad la excepción a la dispensa también se aplica a supuestos, más conflictivos en la práctica de, por ejemplo, agresiones entre hermanos siendo uno de ellos menor de edad, estado el progenitor o representante legal de ambos obligado a prestar declaración con el importante conflicto

de intereses que puede concurrir debido a la misma relación de parentesco con ambos, sus descendientes.

d) Que se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

La segunda excepción del derecho a no declarar recogida en el art. 416 LECrim se refiere a aquellos supuestos de que *se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.*

Esta segunda excepción se encuentra en conexión con la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en materia de obligación de denunciar hechos delictivos; así el Artículo 259 LECrim impone a todos los ciudadanos que presenciaren la perpetración de un delito público la obligación de denunciar, siendo los dos artículos siguientes, el art. 260 y art. 261 los que excepcionan tal obligación, el primero refiriéndose a los que carecen de capacidad y el segundo referido a una serie de parientes, con idéntico fundamento que el derecho a la dispensa, los vínculos familiares que concurren entre el obligado a denunciar y el posible autor del delito; cometido por quien sea cónyuge no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad o por los ascendientes y descendientes o sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive; excepción a la obligación de denunciar que a su vez se excepciona tras la regulación dada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de manera que ahora el segundo párrafo del art. 251 LECrim dispone que si habrá obligación de denunciar siempre que la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y, además se trate de alguno de los delitos expresamente enumerados que son delito contra la vida, asesinato y homicidio, delito de lesiones agravadas de los artículos 149 y 150 del Código Penal, (la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, o la mutilación genital o la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad); de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad sexual o de un delito de trata de seres humanos.

Ahora bien, tratándose de la excepción al derecho a la dispensa el elenco de delitos que la comprende es mucho mayor ya que abarca cualquier delito grave; que, conforme a lo dispuesto en el art 13 del CP son todos aquellos que la ley castiga con penas graves; esto es, las enumeradas en el art 33. 2 del CP, a saber, prisión permanente revisable y prisión superior a 5 años, la inhabilitación absoluta; las inhabilitaciones especiales, la suspensión de empleo o cargo público, a privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y las prohibiciones de aproximación y de comunicación por tiempo superior a cinco años; la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años y la privación de la patria potestad.

Si bien, y a pesar de esta amplitud al comprender la excepción al derecho a la dispensa a cualquier delito grave, lo cierto es que existen numerosos delitos en los que los

menores suelen ser víctimas, significativamente delitos sexuales como corrupción de menores del Artículo 182 CP, el child grooming del Artículo 182 CP, el acoso sexual del Artículo 184 CP; los delitos de exhibicionismo y provocación sexual de los arts. 185 y 186 CP, el favorecimiento o promoción de la prostitución infantil del Artículo 188 CP, la utilización de menores para elaborar pornografía infantil del art. 189 CP..... y delitos de violencia en el ámbito familiar como el maltrato familiar del art. 153 CP, el delito de violencia física o psíquica habitual del art. 173.2 CP, delito de amenazas... que no tienen la consideración de graves, cualidad que debe de interpretarse en el sentido de atender a la pena en abstracto prevista para el delito, y que, por tanto, quedarán fuera de la obligación de declarar y se podrá hacer uso del derecho a la dispensa.

Excepción examinada que hace referencia al testigo mayor de edad luego queda fuera de la misma si la persona que ha de declarar como testigo es menor de edad; en estos casos podrá acogerse a su derecho a no declarar, salvo, claro está, que concurra otra excepción.

e) Que el testigo, por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa.

La tercera excepción al derecho a la dispensa se refiere a aquellos supuestos, que, sin duda, presentan mayor complejidad en la práctica, la de personas con discapacidad que, precisamente por ello, no puedan comprender el sentido de la dispensa o testigos menores de edad sin la madurez necesaria para acogerse a la dispensa; concretamente, dice el nº 3 del apartado segundo del art. 416 LECRim, cuando *el testigo, por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el Juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.*

Pasemos a su examen.

IV-EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DISPENSA A LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR POR LOS MENORES DE EDAD.

a) El derecho a la dispensa a la obligación de declarar como derecho personalísimo.

Al tratarse de personas menores de edad y por tanto sujetos a la patria potestad, la primera cuestión que se puede plantear es si un menor de edad puede ejercitar por si mismo el derecho a la dispensa; esto es, decidir si prestan o no declaración en aquellos supuestos en que la persona investigada o encausada sea alguno de los parientes enumerados en el primer párrafo del nº 1 del art. 416 LECri,; esto es, sus ascendientes, padre, madre y abuelos, y sus hermanos y hermanas, o si, por el contrario, tal decisión puede ser tomada por quien ostenta su representación legal.

Tal cuestión ya había sido abordada por el Tribunal Supremo antes de la reforma operada por la LO 8/2021, concretamente en la **STS, Penal sección 1 del 23 de abril de 2021 (ROJ: STS 1731/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1731) Sentencia: 342/2021 Ponente: EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINAS**, se mantiene la posición, recogida ahora

expresamente tras la modificación operada por la LO 8/2021, de que el derecho a la dispensa tiene un carácter personalísimo; por tanto, puede ejercitarlo el menor de edad siempre que sus condiciones de madurez lo permitan.

Esta sentencia abordada la problemática, presentaba con frecuencia en la práctica, del supuesto en el que uno de los progenitores del testigo menor de edad ejercía la acusación particular contra el otro progenitor, y pretende tomar por el menor la decisión de si debe o no declarar en el procedimiento y sostiene que la acusación por los padres no supone una renuncia del menor a la dispensa de declarar señalando que el ejercicio de la acusación particular por los padres no conlleva una renuncia expresa o tácita del menor a su derecho constitucional de ahí que el menor pueda ejercer la dispensa siempre que sus condiciones de madurez lo permitan.

La sentencia comienza afirmando que el derecho a la dispensa es un derecho de rango constitucional y público subjetivo cuya titularidad corresponde exclusivamente al menor, conforme al artículo 24 CE y al artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, si bien para el ejercicio de los derechos fundamentales se precisa de la correspondiente capacidad de obrar y, a fin de determinar si el menor tiene o no esa capacidad, han de tenerse en consideración los criterios valorativos descritos en el artículo 2º de la Ley antes citada, entre los que se encuentran de modo muy destacado la edad y madurez del menor, haciéndose se eco de lo indicado por el **Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000, de 29 de mayo**, que afirmó que "(...)los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, (en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral,) sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 C.C). Conviene recordar, por último, que, aunque el artículo 162 del Código Civil atribuye a los padres la representación legal de sus hijos menores de edad, excluye de esa representación a "los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes o sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo (...)".

Y continúa señalando que la edad y la madurez del menor son los elementos fundamentales que han de tenerse en cuenta para determinar si un menor puede o no ejercer cada uno de los derechos fundamentales y esos parámetros han de ponerse en relación con las necesidades de tutela y protección del menor, así como con el contenido y la complejidad del derecho que se pretende ejercitar. Para evaluar si el menor está capacitado para ejercer un derecho fundamental, es necesario determinar si comprende y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar.

Luego la posición es clara, los menores de edad pueden ejercer por si mismos el derecho a acogerse o no a la dispensa, salvo que, como indica ahora el nº 3 del art. 416 LECrim. **por razón de su edad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa**; esto es, en palabras de Tribunal Supremo, que carezca de la madurez necesaria para comprender y ser capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar, su declaración testifical.

Ello nos lleva a plantearnos varias cuestiones, tales como quién y cómo se decide si el menor de edad tiene capacidad para acogerse o no a su derecho a la dispensa, como se lleva a cabo tal valoración, si existe o no una franja de edad en la que puede presumirse que carece de tal madurez y comprensión, que ocurre si se determina que el menor no puede acogerse a la dispensa.

Pasemos a su examen.

b) Examen de las condiciones del testigo menor de edad para acogerse a su derecho a la dispensa.

Tras la reforma operada por la LO 8/2021, ya hemos visto que el nº 3 del art. 416 LECrim establece que no podrá acogerse a la dispensa el testigo que, por razón de su edad o discapacidad no pueda comprender el sentido de la dispensa y continua indicando *a tal efecto el Juez oírán previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver*; esto significa que es el juez quien debe de informar al menor de edad debida y oportunamente de la posibilidad de no prestar declaración, salvo que el juez aprecie que no puede comprender el sentido de la dispensa, en este caso no le informará de tal derecho y la consecuencia será la de proceder a su exploración judicial; a la toma de declaración testifical, que se incorporará, así, como prueba en el proceso penal.

Luego es el juez quien debe de llevar a cabo la valoración de si el menor de edad tiene o no capacidad para entender el derecho a la dispensa y poder ejercitar tal derecho y para ello el nº 3 del art. 416 LECrim impone un trámite de audiencia previa y personal, el juez con el menor de edad, para que pueda percibir de manera directa las condiciones del menor, si bien el legislador, con acierto, permite que el juez pueda resolver con ayuda de peritos, esto significa que puede interesar un informe o que en la audiencia esté presente un miembro del equipo psicosocial un psicólogo que le auxilie en la determinación de si el menor tiene la madurez necesaria para comprender el sentido del derecho a la dispensa y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar, su declaración.

En cuanto a los parámetros que han de tenerse en cuenta para tal valoración en palabras de la citada **STS del 23 de abril de 2021 nº 342/2021** son, fundamentalmente, la edad y la madurez, ahora bien, tales parámetros han de ponerse en relación con las necesidades de tutela y protección del menor así como con el contenido y la complejidad del derecho que se pretende ejercitar; realizando por tanto un juicio de ponderación del nivel de desarrollo emocional e intelectual del menor, así como de su capacidad por contrapesar los intereses en juego.

-El requisito de la edad

Pionera fue la **STS 329/2021, de 22 de abril** que, tras señalar la obligatoriedad de que los menores, una vez alcancen un cierto nivel de madurez, sean directamente advertidos de la posibilidad de guardar silencio derivada de su relación de parentesco ex art.416 LECrim, hace hincapié en que lo realmente relevante es el grado de madurez del menor que ha de valorarse en cada caso concreto, si bien diferencia distintos franjas de edad y sugiere la franja de edad de entre 12 y 14 años para residenciar la presunción de

madurez, a salvo, dice, de que concurren especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura.

Para fijar tal franja de edad la sentencia se basa por un lado en que, una vez cumplida la edad de 12 años y conforme a lo establecido en el Código Civil, la ley presume ese grado de madurez en tanto que el menor debe ser oído necesariamente en cuestiones que afectan de forma directa a sus intereses como controversias sobre el ejercicio de la patria potestad (artículos 156 y 159 CC), adopción de medidas de protección sobre menores (artículo 161, 172, 172 ter, 173 y 176 bis CC), prestación de consentimiento para la adopción (artículo 177, 178, CC) y remoción de la tutela (223 CC) y por otra parte se basa, precisamente, en la regulación de la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia que señala los 14 años como edad por debajo del cual el legislador parece interpretar que la comparecencia en juicio conlleva un riesgo de victimización secundaria al regular la prueba preconstituida en la toma de declaración de los menores de 14 años.

Partiendo de tales consideraciones la sentencia anulaba el valor probatorio de la exploración que se realizó en la instrucción, sin la advertencia de poder acogerse a la dispensa, a las menores de 13 y 15 años de edad , hijas del acusado de cometer sobre ellas actos sexuales y que se incorporó por su lectura, vía del artículo 730 LECRI, en el juicio oral, cuando ya contaban con 15 y 17 años de edad, entendiéndose que contaban 13 y 15 años cuando se preconstituyó su declaración y si bien cabría pensar que ya en esa fecha gozaban de suficiente madurez para posicionarse respecto a la dispensa que le afectaba. Y aunque así no fuera a la fecha del juicio tenían 15 y 17 años con lo que debieron ser personalmente advertidas del derecho a la dispensa o por lo menos hubo de ponderarse esa posibilidad, que no se hizo a pesar de que habían sido citadas a tal fin, por lo que de alguna manera, dice la sentencia, cuidando de evitar su revictimación, y apurando los resortes que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, se debió, previa ponderación acerca de su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa, interesar su parecer respecto al ejercicio de su derecho a no declarar en contra de su progenitor, que en caso de ser acogido vetaba la posibilidad de que sus previas declaraciones fueran rescatadas. Y acaba concluyendo que sus exploraciones en fase de instrucción, pese a haberse practicados con las garantías de contradicción, no pueden ser valoradas.

Es decir tras la citada sentencia y otras posteriores que la siguen, por ejemplo, la **STS, Penal sección 1 del 06 de junio de 2024 (ROJ: STS 3233/2024 - ECLI:ES:TS:2024:323) Sentencia: 571/2024 Recurso: 878/2022 Ponente: EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**, que consideró válida la declaración de la menor de 11 años sin advertencia alguna, puede fijarse como parámetros generales y sin perjuicio de valorar a cada menor de edad concreto, que los menores de 12 años carecen de capacidad para comprender el sentido de la dispensa y por ello no se les debe de informar de la misma y proceder a su toma de declaración y, a la contra, los mayores de 14 años tienen tal capacidad y se les debe de informar del derecho a la dispensa y ser ellos los que determinen si se acogen o no a tal derecho; de manera que las edades más problemáticas son las que oscilan en la franja de entre 12 y 14 años; aquí el juez debe de ser especialmente cuidadoso en su valoración y entra el juego de manera especial el factor de la madurez.

-El requisito de la madurez

En relación con el requisito de la madurez la **STS 225/2020, de 25 de mayo ROJ: STS 1559/2020 ECLI:ES:TS:2020:1559 N° de Resolución: 225/2020** indica los múltiples factores a tener en cuenta cuando se trata de edades en las que las capacidades del testigo pueden resultar controvertidas:

-Es necesario que el tribunal valore la calidad de la opción del menor de edad; esto es, que la facultad de declarar o no, la ejerce en las condiciones de libertad, de información, y de conocimiento con las que esencialmente se registraría el posicionamiento de una persona con plena capacidad de obrar.

-El Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la repercusión de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos

-El órgano judicial debe tasar que el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisional en el caso concreto una persona formada.

-Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes. Que el testigo sea la víctima de los hechos que se enjuician o que, por el contrario, sea un mero observador de lo que aconteció, es un elemento que condiciona el reconocimiento de su facultad de optar; como lo es también la naturaleza pública o privada de la acción penal establecida para la persecución de los hechos; la gravedad del delito investigado; su repercusión punitiva; la gravedad del daño irrogado a la víctima; la naturaleza del vínculo del testigo con el procesado; la repercusión que su declaración pueda tener en su relaciones familiares futuras; o la repercusión psíquica con la que los hechos pueden sacudir el futuro del menor. Tampoco es irrelevante que el testigo pueda conocer la repercusión procesal de su posicionamiento en función de la existencia o ausencia de otros elementos probatorios.

-La evolución de la edad y del grado de madurez a lo largo del proceso penal.

Para el supuesto en que el juez de instrucción estime que el menor tiene capacidad de comprender el derecho a la dispensa deberá de informarle del mismo y estarse a lo que el menor decida, declarar o no; y, a la contra, si considera que carece de la madurez necesaria para entender el derecho a la dispensa la consecuencia será que no le informará del mismo y se procederá a su toma de declaración, a su exploración judicial, que se incorporará al acervo probatorio.

De ahí que pueda plantearse la cuestión de qué ocurre si ha mediado un lapso temporal suficiente entre la realización de la prueba preconstituida en fase de instrucción en la que no se informó al menor de edad del derecho a la dispensa por entender que carecía de la edad y madurez necesaria para comprender su ejercicio y la celebración del acto del juicio oral en el que la situación del menor de edad ha podido variar o, incluso, ser ya mayor de edad, y la respuesta es que, si así se solicita por alguna de las partes, puesto que no hay que olvidar que tratándose de menores de 14 años su declaración, tras la reforma operada por la LO 8/2021 se habrá practicado como prueba preconstituida en fase de instrucción y se incorporará al plenario mediante su reproducción, es que se hace

necesario traerlo a juicio si es mayor de edad y, si sigue siendo menor de edad y se presume ya la madurez necesaria, y siempre que lo solicite alguna de las partes entiendo que también a fin de poder informarle del derecho a la dispensa y que pueda decidir, ya con capacidad para ello, por sí mismo y para el supuesto en que se acoga a su derecho a la dispensa la consecuencia será que no podrá introducirse, ni siquiera por la vía del art. 730 LECrim; esto es, mediante lectura o reproducción su anterior declaración testifical.

Así se pronuncia la ya citada

Consecuencias de acogerse el menor a su derecho a la dispensa.

Así Sobre esta cuestión se pronuncia **la STS, Penal sección 1 del 06 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3745/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3745) Sentencia: 752/2021 Recurso: 4356/2019 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**. Que comienza realizando un repaso a los diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo dictados:

-La **STS 658/2021, de 3 de septiembre**, que sostiene que las declaraciones de una menor, una vez incorporadas en la instrucción, pueden ser relevantes para reorientar las pesquisas policiales, pero una vez acogida la menor a la dispensa, las mismas son irrecuperables, **incluidas las referencias a la expresión no verbal**.

-La STS 539/2021, de 18 de junio, que proclama que **el testimonio de lo reproducido por la menor en sus conversaciones ante los testigos de referencia, no queda neutralizado por el ejercicio del derecho a la dispensa**.

Concretamente esta sentencia señala que para aquellos supuestos en los que el menor de edad hubiera acogido a la dispensa se podrá borrar del cuadro probatorio lo anteriormente expresado por quien se acoge a su derecho a la dispensa, pero no se puede eliminar lo escuchado de ella por los testigos que depusieron en el juicio oral. Este fenómeno solamente ocurre cuando estamos tratando sobre prueba ilícita, de manera que tal ilegalidad contamina en cascada a las demás fuentes de prueba. Pero aquí no hay prueba ilícita, sino la utilización de un derecho por parte de la denunciante, que el ordenamiento jurídico le concede.

JURISPRUDENCIA VARIA SOBRE EL DERECHO A LA DISPENSA POR EL MIOENOR DE edad

STS, Penal sección 1 del 22 de noviembre de 2023 (ROJ: STS 5276/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5276, Sentencia: 863/2023, Recurso: 6437/2021, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

RESUMEN

La sentencia confirma la existencia de prueba de cargo suficiente que sustenta la condena del recurrente, constituida por el testimonio de la víctima, debidamente corroborado por prueba adicional, sin que se aprecie contradicción relevante o falta de persistencia. Se rechaza que la presentación del escrito de acusación fuera de plazo vulnere el principio acusatorio o determine su ineficacia o la expulsión de la acusación. También **se descartan las restantes irregularidades denunciadas en relación con: la omisión de la dispensa del art. 416 LECrim, tanto a la madre como a la menor, con la que le une la relación de padastro; la intervención de un solo perito en la declaración de la menor mediante**

cámara Gesell; la falta de firma del Juez y Letrado de la Administración de Justicia en el acta de inspección ocular y de la puesta en conocimiento de su práctica al procesado; y la infracción del deber de incomunicación de los testigos por la presencia de la madre durante la exploración de la menor. Finalmente, no se aprecia indefensión alguna derivada de la denegación de las pruebas señaladas: la ausencia de las fotografías indicadas por la menor fue oportunamente valorada; y, respecto de la prueba pericial que no se practicó en la Instrucción, por su falta de utilidad y necesidad y, en todo caso, por la falta de proposición de la misma al inicio del juicio oral o en la segunda instancia.

Desde tiempo antes de 2018, el procesado Conrado, ya circunstanciado y sin antecedentes penales, convivía en el domicilio sito en la CALLE000, nº NUM000 de Valencia, con su pareja sentimental Silvia y la hija de ésta Soledad, que por aquellas fechas contaba con 12 años de edad, por cuanto es nacida el NUM001 de 2005.

Sin que se pueda determinar el momento inicial de lo que después se relata, desde ese año 2018 el procesado procedió de forma reiterada y sistemática, y con la finalidad de satisfacer sus deseos libidinosos, a introducirse en horas de la noche en la habitación de la menor y a llevar a cabo actos sexuales con ella consistentes, en un principio, en tocamientos por el pecho y la vulva, aumentando el nivel de la acción aprovechando las ocasiones en que su mujer, y madre de Soledad, se ausentaba del domicilio por razones laborales, llegando el procesado, al menos en cinco ocasiones, a introducirle a la menor los dedos en la vagina y a penetrarla vaginalmente con su pene, eyaculando fuera de la vagina, manifestándole en todo este tiempo a la menor que no dijera nada o le haría daño a ella y a su madre, repitiendo esto en una última ocasión sobre las 9'00 horas del día 9 de noviembre de 2019, en que nada más irse a trabajar la madre, el procesado cogió a la menor y en el sofá del comedor la penetró vaginalmente.

Y en cuanto a las posibles contradicciones en su declaración, esta Sala 2ª, en SSTS 585/2020, de 5-11; 741/2022, de 20-7; 1016/2022, de 18-1-2023; 108/2023, de 16-2; 603/2023, de 13-7; 723/2023, de 2-10, entre las más recientes, ha recordado:

"La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes, al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas **ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo** sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo;

ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 774/2013, 21 de octubre; 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras)."

Por ello, debemos solo insistir (STS 108/2023, de 16-2) en que por su naturaleza, las víctimas de delitos sexuales exponen una línea de progresividad en su declaración que determina que puedan existir modificaciones puntuales que para el recurrente puedan resultar relevantes pero que en un contexto de gravedad como el relatado en los hechos probados no tienen el rango que podría conllevar una duda capaz de apuntar a la falta de credibilidad de la víctima (vid. STS 2/2021, de 13-1, que introdujo el concepto de progresividad de la declaración de la víctima).

Y además, según señala la STS 774/2017, de 30-11 "resulta inevitable que al comparar las declaraciones que presta ... un testigo en la fase de instrucción con la que hace después en la vista del juicio afloran algunas diferencias, omisiones y contradicciones. En primer lugar porque el sujeto que declara no retiene en la memoria las mismas imágenes, datos concretos y palabras en un primer momento, a las pocas fechas de haber sucedido los hechos, que cuando han transcurrido varios meses o incluso años. Y en segundo lugar, un mismo hecho no es nunca relatado o expuesto con las mismas palabras en dos ocasiones distintas por una misma persona, incluso aunque transcurra escaso margen de tiempo entre la primera y la segunda declaración ... No se requiere un relato idéntico en todas las deposiciones del testigo, sino que exista una identidad sustancia. De hecho esta Sala ha mantenido en alguna ocasión que "lo sospechoso sería un relato mimético, idéntico en todo momento."

3.5.- En el caso presente, se trata de discrepancias o imprecisiones lógicas y comprensibles cuando se trata de una menor que ha estado sometida a este tipo de hechos durante un periodo prolongado de tiempo y por parte de una persona próxima y con ascendiente sobre ella. Como dice, con acierto, el Ministerio Fiscal, testimonios rígidos, perfectamente estructurados e inalterables al paso del tiempo no serían, precisamente, los propios de una menor en estas circunstancias. La parte esencial del testimonio y de la imputación de hechos al acusado se mantiene en sus aspectos esenciales y trascendentes.

En numerosas sentencias de esta Sala se hacen este tipo de consideraciones al abordar cuestiones relativas a la credibilidad de los testimonios de menores víctimas de abusos o agresiones sexuales (SSTS 695/2020, de 16-12; 401/2021, de 12-5).

CUARTO.- El motivo tercero por infracción de ley con los hechos probados en el art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 416, 332, 333, 459 y 704 LECrim.

- Denuncia en primer lugar la infracción del art. 416 LECrim dado que en relación a la prueba preconstituida de la declaración de la menor, debió informarse a la misma del contenido del mentado artículo, lo cual no se llevó a cabo.

Muestra el recurrente su disconformidad con la argumentación de la Sala de instancia, que la relación era de padrastro-hijastra por lo que no sería de aplicación el contenido del art.

416 LECrim. Argumenta que lo que preserva este artículo es la protección de las relaciones interfamiliares no especificando si debe o no haber lazos de sangre, pues bajo esa premisa tampoco sería invocable tal precepto entre parejas sentimentales o parejas de hecho que no hubieran formalizado legalmente la relación sentimental.

Ahora bien, la dispensa a la obligación de declarar tiene un contenido excepcional -no olvidemos que la obligación de declarar en un proceso penal no solamente es un deber constitucional, sino una obligación legal que dimana del art. 410 LECrim- y como tal, por tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente. Y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

4.8.- Finalmente se alega infracción del art. 704 LECrim, ya que la Sra. Silvia no solo asistió, sino que estuvo al lado de la menor en el momento de la exploración de la misma, de tal modo que el posterior testimonio de la madre, tras haber presenciado y condicionado con su presencia, debería ser totalmente inválido y ello por el riesgo de confabulación existente. Irregularidad que supone la nulidad de la declaración en sede judicial de la Señora Silvia, lo cual unido a la vulneración del art. 704 LECrim anteriormente enunciado supone que ni siquiera se pudiera dar lectura a esa declaración, de conformidad con lo declarado en el art. 730 LECrim.

Pretensión inaceptable.

En primer lugar, debemos precisar que el art. 704 LECrim se refiere a las declaraciones de los testigos en el acto del juicio oral y no durante la instrucción, y en todo caso es doctrina de la Sala, SSTS 23/2007, de 23-1; 792/2010, de 22-9; 105/2011, de 14-10; 200/2017, de 27-3; 497/2021, de 9-6; 568/2022, de 8-6, que la ley procesal dispone en el art. 704, la incomunicación de los testigos, evitando el contacto entre los que ya hayan declarado con los que todavía no lo han hecho. Y el artículo 705 prevé que el presidente los haga comparecer de uno en uno. Como ha señalado la jurisprudencia, la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro (STS 22/2003). En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha señalado que esta forma de proceder no es condición de la validez de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar en cada caso en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo. En la STS 768/1994, se negó que la infracción del artículo 704 supusiera en todo caso -la nulidad de la prueba. Y en la STS nº 229/2002, se negó cualquier eficacia a la comunicación entre dos testigos agentes de la Guardia Civil antes de su declaración atendiendo a que ambos pertenecían al mismo Cuerpo y habían participado conjuntamente en la investigación, y, por lo tanto, podía deducirse que entre ellos ya había existido comunicación sobre el particular.

En definitiva, el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical. En esta dirección, la STS 153/2005 de 10 de febrero recuerda "que el tema de la comunicación de los testigos, que exige el art. 704 LECrim, es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es que no puedan enterarse los unos de lo declarado por los que les precedieron para así evitar previos conciertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la

naturaleza cautelar de la misma y, por tanto, situada extramuros de la validez del testimonio". Ello supone que la quiebra de la incomunicación solo puede tener incidencia del testimonio que le venga a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente (en tal sentido se pueden citar las SSTS 5.4.1989, 30.1.1992, 32/1995 de 19.1, 908/1999 de 1.6 y 26.3.2001). La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y si sólo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días.

La tesis de supeditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación, 'Continua diciendo la STS 153/2005, tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generalizada retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y precisamente por orden del Tribunal sentenciador.

En similar sentido la STS 814/2011 de 15.7, tuvo ocasión de declarar que "el art. 704 LECrim. contiene una norma dirigida a los órganos jurisdiccionales orientada a garantizar en lo posible la veracidad de los testimonios que se viertan ante éstos evitando que resulten condicionados por otras manifestaciones previas, pero no contiene un mandato imperativo o una norma prohibitiva en el sentido de que su inobservancia provoque la imposibilidad de practicar la prueba o, en su caso, su valoración. No obstante, en caso de que la previsión legal no sea observada, el Tribunal deberá tenerlo en cuenta al proceder a la valoración de la declaración testifical, pues es claro que la indebida presencia del testigo en la sala de audiencia podría haber afectado de alguna forma al sentido de su testimonio. La jurisprudencia de esta Sala ya se ha manifestado sobre esta cuestión con anterioridad. Así, en la STS de 5 de abril de 1989, en al que se decía que el artículo 704 de la LECrim "...no establece norma prohibitiva alguna, sino que constituye disposición legal que no puede confundirse con un puro mandato. Su esfera operativa se sitúa en la exigencia de comportamientos (cuyo destinatario es precisamente el órgano jurisdiccional) dirigidos a proporcionar una instrumentación de la veracidad del testimonio, pero ni prohíbe que uno originado en contravención con ella sea producido ni aun impediría, dado el campo del artículo 741 citado, que el Tribunal lo tomase en cuenta para formar su convicción. Se trata, en definitiva, de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga (el sentido del también citado artículo 646 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro en tal sentido) b producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva".

En el caso que nos ocupa, el acompañamiento de la madre de la menor es conforme con lo dispuesto en el art. 433 LECrim y art. 21.c Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Ello es compatible con que la madre también pueda testificar acerca de los hechos sobre los que versa el sumario. Y la madre habrá tenido conocimiento de lo narrado por su hija ya no solo por ese acompañamiento en su exploración, sino porque convive con ella, es su hija y ya antes se lo ha relatado. Todas estas circunstancias están presentes en el procedimiento y se tienen en cuenta, lógicamente, por parte del tribunal para valorar la credibilidad del testimonio.

TS, Penal sección 1 del 05 de julio de 2023 (ROJ: STS 2955/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2955)

Seleccionar

- Sentencia: 550/2023
- Recurso: 5261/2021
- Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA

El Tribunal de instancia que había desechado como prueba anticipada la testifical del menor, precisamente por no constar una información detallada sobre el contenido de la dispensa de declarar, ha oído el testimonio de la menor en el juicio oral sobre el que basa su convicción con las colaboraciones que ha oído en el juicio oral.

TS, Penal sección 1 del 08 de marzo de 2023 (ROJ: STS 797/2023 - ECLI:ES:TS:2023:797)
Sentencia: 159/2023 Recurso: 10479/2022 Ponente: CARMEN LAMELA DIAZ

CUESTIÓN

Delito de asesinato. Dispensa para declarar de un menor de siete años. Valoración de la prueba preconstituida. **Orden Europea de Investigación**. Denegación de practica de pruebas.

RESUMEN

Las dispensas de declarar tienen por finalidad proteger al testigo, especialmente cuando éste es menor de edad. La actuación del Instructor en la exploración del menor fue acorde con las prevenciones establecidas en la ley procesal, tanto anterior como posterior a la reforma operada mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, siendo tal exploración por tanto válida, y pudiendo ser por ello objeto de valoración junto con el resto de la prueba sometida a la consideración del Tribunal del Jurado, sin que ninguna indefensión se haya ocasionado.

a **Orden Europea de Investigación** observará las formalidades y procedimientos expresamente indicados por la autoridad de emisión, salvo que la Directiva disponga lo contrario y siempre que tales formalidades y procedimientos no sean contrarios a los principios jurídicos fundamentales del Estado de ejecución, y puede ser una medida de investigación distinta a la indicada cuando la medida de investigación elegida por la autoridad de ejecución tenga el mismo resultado, por medios menos invasivos de la intimidad, que la medida de investigación indicada en la OEI. La revisión del decisión de denegación de la prueba debe hacerse 'ex post'. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia, si esa denegación ha causado indefensión.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Arona, incoó Procedimiento del Tribunal Jurado núm. 229/2019, **por delito de asesinato, contra D. Luis Carlos y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia** Provincial de Santa Cruz

de Tenerife cuya Sección Quinta dictó, en el Rollo del Tribunal Jurado núm. 43/2022, sentencia el 17 de febrero de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Primero.- En horas de la mañana del día 23 de abril de 2019, en un paraje aislado del término municipal de DIRECCION000 cercano al CAMINO000 a DIRECCION001, el acusado Luis Carlos agredió a su esposa Marí Trini. Con intención de causar su muerte la golpeó repetidamente con fuerza empleando tanto sus manos como alguna piedra hasta que consiguió que cayera al suelo en el interior de una cueva, momento en el que el acusado la golpeó con una piedra de unos ocho kilogramos y medio de peso hasta aplastarle el cráneo y provocar finalmente su muerte.

El acusado D. Luis Carlos para ejecutar tal hecho había conducido a su esposa y a sus dos hijos, de diez y siete años de edad, intencionadamente a un lugar aislado donde no podría recibir ayuda alguna de terceras personas, sin que Da. Marí Trini tuviera posibilidad de defensa efectiva, dada la desproporción de fuerzas con el acusado y el contexto en el que se produjo el ataque.

El acusado D. Luis Carlos estaba casado y en procedimiento de separación con D.^a Marí Trini.

Segundo.- En horas de la mañana del día 23 de abril de 2019, en un paraje del término municipal de DIRECCION000 cercano al CAMINO000 a DIRECCION001, el acusado Luis Carlos agredió a su hijo de diez años de edad Evelio, quien trataba de defender a su madre de los golpes que recibía por parte del acusado, siendo Evelio violenta y reiteradamente golpeado por su padre con las manos y utilizando piedras hasta que el mismo cayó al suelo en el interior de una cueva, momento en el que el acusado le golpeó en la cabeza con una piedra de unos ocho kilogramos y medio de peso, causando intencionadamente su muerte a consecuencia de los múltiples traumatismos en el cráneo

- 1. El primer motivo del recurso se deduce por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y con todas las garantías, proclamado en el art. 24.1 y 2 CE, y, por inaplicación del art. 416.1 LECrim.

A través de este motivo interesa la nulidad de la prueba preconstituida relativa a la declaración del menor Humberto, al entender que no se realizó con las debidas garantías procesales.

Denuncia que no se practicó prueba de madurez de ningún tipo por parte de los psicólogos para determinar el grado de ésta y la credibilidad de la narración que de los hechos hizo el menor, así como que no se informó a los representantes legales del menor (concretamente a los abuelos), ni a las instituciones que correspondieran en aquel momento, la posibilidad que ofrecía la dispensa determinada en la Ley. Tampoco se designó defensor judicial para el menor que pudiera haber intervenido en la causa.

Explica que la Audiencia Provincial remitió una orden europea de investigación a fin de que, con audiencia del menor Humberto, se determinase su capacidad para entender el sentido de la dispensa o renuncia a declarar como testigo en la fase de Juicio Oral, por razón de su parentesco con el encausado Luis Carlos, así como que, en el caso de considerar que contaba con capacidad de decisión suficiente, fuera informado de los hechos que motivaban la acusación, de su condición de testigo en el proceso, así como del derecho

que le asistía a rehusar declarar como testigo en el proceso en el que se dirigía acusación contra su padre **Luis Carlos**.

Continúa relatando que el Juzgado de Kamenz, al que correspondió la ejecución de la euroorden, negó la realización de la prueba, por entender, conforme a su ley, que el menor no tenía la madurez necesaria, todo ello sin necesidad de acudir a expertos.

Finalmente la prueba fue visionada en el Plenario, tras haber sido impugnada por la defensa del recurrente y formulado la oportuna protesta al inicio de las sesiones del juicio.

A su juicio, la citada prueba no cumplía las formalidades propias de las pruebas del juicio oral, debiendo haberse practicado en el Juzgado de Instrucción la prueba de madurez del menor para poder decidir sobre la dispensa a declarar que le reconoce la ley, antes de proceder a su exploración.

Indica, además, que el propio Juzgado alemán exhortado, no realizó la prueba solicitada, con lo cual, el propio mandato de la Sección Quinta que intentaba dar validez a la citada prueba, fue declinado por el Tribunal, por lo que entiende que debería de haberse excluido la prueba del acto del juicio oral.

Sostiene asimismo que la visualización de la declaración del menor en el Juicio Oral le ha causado indefensión al constituir la base de los hechos probados.

Considera además que el Tribunal Superior de Justicia no resolvió sobre el debate jurídico planteado que no era otro sino la circunstancia jurídica relativa a que el propio Juzgado alemán exhortado no practicó la prueba solicitada, con lo cual, el propio mandato de la Sección Quinta que intentaba dar validez a la citada prueba, no fue realizado. Estima que el umbral de madurez, en cada caso, debe de someterse a valoración por el Tribunal español y no del alemán, y, en caso de negar dicho derecho a la dispensa por entender que el menor no tiene la madurez necesaria, dicha decisión deberá motivarse y razonarse adecuadamente exponiendo el porqué de dicha negativa, debiendo ser objeto de interpretación restrictiva y motivada la limitación de aquel derecho. Cita en apoyo de su pretensión la sentencia de esta Sala núm. 205/2018, de 25 de abril.

Concluye solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado, debiendo celebrarse un nuevo juicio y con diferente Jurado.

ABANDONO A SU OTRO HIJO, HUMBERTO, QUE HUYO Y QUE DECLARÓ.

La Jurisprudencia de esta Sala en relación a esta cuestión, ha sido expuesta de forma exhaustiva por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado y reiterada por el Tribunal Superior de Justicia, por el recurrente, al formular el presente recurso y por las acusaciones, al proceder a su impugnación. Por ello no vamos a insistir sobre ella en este momento, sin perjuicio de la referencia que a la misma realicemos al ofrecer contestación al recurrente sobre las cuestiones que plantea.

Debemos comenzar recordando que las excepciones a las dispensas de declarar a que se refiere el art. 416 LECrim, tanto en su redacción anterior a la reforma operada mediante Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, como en la redacción actual, tiene por finalidad proteger al testigo, especialmente cuando éste es menor de edad. Sus previsiones se establecen en beneficio de la capacidad de determinación del testigo, y no en beneficio del procesado.

En este sentido, nos pronunciábamos en la sentencia de Pleno de esta Sala núm. 389/2020, de 10 de julio: "Hemos dicho que la dispensa a declarar es un derecho del testigo, pero no se corresponde con derecho alguno del acusado (STS 130/2019, de 12 de marzo), y también hemos proclamado que el art. 416 LECrim. supone el desarrollo en el ámbito del proceso penal de un derecho de rango constitucional dimanante del haz de garantías del art. 24 CE. Es un derecho procesal atribuido a quien no es parte procesal: un derecho de un tercero a no declarar.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, la STS 205/2018, de 25 de abril, reitera que el derecho a la dispensa tutela a esos terceros y no a las partes procesales. No existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar (vid. STC 94/2010, de 15 de noviembre). En tal Sentencia se expresa que esta consideración es esencial para no desviarnos de la recta interpretación del art. 416 LECrim. Con lenguaje calderoniano apuntaba la STS de 26 de noviembre de 1973, que el fundamento de tal previsión es sortear la colisión entre la voz de la sangre y el deber ciudadano de colaborar con la justicia.

En efecto, no es difícil encontrar una justificación de esta dispensa de declarar (vid. STS 557/2016, de 23 de junio), ya que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada tanto por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416".

Tal consideración además es compatible con los compromisos derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos y así lo ha reconocido el Tribunal Europeo en diversas sentencias (casos Kostovski, TEDH S. 20 de noviembre de 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 de septiembre de 1990; caso Delta, TEDH S, 19 diciembre de 1990; caso Isgró, TEDH. S 19 de febrero de 1991; y caso Unterpertinger, TEDH S, 24 de noviembre de 1986). La última de ellas, para proteger al testigo evitando problemas de conciencia, considera que un precepto que autorice al testigo a no declarar en determinados casos no infringe el artículo 6.1 y 3 d) del Convenio.

En este mismo sentido, el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, declara expresamente que las excepciones a la dispensa de la obligación de declarar que se introducen en el art. 416 LECrim, tienen como finalidad proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección.

Se ha cuestionado por el recurrente la norma procesal que debe ser atendida para resolver la queja que plantea, esto es, el art. 416 LECrim anterior o posterior a la reforma operada por la citada Ley Orgánica 8/2021. No cabe duda que en principio y con carácter general debe aplicarse la vigente ley procesal en el momento oportuno a cada acto procesal. Ello no obstante, en nuestro caso, tal principio carece de trascendencia si atendemos a que la redacción actual del citado precepto ha recogido la doctrina de esta Sala en el sentido de que, no sólo la edad biológica, sino especialmente el grado de desarrollo y madurez del menor será esencial para predicar del mismo la capacidad para autodeterminarse en el proceso penal mediante el ejercicio de la citada dispensa o, en su caso, la renuncia a la misma.

Esta regla, como decimos, recogida también en la actual regulación, en principio parece sencilla: la dispensa no será de aplicación cuando el testigo por razón de su edad o discapacidad no pueda comprender el sentido de la dispensa. Y a continuación señala el precepto que a tal efecto, el Juez oírá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

Sin embargo, subyace el problema que se planteaba en la etapa anterior a la reforma para determinar cuando el menor es suficiente para autodeterminarse en el ejercicio de la dispensa legal. Ello lógicamente dependerá no solo de su edad sino también de su desarrollo y madurez, de ahí que el precepto ordene al Juez oír previamente a la persona afectada y establezca la posibilidad ("pudiendo"), no la obligación, de que se auxilie de peritos en tal cometido.

En nuestro caso, no consta que el Juez de Instrucción oyera al menor antes de proceder a su exploración. A ello no venía obligado conforme a lo dispuesto en el [art. 416 LECrim](#) vigente en aquel momento. Tampoco queda constancia de que le advirtiera de que no tenía obligación de declarar. Ahora bien, la exploración se llevó a cabo con todas las garantías. De esta forma, se realizó con auxilio de intérprete, al no conocer el menor el idioma español, con la asistencia de dos expertos del Instituto de Medicina Legal, y con la presencia e intervención del Ministerio Fiscal, del investigado y de su defensa letrada, garantizándose con ello la preceptiva contradicción. Ninguna objeción planteó la defensa del acusado, ni entonces ni durante la instrucción de la causa, ya que conforme expresa el propio recurrente, la queja en este sentido la formuló en su escrito de conclusiones provisionales y, por tanto, cuando la instrucción había finalizado.

Además, como estimó, no solo el Juez alemán encargado de la ejecución de la euroorden, sino también el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado y el Tribunal Superior de Justicia, en el caso de autos, tanto la edad del menor, siete años en el momento de su exploración en instrucción, como las circunstancias entonces concurrentes, revelaban sin duda alguna y sin necesidad de acudir a especialistas, que aquel carecía de capacidad de autodeterminación para decidir sobre el ejercicio de la dispensa legal.

Así, describe el Tribunal, después de hacerse eco de la corta edad del menor, que tan solo habían pasado "seis días de los trágicos sucesos que determinaron el fallecimiento de su madre y de su único hermano, muertes que desconocía en ese momento el menor, cuyo conocimiento únicamente abarcaba a los recuerdos cercanos y a las vívidas impresiones derivadas de la agresión por parte de su padre a su madre y hermano, a quienes vio por última vez postrados en el suelo del interior de la cueva, así como de su precipitada huida por una zona ignota de una isla extraña. A esa confusión debe añadirse la trascendental significación que su relato de los hechos podía comportar, pues un testimonio inculpativo contra su progenitor afectaría a elementos esenciales de su vida futura, y en concreto a las circunstancias inmediatas en las que desarrollaría a partir de entonces su infancia".

En el mismo sentido se ha expresado el Tribunal alemán, el que ha incidido en esa falta de madurez, evidente sin necesidad de apoyo por parte de peritos, incluso a fecha actual, en la que el menor ha cumplido los diez años de edad. Tal decisión se ha realizado, además, tras oír al representante legal del menor designado por el Tribunal de Familia.

La contestación del Juez alemán llegó el día 24 de enero de 2022, que coincidía con el inicio de las sesiones del juicio. En ella el Tribunal de Primera instancia de Kamenz, Sección Penal, comunicaba su decisión de prescindir del interrogatorio del menor debido a que el

representante legal del menor designado por el Tribunal de Familia había afirmado que, debido al riesgo de retraumatización, el menor no tiene ninguna voluntad de declarar. Indicaba que conforme al artículo 52 párrafo 2 de StPO a los menores cuyo grado de madurez sea insuficiente para comprender el significado de su derecho a la dispensa de la obligación de declarar solo se les podrá interrogar si tienen disposición de declarar. Añadía que la audiencia del menor no es estrictamente necesaria para evaluar su madurez mental pues, dada la edad del niño, diez años, debe suponerse a su favor que no tiene aún la madurez mental necesaria.

Ello no implica, como parece afirmar el recurrente, que la falta de madurez para decidir sobre el ejercicio de la dispensa legal haya sido decidida por el juez alemán, sino que tal decisión ha sido adoptada por la Justicia española. Primero lo fue tácitamente por el juez de instrucción, quien no le hizo la advertencia que preveía la ley, conviniendo en ello todas las partes, ninguna de las cuales efectuó objeción alguna; y después por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, quien de forma razonada y debidamente fundamentada ha declarado la validez de la prueba considerando que el grado de madurez del menor en el momento de ser practicada le impedía entender el sentido de la dispensa y actuar en consecuencia. Tal decisión además ha sido avalada por el Tribunal Superior de Justicia.

Por último, debe destacarse que los intereses del menor han estado defendidos desde el inicio del procedimiento, no solo por parte de la Dirección General del menor del Gobierno de Canarias y el consulado de Alemania sito en Las Palmas de Gran Canaria, sino también por la Oficina de Protección del Menor - Administración Municipal de Bautzen - que ejerce la representación legal del menor por resolución del Tribunal del distrito de Halle (Saale), Tribunal de familia, desde el día 6 de mayo de 2019, habiéndose personado como acusación particular en las actuaciones, ya desde la fase de instrucción, y formulado acusación contra D. Luis Carlos. La citada acusación, interesó, junto a las demás acusaciones, la presentación en juicio de la exploración del menor Humberto mediante reproducción del CD en el que constaba la prueba preconstituida realizada el día 29 de abril de 2019, registrada como pieza de convicción número 16/2019.

Y como el propio recurrente expone en el motivo tercero del recurso, en la ejecución de la orden intervino la Fiscalía alemana de Görlitz a través de la cual se adjuntó el escrito presentado por D. Argimiro, tutor legal del menor Humberto, en el que se exponía que "una audiencia y citación del mismo agravarán la traumatización y le causarán daños psicológicos, por lo que solicitaba se prescindiera de interrogarlo en persona, manifestando además de acuerdo en que se utilicen las anteriores declaraciones del menor en el juicio y que ni él ni el menor querían acogerse al derecho a la dispensa de la obligación de declarar".

Como consta en el encabezamiento del citado escrito, el mismo fue presentado ante el Juzgado de 1ª Instancia de Kamenz, Sección Penal, constando en el mismo el sello de entrada en el citado juzgado.

En consecuencia, cabe concluir estimando que la actuación del Instructor en la exploración del menor fue acorde con las prevenciones establecidas en la ley procesal, tanto anterior como posterior a la reforma operada mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, siendo tal exploración por tanto válida, y pudiendo ser por ello objeto de valoración junto con el resto de la prueba sometida a la consideración del Tribunal del Jurado, sin que ninguna indefensión se haya ocasionado en la defensa del Sr. Luis Carlos.

El motivo por ello se desestima.

STS, Penal sección 1 del 23 de febrero de 2023 (ROJ: STS 652/2023 - ECLI:ES:TS:2023:652)

Seleccionar

- Sentencia: 122/2023
- Recurso: 37/2021
- Ponente: ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

•

•

CUESTIÓN

Abusos sexuales a menor. Dispensa de la obligación de declarar. Principio acusatorio.

RESUMEN

El que no se encontrara expresamente prevista en la Ley, no significa que no tuviera amparo la excepción que nos ocupa, como la tenía, a través de la jurisprudencia, en la que se la reconocía como un derecho del menor, cuyo ejercicio estaba en función de sus condiciones de madurez, que es lo que, en el caso, valoró el Tribunal, cuando dice que la testigo "no está en condiciones de decidir, de conocer la importancia y relevancia de la dispensa". Pueden existir roces entre los principios acusatorio y de legalidad, y un apunte para delimitar el campo de cada uno de esos principios lo podemos encontrar en un pasaje en el que decíamos que "el principio acusatorio juega de forma diferente cuando lo referimos a calificaciones penales, que cuando lo proyectamos al quantum penológico. En el primer caso, sin previo planteamiento de la tesis y asunción por alguna de las acusaciones, es imposible, apartarse de la calificación esgrimida buscando una más grave, por muy contraria a ley que aparezca la sostenida. En materia de pena concreta (un solvente sector de la doctrina incluso duda de que en ese caso pueda hablarse propiamente de acusatorio), se ha establecido como regla la vinculación al máximo pedido, aunque con una apostilla: si la penalidad es ilegal por inferior a la señalada, hay que fijar el mínimo. Manifestación principal del acusatorio es que el órgano enjuiciador no pueda realizar una subsunción distinta de la postulada por la acusación a salvo los supuestos de homogeneidad.

1. La alegación que realiza el recurrente en este primer motivo condiciona las consecuencias de los demás motivos del recurso, excepto el penúltimo, en que la queja, con invocación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, podríamos considerar que sería por incongruencia omisiva, y el último, que es por vulneración del principio acusatorio. Transcribimos, pues, esa alegación condicionante, que va referida a la queja porque a la menor, con 5 años en la fecha de los hechos y 10 cuando compareció

a declarar en juicio, no se le ofreció la dispensa contemplada en el art. 416 LECrim. Dice así:

"En este caso, la menor, Noelia, de 10 años de edad, en ningún caso fue informada de su derecho a no declarar contra su padre, el acusado, circunstancia ésta advertida en el acto del juicio por la defensa con carácter previo a dar inicio a la exploración de la menor. Pese a ello, el Tribunal, rechazó sin más explicación la petición, habiéndose consignado la oportuna protesta". Cita, a continuación, **en apoyo de su alegación la STS 1559/20, de 20 de mayo, y continúa en otro párrafo: "desconociendo aún la motivación que llevó a la presidencia del Tribunal sentenciador a no efectuar el ofrecimiento de la dispensa de la menor (ninguna explicación sobre el particular se dio en el acto del juicio pese a la denuncia previa y a la posterior protesta, ni tampoco consta en la Sentencia impugnada justificación alguna) [...]"**.

Al igual que ha hecho el M.F., este Tribunal, por medio de su Magistrado Ponente, ha visionado este momento de la sesión del juicio, celebrado el 29 de septiembre de 2020, y no nos parece que sea eso, exactamente, lo que sucedió, sino que, ante la petición de la defensa de que se ofreciera la dispensa a la niña, hay una respuesta, breve, pero muy clara, para denegarla; a continuación consta, exclusivamente, la protesta del letrado defensor, sin aportar argumento alguno en apoyo de su posición, y vuelve a hablar el Tribunal, reiterando lo que había dicho momentos antes.

fectivamente, tras la solicitud que hace el letrado defensor para que se ofrezca a la niña, de 10 años de edad en el momento del juicio, la dispensa del art. 416 LECrim, se escuchan las palabras del Presidente del Tribunal que dice: "[...] bueno, es tan pequeña que no sé si su consentimiento va a tener... con cinco añitos no está en condiciones de mostrar ninguna dispensa, como usted puede entender. No se la voy a pedir". A continuación, está la protesta, sin más, del letrado defensor; hay un breve intercambio de palabras, en voz baja, entre los miembros del Tribunal, que no se alcanzan a entender, y vuelve a tomar la palabra el Presidente diciendo: "la Sala hace constar que tiene, que no está en condiciones de decidir, de conocer la importancia y relevancia de la dispensa. Queda grabada su protesta, Sr. Letrado".

2. El artículo 416 LECrim, tal como quedó redactado tras la modificación que experimenta por LO 8/2021, de 4 de junio, "de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia", establece lo siguiente:

"Están dispensados de la obligación de declarar:....."

Ciertamente, cuando tiene lugar la declaración de la menor en el acto del juicio, septiembre de 2020, no había sido promulgada la referida LO 8/2021, y, por lo tanto, no se contaba con una excepción expresa a la obligación de declarar, como la que se recoge en el caso 3º del nuevo art. 416, pero no es menos cierto que ya existía una jurisprudencia que había puesto el acento en la madurez en relación con la edad de la víctima como excepción a la dispensa, que es donde está la esencia de la misma,

Decíamos que, el que no se encontrara expresamente prevista en la Ley, no significa que no tuviera amparo la excepción que nos ocupa, como la tenía, a través de la jurisprudencia, en la que se la reconocía como un derecho del menor, cuyo ejercicio estaba en función de sus condiciones de madurez, que es lo que, en el caso, valoró el Tribunal, cuando dice que

la testigo "no está en condiciones de decidir, de conocer la importancia y relevancia de la dispensa", como nos parece que es una obviedad, no necesaria de mayores explicaciones, tratándose de una niña de tan corta edad como diez años.

En nuestra STS 329/2021, de 22 de abril de 2021, que trata sobre el aspecto relativo a la madurez en relación con la dispensa, y siempre sin olvidar las circunstancias de cada caso y situación, a los efectos de ponderar el nivel del menor, decíamos: "[...] no puede afirmarse con la contundencia que lo hace el recurso, que este Tribunal en sede penal se haya decantado por considerar los 12 años como umbral de la madurez de quien ha de declarar en un proceso en relación con un pariente de los abarcados por el artículo 416 LECRIM. Es una cuestión, y así lo hemos dicho, que no puede quedar exenta de ponderación respecto las particulares circunstancias y condiciones del menor, sin restar relevancia al hecho de que el propio ordenamiento procesal civil imponga como preceptiva a partir de esa edad que los menores sean escuchados en procedimientos de familia o hayan de consentir su propia adopción. A partir de la pauta que tal previsión ofrece, podría entenderse como razonable residenciar la presunción madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, a salvo de que concurren especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura".

En nuestro caso, ni siquiera estamos ante una edad que se aproxime a espacios limítrofes, lo que nos releva de mayores consideraciones para mantener que fue suficiente la breve explicación que dio en el acto de la vista el Tribunal para estimar correcto no haber ofrecido la dispensa del art. 416 LECrim. a la menor.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

Ahora bien, considera la Sala que en este caso debe prevalecer el principio de legalidad sobre el principio acusatorio, solución que entendemos más acorde con la doctrina jurisprudencial que resulta tras el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 ("el anterior Acuerdo de esta Sala de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena").

STS, Penal sección 1 del 06 de octubre de 2021 (ROJ: STS 3745/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3745)**Sentencia: 752/2021** Recurso: 4356/2019 Ponente: JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Cuestión

Agresión sexual. Error en la apreciación de la prueba. Presunción de inocencia. Dispensa del deber de declarar. Derecho a un Juez imparcial. Infracción de ley. Agravante de parentesco. Dilaciones indebidas. Responsabilidad civil. Daños morales.

RESUMEN

Error en la apreciación de la prueba: se señalan varios informes médicos en los que se indican la inexistencia de lesiones a nivel genital. Supuestos excepcionales en los que se

admiten los informes periciales como documentos acreditativos del error. Los documentos no son literosuficientes, sino que se basan en conjeturas y en afirmaciones hechas en la vista oral. Presunción de inocencia: validez de la declaración de la víctima como prueba de cargo. Existencia de numerosas corroboraciones de la declaración de la víctima. Omisión de la notificación de la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Acuerdo del Pleno de 24 de abril de 2013, que establece las excepciones a la dispensa. **Valor de las declaraciones previas tras acogerse el testigo a la dispensa.** Nueva modificación de la dispensa por la Ley Orgánica 8/2021. Imparcialidad del Juez: doctrina del Tribunal Constitucional sobre la posición neutral del Juez relativamente pasiva. La imparcialidad no impide solicitar aclaraciones ni merma las facultades de dirección del juicio. Agravante de parentesco: aplicación a las relaciones sentimentales de pareja. Exigencia de estabilidad y continuidad de la relación. Dilaciones indebidas: necesidad de practicar diligencias que consumen mucho tiempo. Se desestima. Responsabilidad civil. Exclusión de revisión de la cuantía en casación, excepto en casos taxativos. Daños morales: se valoran en función de la gravedad de los hechos

Para la adecuada interpretación de la dispensa, se han de tomar en consideración los pronunciamientos que este Tribunal Supremo ha dictado con posterioridad a la citada Sentencia de Pleno, la STS 389/2020, de 10 de julio.

Son los siguientes:

La STS 658/2021, de 3 de septiembre, que sostiene que las declaraciones de una menor, una vez incorporadas en la instrucción, pueden ser relevantes para reorientar las pesquisas policiales, pero una vez acogida la menor a la dispensa, las mismas son irrecuperables, incluidas las referencias a la expresión no verbal.

Por lo demás, se ratifica en esta resolución judicial que la dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es un derecho del testigo a no declarar contra los acusados con los que se encuentre vinculado por razones de parentesco, y no de estos mismos acusados.

La STS 539/2021, de 18 de junio, proclama que el testimonio de lo reproducido por la menor en sus conversaciones ante los testigos de referencia, no queda neutralizado por tal mecanismo procesal (art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Se podrá borrar del cuadro probatorio lo anteriormente expresado por quien se acoge a su derecho a la dispensa, pero no se puede eliminar lo escuchado de ella por los testigos que depusieron en el juicio oral. Este fenómeno solamente ocurre cuando estamos tratando sobre prueba ilícita, de manera que tal ilegalidad contamina en cascada a las demás fuentes de prueba. Pero aquí no hay prueba ilícita, sino la utilización de un derecho por parte de la denunciante, que el ordenamiento jurídico le concede. Pero ello no puede derivar a concluir que tal acontecimiento histórico no haya ocurrido en la realidad y que, por consiguiente, no pueda preguntarse por ello, es decir, prestar declaración ante un Tribunal acerca de lo percibido por sus sentidos. Tal percepción no deriva de prueba nula o conseguida ilícitamente, y no hay razón alguna que impida su valoración. Lo mismo ocurriría si un sospechoso expresara ante una multitud su culpabilidad y después se acogiera a su derecho a no declarar contra sí mismo.

La 485/2021, de 3 de junio, siguiendo, entre otras, a la STS de 10 de mayo de 2007, se adscribe al deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el artículo 416,1.º de la LECRIM, el cual alcanza no sólo al juez sino también a la policía, declarando prueba obtenida ilegalmente la declaración de la hermana del acusado que

entrega la droga a la policía y no fue advertida ni de la exención del deber de denunciar ni de la dispensa de la obligación de declarar, por lo que el Tribunal determinó que tal omisión acarrearba la nulidad de las restantes pruebas y la absolución del acusado. En el mismo sentido, la STS de 20 de febrero de 2008, declaró 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, por no haber sido advertida por la policía ni por el juez de instrucción de su derecho a no declarar, retractándose de sus imputaciones en el juicio oral. O la STS 160/2010, de 5 de marzo, que resume que la participación del testigo víctima se produce en tres momentos: primeramente, en la fase prejudicial, donde es necesario que se le informe de su derecho a no denunciar en virtud de lo dispuesto en el artículo 261 de la LECRIM, salvo en algunos casos de "*denuncia espontánea*". Una segunda en el Juzgado instructor, donde se le debe informar del artículo 416 de la LECRIM. Y una tercera en el plenario, en el que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 707 de la LECRIM, deberá también hacersele la información del derecho que recoge el artículo citado, bien entendido que el hecho que en alguna de estas declaraciones no utilice el derecho a no denunciar o no declarar, no supone una renuncia tácita y definitiva a su utilización en una ulterior fase. Sin embargo, esta doctrina ya no puede mantenerse con la LO 8/2021, pues el apartado 5º del nuevo art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no concede el derecho de dispensa al testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo. Deriva tal determinación legal de que el testigo ha resuelto su conflicto y, en consecuencia, ha renunciado al derecho que la dispensa supone, sin que exista razón alguna para su recuperación.

La STS 459/2021, de 27 de mayo, continúa la doctrina acerca de que la falta de advertencia del 416 al testigo hermano del acusado, impide que su declaración pueda ser tomada en consideración. En el mismo sentido, la STS 310/2021, de 12 de abril, la información ofrecida por la pareja del acusado, que no fue informada por la policía de la dispensa que ofrece el art. 416 de la LECrim.

La 342/2021, de 23 de abril, trata también sobre el derecho a la dispensa del artículo 416.1 LECrim., haciendo doctrina con respecto a los menores, y mantiene que puede ejercitarlo el menor de edad si sus condiciones de madurez lo permiten. El ejercicio de la acusación particular por sus padres no priva al menor del derecho a la dispensa. Por tanto, la edad y la madurez del menor son los elementos fundamentales que han de tenerse en cuenta para determinar si un menor puede o no ejercer cada uno de los derechos fundamentales y esos parámetros han de ponerse en relación con las necesidades de tutela y protección del menor, así como con el contenido y la complejidad del derecho que se pretende ejercitar. Para evaluar si el menor está capacitado para ejercer un derecho fundamental es necesario determinar si comprende y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar. Se trata de un juicio de ponderación ciertamente complejo. En la STS 225/2020, de 25 de mayo, nos hicimos eco de la multiplicidad de factores a tener en cuenta (por cierto, esta resolución judicial era partidaria de nombrar un defensor que, en nombre del testigo menor, le represente en su opción de dispensarse de declarar recogida en el artículo 416 de la LECRIM, cuando se aprecie en ambos progenitores un conflicto con respecto a los intereses del menor representado. No siendo procedente que el Ministerio Fiscal se atribuya esa representación, y tampoco que el derecho del testigo sea negado o ejercido por el órgano judicial).

Sin embargo, la STS 329/2021, de 22 de abril, analiza la necesidad de que los menores, una vez alcancen un cierto nivel de madurez, sean directamente advertidos de la posibilidad de guardar silencio derivada de su relación de parentesco ex artículo 416 LECRIM. Se sugiere

la franja de edad de entre 12 y 14 años para residenciar la presunción madurez, a salvo de que concurren especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura. En este caso se anula el valor probatorio de la exploración que se les realizó en la instrucción, sin ninguna advertencia, y que se incorporó por vía del artículo 730 LECRIM en el juicio oral, cuando ya contaban con 15 y 17 años. Se concluye que de alguna manera, cuidando de evitar su revictimación y apurando los resortes que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, se debió, previa ponderación acerca de su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa, interesar su parecer respecto al ejercicio del derecho a no declarar en contra de su progenitor, que en caso afirmativo vetaba la posibilidad de que sus previas declaraciones fueran rescatadas.

QUINTO.- En el motivo cuarto, por quebrantamiento de forma, sin señalar cauce concreto, en tanto que se invoca incorrectamente el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción del art. 708 de la misma, a cuyo tenor.

"El Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones.

El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren".

De igual modo, invoca también la infracción del art. 24.2 de la Constitución española, en tanto que reconoce de manera expresa el derecho al juez natural predeterminado por ley, y también el derecho a un juicio con todas las garantías, dentro de las cuales la doctrina constitucional viene incluyendo el derecho a un juez imparcial.

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del Juez la observancia inexcusable de una actitud neutral respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 130/2002, de 3 de junio).

Ahora bien, ello no significa que haya de exigirse al órgano judicial una actitud pasiva durante el acto del juicio. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado lo siguiente: "Más concretamente (...) la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes".

Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha declarado por su parte que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en una interpretación ajustada a los principios constitucionales, contempla una relativa pasividad del Tribunal encargado del enjuiciamiento. Ello no impide la dirección del plenario, ni que solicite al acusado o a algún testigo alguna aclaración

sobre el contenido de sus declaraciones, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que aunque solo se refiere al testigo, se ha extendido en la práctica común a los acusados. Pero todo ello siempre con una absoluta cautela y prudencia; por ello, la jurisprudencia ha entendido que el Tribunal, para preservar su posición imparcial, debe hacer un uso moderado de esta facultad (STS 538/2008, de 1 de setiembre; STS 1333/2009, de 1 de diciembre, entre otras) y solamente para solicitar aclaraciones, con mayor razón cuando se trata de los acusados, lo cual excluye la formulación de preguntas de contenido incriminatorio que pudieran complementar la actuación de la acusación. El Tribunal Constitucional, en la STC 229/2003 y en la STC 334/2005, entendió que el límite a esta actuación del Presidente del Tribunal venía establecido por la exigencia de que la formulación de preguntas no fuera una manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, o una toma de partido a favor de las tesis de ésta.

Desde este plano interpretativo, el motivo no puede ser estimado.

Intervenciones como las denunciadas: "Perdóneme usted, pero está aquí confundiendo, confundándose usted mismo", o "Vamos a ver dígame usted lo que pasó el jueves y el domingo, porque primero dice una cosa, que pasó el domingo, la otra que pasó el jueves y las ha mezclado al final las dos cosas. Aclárese usted. Y si no desea aclararse...", no pueden ser tomadas como el vicio procesal de falta de imparcialidad del juzgador, que aduce el recurrente.

Lo propio respecto a las aclaraciones sobre el día, los instrumentos utilizados, la mecánica delictiva, etc.

Como dice el Ministerio Fiscal, las intervenciones del Presidente del Tribunal resultan ser una aclaración, limitándose a dejar constancia de determinadas afirmaciones. Y en otras supone una actuación propia de su función de dirección de las sesiones del juicio.

En cualquier caso, debemos insistir, una vez más, en el carácter pasivo que confiere la ley a la dirección de un juicio oral, a su Presidente.

Como dice la STS 220/2020, de 22 de mayo, es cierto que las facultades que el párrafo segundo del art. 708 de la LECrim otorga al Presidente del tribunal deben ser llevadas a cabo restrictivamente para no desequilibrar el acto del juicio oral. En él se dispone que "el Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declare". Es perfectamente entendible la necesidad de que el ejercicio de esas facultades no implique nunca la pérdida de la distancia que el Presidente del Tribunal ha de mantener respecto de la contienda *inter partes*, con el fin de preservar su imparcialidad. Así lo recordaba la más que centenaria *exposición de motivos* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal " *siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto, (...) los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates*", y desde luego, sin descender a la " *arena del combate*".

La fijación de límites a esa excepcional facultad puesta al alcance, no solo del Presidente del tribunal, sino de cualquiera de los Magistrados que integran el órgano de enjuiciamiento, no es, desde luego, novedosa. De hecho, ha sido objeto de tratamiento -decíamos en la STS 459/2019, 14 de octubre- de copiosa jurisprudencia dictada por esta

Sala y por el Tribunal Constitucional. En nuestra sentencia 28/2011, 26 de enero, apuntábamos que *"... se impone, pues, la búsqueda de un equilibrio entre la actitud del Juez que con su actuación busca suplir las deficiencias de la acusación -lo que implicaría una visible quiebra de su estatuto de imparcialidad- y la de aquel que solo persigue aclarar algunos de los aspectos sobre los que ha versado la prueba (...) y que las preguntas de las partes no han logrado esclarecer suficientemente. Así, mientras que la primera de las actitudes descritas implicaría una inaceptable vulneración del principio acusatorio, en lo que tiene de inderogable escisión funcional entre las tareas de acusación y las labores decisorias, la segunda de ellas no tendría por qué merecer censura constitucional alguna. (...) Las facultades del Presidente han de ponerse al servicio del fin constitucional que les es propio, huyendo de cualquier gesto susceptible de ser interpretado como expresión de credulidad o incredulidad respecto de las respuestas del testigo o del perito"*.

Precisamente en la búsqueda de límites al ejercicio de esta facultad, decíamos en la referida sentencia que *"... no han faltado resoluciones que estiman vulnerado aquel principio por la actitud del Presidente del Tribunal que, al constatar que el acusado se acogía a su derecho a guardar silencio, formuló "... toda una batería de preguntas inequívocamente inculpativas que el acusado respondió afirmativamente" (STS 291/2005, 2 de marzo). Idéntico criterio ha sido proclamado por esta Sala cuando el Presidente interrogó al acusado durante diez minutos formulándole más de sesenta preguntas, siendo irrelevante que en el transcurso de ese interrogatorio advirtiera al acusado que, pese a sus preguntas, aquél tenía derecho a guardar silencio (STS 780/2006, 3 de julio)"*.

La facultad que concede al juez español el párrafo segundo del art. 708 de la LECrim. no es, desde luego, insólita en el panorama del derecho comparado. En efecto, la STS 1084/2006, 24 de octubre, tuvo oportunidad de precisar que *"...la doctrina reconoce que una cierta iniciativa probatoria del Juez penal no es incompatible con el principio acusatorio y con el derecho al Juez imparcial; y, a este respecto, se pone de manifiesto que, en el ámbito de nuestro entorno europeo, los ordenamientos jurídicos de los Estados que han suscrito los mismos tratados internacionales que España (Alemania, Italia, Francia, Portugal) admiten con distintos matices y amplitud la iniciativa del Juez penal en materia probatoria (244, II del CP Alemán, art. 507 del Código Procesal italiano, art. 340.1º del Código Procesal portugués, art. 310 del Código Procesal francés)"*.

En la misma línea, la STS 205/2015, 10 de marzo, recordaba que *"... la adopción por el Tribunal en el seno del propio juicio oral de iniciativas tales como interrogatorios con sesgos inquisitivos; búsqueda militante de pruebas inculpativas suplantando a la acusación, advertencias al acusado que revelan prematura y anticipadamente una convicción sobre su culpabilidad; o en el reverso, complacencia indisimulada con el acusado, rechazo automático, infundado e irreflexivo de todas las cuestiones suscitadas por la acusación; apariencia de "complicidad", connivencia o sintonía preexistentes con las posturas defensivas, pueden implicar quiebra de la imparcialidad objetiva del Tribunal"*.

En el FJ 4º de esa misma resolución, añadíamos que *"...un real ejercicio de las facultades de dirección del debate de las que no se puede dimitir en aras de una incontaminación quasi virginal que es inexigible, inviable y hasta improcedente si se la concibe como pasividad o absoluta impermeabilidad o indiferencia frente al devenir de la actividad probatoria y sus incidencias. El Presidente está llamado a ser algo más que una esfinge casi silente, o encadenada a fórmulas mecanizadas (dar los turnos sucesivos, realizar las advertencias legales) que podría desarrollar igualmente un aparato robotizado debidamente programado. Imparcialidad no implica absoluta pasividad. La belleza de la*

metáfora con que Juan Miguel recoge esa posición que evoca uno de los recurrentes, es compatible con situaciones como las que se traen a colación, especialmente en juicios largos con algunas dosis de lógica tensión. La dirección del acto reclama muchas veces intervenir, encauzar, advertir, completar, en algún caso interrumpir... En esa imprescindible y no fácil tarea son admisibles estilos diversos. Son asumibles por el sistema algunos nunca totalmente evitables errores si carecen de relevancia significativa (repetir una pregunta, algún comentario que podría haberse omitido, improcedentes aunque disculpables gestos de impaciencia ante la actitud de algún testigo, un tono quizás aparentemente airado en algún momento fruto a veces de un malentendido que luego se aclara... son incidencias tolerables, inherentes a la condición humana, a las que nadie está totalmente sustraído. Pero ni son necesariamente signo de parcialidad, ni han de interpretarse como tales, ni bastan para anular un juicio. Pueden ser fruto de un determinado estilo o forma de dirigir el debate. Para afirmar que se ha producido un desbordamiento tal de la función de la Presidencia que ha degenerado en parcialidad, no basta cualquier presunto exceso o desacierto. En principio ha de presumirse la imparcialidad (STEDH 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt)."

En nuestra STS 1216/2006, de 11 de diciembre, ya declarábamos que el *descubrimiento de la verdad material*, que es una de las metas de la justicia penal (ex arts. 701-6º, 713 y 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), permite, en el segundo párrafo del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, después del interrogatorio de las partes, "el Presidente [del Tribunal], por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren".

Del propio modo, la Ley del Tribunal del Jurado (LO 5/1995), dispone en su art. 46.1 que "los jurados, por medio del Magistrado-Presidente y previa declaración de pertinencia, podrán dirigir, mediante escrito, a testigos, peritos y acusados las preguntas que estimen conducentes a fijar y aclarar los hechos sobre los que verse la prueba".

Es cierto que estas facultades deben ser llevadas a cabo restrictivamente para no desequilibrar el acto del juicio oral, porque "siendo éste el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de su veredicto", "los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates", y desde luego, sin descender a la "arena del combate". Así se expresa la brillante Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, suscrita por el Ministro de Justicia, Juan Miguel.

Ello no quiere decir, naturalmente, que en cumplimiento del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, citado, no puedan dirigir a los testigos las preguntas que estimen conducentes los presidentes del Tribunal para una mayor aclaración de los hechos, o para verificar una correcta interpretación de las palabras con las que hayan depuesto los testigos, con la finalidad de subsumir adecuadamente los hechos en la norma.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

STS, Penal sección 1 del 03 de septiembre de 2021 (ROJ: STS 3371/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3371)

Seleccionar

- Sentencia: 658/2021
- Recurso: 10065/2021
- Ponente: ANA MARIA FERRER GARCIA

- **ASESINATO GUARIDAS URBANOS SERIE NETFLIX**

•

•

CUESTIÓN

Asesinato. Derecho a la tutela judicial efectiva. Denegación de prueba. Motivación. Presunción de inocencia: prueba indiciaria. Testimonio de referencia. Igualdad ante la ley. Indemnización por responsabilidad civil. Daños morales. Baremo.

RESUMEN

Dispensa del deber de declarar. Manifestaciones de una testigo de corta edad que se acoge a su derecho a no declarar. Validez de la declaración referencial en estos casos. Valor como prueba complementaria. **Deben expulsarse del acervo probatorio las manifestaciones del testigo referencial sobre la gesticulación de la menor, al narrar lo que vio.** Sin embargo, esto carece de relevancia en el fallo. Doctrina sobre el quebrantamiento de forma por denegación de diligencia de prueba. Necesidad de motivación de las resoluciones judiciales. Aplicación en los casos de los Tribunales del Jurado. Doctrina sobre la complementación del veredicto del Jurado. Diferencia entre dolo y móvil. El móvil normalmente es irrelevante en la construcción del elemento subjetivo del tipo penal. Presunción de inocencia: suficiencia de la prueba indiciaria. Principio de igualdad ante la ley: requisitos para que se produzca una vulneración. Supuestos en los que de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se produce una vulneración del principio de igualdad ante la ley. Debe existir una identidad de hecho y una respuesta jurídica injustificadamente distinta. Indemnización por responsabilidad civil: el recurso prescinde de la respuesta del órgano de apelación. Su fijación está excluida de revisión casacional excepto en una serie de supuestos excepcionales. Aplicación del Baremo de indemnizaciones por accidente de automóvil: carácter orientativo. Especial intensidad de los daños morales.

PRIMERO.- Que los acusados Leoncio y Nuria, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, se conocieron en el ejercicio de su actividad profesional como Guardias Urbanos de Barcelona, prestando destino en la " DIRECCION001" de dicho cuerpo policial, patrullando juntos en numerosas ocasiones, e iniciaron una relación sentimental sin

convivencia en 2012, o al menos a partir de principios de 2013, y que coexistía al tiempo que Nuria vivía junto a su marido, Horacio, y sus dos hijas menores de edad en la CALLE000, número NUM000 de DIRECCION000

SEGUNDO.- Que en el verano de 2016 Nuria inició una relación sentimental con Lorenzo, también Guardia Urbano de Barcelona, perteneciente a otra unidad, relación que simultaneó durante un tiempo con su matrimonio y con la relación sentimental con el Sr. Leoncio, hasta que en el mes de diciembre de 2016 Nuria y Horacio se separaron, abandonando Horacio el domicilio familiar, y a partir de este momento la relación sentimental entre Nuria y Lorenzo se intensificó fuertemente exteriorizando, ambos, sólidos lazos de compromiso, y trasladándose Lorenzo a vivir con Nuria a la vivienda de ésta en la CALLE000, número . NUM000 de DIRECCION000, llegando ambos a manifestar en su círculo íntimo su deseo de casarse y de tener un hijo

TERCERO.- Que en el mes de enero de 2017 Leoncio descubrió el vínculo sentimental existente entre Nuria y Lorenzo, produciéndose a consecuencia de ello un total distanciamiento y un frontal enfrentamiento entre ambos acusados al tiempo que Leoncio decidió desvelar a Lorenzo que Nuria había iniciado su relación sentimental con él cuando todavía mantenía su relación con el Sr. Leoncio, lo que motivó se generara en Lorenzo un clima de creciente desconfianza respecto al comportamiento de Nuria que motivó frecuentes discusiones entre ellos, constantes dudas sentimentales en un clima de celos de Lorenzo hacia Nuria y un creciente e intermitente distanciamiento emocional entre ambos.

Que al mismo tiempo y consecuencia de lo anterior, se generó en Leoncio un sentimiento de hostilidad profunda hacia Lorenzo, al tiempo que un firme deseo de revancha

CUARTO.- Que entre marzo y abril de 2017 se produjo un nuevo y paulatino acercamiento, emocional primero, y sentimental después, entre Nuria y Leoncio que desembocó en que finalmente ambos acusados llegaran a la conclusión de que Lorenzo por diversas razones obstaculizaba su relación y situación. En este contexto mediando el mes de abril ambos acusados empezaron a trazar un plan con el fin de quitar la vida a Lorenzo, decidiendo finalmente ponerlo en marcha la noche del 1 al 2 de mayo de 2017, y que consistía en esperar para la consumación del crimen a que Lorenzo estuviera dormido o descansando sin que se produjera ninguna comunicación más entre ellos y comenzando a -divulgar insinuaciones sobre un enfrentamiento personal entre Lorenzo y Horacio, cosa que hizo Nuria sobre las 23,00 horas a -través de un mensaje a Bernardo, amigo personal de Lorenzo y persona de confianza de Nuria.

QUINTO.- Que esa noche, escasos minutos más tarde de que Nuria hubiera llegado a su casa de DIRECCION002 después de pasar la tarde junto con Lorenzo y sus hijas en una casa familiar de Lorenzo en DIRECCION003, inició un intercambio de diversa comunicación telefónica con Leoncio; así a las 21,51 horas, a la vez que Nuria almacenó en la agenda de contactos de su teléfono móvil con la designa "¿hoy", el teléfono NUM001, correspondiente a Federico, persona enfrentada públicamente con Lorenzo, con la finalidad de poder usar su nombre si lo consideraba oportuno en un momento posterior del plan, efectuó una llamada de teléfono perdida o infructuosa a Leoncio, y seguidamente se produjo una segunda llamada de Nuria a Leoncio a las 21:53 horas de duración de algo más de 4 minutos, activando a continuación Leoncio, con el fin de confirmar entre ellos la señal de que el plan se ponía definitivamente en marcha, a las 22:04 horas, la tarjeta SIM correspondiente al número del teléfono NUM002 que él mismo había adquirido en un

establecimiento "Lyca Mobile" en fecha 20.04.2017, en un establecimiento en la localidad de su domicilio en DIRECCION004.

Y en hora indeterminada de la madrugada de fecha 02.05.2017, después de que Leoncio se desplazara también al domicilio de Lorenzo y Nuria, dicho encausado junto a la acusada Nuria, conjuntamente, o al menos uno de ellos con la anuencia y colaboración activa del otro, en el interior del domicilio que Nuria y Lorenzo compartían en la CALLE000, número NUM000 de DIRECCION000, agredieron a Lorenzo y le privaron de su vida de forma violenta, llevando a cabo su acción y actuando con el común ánimo o intención, o conociendo y asumiendo las altas probabilidades que existían, de acabar con la vida de Lorenzo si actuaban en la forma en que lo hicieron.

SEXTO.- Que los acusados llevaron a cabo la acción anteriormente descrita, aprovechándose de que la víctima estaba enteramente despreocupada de sufrir algún ataque que pudiera tener origen en acciones de la acusada en base a la relación sentimental y de confianza que le ligaba a ésta y reforzado por el hecho de encontrarse Lorenzo en el interior de su domicilio, y dentro del contexto de su planificación criminal eligieron tanto un momento en que Lorenzo estaba dormido o descansando como el medio más idóneo para que el Sr. Lorenzo, persona de gran corpulencia y forma física, no pudiera ejercer defensa eficaz frente al ataque mortal del que fue objeto.

SEPTIMO.- Que posteriormente ambos acusados, durante la mañana y la tarde del día 2 de mayo, a través del teléfono móvil de Lorenzo, acordaron en fingir mediante su uso que el mismo desenvolvía su vida con normalidad, llegando en la noche del mismo día dos de mayo a utilizarlo en distintas ocasiones, y desplazaron el referido teléfono móvil a las inmediaciones de la URBANIZACION000, sita en la localidad de DIRECCION005 (Tarragona), con el terminal en funcionamiento para que delatara su posicionamiento geográfico, sabedores de que en las inmediaciones vivía Horacio, ex marido de Nuria y con el que ésta mantenía una relación muy conflictiva en el momento de los hechos, con el propósito de involucrarle, y al mismo tiempo aireando públicamente las malas relaciones que la víctima mantenía con aquél, así como sobre otras personas y motivaciones como posibilidades alternativas, verificando tales acciones los acusados con la finalidad de fingir una motivación distinta en los hechos que habían tenido lugar y de esta forma dificultar que les pudieran relacionar de cualquier modo, con los mismos.

En hora indeterminada entre la noche del 2 de mayo y la madrugada del día 3, sabedores de que el cuerpo sin vida de Lorenzo estaba depositado anteriormente en el interior del maletero del vehículo de su propiedad, marca Volkswagen, modelo Golf, matrícula W-....-EJ, se dirigieron con este vehículo y otro a una pista forestal sita a unos 100 metros del Punto Kilométrico 9,9 de la Carretera BV-2115, en el área del pantano de Foix, dentro del término municipal de DIRECCION006 (Barcelona), y una vez allí, valiéndose de algún tipo de combustible, prendieron fuego al vehículo con el cuerpo de Lorenzo en su interior resultando su cuerpo casi enteramente carbonizado por la acción de las llamas, sin que hayan quedado restos o signos suficientes de la causa violenta de su muerte.

ACTUALID

Nuria plantea un primer motivo a través del cauce que habilitan los artículos 852 LECRIM y 5.4 LOPJ por el que se denuncia infracción de los artículos 24 y 9.3 CE y 6

CEDH por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, y a un proceso con todas las garantías.

Explica el recurso que la mayor de las hijas de la condenada en la instancia, de 6 años de edad en el momento de acaecer el suceso enjuiciado, relató lo que había presenciado el día de los hechos a la testigo D^a Fátima, pareja sentimental de su padre y ex marido de Nuria. Posteriormente la niña, a través del defensor judicial que le fue designado, se acogió a su derecho a no declarar con base en la dispensa del artículo 416 LECRIM. Por esa razón el Magistrado Presidente del Tribunal Jurado no permitió que la testigo reprodujera el relato que escucho de la menor, aunque si las expresiones o la gesticulación que con la que aquella lo acompañó, lo que criterio de la recurrente también debió quedar excluido del acervo probatorio.

1. De manera reiterada ha señalado esta Sala que el ejercicio de la dispensa a declarar con base en el parentesco del artículo 416 LECRIM, no puede resultar neutralizado mediante el rescate de las previas manifestaciones de quien se ha acogido a la misma. De esta manera se ha descartado su recuperación a través del artículo 730 LECRIM por vía de la prueba preconstituida, ya que no se trata de la imposibilidad de contar en el plenario con tal testimonio, a la que se condiciona en términos imperativos el uso de la alternativa excepcional; o la incorporación mediante lectura al amparo del artículo 714 LECRIM prevista como elemento de contraste.

Por el mismo motivo, hemos descartado el testimonio de referencia como vehículo idóneo para suplir el vacío probatorio que pueda derivarse del legítimo ejercicio por parte del testigo de no declarar contra su pariente.

Sobre esta modalidad testifical recordaba la STC 161/2016, de 3 de octubre "este Tribunal ha reiterado, en cuanto a la aptitud constitucional de los testigos de referencia como prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia, que es una prueba poco recomendable y debe asumirse con recelo (STC 143/2003, FJ 6), por lo que "puede ser uno de los elementos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, aunque condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba" (STC 117/2007 de 21 de mayo, FJ 3). Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34; y de 26 de abril de 1991, caso Asch, § 27), se ha admitido el testimonio de referencia en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa (STC 143/2003, FJ 6; citando a las SSTC 79/1994 de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002 de 21 de marzo, FJ 10; 155/2002 de 22 de julio, FJ 17; y 219/2002 de 25 de noviembre, FJ 4)."

El mismo criterio ha sido mantenido por esta Sala de casación, que ha reconocido el valor del testimonio de referencia como prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su

declaración testifical (entre otras SSTS 371/2014, de 7 de mayo; 144/2014, de 12 de febrero; 757/2015, de 30 de noviembre; 196/2017, de 24 de marzo; 307/2018, de 20 de junio; o 315/2020, de 15 de junio y las que en ellas se citan). No es esa la situación que provoca la expulsión de un testimonio por efecto de la dispensa del artículo 416 LECRIM. No se trata de imposibilidad de practicar la prueba, sino de ejercicio por parte del testigo afectado del derecho que le asiste a no involucrar a su pariente con su testimonio. Así se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en las SSTS 777/2000, de 28 de abril; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; 160/2010, de 5 de marzo; 1010/2021, de 21 de diciembre; 703/2014, de 29 de octubre; 733/2017, de 15 de noviembre; o 209/2017, de 28 de marzo.

Y esta misma idea inspiró el acuerdo Plenario de esta Sala segunda de 18 de enero de 2018, rememorado en la sentencia recurrida, que, respaldado por una amplísima mayoría, quedó fijado de esta forma: "El acogimiento en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar establecida en el art. 416 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". La STS 205/2018, de 25 de abril, refleja con toda fidelidad los términos del debate que afloraron en aquella reunión plenaria.

2. Ese criterio fue asumido por el Magistrado que presidió el Jurado, que sin embargo excepcionó la alusión a los gestos que la testigo D. Sara advirtió en la pequeña como refuerzo a sus explicaciones sobre cuál era el estado de la víctima D. Lorenzo cuando lo vio por última vez la noche de los hechos en el domicilio de su madre. El testigo de referencia lo es respecto a aquellos extremos cuyo conocimiento no proviene de su percepción directa, su fuente es la experiencia que otro le transmite, luego nada distinto puede aportar respecto a los hechos que el relato que su emisor le cuenta. Ello no obsta para que pueda haber percibido directamente extremos aptos para suministrar una información capaz de adquirir relevancia a la hora de avalar otras pruebas o, incluso, de reconstruir periféricamente el suceso enjuiciado por vía indiciaria. Por ejemplo, el policía que acude a una vivienda a requerimiento de la víctima y escucha su relato, solo podrá aportar prueba respecto al mismo por rememoración de lo que aquella le contó, pero está en condiciones de iluminar probatoriamente el proceso respecto a aquellos extremos directamente percibidos por él. Por ejemplo, si la víctima mostraba alguna sintomatología que fuera externamente apreciable, o los desperfectos visibles y estado que pudiera presentar la escena, por no hablar de los efectos o instrumentos que resultara factible intervenir. En definitiva, una serie de datos que, aun con un valor probatorio indirecto, no dejan de ser relevantes, de los que el agente tomó directo conocimiento. Sin embargo, no es ese el caso que ahora se nos plantea. **Los gestos que la testigo reprodujo fueron su interpretación de la expresión a través de la cual la niña trató de explicar cómo vio la noche de los hechos al posteriormente fallecido Lorenzo. En definitiva, una expresión no verbal pero sí gestual de su relato, sometida, en consecuencia, al mismo régimen que las palabras que emitió, inutilizables probatoriamente.**

3. Ahora bien, aun cuando el recurso tiene razón en este aspecto, la cuestión carece de la entidad que se le atribuye, sobre la que se ensambla una petición de nulidad de las dos sentencias precedentes y del veredicto del Jurado, con la consiguiente repetición del juicio. Se trata de un extremo que perfectamente puede excluirse del acervo probatorio, sin que los otros medios de prueba se vean afectados. Como concluyó el Tribunal de apelación, y comprobaremos al profundizar en los siguientes motivos, "... aun suprimiendo la declaración de Sara, el Jurado contó con otros indicios en los que se basó para concluir que

se trató de un acto alevoso, cuestión a la que después haremos referencia, pero no fundamentó en dicha declaración la autoría de Nuria".

El motivo se desestima.

AD

STS, Penal sección 1 del 23 de abril de 2021 (ROJ: STS 1731/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1731)

Seleccionar

- Sentencia: 342/2021
- Recurso: 10442/2020
- Ponente: EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

•

CUESTIÓN

La acusación por los padres no supone una renuncia del menor a la dispensa de declarar. La introducción parcial del pene es acceso carnal. En el delito continuado se fija la penalidad con arreglo a la ley vigente en la consumación del complejo delictivo.

RESUMEN

El ejercicio del derecho a la dispensa es incompatible con la condición de denunciante o con la intervención en el proceso como acusador particular. En este caso la testigo tiene 15 años y resulta muy dudoso que careciera de madurez para conocer las implicaciones del derecho a la dispensa. El ejercicio de la acusación particular por los padres no conlleva una renuncia expresa o tácita del menor a su derecho constitucional de ahí que el menor pueda ejercer la dispensa siempre que sus condiciones de madurez lo permitan. Es un contrasentido que se solicite la práctica de una prueba y que, una vez practicada, se postule su nulidad por vía de recurso. En el delito continuado se fija la penalidad con arreglo a la ley vigente al tiempo de la consumación del complejo delictivo y no puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley penal por el hecho de que alguno de los hechos se haya cometido antes de la entrada en vigor de la ley aplicable. Para la consumación del acceso carnal por vía vaginal no se precisa una introducción completa del miembro o del objeto, siendo suficiente una introducción parcial. El acceso carnal se produce cuando la penetración supere el umbral de los labios mayores. Los abusos de que fue víctima no fueron simples palpaciones, frotaciones o tocamientos, sino que se llegó a introducir el pene y los dedos en la vagina de la menor de forma parcial, lo que conforma la exigencia típica de acceso carnal por vía vaginal.

2.1 En el primer motivo, a través del artículo 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución, por inaplicación del artículo 416.1 de la LECrim, dado que a la hija del recurrente no se le hizo la advertencia de su derecho a no declarar cuando compareció a tal fin y en calidad de testigo ante el Juez de Instrucción, de ahí que su declaración sumarial, incorporada al juicio mediante lectura, adolezca de nulidad y no pueda ser tomada en consideración como prueba de cargo.

2.2 Para contextualizar nuestra respuesta es necesario recordar que el derecho de determinados familiares del investigado o acusado a ser dispensado de la obligación de colaborar con la Administración de Justicia cuando son llamados como testigos es un derecho individual de rango constitucional, en tanto que reconocido en el artículo 24.2 CE, en el que se dispone literalmente lo siguiente: "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".

No se trata de un derecho del encausado a que determinadas personas no declaren en el proceso (STC 94/2010, de 15 de noviembre), sino del derecho del testigo a no declarar, cuyo fundamento se encuentra tanto en razones de eficacia procesal como, sobre todo, en razones de conciencia, habida cuenta del conflicto personal que se puede producir entre el interés del Estado en que el testigo declare y el interés o deseo del testigo de preservar y no comprometer los vínculos de solidaridad y afecto que puedan existir entre él y el encausado.

En la reciente STS del Pleno de esta Sala número 389/2020, de 10 de julio, hemos dicho que el derecho a la dispensa "tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmáticas. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo -pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible" y también hemos señalado que "que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada también por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416".

En relación con el testigo que, a la vez, es víctima del hecho hemos realizado algunas precisiones interpretativas que delimitan el ámbito de aplicación de este derecho en atención al comportamiento procesal del testigo. Así, venimos afirmando que el ejercicio del derecho a la dispensa es incompatible con la condición de denunciante (STS 625/2007, de 12 de julio) o con la intervención en el proceso como acusador particular, de ahí que en tales casos la declaración que se preste será válida, aunque al testigo no se le haya informado del derecho a la dispensa. También hemos señalado en la reciente sentencia del Pleno antes aludida (STS 389/2020, de 10 de julio) que quien ha sido acusación particular y abandona esa posición procesal se entiende que ha renunciado al derecho a la dispensa.

El derecho a la dispensa es un derecho público subjetivo **cuya titularidad corresponde exclusivamente al menor, conforme al artículo 24 CE y al artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.**

El derecho a la dispensa es un derecho público subjetivo cuya titularidad corresponde exclusivamente al menor, conforme al artículo 24 CE y al artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. La Constitución no establece excepciones o límites a esa titularidad, lo que no es obstáculo para que se deba distinguir entre titularidad y ejercicio del derecho fundamental. Para el ejercicio de los derechos fundamentales se precisa de la correspondiente capacidad de obrar y, a fin de determinar si el menor tiene o no esa capacidad, han de tenerse en consideración los criterios valorativos descritos en el artículo 2º de la Ley antes citada, entre los que se encuentran de modo muy destacado la edad y madurez del menor. Ese parámetro también está presente en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30/11/1990, en cuyo artículo 12.1 se puede leer: "Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño".

En esa misma dirección el Tribunal Constitucional en su sentencia 141/2000, de 29 de mayo, afirmó que "(...)los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, (en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral,) sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 C.C.). Conviene recordar, por último, que, aunque el artículo 162 del Código Civil atribuye a los padres la representación legal de sus hijos menores de edad, excluye de esa representación a "los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes o sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo (...)".

Por tanto, la edad y la madurez del menor son los elementos fundamentales que han de tenerse en cuenta para determinar si un menor puede o no ejercer cada uno de los derechos fundamentales y esos parámetros han de ponerse en relación con las necesidades de tutela y protección del menor así como con el contenido y la complejidad del derecho que se pretende ejercitar. Para evaluar si el menor está capacitado para ejercer un derecho fundamental es necesario determinar si comprende y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar. Se trata de un juicio de ponderación ciertamente complejo. En la STS 225/2020, de 25 de mayo nos hicimos eco de la multiplicidad de factores a tener en cuenta en los siguientes términos:

"Esa ponderación judicial del nivel de desarrollo emocional e intelectual del menor, así como de su capacidad por contrapesar los intereses en juego, cuando se trata de edades en las que estas cualidades del testigo pueden resultar controvertidas, impone al tribunal, no introspeccionar su conformidad o adhesión con la opción del menor, sino valorar la calidad de su opción, esto es, que la facultad se ejerce en las condiciones de libertad, de información, y de conocimiento con las que esencialmente se regiría el posicionamiento de una persona con plena capacidad de obrar. El Tribunal debe explorar que el menor alcanza a comprender, de una manera suficientemente sentada y reflexiva, cuál es la

repercusión de su decisión respecto de todos los intereses que van a resultar concernidos y a los que hemos hecho anterior referencia. El órgano judicial debe tasar que el testigo guía su conclusión por los ordinarios parámetros de pensamiento libre, fundado e independiente con los que puede regir su esquema decisional en el caso concreto una persona formada. Si la edad es un elemento fundamental para evaluar el grado de madurez de un menor a estos efectos, existen otros parámetros que facilitan ponderar si está en condiciones de ejercer el derecho por sí mismo cuando la edad se ubica en unos márgenes que no sean lo suficientemente elocuentes. Que el testigo sea la víctima de los hechos que se enjuician o que, por el contrario, sea un mero observador de lo que aconteció, es un elemento que condiciona el reconocimiento de su facultad de optar; como lo es también la naturaleza pública o privada de la acción penal establecida para la persecución de los hechos; la gravedad del delito investigado; su repercusión punitiva; la gravedad del daño irrogado a la víctima; la naturaleza del vínculo del testigo con el procesado; la repercusión que su declaración pueda tener en su relaciones familiares futuras; o la repercusión psíquica con la que los hechos pueden sacudir el futuro del menor. Tampoco es irrelevante que el testigo pueda conocer la repercusión procesal de su posicionamiento en función de la existencia o ausencia de otros elementos probatorios; o que se ejerza la facultad de no declarar en la fase procesal de investigación y con ocasión de delitos cuyo plazo de prescripción empezará a computarse cuando el testigo-víctima alcance la mayoría de edad (art. 132.1 prf. 2), o por el contrario su decisión vaya a materializarse en el acto del plenario, lo que trascenderá inevitablemente a una decisión definitiva sobre los hechos sometidos a proceso".

Es cierto que esta Sala ha considerado en supuestos de menores de corta edad que su falta de madurez hace innecesaria la información sobre el derecho a la dispensa y así, en la STS 1061/2009, de 26 de octubre, citada en la resolución impugnada, se consideró improcedente tal información, pero se trataba de un niño de 6 años. Sin embargo cuando el menor tiene más edad o está próximo a la mayoría de edad, el examen de su madurez exige un análisis complejo, tal y como se puede colegir de la sentencia antes mencionada.

En este caso la testigo 15 años y resulta muy dudoso que careciera de madurez para conocer las implicaciones del derecho a la dispensa. Tan es así que la menor fue informada de ese derecho en una de las dos declaraciones sumariales que prestó. En todo caso, la limitación de derechos constitucionales debe ser objeto de una interpretación restrictiva (STS 205/2018, de 25 de abril) y motivada y en este proceso no hubo resolución alguna, verbal o escrita, dirigida a justificar la limitación del derecho constitucional. La decisión de no informar del derecho a la dispensa en la declaración prestada el día 21/09/18 no parece que fuera una decisión intencionada y basada en la falta de madurez, parece más bien que fue un olvido, ya que en la declaración sumarial anterior se informó a la menor del contenido del artículo 416.1 de la LECrim y manifestó querer declarar

2.3.2 En cuanto a la segunda cuestión, la argumentación de la resolución impugnada parece sugerir que como la madre ejerció la acusación particular en representación de la menor no era necesaria la información del artículo 416.1 LECrim, porque quien ejerce la acusación particular ha resuelto el conflicto que justifica la dispensa y ha renunciado implícitamente a ese derecho. Según esta tesis sería posible la renuncia del derecho a la dispensa por el representante legal del menor.

Esta Sala ha admitido que el derecho a la dispensa pueda ser ejercido a través de su representante legal (padres o defensor judicial) pero sólo en caso de que el menor carezca de madurez (STS 225/2020, de 25 de mayo). No debe confundirse el derecho a ser parte procesal con el derecho a la dispensa. El progenitor que ejercita la acusación particular

interviene procesalmente como representante legal del menor en su interés, pero sin que se precise su consentimiento, de ahí que pueda llevar a cabo esa intervención aún en contra de la voluntad del representado. Por otro lado, el ejercicio de acciones se limita a la realización de los actos procesales de parte encaminados al ejercicio de la acción ejercitada y no comprende el derecho a la dispensa, que es un derecho constitucional autónomo, por más que se ejerza dentro del proceso.

A partir de estas precisiones bien comprenderse que el ejercicio de la acusación particular por los padres no conlleva una renuncia expresa o tácita del menor a su derecho constitucional de ahí que el menor pueda ejercer la dispensa siempre que sus condiciones de madurez lo permitan.

2.3.3 Aun cuando no compartamos la argumentación de la sentencia impugnada en este particular, coincidimos con ella en que la pretensión de nulidad no puede tener favorable acogida.

En relación con la declaración prestada ante el juez de instrucción el 17/03/18 resulta sorprendente que se diga que la menor no fue informada del derecho a la dispensa. Hemos revisado la grabación del juicio y no es cierto. La menor fue informada del contenido del [artículo 416.1 LECrim](#) y manifestó que quería declarar voluntariamente.

En lo referente a la declaración sumarial prestada el 27/09/18 conforme al [artículo 433 de la LECrim](#), es cierto que no se informó a la menor de su derecho a la dispensa, pero se dan dos circunstancias que permiten concretar el contexto en el que se produjo esa deficiencia. La menor ya había sido informada con anterioridad y, además, la defensa no formuló protesta en el acto para subsanar la deficiencia. A partir de estos datos la pretensión de nulidad de esa declaración sumarial es desproporcionada y sólo puede sostenerse desde un entendimiento formalista del derecho constitucional concernido.

Pero hay otra razón que justifica el rechazo de la pretensión de nulidad. Según se deduce de la grabación del juicio y como consta en el escrito de conclusiones provisionales, la defensa solicitó la introducción en juicio de esa declaración mediante lectura, al amparo del [artículo 730 de la LECrim](#). Y si bien es cierto que el [artículo 11 de la LOPJ](#) dispone que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos fundamentales" también lo es que ese mismo precepto proclama que "en todo procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe". En aplicación de esta regla general resulta inasumible que quien propone la incorporación al juicio como documental de una prueba cuya nulidad no denuncia no puede, una vez dictada sentencia, afirmar la nulidad de esa prueba porque no le conviene la valoración que se ha hecho de la misma.

Como regla general la nulidad de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales precisa que se inste la nulidad nada más conocerse su existencia a través de los recursos ordinarios o que se invoque en el juicio ([STS 446/2010, de 30 de abril y artículos 238 y siguientes de la LOPJ](#)) y presupone también que esas pruebas no han sido introducidas en el proceso por quien va a instar su nulidad. Es un contrasentido que se solicite la práctica de una prueba y que, una vez practicada, se postule su nulidad por vía de recurso.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

STS, Penal sección 1 del 04 de julio de 2025 (ROJ: STS 3534/2025 - ECLI:ES:TS:2025:3534)

Seleccionar

- Sentencia: 639/2025
- Recurso: 7303/2022
- Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

•

RESUMEN

Delito de abuso sexual a menor de 15 años y adulto de 26 años.Desconocimiento de la edad de la menor. Error de tipo. Carga de la prueba como elemento del tipo incumbe a la acusación.La relación entre la menor y el acusado era de pareja y era conocida y consentida por la madre y hermanos de aquella.La menor al cumplir la mayoría de edad, se personó en apelación y casación y se adhirió al recurso del acusado pidiendo su absolució.No se le advirtió de la dispensa del art. 416 LECrim.Error de tipo que conlleva la absolució al poder se cometido el delito de agresión sexual de forma imprudente.

3.1.- No siendo ocioso recordar en este punto, dada la relación de noviazgo -no cuestionada- existente entre el acusado y la menor, que podría encuadrarse en el art. 416 LECrim, redacción dada por LO 8/2021, de 4-6, "persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial", en orden a la dispensa a declarar de Agustina en el juicio oral, como la STS 342/2021, de 23-4, mantuvo la posición de que el derecho a la dispensa puede ejercitarlo el **menor de edad** si sus condiciones de madurez lo permiten. Resuelve en sentido negativo si el ejercicio de la acusación particular por sus padres priva o no, al menor, de su derecho a la dispensa, al tratarse de un derecho personalísimo.

La STS 329/2021, de 22-4, establece la necesidad de que los menores, una vez alcancen un cierto nivel de madurez, puedan directamente ser advertidos de la posibilidad de guardar silencio derivada de su relación de parentesco ex art. 416 LECrim

Se sugiere la franja de edad de entre 12 y 14 años para residenciar la presunción de madurez, a salvo de que concurren especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura.

La STS 204/2018, de 25-4, declaró "en el caso de dos menores, en el que la decisión de personarse en su nombre la adoptó la madre como legítima representante legal, que alcanzada la mayoría de edad o un estado de madurez suficiente para decidir personalmente sobre la posibilidad de acogerse o no a la dispensa, la previa opción de la madre no les puede privar de la capacidad de alegar por sí mismas, si querían o no acogerse a la dispensa. Incluso si la madre hubiera permanecido como acusación particular, los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía

sobre la posibilidad de declarar o no. No se les arrebatara esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos, siendo menores."

3.2.- Por tanto y partiendo de que la convicción del juzgador debe formarse sobre los elementos probatorios y no probabilísticos, pues de ser usadas estas probabilidades con el fin de tener por acreditado la realización del hecho delictivo, de igual manera debería examinarse dicha probabilidad desde el punto de vista de la defensa y podría llegarse a la conclusión de que el acusado no podía saber que su pareja no tenía cumplidos aún los 16 años, si esta no se lo dijo expresamente -o incluso le mintió y su familia no le sacó del error-

3.3.- No olvidemos que en relación a tal conocimiento por parte de Pablo de la edad de la menor, tanto en el informe del CAI (pág. 3 informe) como en el del forense Ángel Daniel a preguntas de la defensa, y de los técnicos del Centro de Atención a la Infancia, se centra en 10 años la diferencia de edad entre ambos, lo que nos llevaría dado que la edad del acusado era 26 años, a este podía presumir que la edad de la menor era 16 años.

Cabe entender por ello, que el recurrente desconocía la edad real de la menor y por tanto, deberá aplicarse la eximente del art. 14.1 CP del error de tipo, ya sea invencible o vencible, pues en el caso presente resultaría indiferente, dado que el delito de abusos sexuales no contempla la modalidad culposa, por lo que el error de tipo vencible genera también la exención de responsabilidad penal.