

## INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DEL ART. 416 LECr

por Dña. María Jesús Hernández Elvira,  
Jueza en la Comunidad Autónoma de Canarias

Este artículo surge a raíz de la última corriente interpretativa del art 416 de la LECr, plasmada -entre otras- en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 23 de julio de 2009, en cuanto a su repercusión en los resultados del propio juicio, principalmente en los supuestos de malos tratos que se desarrollan dentro del ámbito de privacidad del propio hogar familiar, carente normalmente de otros medios de pruebas salvo las que se objetivicen mediante las correspondientes pruebas periciales forenses, las cuales se ven igualmente vinculadas a la voluntad de la propia víctima.

Junto a ello, la reciente reforma procesal operada mediante Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, la cual mantiene prácticamente la misma redacción, quizás más preocupado el legislador de la implantación de la oficina judicial que de la resolución de un asunto tan importante como el prevenido en el art 416, limitándose a añadir a las personas unidas por análoga relación a la matrimonial a las que ya se les venía aplicando tras jurisprudencia sentada y pacífica del Tribunal Supremo, y que sea el Secretario quien consigne la respuesta que, a la advertencia, realice el testigo.

El Artículo 416 de la LECR establece lo siguiente:

*“Están dispensados de la obligación de declarar:*

*1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261.*

*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, consignándose la contestación que diere a esta advertencia.*

*2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.*

*Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”.*

Con la nueva regulación, el art. 416 que queda así redactado:

*«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, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.*

*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 Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.*

- 2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.»*

Por su parte, el artículo 418 del mismo cuerpo legal determina que “ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416.”

Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.

La referida Sentencia se hace eco de otras dictadas por distintas Audiencias Provinciales y sobre todo de la del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, la cual trata el tema del derecho que recoge el ya nombrado artículo 416 de la LECr cuando quien pretende acogerse al mismo es la víctima-testigo. Pudiéndose diferenciar, los supuestos en que la víctima se erige al mismo tiempo en “testigo” de los hechos, que aquellos otros en los que la víctima es la que se persona en dependencias policiales, solicita la ayuda vía telefónica o se persona en dependencias judiciales con el fin de interponer denuncia de los hechos de los que dice ser víctima. En todo caso se ha de tener en cuenta que la dispensa se funda con independencia del carácter reservado o no de los hechos sobre los que se pide declaración del testigo en las relaciones

familiares, de ahí que la Sala 2ª del Tribunal Supremo y la doctrina en general haya utilizado en varias ocasiones la expresión «secreto familiar».

La norma no parte de excusar la declaración de un hecho proveniente de la esfera familiar, sino de dispensar la contestación de lo que pueda ir en contra o perjudicar al pariente, sea íntimo o no. Persigue, en definitiva, evitar que un pariente sea obligado a desfavorecer a otro con sus contestaciones y, por tal motivo, le otorga un derecho o facultad, ejercitable o no, a guardar silencio. La legal dispensa, por tanto, no se refiere a hechos acaecidos o conocidos en el seno familiar. Sólo alude a la posibilidad de «declarar en contra del procesado» (art. 416.1.º), o de «perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el art. 416» (art. 418).

Entendiendo en relación a lo anterior, por tanto, que cuando la víctima formaliza la denuncia de forma espontánea y con el fin de obtener protección personal, no le es aplicable la dispensa establecida en el art 416 de la LECr, dado que este precepto lo establece es un derecho renunciable en beneficio de los TESTIGOS pero no de los DENUNCIANTES. La dispensa que prevé el artículo tiene su causa de justificación en aquéllos que se nieguen a declarar respecto de hechos de los que tengan conocimiento pero que perjudiquen a aquellos a quienes se encuentran unidos por relaciones de parentesco que el propio precepto enumera , pero no de aquello de cuyos hechos son víctimas.

El legislador se cuida de utilizar una precisa terminología para cada caso sin que en ningún momento perfile tal vocablo por mor de lazos parentales, conyugales o de intimidad familiar. Con independencia del matiz que la Ley de Enjuiciamiento Criminal otorgue a la palabra «secreto», es claro que el art. 24 *in fine* de la Constitución Española parece que distingue un supuesto de otro cuando ordena al legislador que regule los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Se trata de proteger con el art 416 de la LECr, la colisión entre la obligación genérica de testificar y la posibilidad de perjudicar la propia estirpe. La protección de ese mismo bien jurídico está presente en otras disposiciones legales por las que se releva de la obligación de denuncia -art. 261 LECr- o, aún más, se prohíbe el ejercicio de acciones penales -art. 103 LECr- y, en el ámbito del Derecho Penal, en el art. 18 (se refiere al Código Penal de 1973 —concordancia en el actual art. 454 CP 1995—) regulador del denominado encubrimiento entre parientes, donde se acoge la excusa absoluta o causa de no exigibilidad, e incluso el art 268 del mismo texto, que establece la exención de responsabilidad criminal de los cónyuges no separados, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción así como los afines en primer grado que viviesen juntos por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí siempre que no medie violencia o intimidación.

Los problemas que surgen habitualmente en Juzgados y Tribunales podríamos concretarlos en dos:

1º. La necesidad o no de realizar la dispensa a la víctima en dependencias policiales, cuando interpone la denuncia.

2º. La obligación o no, de realizarle dicha dispensa del art 416 cuando es llamada para declarar.

En cuanto a la primera de las cuestiones. dada la condición de denunciante -y no de testigo- que en ese momento tiene la víctima y el carácter voluntario de su personación, no entraría en el supuesto que tratamos. El Tribunal Supremo se inclina por excluir la observancia del art. 416 respecto de los denunciantes en SSTs 625/2007, de 12 de julio, 1255/2004, de 27 de octubre y 101/2008, de 20 de febrero, también ATS 240/2009, de 29 de enero.

Distinta solución tiene en términos generales la segunda cuestión, dado que aunque el atestado tenga valor de denuncia, es lo cierto que la intervención del pariente está desprovista de los tintes de espontaneidad y voluntariedad que acompañan a la comparecencia por propia iniciativa. La Sala 2ª ya matizó en STS 662/2001, de 6 de abril, que la obligación de realizar la advertencia del art. 416.1.º alcanza del mismo modo a la Policía y que cuando el testigo comparece en comisaría debe hacersele, so pena de nulidad, la advertencia procesal.

Ha de reconocerse, no obstante, que la aplicación del art. 416.1.º produce serias disfunciones en los procesos por delitos integrados en la violencia familiar, en los que no se llega a saber si el testigo se acoge a la dispensa para no dar testimonio contra el acusado, por miedo o por otro motivo ajeno al fundamento de aquélla. Lo cierto es que el testigo-víctima, cuando se erige en única prueba de cargo, acaba adquiriendo *de facto* un perturbador poder sobre el previsible resultado del proceso, y su silencio en el acto del juicio oral propicia numerosas sentencias absolutorias «por ausencia de prueba incriminatoria». Por esta razón, una de las soluciones propuestas por algún sector ha sido establecer en el art. 416.1º una suerte de excepción para las víctimas de la violencia de género, remedio de difícil asunción en el plano técnico al tropezar con el propio fundamento de la dispensa.

El párrafo 2.º del art. 416.1.º, ordena al Juez instructor que advierta al testigo *que no tiene obligación de declarar en contra del procesado*.

La indicada advertencia, que ha de realizar quien recibe la declaración, consignándose por el Secretario judicial la contestación que diere (art. 416.1.º, párrafo 2.º *in fine*), deja al testigo la posibilidad de decidirse por no deponer en absoluto, excepción hecha de que se dé el supuesto previsto en el último párrafo del art. 416. Empero, ningún precepto le impide que pueda optar por declarar en parte,

contestando a unas preguntas y no a otras, o hacer las manifestaciones que considere oportunas. En cualquier caso, si resuelve declarar ha de responder con verdad como cualquier testigo. Aparte de lo expuesto en el apartado anterior respecto de las dependencias policiales, obvio resulta decir que la regla general es que toda declaración de testigo, aunque en su momento hubiera formulado denuncia, ha de ir precedida de la advertencia pues su omisión impide, en todo caso, que pueda tenerse en cuenta como material probatorio (SSTS de 17 de diciembre de 1997; 26 de mayo de 1999; 385/2007, de 10 de mayo, 101/2008, de 20 de febrero, 13/2009, de 20 de enero, entre otras muchas). La advertencia que regula el art. 416.1º ha de realizarse, incluso si el testigo está personado como acusación particular pues, aunque aparentemente pueda suponer un contrasentido, participan de un régimen jurídico diferente el ejercicio de la acción penal y/o civil en el proceso penal y la prueba testifical.

Ahora bien, la dispensa que prevé el art. 416.1º no es una suerte de perdón que impida acudir a otro tipo de pruebas. Además de las que pueden constituir indicios acreditados por prueba directa, como la realidad de las lesiones por los facultativos que las atendieron o examinaron, la descripción del aspecto de la víctima o los síntomas que muestra por los testigos que la vieron, las palabras, gritos, golpes que éstos oyeron de aquella o del sujeto activo, etc., y -sobre todo, por ser lo más frecuente- de los agentes de policía que, incluso, recibieron declaración a aquella, es decir la testifical de referencia.

De la sentencia referida y de las que en la misma se menciona, así como de las demás estudiadas para la elaboración del presente artículo, en absoluto se puede concluir que tras la misma, la víctima denunciante que renuncie a la continuación de la acusación contra su pareja vaya ser obligada a declarar, bien es cierto que no queda acogida por la dispensa, pero no puede ser obligada, por más que inicialmente pusiera en conocimiento de las autoridades pertinentes los hechos, y porque sería incoherente que este exenta de responsabilidad penal por ocultar el cuerpo o los efectos o instrumentos del delito cometido por su pareja de hecho -art. 454 LECr- pero, por el contrario, sí se le exigiría responsabilidad penal por negarse a declarar como testigo en juicio contra aquél. Ahora, bien entendiendo que ello es predicable de aquellas que mantengan lazos familiares siendo que cuando los mismos hayan desaparecido salvo que puedan perjudicar a la esfera personal, no será de aplicación.

Señala la STS 625/07, de 12 de julio:

«... La Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECr, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1.º establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciante

espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección...».

Según el mencionado ATS 240/2009, de 29 de enero:

«... Ahora bien, también hemos expresado (SSTS 625/2007, de 12 de julio, y 1225/2004, de 27 de octubre) —transcritos en las dos notas anteriores— que cuando es la propia víctima quien formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal, no es aplicable el art. 416.1º LECr, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º LECrim. establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y cuando acuden a la Policía en busca de protección...» (en igual sentido, ATS 374/2009, de 12 de febrero).

Según esta STS 101/2008, de 20 de febrero:

«... El art. 416 de la Ley procesal penal dispone la dispensa a la obligación de declarar a las personas que cita, entre las que ha de incluirse a aquellas que mantienen vínculos de afectividad análogos al matrimonio. Esa dispensa es un derecho del que deben ser advertidos las personas que encontrándose en esa relación sean requeridas para participar a la indagación de hechos delictivos una manifestación sobre lo que tengan conocimiento y que contribuyan al esclarecimiento de lo que se investiga. Resulta del precepto que analizamos que es un derecho del pariente del que debe ser advertido y que actúa cuando se produce un previo requerimiento por la fuerza instructora o el Juez de instrucción. Es decir, así como no es preceptivo realizarlo respecto a la persona que acude a la policía en demanda de auxilio, sí que es necesario realizarlo cuando, conocida la *notitia criminis*, se indaga el delito. En este sentido la policía y el Juez de instrucción debieron, antes de recibir declaración sobre los hechos, hacer la información sobre el contenido de la dispensa a declarar, a colaborar en la indagación de un hecho delictivo que se investiga. (En similar interpretación, STS 385/2007, de 10 de mayo) ...»