

**CONCLUSIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CURSO DEL CGPJ
“UNIFICACIÓN DE CRITERIOS EN SEDE DE ENJUICIAMIENTO”**

30 de Mayo a 2 de Junio de 2010. Cursos de formación del CGPJ

COORDINADOR-DIRECTOR: VICENTE MAGRO SERVET

**PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE. DOCTOR EN
DERECHO¹**

INDICE

- a.- La utilización de los brazaletes electrónicos en la violencia de género en los casos de medida cautelar y de pena.**
 - b.- La violencia psicológica en la violencia de género**
 - c.- La prueba testifical.**
 - d.- El uso de la dispensa legal de declarar del art. 416 Lecrim.**
-

a.- La utilización de los brazaletes electrónicos en la violencia de género en los casos de medida cautelar y de pena.

- 1.- ¿Pueden imponerse los brazaletes electrónicos también cuando se dicta una pena de alejamiento o solo cuando se decreta una medida cautelar?**

El Código Penal prevé en el art. 48.4 que los jueces podrán acordar que el control “de estas medidas” **se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.** Y en este artículo 48 se hace mención en el apartado 2º a la pena de

¹ Ponentes del curso: Vicente Magro Servet, Maria Aranzazu Juan-Aracil Elejabeitia, Juan Carlos Cerón Hernández, Julio José Ubeda de los Cobos, María Tardón Olmos, María Jesús Millán de las Heras, Pilar Alambra Pérez.

alejamiento que es preceptiva a tenor del art. 57 CP. Ahora bien, del Protocolo para la implantación de medios telemáticos para la implantación de los brazaletes electrónicos se hace mención al art. 64.3 de la Ley 1/2004 que se refiere a la medida cautelar de alejamiento; ahora bien, parece omitir que se puede hacer extensivo a la pena, ya que en el protocolo se sigue insistiendo en el apartado 1.11.111 que se refieren estos brazaletes a las medidas cautelares.

Pues bien, debemos entender que el mejor sistema de protección de las víctimas no se circunscribe solo a las medidas cautelares, sino también a las penas de alejamiento del art. 48.2 CP, por lo que a la hora de que se imponga la pena y se haya acordado la cautelar con imposición de brazalete no por ser ya pena se deberá anular el uso del brazalete, ya que el CP,- que es el que debemos aplicar por ser esta la norma jurídica, y no un protocolo,- refiere en el art. 48.4 CP que se podrán utilizar medios electrónicos para el cumplimiento de esta pena y estos son los brazaletes contenidos en el protocolo firmado en fecha 8 de Julio de 2009. Con ello, se podrá acordar la imposición del brazalete para víctima y agresor tanto en casos de medida cautelar (art. 64.3 Ley 1/2004) como de pena (art. 48.4 CP). Y aunque en un primer momento no se haya acordado como cautelar se podrá instalar si se acuerda como pena.

2.- ¿Qué ocurrirá si el agresor se quita el brazalete? ¿Es delito de desobediencia o de quebrantamiento de condena?

Se tratará de una desobediencia a la autoridad judicial, pero se debe insistir en que cuando se le notifique el auto o sentencia acordando la medida se le debe requerir para que lo cumpla bajo apercibimiento de que en caso contrario incurrirá en delito de desobediencia si se lo retira o de quebrantamiento de condena si se la acerca.

b.- La violencia psicológica en la violencia de género.
--

3.- La violencia psicológica no es un problema de la personalidad de la víctima. Antes de los hechos estas víctimas no sufren de los síntomas que se les detecta, tales como ansiedad o depresión y es la relación con su pareja la que ha provocado esta situación de la psique.

4.- Es importante que en ocasiones se lleve a cabo una prueba de la valoración de la declaración de la víctima, sobre todo en casos de esta naturaleza que no dejan huella externa.

5.- El estrés postraumático es la típica lesión que se deriva de la violencia psíquica. Lo padecen según los estudios, el 70% de las mujeres maltratadas y aparece en muchos de los informes periciales realizados sobre estas víctimas. Este trastorno está reconocido en la clasificación de la Sociedad Psiquiátrica Americana de enfermedades conocida como DSM-IV (APA, 1994).

6.- En algunas ocasiones, la idea del suicidio es una reacción típica en estos casos. Ello demuestra la gravedad de las consecuencias que puede tener un acoso psicológico reiterado que llega a anular la personalidad de la víctima y su conciencia. Se ha dicho, así, que el maltrato psicológico puede ser más dañino que el físico, ya que algunas víctimas no saben que están siendo maltratadas y se les acusa que su reacción se debe a una posición de su carácter.

7.- Que la víctima no tenga miedo del agresor no quiere decir que los hechos no hayan ocurrido. Depende de la fortaleza de la víctima.

8.- Es doctrina pacífica que los informes periciales pueden ser emitidos por un solo perito sin que se incurra en ese caso en causa de nulidad. Por todas, citaremos textualmente, la reciente sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 2009.

9.- Validez como elemento probatorio de los informes basados en conocimientos especializados, que aparezcan documentados en las actuaciones, sin que sea necesaria la comparecencia de sus emisores. La STS. 23.10.2000 al decir que "cuando la parte acusada **no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado**, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituída, aceptada y consentida como tal de forma implícita.

10.- Los requisitos que han de darse para entender causada una lesión psíquica son, según la meritada sentencia, los siguientes:

- 1.- comportamiento idóneo para causar una lesión de esta naturaleza,
- 2.- producción objetiva de la misma
- 3.- necesidad de tratamiento

4.- intencionalidad del sujeto.

11.- El plazo de prescripción de las lesiones no comienza ... cuando cesa la convivencia marital, sino que debe iniciarse cuando concluye el último de los hechos causales a la producción del resultado....

12.- El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de acordar medidas de alejamiento y comunicación también respecto a los hijos, aunque no se realicen actos violentos directamente contra ellos y sólo se enjuicie maltrato hacia la mujer entre otros, en los siguientes casos: Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2009, nº 1151/2009, rec. 10439/2009. “También denuncia el recurrente, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vulneración del artículo 57 del Código Penal por estimar que la medida de alejamiento e incomunicación no debe referirse también a los hijos. La remisión que el artículo citado hace al 48 del mismo Código Penal autoriza a que la medida afecte, no solamente a la relación con la víctima, sino que también puede referirse a los familiares que el juez determine.”

13.- Es posible apreciar violencia psicológica siendo las víctimas los menores por la lógica afectación que a ellos les deriva el hecho del maltrato físico o psíquico. También los hijos sufrieron las perturbaciones psicológicas que se expresan en el "factum", lo que hubiera fundamentado por sí solo la apreciación de otros dos delitos de lesiones al ser dos los sujetos pasivos de la acción ilícita” . Tribunal Supremo Sala 2ª, S 10-7-2006, nº 761/2006, rec. 2166/2005.

14.- La Sala 2ª del Tribunal Supremo, de fecha 19 de diciembre de 2007 señala que “en esta resolución **la condena por violencia habitual no excluye una eventual condena también por violencia habitual**, siquiera, eso sí condicionándose a que "se acrediten nuevos hechos, posteriores a aquellos y distintos temporalmente de ellos, que demuestren la reiteración del comportamiento violento".

15.- La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 18 de septiembre de 2009 se refiere a la **autonomía de la lesión psíquica poniendo de manifiesto la existencia de un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo en esta materia:**

“En este sentido, y como el recurrente invoca, el **Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala del día 10 de octubre de 2003**, trató el tema de las consecuencias punitivas ocasionadas, **cuando la víctima sufre, además del ataque una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, pronunciándose en sentido**

afirmativo cuando del relato fáctico resulta una sustantividad propia diferenciada del delito anterior y por lo tanto no consumidas en los delitos de maltrato habitual y de agresión sexual por el que también ha sido condenado. En este sentido y, como dijimos en la Sentencia núm. 677/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 20 julio: "... Es evidente que si la víctima presenta un estado de anulación y sometimiento ello no es producto sólo de dos hechos puntuales, sino de una situación recurrente de la que los insultos y actitudes violentas constatados en los hechos probados son sólo manifestaciones aisladas de una situación general..."

16.- Consideración del Tratamiento Psicológico como Tratamiento Médico.

Otro de los debates que se han suscitado es el referido a la consideración que habrá de darse al tratamiento psicológico para determinar si es o no asimilable al tratamiento Médico.

A favor de considerar el tratamiento psicológico como tratamiento médico se pronuncia la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de fecha 11 de marzo de 2003, nº 355/2003, rec. 2576/2001. Pte: Sánchez Melgar, Julián. Los términos literales de la sentencia son muy clarificadores:

“ Por tratamiento médico debe entenderse, como reiteradamente ha declarado esta Sala, aquel sistema que se utiliza para curar una lesión o enfermedad, o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica.

El tratamiento psicológico no estará incluido en la mención legal, salvo que haya sido prescrito por un médico, psiquiatra o no, pues en esto la ley no distingue, y constituyen cuestiones organizativas, ajenas al marco penal: la realidad nos muestra que son los propios facultativos los que derivan, en ocasiones, a los psicólogos la aplicación de la correspondiente terapia, en aquellos casos que éstos estén facultados para prestarla y sea más conveniente para el paciente, siempre que no se requiera la prescripción de medicamentos.

Esto es lo que ocurre en el caso de autos, a la vista del informe citado anteriormente, en que el médico forense, como facultativo apto para valorar las lesiones y secuelas consecuentes al delito, estima que considera preciso de tratamiento psiquiátrico, ya que el trauma sufrido puede interferir en el desarrollo de la personalidad del niño, así como en el establecimiento de relaciones adecuadas en las interacciones sociales y emocionales básicas de éste. Con base a ello, la Sala sentenciadora relató que el menor

sufrió lesiones consistentes en múltiples hematomas en espalda, nalgas, caderas, torso, brazos y piernas, sufriendo también lesiones psíquicas al derivar de esa actuación un estrés postraumático, no respondiendo el menor a estímulos, quedándose quieto, cabizbajo, con una actitud absolutamente recelosa frente a terceros, situación que requirió tratamiento prolongado de tipo psicológico y atenciones especiales en el centro en el que fue internado.

Con este "factum" no puede mantenerse la inexistencia de tratamiento médico, dada la gravedad de las lesiones padecidas, y el motivo, en consecuencia, se desestima".

Sin embargo, la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 18 de septiembre de 2008, nº 899/2009, rec. 10247/2009. Pte: Maza Martín, José Manuel, no considera que el tratamiento psicológico pueda considerarse tratamiento médico:

“ ... lo cierto es que la narración fáctica no incorpora uno de los elementos de carácter objetivo integrantes del ilícito descrito en el precepto cuya aplicación se pretende cual es el de que “...la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.”

17.- En los casos en los que el agresor envíe de forma reiterada mensajes SMS, llamadas telefónicas, etc sin que tenga sentido ese acoso y sin que exista prohibición de comunicación podría dar lugar a delito de coacciones del art. 172.2 CP:

c.- La prueba testifical.

18.- El mero hecho de que **se retrase la víctima en presentar una denuncia** no quiere decir, por sí mismo, que se tenga que dudar de la veracidad del hecho, ya que esta reacción en retrasarse en denunciar es típica de la violencia de género, por las especiales circunstancias que estas víctimas atraviesan. Así, también lo es que los partes de sanidad sean posteriores en el tiempo a los hechos siempre que se pueda establecer la conexión por las pruebas que lo corroboren.

Así se desprende de lo señalado en la sentencia de la Sala Segunda TS, número 725/07, de 13 de septiembre: “La Sala no duda de que el testimonio de quien acude a la autoridad judicial denunciando hechos que se remontan a varios años antes ha de ser valorado con especial precaución. En hechos de la naturaleza del que nos ocupa, pesan en la decisión de la víctima sobre si acudir o no a la policía o al Juzgado de Guardia factores que no son de tan difícil comprensión. Lo señala la experiencia y, por ejemplo, el conocimiento público y notorio de significativas estadísticas de agresiones semejantes no denunciadas. Dependiendo de las circunstancias pueden admitirse lapsos de tiempo más o menos largos y se tienen ciertamente experiencias judiciales de

denuncias al cabo de varios años de agresiones físicas y también sexuales de gravedad, incluso continuadas, que posteriormente se han visto confirmadas en modo de sentencias condenatorias, aludiendo en el caso concreto a situaciones de vergüenza y de temor”.

19.- Tampoco debe hacer dudar de la credibilidad de la declaración de la víctima de forma directa el hecho de que exista un procedimiento civil de separación o divorcio, ya que ello no quiere decir sin más que se instrumentalice el procedimiento penal por la víctima o que se quieran conseguir ventajas por ello. La víctima tiene derecho a conseguir medidas civiles relacionadas con el procedimiento de separación, o las que inicialmente se adoptan con la orden de protección.

20.- Distinta naturaleza de las declaraciones de las partes –acusación y defensa- en el proceso penal, que deriva de la distinta posición que ocupan la víctima y el acusado en el proceso penal, al efectuar sus respectivos relatos acerca de los hechos que se están enjuiciando. De ahí que no puedan situarse en el mismo plano de valoración las declaraciones del acusado –cuya naturaleza probatoria resulta más que discutida- y las de la víctima de los hechos. Porque mientras aquél comparece amparado por el derecho que le otorga el artículo 24.2 de la Constitución española, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pudiendo mentir, incluso, abiertamente, sin que de ello se le siga consecuencia adversa de ninguna clase, la declaración de la víctima sólo accede al proceso como testigo, y, en tal condición, con la obligación de contestar a cuantas preguntas se le formulen –salvo, como ya se ha indicado, que decida acogerse a la dispensa de prestar declaración prevista en los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- y a decir la verdad, pudiendo, en otro caso, ser perseguida por los delitos de desobediencia a la autoridad y/o de falso testimonio.

De ahí que una reiteradísima jurisprudencia haya venido señalando que las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen el valor de prueba testifical de cargo siempre que se practiquen con las debidas garantías y se hayan introducido en el proceso de acuerdo con los principios de publicidad, contradicción e inmediación, siendo hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

21.- Nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad víctima e inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad”, pudiendo, en consecuencia, condenarse con la declaración de un solo testigo, incluso cuando su testimonio se enfrenta a varios que se expresan en dirección opuesta, como señala la Sentencia del TS 725/07, de 13 de septiembre, con cita de las Sentencias del mismo Tribunal 409/04, de 24 de marzo, 104/02, de 29 de enero, y 2035/02, de 4 de diciembre.

22.- No cabe duda que el testimonio de los agentes de policía que intervienen de forma inmediata a la realización de los hechos, y acuden a los requerimientos de auxilio a las víctimas, por llamadas de éstas o de terceros ajenos a la relación (otros convivientes, vecinos, viandantes, etc) merece una especial consideración.

La STS número 383/2010, de 5 de mayo (STS 2132/2010), recuerda el criterio jurisprudencial sobre la materia, y señala que “Con referencia al valor de los testimonios de agentes de autoridad, en SSTS. 1227/2006 de 15.12, 767/2009 de 16.7, hemos recordado que el art. 717 LECrim. dispone que las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales apreciables, como éstas, según las reglas del criterio racional. Así tiene declarado esta Sala, STS. 2.4.96, que las declaraciones testificales en el plenario de los agentes de la Policía sobre hechos de conocimiento propio, al estar prestadas con las garantías procesales del acto, constituyen prueba de cargo, apta y suficiente, para enervar la presunción de inocencia; STS. 2.12.98, que la declaración de los Agentes de Policía prestadas con las garantías propias de la inmediación, contradicción y publicidad, es prueba hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, correspondiente su valoración, en contraste con las demás pruebas, al Tribunal de instancia, por cuanto la relevancia del juicio oral reside en la posibilidad que tiene el Juez de percibir directamente las pruebas que se desarrollan, que en el caso de la prueba testifical adquiere una mayor importancia, al poder discernir las condiciones del testigo el origen de su conocimiento, su capacidad de comprensión de la realidad, lo que, en definitiva, se resume en la fuerza de convicción de sus testimonios; y en STS. 10.10.2005 que precisa que las declaraciones de autoridades y funcionarios de la Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas, según las reglas del criterio racional”. Además de esto, añade que “Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función de la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 CE”.

23.- También cuando la víctima se ampare en su derecho a no declarar del art. 416 Lecr se podrán tener en cuenta las declaraciones de los agentes en cuanto a lo que presenciaron cuando llegaron requeridos bien por la víctima, o bien por los vecinos.

La STS número 821/2009, de 26 de junio, sí otorga valor probatorio hábil para sustentar la condena los testimonios que venimos examinando, siempre y cuando el

mismo verse sobre las manifestaciones que de forma espontánea hubieren hecho la víctima o el propio imputado en los momentos iniciales, confirmando la condena dictada por la Audiencia Provincial, por un delito de lesiones, en que tanto el acusado como la víctima del delito se negaron a declarar en el acto del juicio oral.

Así, la sentencia, tras constatar que no existían declaraciones de acusado y víctima, declara que “Dispuso sin embargo la Sala de instancia de otras pruebas de cargo: los testimonios de los Agentes de Policía, y de la médico que escucharon a la lesionada contar las agresiones de que en ambas ocasiones fue víctima, unidos a los informes médicos y forenses demostrativos de lesiones coincidentes con la narración escuchada por los testigos de referencia, momentos después de perpetrarse las agresiones. “

La singularidad de este caso radica, en que “en las dos ocasiones la lesionada por si misma contó voluntariamente la agresión sufrida a quienes estaban con ella.

d.- El uso de la dispensa legal de declarar del art. 416 Lecrim.

24.- La reforma operada por la ya citada Ley 13/09, de 3 de noviembre, recogiendo un criterio del Tribunal Supremo, incluye en la enumeración del artículo 416.1º, a la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial. Respecto a las uniones familiares de hecho, se ha exigido una convivencia marital con voluntad de permanencia, una convivencia “more uxorio”, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio y una comunidad de vida estable y duradera.

25.- El requisito de la convivencia “more uxorio” constituye el elemento determinante. Lo cierto es que el legislador en algunos tipos ha equiparado el matrimonio y relaciones estables de análoga relación de afectividad aun sin convivencia-art.153, 171, 172, 173, 148 del Código Penal- y en otros, como en el art. 23, 454 del Código Penal, no se ha añadido la mención “ aun sin convivencia”, tal como sucede con la actual redacción del art. 416 de la LECrm. No puede extenderse la dispensa a las situaciones de noviazgo por no ser una situación análoga al matrimonio.

26.- **Apreciación de la posibilidad del uso del art. 416 Lecrim y el momento de su ejercicio en relación a si hay relación o no.**

Sobre esta cuestión debemos puntualizar que ha habido vaivenes en la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS que al momento del presente curso de formación concluido en fecha 2 de Junio de 2010 se sitúan en la última sentencia dictada hasta la fecha en esta materia de 15 de Mayo de 2010 que no exige la constatación de una situación de convivencia en el momento en el que se pretende hacer uso del art. 416 Lecrim por la víctima.

Los criterios jurisprudenciales más recientes han sido:

a) **S.T.S. nº 164/2008, de 8-4-2008, ponente: Siro Francisco García Pérez:**

” Esta Sala viene asimilando, al seguir la línea marcada por varios artículos del Código Penal que cita el Tribunal a quo, la convivencia more uxorio con el matrimonio, a los efectos del art. 416.1º CP; aduciendo al respecto que la dispensa resuelve el conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada. Pero, en consonancia con tal argumento, **supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio** -así aparece claramente en la sentencia del 22/2/2007”.

b) También en la **STS nº 13/2009, de 20-1-2009, ponente Miguel Colmenero Menéndez** de Luarca, con cita de la número 164/2008, de 8 de abril, se afirma que:

“La jurisprudencia de esta Sala ha extendido la dispensa a las personas unidas al procesado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge, siguiendo el criterio de las últimas reformas legales. Pero también ha precisado que **la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado**”.

c) Esta regla es matizada en la sentencia posterior del **Tribunal Supremo nº 292/2009, de 26-3-2009, ponente Luciano Varela Castro.**

Esta resolución concluye en el sentido de que **no se pueden establecer criterios apriorísticos y que habrá que estar a las circunstancias concretas del caso a la hora de decidir si el testigo, que en el momento de declarar ya no guarda la relación del art. 416 con el procesado, puede acogerse o no a la dispensa.** Y será el fundamento de la dispensa lo que determine la solución: 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, o el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución.

d) Este criterio no es mantenido en la sentencia posterior del **Tribunal Supremo, número 17/2010, de 26-1-2010, ponente Diego Antonio Ramos Gancedo,** que se alinea en la interpretación mayoritaria, según la cual **no procede la dispensa cuando se ha roto la relación de parentesco.**

En esta sentencia, con cita de la número 164/2008, de 8 de abril y la número 13/2009, de 20 de enero, se insiste en que **la dispensa sólo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración**, pues sólo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado.

e) No obstante, el último criterio es el de la **STS de fecha 15 de Mayo de 2010** que apunta que derecho, por otra parte, deba vincularse, según parece sostener la Resolución recurrida, con la subsistencia de los lazos de afectividad o, incluso, con la convivencia. **No es preciso analizar la existencia de la convivencia al momento del juicio para vincular a este el derecho a no declarar.**

27.- La Jurisprudencia establece la imposibilidad de valorar la declaración inculpativa sumarial como prueba de cargo, si la testigo no declara en el juicio oral amparándose en el art. 707 L.E.Cr. El silencio del testigo no puede equipararse a una retractación. Solución esta radicalmente distinta a la que se ofrece cuando se trata de valorar las declaraciones autoinculpativas de los acusados en fase de instrucción que en el juicio se acogen al derecho a no declarar. STS nº 17/2010, de 26-1-2010.

28.- La no observancia de la previsión de los arts. 416 y 710 de la LECr, determinaría la nulidad de la diligencia y prueba, por contravención de lo dispuesto en el art. 11 de la LOPJ. En la sentencia del Tribunal Supremo, nº 13/2009, de 20-1-2009, ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, se afirma que:

Es “claro, de otro lado, que la situación de quien declara ante el Juez no es la misma si lo hace bajo el juramento o promesa de decir verdad con la conminación de las posibles consecuencias derivadas en caso de incurrir en falso testimonio, que si se le advierte de sus derechos legales a no contestar. Consecuentemente, las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECr, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley . En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado.”

29.- La doctrina jurisprudencial, aunque con excepciones, considera que la falta de advertencia del contenido del art. 416 podrá no generar necesariamente una prohibición de valoración de la prueba. Ocurre cuando es la propia víctima la que denuncia de forma espontánea y acude a la policía en busca de protección. Esta cuestión es objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Supremo nº 294/2009, de 28-1-2009, ponente Adolfo Prego de Oliver y Tolivar:

“ Por la propia razón de ser y fundamento de la norma, cuando la persona acude a dependencias policiales con la decidida voluntad de formular denuncia contra su pariente, por hechos en que el denunciante es víctima, y busca el amparo y la protección de la ley, expresarle que no tiene obligación de hacerlo es innecesario: resulta inútil y carece de función respecto a alguien que ya ha optado previamente por defender sus intereses frente a los de su pariente, es decir que no necesita se le informe de que puede ejercitar una dispensa que ya ha decidido no utilizar, cuando voluntariamente acude precisamente para denunciar a su pariente”.

30.- El Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda de 16 de diciembre de 2008, determina que la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad.

31.- La STS, nº 957/2008 de 18 de Diciembre del 2008, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, analiza el caso en que a un menor, imputado en un procedimiento ante la jurisdicción de menores, hijo de la acusada en otro procedimiento ante la jurisdicción de adultos, no se le advirtió, en el proceso de menores de su derecho a no declarar contra su madre y sólo se le instruyó del derecho a no declarar como coimputado, al que aquél se acogió luego en el proceso contra su madre.

No es este el criterio que se refleja en resoluciones posteriores.

El Tribunal Supremo en sentencia nº 1290/2009, de 23-12-2009, ponente Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, afirma que esta Sala tiene declarado que **las previsiones del art. 416 LECrim. sólo rigen en los casos de declaraciones testificales y no entre coimputados.** I (casos de agresiones mutuas).

También la sentencia del Tribunal Supremo nº 1380/2009 de 29-12-2009, ponente Jorge Barreiro, Alberto G., citando, la nº 951/2001, de 23 de mayo, y la nº 665/2001, de 17 de abril, concluye en el sentido de afirmar que:

“Son varias las razones que no obligaban a aplicar en estos casos el art. 416.1º de la LECr . El hecho de tener el estatus de imputado y no de testigo determina la aplicación de los arts. 118 y 520 de la Ley Procesal y no el art. 416, que está previsto para quienes declaren como testigos. Según el criterio del Tribunal Supremo en estas resoluciones los derechos procesales de que gozaba el acusado como imputado presentan una amplitud y un ámbito de eficacia procesal en los que queda comprendida también la facultad de no responder a las preguntas que le formulen en relación con su hermano o con cualquier otra persona implicada o no en el proceso.

En efecto, al imputado se le informó, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 520 de la LECr. , según consta en el folio 6 de la causa, de que tenía derecho a guardar silencio y a no declarar si no quería, y también a no responder a cualquiera de las preguntas que se le formularan. Es claro, por lo tanto, que, dada la amplitud de derechos y facultades procesales que comprende el estatus de imputado, no sólo no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni de confesarse culpable, sino que tampoco tiene obligación de declarar sobre cualquiera de las personas y hechos que surjan en el curso del interrogatorio, pudiendo negarse a deponer sobre cualquier extremo concreto, ya afecte a su hermano o a un tercero implicado o no en el proceso”.

32.- La exigencia de prestación del juramento o promesa de decir todo lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, solamente opera a partir de los 14 años cuando el testigo presta declaración en el acto del juicio oral.

33.- Respecto de menores de 14 años, menores inimputables, no es preciso hacerles la advertencia del art. 416 Lecrim. La STS nº 1061/2009 de 26-10-2009, ponente Francisco Monterde Ferrer, expone el caso de una menor de seis años de edad que declara como testigo en relación a hechos respecto de los que su padre tenía la condición de imputado. Se afirma en esta sentencia:

“De este modo el Tribunal a quo, tras advertir el contenido del art. 416 LECr., y precisando que la niña era un testigo no víctima de un delito de violencia de género, y que concurría una circunstancia que no podía ser obviada, como era el hecho de su minoría de edad, y no una minoría de edad cercana a la mayoría, sino que, nacida el 15-1-2000, contaba en la fecha de la exploración con la edad de tan sólo seis años, observó que **el fundamento del art. 416 LECr quedaba desvirtuado y no resultaba de aplicación**. Y razonaba el Tribunal diciendo que el legislador distingue según se trate de un testigo mayor o menor de edad, en cuanto a la necesidad de tomarles juramento o promesa de decir verdad. Y que así, el art. 433 dispone que "los testigos mayores de edad prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles en lenguaje claro y comprensible de la obligación de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.