

LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD.
EL EJERCICIO DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR
*THE PARTICIPATION IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS OF THE MINOR VICTIM.
THE EXERCISE OF THE DISPENSATION OF THE OBLIGATION TO TESTIFY*

Jesús Bonilla

Letrado de la Administración de Justicia

RESUMEN

Las últimas reformas procesales obligan al análisis de la actuación en el proceso penal de la víctima cuando se trata de una persona menor de edad. Su capacidad para declarar, la aportación de datos al proceso y su participación directa son cuestiones que no se deben equiparar. ¿A qué edad es capaz el menor de aportar información fiable al proceso penal? ¿qué método debe seguirse para comunicarse con un menor? La ciencia de la psicología nos dice que, a partir de los tres años, y a través de un experto con un método especial, una persona puede aportar información fiable al proceso. Además, esta capacidad no debe confundirse con el ejercicio de derechos, con una participación en el proceso, lo que exige una cierta madurez por parte de la víctima. Esto último nos conduce al estudio del ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar en el proceso penal, ya sea por el menor, si tiene madurez, como por sus progenitores, si no la tiene, y sus consecuencias. ¿Cómo y quién valora la madurez? ¿Qué sucede si la capacidad para entender el alcance de su declaración surge en la fase de juicio de forma dispar a la ejercitada por el representante legal? ¿Puede el menor acogerse en esta fase a la dispensa cuando había renunciado a su derecho en la fase de investigación?

PALABRAS CLAVE

Menor de edad, proceso penal, capacidad del menor para declarar, dispensa de un menor a la obligación de declarar.

ABSTRACT

The latest procedural reforms make it necessary to analyze the actions of the victim in criminal proceedings when the victim is a minor. Their capacity to testify, the provision of information to the process and their direct participation are issues that should not be equated. At what age is a minor capable of providing reliable information to criminal proceedings? What method should be used to communicate with a minor? The science of psychology tells us that provided that the minor is at least three years old, and the interrogation is conducted by an expert applying an appropriated method, then the information obtained should be considered reliable. Moreover, this capacity should not be confused with the exercise of rights, with active participation in the process, which requires a certain maturity on the part of the victim. The latter leads us to the study of the exercise of the exemption from the obligation to testify in criminal proceedings, both by the minor, if he or she is mature, and the possible exercise by his or her parents, if he or she is not, and its consequences. How and by whom is maturity assessed? What happens if the capacity to understand the scope of his or her statement arises in the trial phase in a different way to that exercised by the legal representative? Can the minor avail himself or herself of the waiver in this phase when he or she had waived his or her right in the investigation phase?

KEY WORDS

Minor, criminal proceedings, capacity of the minor to testify, waiver of a minor from the obligation to testify.

LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO PENAL DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD. EL EJERCICIO DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR

Jesús Bonilla

Letrado de la Administración de Justicia

Sumario: 1. Planteamiento. 2. De la capacidad del menor para ser oído y su derecho a participar en el proceso penal. 2.1. La capacidad del menor-víctima para ser testigo. 2.2. El derecho de la víctima menor a participar en el proceso. 3. La dispensa de la obligación de testificar del art. 416 LECrim con relación al menor de edad. 3.1. Fundamento de la dispensa de la obligación de declarar. 3.2. Ejercicio de la dispensa por parte de la víctima menos de edad. 3.2.1. La madurez como requisito de la dispensa. 3.2.2. Problemas que plantea el requisito de la madurez. 3.2.3. La dispensa en los supuestos en los que el menor carece de la madurez suficiente. 3.2.4. Casos en los que el menor ha aceptado declarar durante el procedimiento. 4. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, volvió a incidir en la protección de unas víctimas muy concretas: las personas menores de edad, y modificó la ley procesal penal con la intención de materializar esta tutela en el ámbito del proceso. Esta reforma constituye una oportunidad para analizar, en primer lugar, la capacidad del menor para ser testigo en el proceso penal, su aptitud para suministrar información sobre los hechos y, en segundo lugar, el derecho del menor a participar en el proceso penal. Se trata de cuestiones completamente diferentes que no pue-

den ser objeto de un tratamiento unitario. Es preciso determinar, de una parte, si la edad influye de alguna manera en esta capacidad de aportar información al proceso —es decir, si existe una capacidad natural de la persona— o si, por el contrario, la edad es un factor relevante para excluir a una persona a la hora de prestar declaración porque no cumple los requisitos necesarios para aportar una información fiable. De otra parte, las leyes no han dejado de ampliar la capacidad de actuación del menor: nuestro legislador es un firme partidario de atribuir facultades al menor para la gestión de sus intereses en atención a su grado de madurez. La consecuencia de esta ampliación es una posible de participación directa de la persona menor de edad en el proceso penal cuando tiene un cierto grado de madurez.

Común a ambas cuestiones es el trato que debe dispensarse al menor en el proceso. Debe tenerse en cuenta que el hecho de proporcionarle unas habilidades necesarias para afrontar con unas mínimas garantías su andadura por las dependencias judiciales no forma parte de nuestra cultura procesal. De ahí la importancia del auxilio de expertos para solventar ambas cuestiones.

Además, su participación en el proceso conduce al ejercicio de la posibilidad de dispensa de la obligación de declarar. Esta cuestión había generado una falta de unanimidad en nuestros tribunales, de modo que la responsabilidad de concretar los supuestos fue asumida por legislador. En lo que respecta al menor, el legislador exige el requisito de la madurez, siguiendo una postura jurisprudencial consolidada, si bien en ocasiones, en atención a la edad y contexto, la determinación de la madurez se torna difícil. ¿Quién y cómo debe valorar si un menor es capaz a efectos de la dispensa? Además, junto con la edad, puede haber otros factores relevantes como el tipo de delito. Es más, la prolongación del proceso en el tiempo posibilita que durante la tramitación de la causa el menor adquiera la madurez exigida o que se pretenda ejercitar la dispensa en el acto del juicio cuando esa opción había sido rechazada durante la fase de investigación. Incluso cuando no se aprecie madurez, habrá que determinar si el ejercicio de la dispensa puede ser ejercitado por los progenitores.

2. DE LA CAPACIDAD DEL MENOR PARA SER OÍDO Y SU DERECHO A PARTICIPAR EN EL PROCESO PENAL

2.1. LA CAPACIDAD DEL MENOR-VÍCTIMA PARA SER TESTIGO

Nuestro sistema procesal penal parte del principio de presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE, un principio de carácter estructural que lleva aparejadas una serie de exigencias en el proceso: que exista una prueba de cargo, que esa prueba haya sido obtenida con las garantías que establecen tanto la Constitución como las leyes procesales, que esa prueba de cargo sea suficiente y lícita, y que tal prueba haya sido razonada dentro del cuadro probatorio en su conjunto¹. En ausencia de todos estos requisitos, no puede haber una sentencia condenatoria, dado que no existe una prueba de cargo hábil y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia².

Además, en materia de prueba hay que partir de un axioma: para nuestros tribunales, la declaración de la víctima es una prueba hábil para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque sea la única prueba existente, supuesto que se da en aquellos delitos que se llevan a cabo en lugares aislados buscados de propósito o en los que difícilmente puede haber testigos³. La cuestión, por tanto, es determinar si, en nuestro proceso penal, el testimonio de la víctima, aunque sea menor, es suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La respuesta es afirmativa. En nuestro sistema penal, testigo es toda persona física con capacidad para percibir y para dar razón de lo que percibe. Esta caracterización marca una diferencia relevante respecto al sistema procesal civil; en el proceso penal no existe un sistema de incapacidades legales ni de tachas de testigo. El art. 417 LECrim se limita a establecer quiénes no podrán ser obligados a declarar en calidad de testigos, y el art. 449 ter del mismo texto legal da carta de naturaleza a lo dispuesto en el art. 26 EVD (Estatuto de la víctima del delito), es decir, las cautelas para recibir la declaración a las víctimas menores de edad⁴. Para nuestro legislador, la edad no es, por sí sola, un obstáculo para que una persona declare como testigo en el proceso penal. Se exige, simplemente, que la víctima-testigo esté en condiciones de transmitir al juez o tribunal información sobre unos hechos basados en sus percepciones sensoriales.

No obstante, en los supuestos en que la edad de la víctima-testigo menor de edad es muy baja, su testimonio es analizado de manera especial, pues nos hallamos ante un testimonio lineal, ausente de valoración y de racionalización previa, con limitaciones propias de la edad tanto en el lenguaje —entre ellas, un vocabulario reducido y unas construcciones gramaticales simples— como en el razonamiento⁵.

El estudio y la decisión sobre este tipo de capacidad son distintos a los que conciernen a la capacidad de experimentar sentimiento de culpa, a la capacidad para expresar emociones, a la capacidad moral, etc. De lo que se trata aquí es de analizar si el menor está en condiciones de aportar datos relativos al objeto del proceso. El examen de su desarrollo cognitivo debe limitarse a la posibilidad objetiva de aportar información⁶. Con relación a la niñez⁷, la psicología nos dice que el avance cognitivo en su lenguaje hace que sean aptos para ser considerados como transmisores de información, y sitúa la capacidad para aportar información sobre los hechos en el tramo comprendido entre los tres y cinco años. Es a esta edad cuando se desarrolla una memoria episódica y se crea una capacidad de codificación, dos elementos necesarios para poder transmitir un relato⁸. No obstante, debe tenerse en cuenta otro parámetro, a saber, que de los niños/as son sugestionables: entre los tres y cinco años la posibilidad de sugestionarlos/as es muy alta, entre los cinco y los nueve es alta y entre los nueve y los doce es baja⁹.

La Circular 3/2009, de la Fiscalía General del Estado, sobre protección de los menores víctimas y testigos, sitúa en tres años la edad límite para el testimonio infantil. La razón estriba en que, por debajo de esa edad, hay factores como la falta de capacidad para utilizar adecuadamente el lenguaje y para la fijar los datos, así como la posibilidad de que sean fácilmente sugestionables que dificultan notablemente la obtención de información fiable.

Cuestión distinta será la valoración de la información aportada, es decir, lo que se denomina la credibilidad subjetiva en atención a esas circunstancias personales, entre las que debe incluirse la edad de la víctima-testigo, pues la credibilidad subjetiva también tiene que ver con su capacidad física y psíquica para percibir lo que posteriormente es narrado¹⁰. Factores como el miedo, la ansiedad, el temor a una posible venganza, el sentimiento de culpa, el temor al enfado o la tendencia a la búsqueda de aprobación, entre otros, deben tenerse en cuenta en este tipo de declaraciones. Estas circunstancias, junto con la capacidad de percepción, la codificación de datos, la memoria y la expresión deben atemperarse para adaptar el testimonio de un niño/a de tan corta edad. A ello hay que añadir el estrés que genera en el niño/a debido al paso por los tribunales. Normalmente, todos estos factores no solo reducen la capacidad de la víctima para aportar información, sino también la calidad de su relato¹¹.

Precisamente porque la cuestión aquí abordada es la posibilidad de que una persona menor de edad que tiene la condición de testigo-víctima aporte información al proceso penal, en el ámbito de la UE está admitida esta capacidad del menor como una capacidad natural¹². En Europa, el cuidado de la víctima-menor se considera un valor de la justicia, por lo que debe universalizarse, dado que lo que es positivo desde el punto de vista ético debería ser percibido de igual manera en cualquier país de la Unión.

Ahora bien, el hecho de que esa persona menor esté en condiciones de aportar información implica que el Estado debe adoptar todas las medidas que sean precisas para evitar un sufrimiento emocional a la víctima menor. No pueden admitirse insuficiencias procesales en este sentido. La víctima ya ha sufrido un daño como consecuencia del delito que ya es inevitable: lo que puede y debe evitarse es que su sufrimiento sea el resultado de las deficiencias institucionales. Solo el derecho de defensa tiene entidad para marcar líneas rojas en esa protección. Su paso por el proceso no puede verse como tributo a la imposición de una pena al culpable. Por esta razón, el proceso penal debe tratar de garantizar la estabilidad emocional de la víctima-menor a la hora de aportar información, respetando el derecho de defensa.

Las dificultades para conseguir la información, la fragilidad del sujeto y de su testimonio y complejidad para evaluar su declaración hacen preciso un método y un tipo de análisis que escapan a los juristas, ya que se precisan unos saberes sobre las ciencias del conocimiento que aquellos no poseen¹³. El art. 449 ter LECrim ya plantea la posibilidad de recurrir a expertos en una prueba, todavía testifical, para que elaboren un informe que dé cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Dadas las condiciones subjetivas de la edad de la víctima, lo que se propone en estas líneas es la objetivación de esta prueba, ahora testifical, mediante la presencia, directa o indirecta de las partes, de una pericial en la que un psicólogo forense, dotado de unos conocimientos especiales en la comunicación, escuche e interprete los silencios aplicando una metodología y unos criterios científicos, y que, en atención a la vulnerabilidad de la víctima y rendimiento de la prueba, no solo obtenga información relacionada con el objeto del proceso, sino que elabore un informe científico de valoración. Esto supone abandonar

el interrogatorio tradicional y transformarla en una prueba pericial, que es una diligencia más científica y neutra.

Mediante este tipo de prueba, se conseguirían mejores resultados. En favor de esta posibilidad cabe aducir dos razones. En primer término, el proceso penal no puede vivir al margen de los avances tecnológicos y científicos. La búsqueda y aplicación de nuevos métodos de investigación vinculados a esas nuevas tecnologías en la regulación procesal de las diligencias de investigación procedente de un texto del siglo XIX así lo exige. De esta forma, se conseguiría evitar de manera más adecuada la victimización secundaria de la víctima menor, que ni tan siquiera tendría que pasar por las dependencias judiciales. En segundo lugar, el rendimiento de la prueba, ahora pericial, sería mayor. La alta capacitación, tanto por sus conocimientos específicos como por su experiencia, así como los principios por los que se rigen estos profesionales —neutralidad, objetividad y honestidad— hacen que esta prueba y sus informes, basados en estándares científicos, sea un método de investigación en el que se debe seguir avanzando e investigando en busca de una mejora en la fiabilidad, mucho mayor a la del interrogatorio tradicional¹⁴.

Pero la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, no solo la contempla protección de las víctimas menores de edad, sino también su derecho a que no sean excluidos del proceso basándose únicamente en su edad. Es más, establece la obligación de los Estados miembros de garantizar la posibilidad de que la víctima sea oída y, cuando es menor, el art. 10 prevé que debe tenerse presente su edad y madurez. Es el derecho a su participación de forma activa en el proceso penal.

2.2. EL DERECHO DE LA VÍCTIMA MENOR A PARTICIPAR EN EL PROCESO

La citada Directiva ha sido plasmada en nuestro EVD —con carácter general, en el art. 3.1, y, de forma específica, en el Título II (arts. 11 ss.)—. No es propio que un Estado social moderno que se vanagloria de respetar los derechos fundamentales se muestre indiferente con los más vulnerables, los menores, abandonándolos a su suerte. El EVD establece unos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de comunicarse con las víctimas por motivos de la edad, pero también, sin distinción, apuntala el derecho de las víctimas a participar de manera activa en el proceso penal. Por tanto, la víctima, con independencia de su edad, tiene el derecho a participar de manera activa en el proceso penal, y serán sus representantes quienes aseguren que en esa participación se le protege de una manera adecuada (art. 4 EVD); es más, en los casos en los que la persona menor de edad tenga suficiente juicio, podrá ejercitar por sí misma sus derechos personales.

Por el solo hecho de ser menor de edad, la víctima no puede tener una peor posición a la hora de ejercitar sus derechos y defender sus intereses, supuesto que vulneraría todos los principios y las regulaciones referidas a la protección de los menores. Esto no significa que no deba contar con los apoyos necesarios para un ejercicio eficaz y en condiciones de igualdad. Un Estado social y democrático como el nuestro tiene el deber de realizar

los ajustes procesales precisos para que las personas menores de edad puedan acceder a la Justicia y participar en las mismas condiciones que los demás¹⁵. El dolor y el sufrimiento causado por las instituciones no deben motivar que la víctima rechace su participación en el proceso. Por el contrario, lo que debe procurarse es la eliminación de ese dolor y sufrimiento institucional.

Precisamente, para ejercitar sus derechos de manera adecuada a su edad y para que sea capaz de comprender la actuación que está llevando a cabo en el proceso, debe haber personas que le ayuden. Son facilitares, especialistas encargados de transmitir el apoyo necesario para que los menores que participan en el proceso lo hagan en condiciones de igualdad, lo que constituye no solo una garantía para este tipo de víctimas que genera una sensación de seguridad, sino también para el propio proceso, en la medida en que contribuye a la realización de cualquier diligencia que se lleve a cabo con la persona menor, al rendimiento de la prueba, y a la seguridad y tranquilidad que brinda al resto de los operadores jurídicos que intervienen¹⁶.

La instauración en la práctica y los fines del proceso de un mejor trato a la víctima no solo requiere una buena regulación legal, sino también la detección de la situación concreta de cada persona, por edad, circunstancias personales, naturaleza del delito, efectos del delito en la víctima, contexto familiar y social, etc., para abordar de manera adecuada cada situación y decidir si la víctima menor de edad está en condiciones de ejercitar los derechos personales que le atribuye el procedimiento y comprender su alcance.

El corolario del derecho a la participación directa en el proceso penal por parte de las víctimas menores que tengan determinadas condiciones de madurez es la posibilidad de ejercer del derecho a la dispensa de la obligación de declarar, previsión regulada en el art. 416 LECrim que ha sido objeto de nueva redacción por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

3. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE TESTIFICAR DEL ART. 416 LECRIM CON RELACIÓN AL MENOR DE EDAD

3.1. FUNDAMENTO DE LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE TESTIFICAR

De acuerdo con el art. 24 *in fine* de nuestra Carta Magna, la ley regulará los casos en los que, por razón de parentesco, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Es, por tanto, en la propia Constitución donde surge este derecho, cuyo contenido ha sido desarrollado por el legislador en el art. 416 de la LECrim, que regula la dispensa de la obligación de declarar. Mediante esta obligación, el ciudadano participa y colabora con la Administración de Justicia a la hora de esclarecer los delitos, pues, en principio, todos los ciudadanos tienen el deber de colaborar con la Administración de Justicia (arts. 410 y art. 707.1 LECrim).

Ahora bien, en determinadas situaciones, entre ellas existencia de unos vínculos familiares estrechos, y en las que existen unos valores sociales de carácter familiar —entendidos

como reglas de conducta que orientan a los miembros de una familia hacia una convivencia armónica y equilibrada y que son propugnados por la comunidad social, tales como solidaridad, protección, afectividad, compromiso, respeto, confidencialidad, complicidad, reserva, etc.—, la prescripción de decir la verdad choca con esos valores sociales. Consciente de la disyuntiva a la que se enfrenta al testigo —es decir, del conflicto de intereses que puede existir entre el Estado, a la hora de investigar delitos, y el testigo, a la hora de proteger a un pariente o la intimidad familiar¹⁷—, el legislador arbitra fórmulas para que el testigo-pariente pueda liberarse de la obligación de declarar¹⁸. De esta forma, se le da la posibilidad de gestionar sus intereses familiares, la intimidad del grupo familiar, etc.¹⁹.

Mediante esta exención, el legislador no solo reconoce la existencia del dilema entre la obligación de colaboración con la Justicia y la protección jurídica de la intimidad familiar (art. 39 CE), sino que, de manera implícita, asume también que las advertencias que se le hagan al testigo-pariente podrán no tener el alcance deseado por el legislador. Admite, por tanto, una anormalidad motivacional en el sujeto ante esa obligación, anormalidad motivacional basada en los sentimientos que generan de ordinario los vínculos familiares, y le concede la posibilidad de no declarar. Esos vínculos parentales aparecen, pues, como una causa de justificación para no declarar.

Quedan dos aclaraciones por hacer. Por un lado, lo que no concede el legislador es la posibilidad de que, si un testigo-pariente decide declarar, pueda alterar de manera consciente e interesada su declaración²⁰ o declarar parcialmente, es decir, contestar solo a alguna o algunas preguntas que le formulen o solo a las preguntas de una de las partes. Si decide declarar, ha de hacerlo de manera plena y con todas las consecuencias. Por otro lado, debe insistirse en que esta posibilidad es un derecho que se atribuye al testigo, con independencia de que sea, a su vez, víctima, pero no es un derecho que se reconozca al investigado o acusado en la causa penal²¹.

Sentado lo anterior, es necesario analizar qué ocurre cuando el testigo es menor de edad, en función de si tiene o no la madurez suficiente, así como determinar a quién corresponde apreciar la madurez del menor y qué ocurre en los casos en los que el menor no hizo uso de la dispensa en la fase de investigación y pretende ejercerla en el momento del juicio.

3.2. EJERCICIO DE LA DISPENSA POR PARTE DE UNA VÍCTIMA MENOR DE EDAD

3.2.1. La madurez como requisito de la dispensa

La cuestión que se plantea es si la dispensa contemplada en el art. 416 LECrim puede ejercitarse cuando el testigo es un menor de edad o si, para que el menor pueda acogerse a esta dispensa, es preciso que el menor tenga la madurez suficiente para comprender el significado y las consecuencias de la dispensa.

Existe, pues, una confrontación entre la protección del menor y el reconocimiento para que gestione determinados intereses.

En cuanto a la gestión por los menores de sus propios intereses, la evolución legislativa les ha ido otorgado mayor campo de actuación. Así, nuestro TC declaró inconstitucional el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, únicamente en la medida que incluía en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad». El Tribunal tuvo en cuenta, entre otros argumentos, que también las personas menores de edad son titulares de derechos fundamentales y se les debe reconocer la posibilidad, cuando existe esa madurez, de defender los intereses que afecten a su esfera personal. No se trata tanto de limitar el ejercicio de la patria potestad cuanto de permitir a la persona menor de edad la posibilidad de gestionar y decidir sobre aquellos asuntos que le son propios²². La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, es otro ejemplo de la exigencia legal del requisito de la capacidad intelectual del menor para que pueda dar su consentimiento a una intervención quirúrgica. Y es que el respeto de la autonomía del individuo, aunque sea menor de edad, ha sido una condición ética de nuestra sociedad contemporánea que, como veremos, impone una obligación de información exhaustiva, así como el aseguramiento de que el menor se encuentra en unas condiciones que le permitan prestar libremente el consentimiento.

Pese a todo, si bien es cierto que la relevancia jurídica de las manifestaciones de las personas menores mediante las que decide —oponiéndose o accediendo— sobre una injerencia en un derecho fundamental propio tiene ya una cierta consolidación temporal, como puede apreciarse en la STC 154/2002, que analizaba las manifestaciones de un niño de 13 años para decidir sobre derechos fundamentales como la integridad física y la libertad religiosa, lo cierto es que el legislador no es nada claro a la hora de fijar una edad para validar con certeza el consentimiento.

El Tribunal Supremo también recurrió al argumento de la madurez para resolver sobre la cuestión de la dispensa en los menores —tanto para otorgarla, cuando apreciaba la madurez en el menor, como para denegarla, cuando esta no concurría—. Para ello, partió de la legislación en materia de protección jurídica de los menores, LO 1/1996, de 15 de enero, que, a su juicio, sugería que la dispensa de la obligación de declarar no estaba supeditada a la mayoría de edad, por lo que, con independencia de la dificultad de fijar una edad para establecer una presunción de madurez, y más allá de la falta de una uniformidad del tratamiento de la minoría de edad en el ordenamiento jurídico español, lo que no admitía duda era la obligación legal de oír a los menores en todos aquellos asuntos que sean de su interés, así como tomar en consideración su opinión en función de su edad y madurez²³.

En consecuencia, esta advertencia a la dispensa no debe supeditarse a la mayoría de edad, sino que deberá tenerse presente tanto la edad como su grado de madurez, extremo, este último, que exige inevitablemente un estudio individualizado, sin que quepan fórmulas apriorísticas. En el caso en que se aprecie suficiente madurez, la advertencia se efectuará sobre el propio menor²⁴. El artículo 3 e) de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, establece como fin de las disposiciones de la Ley²⁵ robustecer el ejercicio del derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en contextos en los que se ha ejercido violencia contra ellos.

Con estos antecedentes judiciales, la nueva redacción dada al art. 416 LECrim por la LO 8/2021, tras enumerar en el párrafo primero las personas que están dispensadas de la obligación de declarar en atención al parentesco, establece las siguientes excepciones:

- «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».

Tras la reforma, por tanto, la dispensa no rige, entre otros casos, cuando por razón de la edad el testigo no comprenda su alcance.

En relación con la nueva redacción del art. 416 LECrim, el preámbulo de la ley solo indica que «[...] se establecen una serie de excepciones a la dispensa de la obligación de declarar, con el fin de proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección». Sin embargo, esta finalidad, la protección del menor en el proceso penal, que es clara en los números 1 y 2, no lo es tanto en el caso del número 3; es más, el problema se asemeja más a una cuestión relativa al consentimiento del menor, a la capacidad del menor para gestionar sus intereses, en este caso, ejercitar un derecho que le reconoce la ley, el de la dispensa de declarar; derecho que el legislador le niega cuando, por la edad o discapacidad, el testigo no alcanza a comprender el significado de la dispensa. En los números 4 y 5, por último, resuelve el debate jurisprudencial sobre la interpretación de la dispensa plasmado en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2020²⁶.

Ahondando en la dispensa en atención a la edad del menor, «comprender el sentido» significa ser capaz de entender, apreciar o juzgar algo. Aunque el legislador no habla de madurez, es seguro que se refiere a ella, pues el término «madurez» significa capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto. Los niveles de comprensión no están ligados de manera uniforme a la edad cronológica; la educación, la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño/a y a la progresión de la aptitud de entendimiento y racionalidad de la persona menor. Por ese motivo, tiene que evaluarse mediante un examen caso por caso²⁷.

Aunque es complicado señalar una edad, nuestros tribunales han sugerido que la horquilla puede situarse, en principio, entre los 12 y los 14 años²⁸. Para ello, parten de distintas leyes, entre otras la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que establece como uno de sus objetivos reforzar el ejercicio del derecho de los menores a ser oídos en juicio en contextos en que se ha ejercido o se ejerce

violencia contra ellos, al tiempo que modula la dispensa del art. 416 LECrim en relación con los testigos menores de 14 años²⁹.

Nuestro legislador ha asumido los parámetros establecidos jurisprudencialmente, es decir, que la persona menor con capacidad para comprender el alcance de la dispensa sea la que decida si la ejercita o no. Sigue, de esta forma, una tendencia inclusiva. La minoría de edad ha dejado de ser contemplada de manera exclusiva como factor de protección al niño/a para ser concebida como referente genérico de un ámbito de la capacidad de obrar, sin perder de vista el principio general de interés superior del menor. De este modo, se da coherencia al sistema. Pero el legislador impone un trámite, el de la audiencia del menor, y prevé la posibilidad de recabar el auxilio de peritos expertos para resolver sobre su madurez. Esta alusión a peritos expertos debe considerarse una previsión de especial trascendencia.

En consecuencia, el legislador trata de fortalecer el marco procesal para asegurar la tutela de los derechos de una víctima-testigo menor, pero al tiempo, y en la medida en que está en juego un derecho de una persona menor, asegura su participación a la hora de decidir sobre el modo en que se ejercitará ese derecho: bien directamente, bien a través de su representante legal. La forma en que va a participar el menor se decide en una audiencia, y es en esa audiencia donde puede solicitarse el auxilio de especialistas que emitirán un dictamen que evalúe si el menor comprende o no el significado de la dispensa. Al fin y al cabo, como ya he dicho, se trata de una cuestión de consentimiento relacionada con la titularidad de un derecho personal, pero también de que este consentimiento sea libre, lo que implica que esté libre de vicios, no sea sugerido o no esté predeterminado.

Precisamente, la cuestión relativa a la comprensión del alcance de la dispensa hace necesario analizar el requisito de la madurez del menor, las dificultades para su determinación y las posibles soluciones.

3.2.2. Problemas que plantea el requisito de la madurez

La forma de determinar la madurez del menor en una situación altamente estresante y traumática —ser víctima de un delito— no es tarea fácil. Sirva como punto de partida un supuesto que se planteó en una sentencia nuestros tribunales³⁰ en la que la madre se había personado como acusación particular, las víctimas eran las hijas del matrimonio y el padre fue condenado. En el momento de la prueba preconstituida las niñas tenían 13 y 15 años respectivamente, si bien, llegado el acto del juicio, su edad era de 15 y 17 años. La tercera de las hermanas, también víctima, ya era mayor de edad en el momento de la celebración del juicio, por lo que la advertencia del art. 416 LECrim. se le hizo a ella misma, y tomó la decisión declarar. Respecto a las otras dos hermanas, dado que no se les preguntó preguntado si deseaban o no declarar ni tampoco se evaluó su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa, el tribunal de casación excluyó del bagaje probatorio las exploraciones realizadas en la fase de instrucción, aunque se habían efectuado con todas las garantías. La sentencia dictada por la Audiencia fue revocada parcialmente, aunque ello no tuvo ningún efecto sobre la pena, dado que existía suficiente prueba para condenar.

Sin embargo, merece la pena detenerse en los casos en los que la persona menor es víctima, y se pretende dictaminar sobre si tiene suficiente madurez. Para abordar esta cuestión, partiré de la sentencia mencionada.

Los hechos por los que el padre fue condenado, fueron los siguientes: «[...] entre el año 2015 y 2018 Nemesio [...] residía junto con su cónyuge D.^a Mónica, y sus tres hijas menores de edad, Antonieta, Beatriz y Celsa, las cuales en el año 2015, tenían 12, 11 y [...] Nemesio aprovechando que su cónyuge salía temprano a trabajar [...] con ánimo libidinoso y de forma reiterada y continuada, acudía al dormitorio común donde dormían las tres menores, despertaba a su hija Antonieta, que en aquel momento tenía 12 años y la llevaba al dormitorio conyugal. Una vez allí le hacía quitarse la ropa, le tumbaba en la cama, le tocaba el pecho y los genitales y frotaba sus genitales contra el cuerpo de ella. En otras ocasiones obligaba a la menor a cogerle el pene en la vagina hasta eyacular, o le tocaba con su dedo en la vagina [...] TERCERO. Igualmente durante los años 2015 a 2018, Nemesio [...] respecto de sus otras dos hijas menores de edad, Beatriz y Celsa actuando con igual ánimo libidinoso y de forma reiterada, les realizaba tocamientos por encima de la ropa, apretándoles sus pechos; así como los glúteos y si podía, pues las menores trataban de impedirlo, sus vaginas, actuando como si se tratara de una broma, cuando en realidad el acusado satisfacía así sus instintos sexuales y ocasionaba un daño psicológico así como emocional a las menores. CUARTO. Nemesio actuaba utilizando la influencia que sobre las menores ejercía dada la relación de confianza por la relación paternofamiliar que les unía [...]».

El primer interrogante que me planteo es si, en el caso de una niña de 13 años que ha sufrido abusos desde los 9 años por parte de su padre se debe, no ya preguntarle sobre los hechos, sino valorar si quiere o no declarar contra su padre, que es quien ha abusado de ella durante tres años, es decir, ponderar la capacidad de comprensión del alcance de la dispensa. ¿Acaso es esa la protección que queremos para los menores? ¿Se estaría dando cumplimiento al principio de no someter a este dilema al menor, salvo estricta necesidad?³¹. Desde luego, en materia de consentimiento y de la gestión de sus intereses el legislador se ha ido inclinando por la opción de atribuir a las personas menores mayor capacidad de gestión, pero siempre velando por sus intereses. Cuando hablamos de agresiones de naturaleza sexual a personas menores, ese debe ser el criterio, velar por sus intereses. Siguiendo el Convenio de Lanzarote³², nuestro legislador debe adoptar todas las medidas necesarias para proteger «todas las formas de abuso sexual a niños y niñas». Es más, las investigaciones que se lleven a cabo sobre este tipo de víctimas «tendrán en cuenta el interés superior del niño/a» y «el total respeto de sus derechos». Es preciso, además, señalar que el Convenio considera una «[...] circunstancia de mayor gravedad el hecho de que los abusadores sean, entre otros, los progenitores de la víctima». En definitiva, este debe ser el contexto jurídico en el que ha de analizarse la cuestión. Por tanto, la ponderación del interés del menor debe hacerse de acuerdo con unos valores universalmente aceptados. Un contexto de violencia sexual prolongada durante años debe ser uno de los criterios para valorar ese interés del menor.

Hay que añadir las especificidades que presentan este tipo de delitos. Desde el punto de vista social, hay un rechazo agravado cuando el autor del delito es uno de los progenitores de la víctima menor de edad. Siguiendo esa tendencia, nuestro legislador no solo establece

penas de mayor gravedad, sino que, al amparo de la protección a la víctima, el nuevo art. 416 LECrim suprime la posibilidad de dispensa cuando el testigo es uno de los progenitores de la víctima menor de edad; el objetivo, según el preámbulo, es la protección de la víctima menor. El motivo es el mismo: el posible regreso de la niña/o a un entorno tóxico, inadecuado para su desarrollo personal.

Además, debe tenerse presente la dinámica criminal de este tipo de delitos, por cuanto el progenitor se vale de una confianza, autoridad y ascendencia que no solo facilita la comisión del delito, sino que incluso es capaz de generar en la víctima temor, vergüenza, desconcierto, etc.; en fin, una serie de consecuencias negativas en la edad temprana enmarcadas en una relación familiar muy perjudicial para la víctima y no solo reprochable socialmente, sino abiertamente repugnante.

Un factor más que debe tenerse en cuenta es el secretismo en el que se lleva a cabo el abuso, dado que el progenitor se vale de la intimidad familiar para ejecutar su conducta criminal con sus consecuencias: el autor puede asimismo valerse de su condición de progenitor para generar temor en la víctima si desvela los hechos o infundir en la víctima una sensación de desprotección si los llega a contar —diciéndole, por ejemplo, que no le van a creer por ser una niña—. Hay que considerar el choque psicológico que supone en la víctima el hecho de que la persona que tiene que protegerle y a quien se le ha dicho que debe acudir para pedir ayuda esté realizando este tipo de comportamientos. Incluso puede hablarse de la facilidad para que el progenitor ejerza una suerte de adoctrinamiento sobre la víctima. Todo lo anterior pone de manifiesto una serie de circunstancias que conllevan a que la víctima asuma y acepte una situación disonante en su mente.

Por todas estas razones, en estos casos el interés de la víctima menor de edad debe valorarse de una manera especialmente cuidadosa, y la gestión de sus intereses debe realizarse teniendo en cuenta el interés del menor y la situación por la que ha atravesado en la dinámica criminal. De ahí que para valorar la posibilidad de dispensa en atención a la suficiente madurez deban ponderarse todas las incidencias que permitan dilucidar si el consentimiento para acogerse a la dispensa pueda estar viciado por encontrarse en un contexto psicológico inapropiado y sea consecuencia de la situación de abuso. No solo debe analizarse la madurez del menor, sino también si el consentimiento es libre y válido. Es más, tratándose de una excepción a la regla general, debe interpretarse restrictivamente³³.

Estas cautelas implican que el auxilio de profesionales no sea una mera posibilidad, sino una necesidad tanto en la toma de declaraciones del menor y también en la determinación de si está en condiciones de acogerse a la dispensa. Nos encontramos ante cuadros psicológicos en los que no cabe presumir una normalidad psíquica. Debe analizarse si esa capacidad está ejercitada de manera inducida por unos comportamientos ilícitos precedentes o incluso por un contexto que ha podido dar lugar a una decisión condicionada o, de alguna manera, impuesta. No parece que el reconocimiento del derecho a la intimidad familiar impacte de igual manera en quienes se encuentran asimétricamente posicionados en el núcleo familiar. La intimidad, por tanto, no debe servir para ocultar una patología valorativa basada en una convivencia tóxica o en una influencia —porque de ninguna manera puede llamarse educación— socialmente degradada. El auxilio de profesionales

expertos debe considerarse como algo más que una recomendación. En atención a unos criterios basados en la ciencia de la psicología, el psicólogo forense debe determinar en apartado independiente de su informe y no solo la madurez para el ejercicio de la dispensa, sino también acerca de si ese consentimiento, en atención al contexto en el que se ha desarrollado y la situación psicológica en que se encuentra la víctima, es un consentimiento libremente formado y emitido.

La información que debe tener el menor a la hora de decidir, por la naturaleza y condiciones del sujeto, no puede realizarse ni a través de formulario ni de una manera genérica³⁴. Al experto le corresponderá resolver todas las cuestiones que se plantea la víctima y valorar si, efectivamente, el consentimiento es libre y voluntario, así como si es capaz de otorgarlo.

Siguiendo con los problemas que genera el requisito de la madurez, cabe señalar que los procesos penales se prolongan en el tiempo, lo que en este tipo de delitos, en los que la víctima es una persona menor de edad, supone que puede darse la situación de que en el momento de la prueba preconstituida no se aprecien signos de madurez en una persona de 11 años, mientras que en el momento del juicio, pasados dos años, sí pueda ser valorada la existencia de cierta madurez en la persona menor. Ante estas situaciones, y tomando en consideración la doctrina existente sobre la gestión de los intereses por parte de las personas menores, el derecho a la participación en el proceso penal, y el carácter personalísimo de la dispensa, la posibilidad de valorar la madurez a efectos de dispensa puede efectuarse en cualquier momento del procedimiento, sin perjuicio de todas las cautelas a las que se han hecho referencia para que esa valoración sea correcta desde el punto de vista de los apoyos, los expertos intervinientes, la forma de verificarse, etc. Lo cierto es que el art. 703 bis acoge esa posibilidad por el carácter excepcional que deviene de la nueva situación personal de la víctima para poder ejercitar su derecho a la dispensa³⁵.

En cualquier caso, no deja de ser curioso que al otro progenitor —representante legal—, cuando es testigo, en estos supuestos se le deniegue la posibilidad de dispensa, y quiera concederse a una niña esa posibilidad a partir de los 12 años, sometiendo a una persona de tan temprana edad a un dilema. Me pregunto si, en el caso de que el abusador sea una persona extraña al círculo del art. 416 —por ejemplo, un amigo de la familia—, esta posibilidad en la menor desaparece, quedando solo en manos de los padres cualquier actuación procesal; sin embargo, en una situación jurídica y socialmente más reprochable se está pensando en la posibilidad de conceder a una niña de 12 años una dispensa a la obligación de declarar. De acuerdo con la redacción actual de nuestro Código Penal, protegemos la libertad sexual de una persona menor con una edad inferior a los 16 años, limitando su autodeterminación sexual por debajo de esa edad y suprimiendo toda validez a su consentimiento, presuponiendo, sin admitir prueba en contrario, que ese consentimiento o no existe o está condicionado y, sin embargo, se ponen impedimentos legislativos, concediéndole la posibilidad de dispensa en los casos en los que un niño/a de 13 años tiene esta actividad sexual con uno de sus progenitores. Peor aún, cuando se ha abusado de un niño/a desde los 7 a los 12 años; así, se denuncia que, cuando tiene 12 años, la prueba preconstituida se realiza a los 13 y el juicio es a los 15. Entiendo que los intereses de una víctima menor de edad quedarían desdibujados y se actuaría contra ellos, aunque sea al amparo de proteger la intimidad de

la familia. En más, lo que propugna el Convenio de Lanzarote es la supresión de cualquier tipo de traba para la persecución y castigo de este tipo de delitos, máxime cuando uno de los autores en el progenitor, y la posibilidad de dispensa en estas situaciones, que no dejan de ser aberrantes, debe calificarse como una traba.

Todas estas consideraciones me llevan a las siguientes conclusiones: de un lado, en los abusos por debajo de una franja de edad, 13 años, no debería concederse posibilidad de dispensa a la víctima por razón de parentesco; de otro, no solo debe determinarse la capacidad intelectual y la madurez para comprender el alcance de la dispensa, sino que también debe analizarse si esa decisión es libre y voluntaria, si el consentimiento, por las especiales circunstancias, no presenta ningún vicio, y para todo ello se requiere el trabajo de un especialista, concretamente un psicólogo forense. La presencia de estos especialistas en este tipo de procesos debe ser preceptiva, y su informe sobre la comprensión del alcance de la dispensa ha de ser obligatorio.

Pero junto a las cuestiones que suscita la madurez de la víctima menor de edad, deben considerarse todos aquellos casos en los que la persona menor no tiene esa madurez exigida, del mismo modo que, cuando pueda determinarse que su consentimiento no es libre, hay que plantearse si la dispensa puede ser ejercitada por quien tenga la representación legal del menor

3.2.3. La dispensa en los supuestos que el menor carece de madurez suficiente

Ante estas situaciones de falta de madurez, nuestros tribunales se han pronunciado en términos afirmativos³⁶. Incluso no faltan sentencias en las que, existiendo un conflicto de intereses con los progenitores, prevén la posibilidad de recurrir al nombramiento de un defensor judicial que decida sobre el ejercicio de la dispensa³⁷.

Con carácter general, como en el resto de los derechos reconocidos a un menor, su ejercicio debe hacerse a través de sus representantes legales, quienes llevan a cabo la defensa de los intereses del menor cuando se encuentra en unas condiciones en las que no puede decidir (art. 13 LO 8/2021), salvo que exista un conflicto de intereses (art. 26 EVD)³⁸.

Sin embargo, cuando se examinan los supuestos específicos puede apreciarse que el ámbito de aplicación es mucho más reducido de lo que pueda parecer. Para empezar, el derecho a la dispensa surge entre determinados parientes³⁹, que en este caso quedan reducidos a los ascendientes y hermanos. Pues bien, en los casos en los que el menor esté personado a través de uno de los progenitores y el enjuiciado sea un ascendiente, no procedería este derecho por vía del art. 416.1 LECrim, párrafo 4º. Sería contradictorio que estuviera ejercitando la acusación particular, de un lado, y que, de otro, se acogiera a la dispensa en nombre de su hijo.

Si no está personado el progenitor en nombre de la víctima menor de edad, solo podría hacerlo en los casos en los que además no fuese testigo, de acuerdo con el párrafo 1º del mismo precepto. Este supuesto sería excepcional, pues lo normal es que sea, al menos, un testigo de referencia. Nuestro legislador no puede haber querido negarle de manera directa

este privilegio y concederle esta posibilidad de manera indirecta cuando actúa en nombre del menor.

Podría darse algún supuesto de delito entre hermanos en el que el presunto autor sea mayor de edad y la víctima menor de edad, pero sin madurez suficiente, y, además, los progenitores no son testigos y no estén personados; o incluso cuando el presunto autor es uno de los abuelos. En estos casos, debe acudirse al principio del interés superior del menor en el sentido de que, si los progenitores hubieran sido testigos y estuvieran exceptuados de la posibilidad de dispensa por la regla 1ª del art. 416 LECrim, en la que se ha tenido en cuenta ese principio para exceptuarlos, en buena lógica tampoco podrían acogerse a la dispensa en su condición de representantes legales del menor en los casos de la regla 3ª del precepto. Es decir, si como testigo el progenitor no tiene derecho a la dispensa, tampoco lo tendrá como representante legal.

Esta interpretación es coherente con lo que el art. 261 LECrim establece en relación con la obligación de denunciar. No hay una obligación de denunciar para quien es cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, así como tampoco para quienes sean ascendientes del delincuente, siempre y cuando no se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 CP, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad. Si el legislador los ha excluido del privilegio de la lista de personas que no están obligados a denunciar y, por tanto, tienen la obligación de hacerlo por el hecho de que la víctima es un menor, sería una contradicción que, con posterioridad, aquellos que están obligados directamente a denunciar, a lo largo de la causa pudieran, como representantes legales de la víctima, ejercitar el derecho de dispensa en nombre de sus representados, dejando, de esta forma, sin efecto la denuncia.

Pero el proceso penal está dividido en fases, y la pluralidad de actuaciones impone su prolongación en el tiempo. Esta conformación del proceso tiene también consecuencias sobre esta materia, pues es posible que se aprecie madurez en una víctima menor de edad durante la fase de investigación —en la que ha declarado— y, llegado el acto del juicio, la víctima pretenda acogerse a la dispensa de declarar. De igual manera, las condiciones de madurez pueden variar entre la fase de instrucción y la fase del desarrollo del juicio.

3.2.4. Casos en los que el menor ha aceptado declarar durante el procedimiento

3.2.4.1. Planteamiento

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2020⁴⁰ puso de manifiesto la necesidad de que fuese el legislador quien delimitase de manera concreta el derecho de dispensa a la vista de la disparidad de criterios jurisprudenciales. Esta sentencia, dictada por el Pleno, aunque con varios votos particulares, señalaba, pues, que el legislador era el responsable de resolver el complejo problema de buscar una solución al ejercicio de dispensa por quienes

con carácter previo han denunciado —o de aquellos que a lo largo de la instrucción han declarado— y en el acto del juicio pretenden acogerse a la dispensa de no declarar del art. 416 LECrim.

El TS no era ajeno a esta complejidad, y fruto de esta había dictado dos Acuerdos no Jurisdiccionales, uno de 24 de abril de 2013 y otro de 23 de enero de 2018. En ambos se trataba de delimitar el contenido del art. 416 LECrim.

El primero de los Acuerdos establecía lo siguiente «La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto, y b) los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso». En virtud del primer criterio se delimita de manera temporal la posibilidad, mientras que en virtud del segundo se acude a la actuación que haya tenido la víctima desde el punto de vista procesal; en este caso, la personación como acusación particular equivaldría a ir contra sus propios actos.

El segundo Acuerdo, de fecha 23 de enero de 2018, sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establecía que: «1. El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el rt. 416 de la LECrim impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. 2. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición». Ello supone que el derecho a la dispensa no se perdía, aunque se hubiese renunciado a él con anterioridad, de manera expresa, declarando, o de forma tácita, personándose como acusación particular.

Lo cierto es que la meritoria labor de los tribunales a la hora de interpretar la ley no debe desbordar la necesidad de que el legislador, ponderando los intereses en juego, delimite los contornos de la dispensa, dotando de calidad democrática y certeza a un derecho constitucional que debe ser desarrollado legislativamente. Es más, esta ley debe ser lo suficientemente precisa como para generar seguridad y previsibilidad en los destinatarios de la dispensa⁴¹.

Pues bien, la nueva redacción del art. 416 LECrim aborda la cuestión en los puntos 4.º y 5º, que disponen, respectivamente: «Cuando 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», suprimiendo la posibilidad de dispensa.

Es preciso señalar que el análisis se limita a aquellos supuestos en los que el menor, comprendiendo el sentido de la dispensa, ha declarado en la fase de instrucción. Quedan excluidos aquellos casos en los que la exploración del menor se ha producido sin que este haya decidido sobre la dispensa por carecer de madurez suficiente para el ejercicio de ese derecho, puesto que en este último supuesto no ha existido una renuncia a la dispensa.

3.2.4.2. *Acerca de la posibilidad de acogerse en el acto del juicio a la dispensa*

La sentencia arriba citada expuso los argumentos que deben tenerse en cuenta para delimitar el contenido de la dispensa, rebajando el marco procesal en que podía ser objeto de esa renuncia cuando llegaba el momento del juicio. Si un testigo-víctima con conocimiento de la posibilidad de dispensa ha resuelto con anterioridad el conflicto entre los vínculos de solidaridad creado por el parentesco y ha decidido si protege o no la intimidad del ámbito familiar, declarando durante la fase de instrucción, con posterioridad, llegado el momento del juicio, no puede recobrar un derecho del que ya carecía por haber renunciado a él con anterioridad de manera consciente y libre. El derecho a la dispensa es un derecho renunciabile, puede ejercerse o no, pero una vez renunciado al él nuestro legislador entiende que no hay motivos para que pueda renacer, dado que lo contrario sería ir contra los propios actos⁴². La declaración durante la instrucción no es algo baladí⁴³, sino que a ella se llega porque se ha iniciado un proceso penal y se ha decidido declarar en los casos en los que existe ya una situación insostenible para la víctima, en la que está pidiendo el amparo de la ley ante la existencia de unos hechos graves. La declaración y el ejercicio de la dispensa ha debido ser, pues, una cuestión bien informada y ejercida con pleno conocimiento⁴⁴.

Nuestro legislador vuelve a ser extremadamente tuitivo con las víctimas, le interesa reducir el marco de impunidad de los autores de estos hechos. Con la posibilidad de dispensa anterior a la reforma, este marco de impunidad se alargaba, en la medida en que, en el caso de que en el acto del juicio se acogiese el testigo a la dispensa de no declarar, aunque hubiese declarado con anterioridad, el acogimiento de la dispensa impedía, además, rescatar su declaración. Dado que el testimonio de la víctima es una prueba fundamental en la mayoría de estos delitos, la acusación pública quedaba privada de una prueba en que apoyar sus tesis. La reducción de este marco de impunidad ya había sido motivo de delimitación de derechos en unos delitos específicos, los de violencia de género. Así, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en su artículo art. 44.5, prohíbe la mediación. Además, si se alarga la posibilidad de dispensa, este lapso puede aprovecharse para continuar ejerciendo presión y coacción, o para generación de cierto sentimiento de culpa y responsabilidad debido a los lazos afectivos con la víctima a efectos de que cambie su decisión de declarar. Así, la propia sentencia, señala que «[...] de esta forma, el testigo víctima, no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo».

Ahora bien, ¿debe ser esta la solución? A mi juicio, una vez que ha declarado, y lo ha hecho con toda la información necesaria, al testigo-víctima ya no debe otorgársele ni la oportunidad de acogerse a la dispensa, pues renunció a ella, ni la de «borrar» una declaración efectuada con todas las garantías y sus efectos. Por estos motivos, la víctima debe estar perfectamente informada de la posibilidad de dispensa en el momento de presentar la denuncia y en el momento de declarar. La labor del psicólogo forense, así como la de su abogado se torna especialmente importante por las eventuales consecuencias posteriores.

El debate, como vemos, puede presentarse en un doble plano: por una parte, el que concierne a los efectos procesales de la primera declaración y, por otra parte, el que atañe

a sí, una vez ejercitada la renuncia a la dispensa, este derecho deja de existir en fases procesales posteriores. La solución intermedia sería la posibilidad acogerse con posterioridad a la posibilidad de dispensa, pero pudiendo aprovechar las declaraciones vertidas durante la fase de investigación.

En lo referente a los efectos de la primera declaración, cuando la víctima decide declarar —con todo el conocimiento y las consecuencias que acarrea el hecho de acceder a prestar declaración— no hay ningún argumento jurídico para considerar que este tipo de declaraciones son, desde el punto de vista ontológico, distintas al resto de las declaraciones que se prestan en el proceso penal⁴⁵. Si en cualquier procedimiento a una víctima-testigo no se le permite borrar esta declaración, e incluso si puede rescatarse la declaración prestada durante la fase de investigación (art. 730 LECrim), no hay motivo alguno para que, en una declaración prestada durante la fase de instrucción, en atención al sujeto se le dé la oportunidad de dejar sin efecto esa declaración, lo que en muchos casos supone, ni más ni menos, arrebatar la prueba de la acusación pública. A ello habría que añadir la posibilidad de manipulación cuando nos referimos a una persona menor de edad y el contexto en el que puede encontrarse.

Si lo que se pretende es reducir el margen de impunidad cuando nos encontramos con este tipo de víctimas, de eliminar trabas en términos del Convenio de Lanzarote, lo más apropiado es reducir el marco de la dispensa que, cuando se ha declarado, lo que crea es una disfunción procesal en la medida en que una diligencia practicada con todas las garantías no pueda formar parte del bagaje probatorio en los casos en los que se ha llegado al juicio precisamente por la existencia de esta prueba. Es tanto como dejar en manos de la víctima el resultado del procedimiento cuyo progreso ella misma favoreció con su actuación. Incluso cuando ya ha decidido exponer la intimidad familiar para recabar protección ante unos hechos delictivos (pues no debe olvidarse la premisa de que nos encontramos ante una contexto antijurídico de naturaleza delictiva que ha sido considerado por el legislador como una auténtica «lacría social»), ese conocimiento de la intimidad ya ha sido revelado, y no es un conocimiento de la intimidad normal, sino la exposición de una actividad delictiva, en algunas ocasiones de cierta entidad y de un elevado riesgo a raíz de las cifras. En estas circunstancias, ¿un Estado social y de Derecho debe cerrar los ojos y dar una segunda oportunidad a la víctima para evitar que la Justicia actúe?

Lo expuesto hasta ahora con carácter general se agrava cuando nos encontramos ante una persona menor de edad. En estos casos, no parece que el legislador protegiese mejor los derechos y respondiese de manera adecuada al principio de actuar en consideración a un «interés superior del menor». Si cualquier forma de violencia ejercida sobre una persona menor merece el calificativo de injustificable, todavía es más dramática cuando la violencia procede de las personas que viven con la víctima, de quienes tienen la obligación de protegerle, educarle y velar por su bienestar. El legislador está obligado a extremar las cautelas e impedir que la persona menor continúe o regrese a un entorno familiar presidido por un contexto de violencia, y poner así en peligro su desarrollo no solo físico, sino también emocional y afectivo. Por tanto, lo que está en juego no es únicamente la posibilidad de investigar y sancionar delitos, el *ius puniendi* del Estado frente al derecho a la intimidad

personal y familiar, sino también la protección real y efectiva del interés superior del menor, máxime cuando, a efectos de dotar de contenido a este interés superior, debe tenerse en mente, entre otras circunstancias, que su convivencia, vida y desarrollo tengan lugar en un entorno adecuado y libre de violencia.

La familia a la que hace referencia el art. 39 CE es un núcleo social que protege a sus miembros y en el que sus interrelaciones están basadas en el afecto, no en la violencia. Con estos planteamientos, lo más razonable parece eliminar la posibilidad de que la víctima menor que ha declarado con conocimiento de las consecuencias no tenga la facultad de eliminar esa declaración.

Sin embargo, el legislador también prevé la imposibilidad de que, una vez ejercida la renuncia a la dispensa, la víctima pueda acogerse a ella con posterioridad. La renuncia no es solo para esa declaración, sino para cualquier declaración que se realice con posterioridad. Hay que recordar que, cuando la víctima es un menor de catorce años, la declaración se llevará a cabo en la fase de instrucción con los requisitos de la prueba preconstituida. En estos casos, lo propio es solicitar la reproducción de la grabación en el acto del juicio. No obstante, cabe plantearse si esa víctima, ya con dieciséis años, puede acogerse a la dispensa en el acto del juicio si la declaración no se realizó con todos los requisitos exigidos o incluso solicitar una nueva declaración cuando su madurez haya experimentado una evolución considerable. En el supuesto de nulidad de la declaración, la víctima menor de edad acudiría al acto del juicio con una libertad total de acogerse o no a la dispensa; la nulidad de la primera de las declaraciones impide rescatar cualquier efecto de aquella declaración. Ahora bien, todas las cautelas que han sido mencionadas a la hora de recibir declaración al menor son, ahora, aplicables.

Muchos más problemas plantean los casos en que la víctima, con dos años más de edad desde que declaró y con una mayor madurez, decidiese en ese momento acogerse a la dispensa a la cual renunció dos años atrás, con una comprensión del contenido y los efectos de la dispensa. En el precepto el legislador utiliza la expresión «debidamente informado». En este caso, debido a las especiales circunstancias de la víctima-testigo, la cuestión tiene una connotación especial. Ya hemos hablado del problema de la madurez, su determinación y las consecuencias. Pues bien, ahora, llegado el acto del juicio, podría valorarse si efectivamente el menor ha sido «debidamente informado». Por ello hay que incidir en la necesidad de que un experto lleve a cabo la acción de informar, teniendo presente tanto la capacidad de comprensión de la víctima como su situación y, en su caso, los condicionantes del caso. Ante esta nueva situación, lo primero que debe decidir el órgano sentenciador es si existía madurez cuando la persona menor renunció a la declaración, cuestión que debería ser objeto de debate independiente, lo que supone que la decisión que se adoptó en el momento en que se resolvió sobre esa cuestión durante la fase de investigación fue recurrida o cuando hubo oposición por alguna de las partes. De lo contrario, parece que atacar en el acto del juicio una decisión basada en la percepción del juez de instrucción con un dictamen pericial sobre la capacidad para declarar y una grabación en la que conste todo ello exigiría una muy buena fundamentación y sería algo excepcional. No obstante, lo dicho nos recuerda —y debemos insistir en ello— que el término empleado por el legislador «debidamente»

supone la necesidad de que esa advertencia tenga unas características especiales referidas a la persona que la realiza, el contenido de la información y la forma, adaptada a las especiales necesidades de quien recibe la información (art. 4 EVD).

Si por cualquier circunstancia se llegase a la nulidad de esa declaración—hipótesis que, como he dicho, sería muy extraña—, volvemos a referirnos a las cautelas para la valoración de la dispensa a las que ya hemos aludido.

4. CONCLUSIONES

El proceso penal debe ser especialmente respetuoso con un tipo de víctimas, las personas menores de edad. Incluso dentro de este grupo, cuanta menos edad tenga la víctima, más intensa debe ser la protección. La víctima, por ser menor de edad, no puede ser excluida del proceso penal, será su madurez y circunstancias las que determinen su forma de participación, de manera directa o a través de sus representantes.

La edad influye de manera diferente en la víctima, y es preciso distinguir, de un lado, la capacidad a la hora de aportar información sobre el objeto del proceso y, de otro, la posibilidad de tener una participación activa mediante el ejercicio de derechos procesales. La psicología ha situado a partir de los tres años la horquilla de edad de la víctima-testigo menor para poder aportar datos al proceso. Factores como la capacidad de captación de datos, su fijación o memoria, su exteriorización y la sugestión hacen que con menos de esa edad los datos que pueda aportar el niño/a no sean fiables. Por el contrario, para el ejercicio de los derechos procesales por la persona menor de edad se exige una madurez mental en la medida en que se están gestionando unos intereses, lo que requiere una valoración: la capacidad de gestión se cifra en una edad cercana a los 14 años. En la LO 8/2021, nuestro legislador incide nuevamente en la posibilidad de autogestión por parte de los menores de edad con suficiente madurez.

Las exigencias de respeto a la participación y a su dignidad, así como la finalidad de minimizar los efectos traumáticos del proceso penal en este tipo de víctimas, imponen la modulación de algunos aspectos del procedimiento. Entre ellas se encuentra la participación de profesionales expertos para la determinación tanto de la capacidad de estas víctimas-testigos como de la capacidad de ejercicio de los derechos procesales. Esta colaboración de expertos es fundamental por motivos victimológicos, entre los que se encuentran sus conocimientos para interactuar con menores, y porque afectan al rendimiento y eficacia de la prueba, pues su metodología y experiencia les dotan de una mejor posición para obtener la información que puedan aportar los menores sobre el objeto del proceso. El hecho de que el legislador les haya otorgado esa capacidad de gestión no significa que no se tengan en cuenta sus circunstancias personales en el ejercicio de sus derechos.

Las condiciones subjetivas de la edad de la víctima, los avances científicos en las ciencias del conocimiento, el rendimiento de la prueba y las razones victimológicas hacen conveniente que la declaración de la víctima menor de edad, en determinados casos, se practique como prueba pericial y no como testifical.

La reforma de 2021 concede a la víctima menor de edad la posibilidad de ejercitar directamente la dispensa del art. 416 LECrim cuando tiene capacidad para comprender el alcance de su decisión. Sin embargo, la determinación de la madurez en determinados casos, sobre todo en delitos de violencia sexual, exige necesariamente recurrir al auxilio de expertos no solo para determinar su capacidad, sino también para que dictaminen si esa decisión es libre y voluntaria. Por este motivo, no caben fórmulas apriorísticas a la hora de señalar una edad para el ejercicio de la dispensa.

La prolongación en el tiempo del procedimiento penal hace que la madurez para ejercitar la dispensa se pueda realizar en el acto del juicio por el menor cuando no se haya efectuado en la fase de investigación.

De igual manera, cuando la víctima, con una información clara y accesible en atención a sus características personales sobre la posibilidad de dispensa, haya decidido declarar en la fase de investigación, llegado el acto del juicio no podrá acogerse a la posibilidad de dispensa, pues renunció a ese derecho. Tampoco podrá borrar del procedimiento una declaración hecha con todas las garantías procesales. No obstante, la expresión «debidamente informado», en atención a las circunstancias especiales de la víctima, edad y contexto, hace necesario que la información sea dada por personal especializado.

Los representantes legales podrán ejercer la dispensa del menor en los casos en los que carezca de madurez siempre y cuando no exista el conflicto de intereses que se produciría si la dispensa les correspondiera a ellos de manera directa y no ejerciendo los derechos de su representado.

NOTAS

1. SSTC, 300/2005, 31/1981 y 189/1998.
2. SSTS 28/2016, 125/2018 y 30/2020, y ATS 627/2015, entre otras muchas.
3. STS, 79/2016, con sus remisiones a las SSTS: 339/2007, 187/2012, 688/2012, 788/2012, 469/2013 y 553/2014, etc.
4. Conforme a la redacción dada por la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia al párrafo tercero del art. 448, relativo a la declaración de los testigos menores de edad y personas con discapacidad.
5. Sobre esta cuestión pueden consultarse Juárez López y Sala Berga (2011: 28-33); y Silva, Manzanero y Contreras (2018).
6. Sobre la capacidad para ser testigo de una persona con discapacidad o de un menor de edad, la STS 422/2016 declaró: «[...] En el proceso penal, el testigo se limita a participar al tribunal unos hechos desprovistos de cualquier valoración que el testigo pueda realizar y su testimonio será eficaz o no para el enjuiciamiento y acreditación de unos hechos en función de que lo que haya visto y presenciado lo comunique al tribunal del enjuiciamiento que lo valorará teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo».
7. Sobre el nacimiento y desarrollo de la inteligencia del niño, *vid.* Piaget (2014).

8. Silva, Manzanero y Contreras (2018). Los autores llevan a cabo un estudio sobre la memoria y el lenguaje en las pruebas testificales con menores en una franja de edad entre tres y seis años.
9. Juárez López y Sala Berga (2011: 14-68) analizan todos aquellos factores, tanto cognitivos como psicosociales, que influyen en el testimonio de los niños/as en edad preescolar: la memoria, el lenguaje, el pensamiento, la sugestionabilidad y el desarrollo moral y la mentira. *Vid.*, también, Ripollés García (2022: 5-10).
10. STS 596/2022.
11. Andrés Joven (2022: 4).
12. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de junio de 2005. Caso *Pupino*.
13. STS 179/2014 y 690/2021: «La valoración del testimonio del menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios. Los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados: debe propiciarse la entrada de esos elementos periciales de valoración de la credibilidad del testimonio de menores, mediante peritajes de psicólogos que, sin suplantar la función judicial, coadyuven con la misma».
14. Andrés Joven (2022: 20)
15. Todo ello en atención a lo dispuesto en el art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE 96, de 21 de abril de 2008).
16. Sobre esta cuestión, Endara Rosales (2022). El autor lleva a cabo un estudio sobre las barreras de acceso a la Justicia que tienen todas aquellas personas con determinados déficits que les impiden participar en condiciones de igualdad en el proceso. También, Ripollés García (2022: 2).
17. STS, Pleno, 389/2020 (Marchena, ⁶2016). A partir de la página 1030, el autor recoge la jurisprudencia de la Sala II sobre este extremo.
18. STS, 485/2021.
19. Fernández (2022: 1-2); y Andrés Joven (2022: 17).
20. STS 486/2016.
21. La STS 699/2014, Pleno, señala: «[...] conviene proclamar como punto de partida que la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de este, sino de aquel». *Vid.*, también, Fernández (2022: 2); y Andrés Joven (2022: 20).
22. STC, Pleno, 99/2019, de 18 de julio, sobre cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del TS respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las *personas*. «[...] también los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales. Es abundante el acervo doctrinal que afirma, como “parte del contenido esencial del art. 24.1 CE”, el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal [...] Por su parte, la STC 154/2002 [...] ha reconocido que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales —el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida— no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor de edad, menor que aparte de titular pleno de la libertad de creencias debe, cuando se trata de opciones personalísimas como la decisión vital de aceptar o rechazar una transfusión sanguínea por razón de creencias y se dispone de madurez suficiente que le habilite, reconocérsele la responsabilidad del ejercicio del derecho fundamental».

23. STS 209/2017: «El estatuto jurídico del menor conformado a partir del Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (recientemente reformados ambos textos por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), invitan a entender, como dijimos en la sentencia que acabamos de citar, que el acceso a la dispensa de declarar que incorpora al artículo 416.1 LECrim no está supeditado a la mayoría de edad». A continuación, la sentencia señala todo un conjunto de normas en la que la minoría de edad no es un obstáculo para el ejercicio de derechos.

24. STS 663/2018: «La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que tal advertencia es necesaria cuando los menores tengan la suficiente madurez. Aspecto este que puede depender de numerosas circunstancias que deben ser valoradas expresamente por el Tribunal. Cuando carecen de la necesaria madurez, la decisión corresponde al progenitor no privado de la patria potestad y que sea ajeno a los hechos objeto del proceso. En el mismo sentido, STS 130/2019, en este caso el menor tenía 7 años».

25. Castillejo (2020).

26. STS 389/2020.

27. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.

28. STS 329/2021. La STS 803/2014, niega de manera directa la madurez para captar el alcance del conflicto a un niño de once años. Por el contrario, la SAP de Madrid, Sec. 27, de 13 de mayo, N.º 303/2022, entiende correcta el ofrecimiento de la dispensa, así como su acogimiento por un menor de once años, en la condición de testigo en un delito lesiones de violencia sobre la mujer. Magro Servet, en sus conclusiones, la sitúa en los 14 años, ya que el art. 449 ter LECrim. permite al juez dispensarles de que tengan que acudir al juicio oral. Cfr. Magro (2021); y López García-Nieto (2022). Salvo que concurran circunstancias especiales que revelen que esa edad es prematura, esta última autora sitúa esa capacidad entre los 12 y 14 años.

29. Otro ejemplo lo encontramos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en la que se impone oír la opinión del menor en la toma de decisión de una intervención con grave riesgo solo si cuenta con 12 años.

30. STS 329/2021.

31. STS 342/2021.

32. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

33. Andrés Joven (2022: 19).

34. Andrés Joven (2022: 19); y Ortega (2021). Este autor señala los requisitos de la información a la hora de denunciar para que tenga consecuencias procesales posteriores la denuncia en relación con la dispensa.

35. Andrés Joven (2022: 4).

36. STS 663/2018 y 130/2019; y Fernández (2022: 4).

37. STS 225/2020.

38. En contra, Rodríguez (2021).

39. Sánchez Melgar (2021).

40. STS 389/2020, Pleno.
41. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013. Sentencia *Del Río Prada*.
42. STS 389/2020, Pleno.
43. Sobre las consecuencias de la denuncia con relación a la dispensa, *vid.* Ortega (2021).
44. Magro (2021).
45. En contra, Rodríguez (2021). Para esta autora, partiendo de lo declarado en uno de los votos particulares de la sentencia, entiende que el derecho de dispensa no surge en bloque y que, por tanto, puede ejercitarse en cada momento en el que se preste declaración, pues la posibilidad de dispensa solo afecta a la concreta declaración en que se ha realizado, sin ninguna consecuencia futura.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional

- STC, 31/1981, de 28 de julio.
 STC, 300/2005, de 21 de noviembre.
 STC, Pleno, 99/2019, de 18 de julio, sobre cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del TS respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Tribunal Supremo, Sala II

- STS, Pleno, 699/2014, de 28 de octubre.
 ATS, 627/2015, de 23 de abril.
 STS, 28/2016, de 20 de enero.
 ATS, 79/2016, de 21 de enero.
 STS, 264/2016, de 4 de abril.
 STS, 422/2016, de 18 de mayo.
 STS, 486/2016, de 7 de junio.
 STS, 686/2016, de 26 de julio.
 STS, 209/2017, de 28 de marzo.
 STS, 125/2018, de 15 de marzo.
 STS, 342/2018, de 10 de julio.
 STS, 503/2018, de 25 de octubre.
 STS, 538/2018, de 8 de noviembre.
 STS, 663/2018, de 17 de diciembre.
 STS, 706/2018, de 15 de enero.
 STS, 130/2019, de 12 de marzo.
 STS, 30/2020, de 4 de febrero.
 STS, 225/2020, de 25 de mayo.
 STS, 293/2020, de 10 de junio.
 STS, Pleno, 389/20, de 10 de julio.
 STS, 467/2020, de 21 de septiembre.
 STS, 329/2021, de 22 de abril.
 STS, 485/2021, de 3 de junio.

STS, 692/2021, de 15 de septiembre.
STS, 671/2021, de 9 de septiembre.
STS, 596/2022, de 15 de junio.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS JOVEN, Joaquín María (2022): *La intervención de niños y adolescentes en los procesos penales*, Madrid: CGPJ.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (2020): «Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género», *Diario LA LEY*, 9713.
- ENDARA ROSALES, Juan (2022): *La facilitación en el acceso a la Justicia*, Madrid: Plena Inclusión España.
- JUÁREZ LÓPEZ, Josep Ramón y Eva SALA BERGA (2011): *Entrevistando a niños preescolares víctimas de abuso sexual y/o maltrato familiar: eficacia de los modelos de entrevista forense*, Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- LÓPEZ GARCÍA-NIETO, Isabel (2022): «Análisis de la nueva redacción del art. 416 de la LECrim, establecida por Ley Orgánica 8/2021» [en línea] <<https://elderecho.com/analisis-nueva-redaccion-articulo-416-ley-enjuiciamiento-criminal>>. [Consulta: 19/04/2023.]
- MAGRO SERVET, Vicente (2021): «Análisis de la reforma procesal de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia», *Diario LA LEY*, 9862.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel (2016): «La prueba testifical», en A.P. Rives Seva (Dir.), *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, vol. 1, Pamplona: Aranzadi.
- ORTEGA CALDERÓN, José Luis (2021): «Denuncia y Artículo 416.1.5º LECrim tras la reforma operada por LO 8/21 de 4 de Junio» [en línea] <<https://elderecho.com/denuncia-y-articulo-416-1-5o-lecrim-tras-la-reforma-operada-por-lo-8-21-de-4-de-junio>>. [Consulta: 19/04/2023.]
- PIAGET, Jean (2014): *El nacimiento de la inteligencia del niño*, Barcelona: Editorial Crítica.
- RIPOLLÉS GARCÍA, Alicia (2022): «Impacto psicológico del paso por los tribunales de niños y niñas. Recuperación», Madrid: CGPJ.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana (2021): «Claves de la reforma de la dispensa del deber de declarar ex LO 8/2021, de 4 junio», *Diario LA LEY*, 9916.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián (2021): «Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio» [en línea] <<https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio>>. [Consulta: 19/04/2023.]
- SILVA, Eva A., Antonio L. MANZANERO, Antonio y María José CONTRERAS (2018): *CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar*, Madrid: Dykinson.

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2023.

Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2023.