

Consulta 1/2025, de 28 de julio, sobre la interpretación de la excepción a la dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Índice: 1. Objeto de la consulta. 2. Consideraciones generales. 3. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. 4. Concepto de víctima menor de edad y derecho de la infancia y la adolescencia a ser protegida frente a conductas violentas cometidas en el ámbito familiar. 5. Interpretación de la excepción prevista en el art. 416.1.1.º LECrim. 6. Conclusión

1. Objeto de la consulta

La Fiscalía consultante, tras constatar la existencia de resoluciones judiciales contradictorias, plantea a la Fiscalía General del Estado qué interpretación debe hacerse del art. 416.1.1.º LECrim y, particularmente, del concepto «víctima menor de edad».

En concreto, somete a consideración si en los asuntos relacionados con la violencia sobre la mujer, cuando los hijos e hijas menores han presenciado los hechos de los que su madre ha sido víctima directa, siendo el sujeto activo su pareja o expareja, puede acogerse aquella a la dispensa prevista en el art. 416.1 LECrim.

A la consulta planteada se adjuntan dos autos. En primer lugar, el auto núm. 384/2022, de 11 de mayo, dictado por la Sección 20.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que, estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el sobreseimiento provisional de la causa, declara que los y las menores testigos de la violencia dirigida contra sus madres por parte de su pareja o expareja, deben ser considerados víctimas, aunque la violencia física o moral no haya sido infligida directamente contra ellos. En consecuencia, estima que la madre no

puede acogerse a la dispensa legal en el caso de que sus hijos/as menores hayan presenciado los actos de violencia física o psíquica de los que ella haya sido directamente perjudicada.

En las antípodas de la anterior resolución se encuentra el segundo de los autos aportados con la consulta: el auto núm. 766/2022, de 4 de octubre, dictado por la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este caso, ante un supuesto de hecho similar, el tribunal considera, en apretada síntesis, que los conceptos de víctima y perjudicado por el delito son distintos y que las personas menores de edad, al no ser sujetos pasivos de la conducta violenta, no pueden considerarse víctimas en sentido estricto a la vista del tenor literal del art. 153 CP, dado que no son titulares del bien jurídico protegido por la norma. En consecuencia, el tribunal reconoce a la madre el derecho de acogerse a la dispensa del art. 416.1 LECrim, desestimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto que sobreseyó la causa.

2. Consideraciones generales

En consonancia con el genérico deber de colaboración con la Administración de justicia (arts. 118 CE y 17.1 LOPJ), la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar ante los órganos judiciales a aquellos testigos que residan en territorio español y no estén impedidos para ello (art. 410).

Sin embargo, el segundo párrafo del art. 24.2 CE prevé la posibilidad de que la Ley excepcione ese deber general de colaboración con la Administración de justicia —en su vertiente de prestar declaración— por razón de parentesco o de secreto profesional.

En el ámbito del proceso penal, este precepto constitucional encuentra su desarrollo legislativo en el art. 416 LECrim, norma que regula la dispensa de la obligación de declarar del testigo cuando concurren determinadas relaciones de parentesco con la persona investigada o acusada, privilegio procesal que cede en los siguientes supuestos (art. 416.1 LECrim):

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.

Para la fase de enjuiciamiento, el art. 707 LECrim dispone en su párrafo primero que «todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos».

En armonía con las excepciones previstas en el apartado primero del art. 416 LECrim, introducidas en virtud de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, esta misma norma legal reformó el art. 261 LECrim para imponer en todo caso la obligación de denunciar «cuando se trate de un delito contra la vida, de un delito de homicidio, de un delito de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal,

de un delito de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, de un delito contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de un delito de trata de seres humanos y la víctima del delito sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

La incuestionable realidad que supone la violencia de género, reflejo de una cultura anclada en valores enfrentados con los derechos humanos, ha sido y es objeto de preocupación para el legislador, consciente de los diversos aspectos en los que esta violencia repercute, siendo muy evidentes los efectos directos que produce en los y las menores que se ven expuestos a la violencia.

Sin duda, este es el contexto en el que ha de situarse la modificación introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, que en su preámbulo reconoce como *voluntas legislatoris* la de «proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección».

Según doctrina y jurisprudencia pacíficas, la dispensa entre parientes se justifica en el principio de inexigibilidad de otra conducta que no sea la de guardar silencio con la finalidad de proteger la intimidad familiar y los vínculos afectivos y de solidaridad existentes entre sus miembros (art. 39 CE). Con el reconocimiento de la dispensa pretende resolverse el conflicto que se puede plantear al testigo entre la obligación de decir verdad y el vínculo afectivo y de solidaridad que le une a la persona investigada o acusada, que podría verse gravemente afectado por el relato de hechos que pudiera provocar la imposición de una sanción penal (v. gr. STC 94/2010, de 15 de noviembre; SSTs 134/2007, de 22 de febrero; 459/2010, de 14 de mayo; 703/2014, de 29 de octubre; 486/2016, de 29 de octubre; 205/2018 de 15 de abril; 175/2021, de 25 de febrero; 122/2023, de 23 de febrero; 550/2023, de 5 de julio).

Por el mismo fundamento, están exentos de las penas impuestas a los encubridores los parientes directos del sujeto activo del delito (art. 454 CP). Se les reconoce así un derecho a no colaborar en aquella investigación judicial que tenga por objeto un hecho punible atribuido a uno de los familiares previstos en la norma.

3. Doctrina de la Fiscalía General del Estado

La mayor vulnerabilidad que la dispensa del art. 416 LECrim puede provocar en las víctimas de violencia sobre la mujer, al verse reforzado el agresor en su posición de dominio, ha sido —desde lejos— una preocupación de la Fiscalía General del Estado, que ya se pronunció al respecto en la Instrucción núm. 3/1988, de 1 de junio, *sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales*. Esta Instrucción recordaba el mandato constitucional que debe cumplir el Ministerio Fiscal —velar por la defensa y protección de las personas menores y desvalidas— y exhortaba a los y las fiscales a «reprimir con toda ejemplaridad los supuestos de lesiones y malos tratos a mujeres, supliendo con su investigación las deficiencias de pruebas que puedan originarse en estos procesos por los naturales temores con que las mujeres comparecen en este tipo de procedimientos».

En la misma línea, la Circular de la FGE núm. 6/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación con la violencia sobre la mujer*, abordó una serie de criterios para la interpretación y aplicación de los arts. 261 y 416 LECrim, cuya vigencia se ha mantenido en todo aquello que no se ha visto afectado por la posterior evolución jurisprudencial, reflejada esencialmente en los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013;

de 23 de enero de 2018 y de 10 de julio de 2020; en las SSTS 449/15, de 14 de julio; 205/18, de 25 de abril; 389/2020, de 10 de julio; y 485/2021, de 3 de junio; así como por las posteriores reformas legislativas, singularmente la operada en virtud de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, norma que introduce cinco excepciones a la aplicación de la dispensa del art. 416.1 LECrim, adaptando el precepto a la evolución jurisprudencial.

Asimismo, la interpretación y aplicación de la dispensa prevista en el art. 416.1 LECrim ha sido objeto de análisis en diversas jornadas de fiscales delegados/as de violencia sobre la mujer, plasmando el resultado de sus debates, entre otras, en las conclusiones de las jornadas celebradas en los años 2016, 2018, 2020 y 2021. En tales documentos, la Fiscalía fue adaptando su posición a la evolución jurisprudencial y a los sucesivos acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, efectuando, asimismo, propuestas de reforma legislativa.

4. Concepto de víctima menor de edad y derecho de la infancia y la adolescencia a ser protegida frente a conductas violentas cometidas en el ámbito familiar

Para interpretar el alcance de la excepción a la dispensa prevista en el art. 416.1.1.º LECrim es imprescindible analizar el concepto de «víctima menor de edad» a la luz de la normativa nacional e internacional.

Conviene comenzar recordando que el art. 39.4 CE proclama la protección a la infancia como principio rector de la actuación de los poderes públicos («los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»).

Entre esa normativa internacional a que alude el texto constitucional cobra especial importancia la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

La Convención consagra en su art. 3.1 el principio general del superior interés del menor, que siempre deberá tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas cuando en el conflicto a resolver se vean afectados derechos de personas menores de edad; y en su art. 19 la obligación de los Estados de proteger a los niños contra todas las formas de violencia, daño, abuso, negligencia, maltrato o explotación tanto física como mental.

Ambos preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño han sido objeto de desarrollo por las Observaciones Generales n.º 13 (2011) y n.º 14 (2013) del Comité de Derechos del Niño.

En concreto, la Observación General n.º 13 define la violencia como «toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual» y aclara que «la expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. La frecuencia, la gravedad del daño y la intención de causar daño no son requisitos previos de las definiciones de violencia».

En consonancia con lo anterior, la Observación integra entre las formas de violencia mental la exposición de los y las menores a cualquier tipo de violencia doméstica y declara que «la crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general».

Por su parte, la Observación General n.º 14 *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, aborda el concepto del superior interés del menor y lo integra en tres dimensiones diferenciadas:

i) Como derecho sustantivo, pues constituye «el derecho a que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general».

ii) Como principio jurídico interpretativo, por lo que «si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva al interés del niño».

iii) Como norma de procedimiento, en la medida en que «el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales».

Por otra parte, la Observación General n.º 14 refiere que «en la vía penal, el principio del interés superior se aplica a los niños en conflicto con la ley (es decir, autores presuntos, acusados o condenados) o en contacto con ella (como víctimas o testigos), así como a los niños afectados por la situación de unos padres que estén en conflicto con la ley».

De lo expuesto puede colegirse que la protección de las personas menores de edad frente a la violencia se enmarca en el ámbito de los derechos humanos y que la primacía del superior interés ha de incorporarse no solo como derecho

primordial, sino como criterio interpretativo que ha de prevalecer ante cualquier decisión que afecte a los y las menores.

En relación con la violencia de género, en el marco europeo debe mencionarse el Convenio del Consejo de Europa *sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Su art. 18 impone a los Estados la obligación de adoptar medidas legislativas u otras necesarias para proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia, respondiendo a las necesidades específicas de las personas vulnerables, incluso los hijos y las hijas de las víctimas.

La consideración de víctima de los y las menores en relación con la violencia de género también ha sido asumida en el ámbito de la Unión Europea. Así, la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, *sobre el impacto de la violencia doméstica y del derecho de custodia en las mujeres y los niños [2019/2166(INI)]*, dispone lo siguiente:

i) Considerando AC: «La violencia en el marco de la pareja o expareja está intrínsecamente relacionada con la violencia contra los menores y el maltrato infantil; que la exposición de los niños a la violencia doméstica debe considerarse violencia contra los niños; que los niños expuestos a la violencia doméstica sufren consecuencias negativas para su salud mental o física, que pueden ser de naturaleza aguda y crónica».

ii) Considerando AD: «El crecimiento en un entorno de violencia doméstica conlleva consecuencias muy negativas para el desarrollo físico, emocional y social del niño y su posterior comportamiento como adulto; que la exposición a la violencia en la niñez, ya sea como víctima de malos tratos o como testigo de episodios de violencia doméstica, constituye un factor de riesgo de cara a convertirse en vulnerable a la victimización o cometer actos de violencia como

adulto, o bien experimentar problemas de comportamiento o de salud física o mental».

En su Observación General n.º 10, la citada Resolución del Parlamento Europeo «insta encarecidamente [a los Estados] a que toda forma de violencia, incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, se considere tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de los derechos humanos y un acto contra el interés superior del menor».

Recientemente, también en el marco europeo, se ha reforzado la consideración de víctimas de las y los menores que presencian actos violentos cometidos contra sus madres. Así, la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, *sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, declara expresamente que «debido a su vulnerabilidad, ser testigo de violencia doméstica puede ser devastador para los menores. Los menores que son testigos de violencia doméstica dentro de la familia o de la unidad doméstica suelen sufrir daños psicológicos y emocionales directos que afectan a su desarrollo y corren un mayor riesgo de padecer enfermedades físicas y mentales, tanto a corto como a largo plazo. El reconocimiento de que los menores que han sufrido daños causados directamente por haber sido testigos de violencia doméstica son a su vez víctimas supone un paso importante en la protección de los menores que sufren como consecuencia de la violencia doméstica» (considerando 13).

En cuanto al concepto violencia doméstica, la Directiva (UE) 2024/1385 la define en su art. 2 c) como «todo acto de violencia de naturaleza física, sexual, psicológica o económica que se produzca dentro de la unidad familiar o doméstica, sean cuales sean los vínculos familiares biológicos o jurídicos, o entre cónyuges o excónyuges o parejas o exparejas, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio con la

víctima». Véase que la Directiva no exige que las conductas violentas presenten una especial gravedad o continuidad en el tiempo para considerar la existencia de violencia doméstica, lo que se encuentra en plena sintonía con la posición adoptada al efecto por el Comité de los Derechos de Niño de Naciones Unidas y por el Consejo de Europa en el Convenio de Estambul.

En base a lo anterior, el apartado c) del art. 2 de la Directiva considera víctimas a los y las menores que hayan sufrido algún daño por haber sido testigos de violencia doméstica.

Tales principios inspiradores se han trasladado a otros preceptos de la Directiva. Así, su art. 31.1, al regular el apoyo para los menores víctimas, dispone que «los Estados miembros se asegurarán de que se preste a los menores un apoyo específico adecuado tan pronto como las autoridades competentes tengan motivos razonables para pensar que ese menor podría haber estado sometido a violencia contra las mujeres o violencia doméstica, o podría haber sido testigo de ellas». De este modo, se estima que son víctimas y que, por tanto, deben ser oportunamente protegidas, tanto las personas menores de edad que sean sujetos pasivos del delito, como las que, sin llegar a serlo, hayan sido testigos de actos constitutivos de violencia de género o de violencia doméstica.

En este punto, resulta importante reseñar que la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, *sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, prescinde de la distinción entre víctimas directas e indirectas, a diferencia de 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, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*, que consideraba víctimas indirectas a los familiares de las personas fallecidas a consecuencia de un delito, lo que se trasladó a la

Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*. En consecuencia, los y las menores testigos de la violencia sufrida por sus madres a mano de sus parejas o exparejas deberán ser considerados y tratados como víctimas de tales violencias.

Aunque la Directiva (UE) 2024/1385 se encuentra pendiente de transposición al ordenamiento nacional (su art. 49 establece como fecha límite el 14 de junio de 2027), fija criterios que necesariamente deben influir en la interpretación de la normativa interna, en pro del superior interés de los y las menores, y que deben llevar necesariamente a considerar que los menores de edad que presencian la violencia ejercida sobre su madres, tutoras o guardadoras son, a su vez, víctimas directas de tal violencia, aunque no sean sujetos pasivos del delito.

Por consiguiente, el art. 416.1.1.º LECrim debe ser interpretado considerando «víctima menor de edad» a aquellos menores que se hayan visto obligados a presenciar conductas violentas perpetradas contra su madre por la pareja o expareja de esta, en base al *principio de interpretación conforme*, en línea con la doctrina del TJUE plasmada en su Sentencia de 16 de junio de 2005 (asunto C-105/03), principio en virtud del cual los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a aplicar las normas del Derecho nacional a la luz de la letra y finalidad del Derecho de la Unión, incluso antes de su transposición al ordenamiento jurídico interno.

La Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito* (en adelante LEVD), constituye la piedra angular en la protección de la víctima en el ordenamiento jurídico español. Esta norma traspuso al ordenamiento interno la normativa europea en la materia y, especialmente, 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, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo*.

La LEVD se concibe como un catálogo de todos los derechos procesales y extraprocesales de la víctima del delito y en su art. 2 proporciona un concepto unitario y amplio de las personas que pueden tener dicha condición:

Las disposiciones de esta Ley serán aplicables:

a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se trate de los responsables de los hechos:

1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.

2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

Las disposiciones de esta Ley no serán aplicables a terceros que hubieran sufrido perjuicios derivados del delito.

La LEVD no proporciona una definición distinta de víctima menor de edad, pero sí atribuye la condición de víctimas especialmente vulnerables a las personas menores de edad (art. 23), dotándoles de un mayor grado de protección (art. 26).

La minoría de edad es un criterio objetivo de vulnerabilidad, pues en los niños, niñas y adolescentes concurre *per se* una falta de evolución madurativa que, por un lado, determina la carencia de herramientas para su autodefensa ante situaciones de peligro o riesgo que, por ende, limita la comprensión y reacción ante las mismas; y, por otro, condiciona de forma incontestable el libre y equilibrado desarrollo de su personalidad.

La especial protección de las personas menores de edad, derivada de su vulnerabilidad, entronca con la incorporación del principio transversal de primacía del «superior interés del menor» que tiene su reflejo en el preámbulo de la LEVD, en línea con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*, cuyo art. 13 proclama, como principios rectores de la actuación de los poderes públicos, la supremacía del interés del menor y la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal.

Hay que señalar, no obstante, que la concepción de víctima que facilita la LEVD no es totalmente coincidente con su estricto concepto jurídico-penal en el que dicha condición viene circunscrita al titular del bien jurídico lesionado por el delito, esto es, al ofendido o sujeto pasivo del mismo.

El preámbulo de la LEVD afirma que la ley parte de un concepto amplio de víctima que «comprende a la víctima directa, pero también a víctimas indirectas, como familiares o asimilados», de lo que se desprende que el legislador, en el ámbito de la violencia de género e intrafamiliar, no ha querido reducir el círculo de víctimas de los delitos a las personas directamente ofendidas por su comisión, sino que también lo ha extendido a las personas menores de edad que, estando dentro de la esfera familiar del sujeto pasivo del delito, puedan verse afectadas en sus derechos y libertades por la comisión del ilícito penal. Por ello, el párrafo tercero del art. 10 LEVD dispone que «los hijos menores y los menores sujetos

a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género, de violencia sexual, o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta Ley».

En los últimos años, la protección de las y los menores que conviven con la víctima ha sido objeto de especial preocupación por parte del legislador, que ha aprobado diversas normas a las que resulta obligado hacer referencia.

En primer lugar, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, mediante la que elevó a la categoría de delito la antigua falta de lesiones o maltrato de obra cuando los hechos se cometieran en el ámbito familiar o doméstico, incorporando, además, la imposición de las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetrare en presencia de menores. Al respecto, la Circular de la FGE núm. 4/2003, de 30 de diciembre, *sobre nuevos instrumentos jurídicos para la persecución de la violencia doméstica*, recordaba que «la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo», de modo que la Circular vino a considerar víctimas del delito a los menores que presencian la violencia, estimando que la convivencia en un ambiente violento atenta directamente contra sus derechos:

Ahora bien, determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de la fijación de la responsabilidad civil y de la adopción de medidas cautelares. Asimismo, esta consideración deviene esencial para impedir que la actitud de retractación (frecuente y humanamente explicable) de determinados denunciante adquiera eficacia: no sólo se trata de un delito público en el que no cabe ninguna figura de

perdón o de renuncia a la acción penal, sino que, además, la víctima frecuentemente no sólo es el sujeto pasivo de la acción violenta que manifiesta la retractación sino todos los restantes integrantes del núcleo de convivencia familiar.

En segundo lugar, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, en cuya exposición de motivos se afirma que «las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia». Mediante esta norma el legislador dejó ver su interés en proteger a las y los menores que se ven expuestos a actos violentos cometidos contra sus madres, considerándoles víctimas de tales conductas.

La terminología de víctima *directa* o *indirecta* utilizada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, es previa a la LEVD, siendo esta última norma la que ha delimitado conceptualmente sendas categorías de dicha condición, aunque de forma no coincidente con el significado dado por aquella. En cualquier caso, debe recordarse que esta distinción entre víctimas directas e indirectas desaparece en la Directiva (UE) 2024/1385.

En tercer lugar, con la finalidad de avanzar en el ámbito de la protección de la infancia y la adolescencia, mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, el legislador modificó el art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004 para extender las medidas de protección integral a los hijos e hijas menores de las víctimas, así como a los menores sujetos a su tutela, guarda o custodia a quienes considera también víctimas de esta violencia.

El preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, califica de «atroz la violencia que sufren los menores que viven y crecen en un ambiente donde está presente la violencia de género», por cuanto condiciona su bienestar y

desarrollo, causándoles serios problemas de salud y convirtiéndoles en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer.

Asimismo, esta ley orgánica destaca que la convivencia de los menores en un entorno violento favorece la transmisión intergeneracional de las conductas violentas, concluyendo que «la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma».

La consideración como víctimas de las personas menores de edad que presencian actos de violencia cometidos contra sus madres ha sido acogida por nuestra jurisprudencia. Destaca, por todas, la STS (Pleno) 188/2018, de 18 de abril, en la que se afirma que la violencia de género que viven los menores «supone una experiencia traumática, produciéndose la destrucción de las bases de su seguridad, al quedar los menores a merced de sentimientos de inseguridad, miedo o permanente preocupación ante la posibilidad de que la experiencia traumática vuelva a producirse. Todo lo cual se asocia a una ansiedad que puede llegar a ser paralizante y que desde luego afecta muy negativamente al desarrollo de la personalidad del menor, pues aprende e interioriza los estereotipos de género, las desigualdades entre hombres y mujeres, así como la legitimidad del uso de la violencia como medio de resolver conflictos familiares e interpersonales fuera del ámbito de la familia».

A la hora de interpretar la expresión «en presencia de los y las menores» que justifica un subtipo agravado en diversos tipos penales relacionados con la violencia de género, la citada STS 188/2018, de 18 de abril, declara que lo que con ello pretende el legislador es «evitar la victimización de los menores que residen en el entorno doméstico, objetivo que tiene un sentido protector de sus personas en el contexto de la fenomenología de la violencia intrafamiliar o doméstica». Por ello, para la apreciación del subtipo agravado, el Pleno de la

Sala Segunda estima que no es preciso que los niños, niñas y adolescentes presencien directamente los hechos que justifican el dictado de la sentencia condenatoria, sino que «pueden conocer [la escena violenta] de forma sustancial a través de su capacidad auditiva y de otros medios sensoriales complementarios que le den perfecta cuenta de lo que está realmente sucediendo. Por consiguiente, la expresión “en presencia” no ha de interpretarse en el sentido de que los menores han de hallarse físicamente delante de las personas que protagonizan la escena violenta, de modo que el menor pueda tener una percepción visual directa de ellas», sin que proceda, por tanto, efectuar una interpretación literal del vocablo, que resultaría manifiestamente contraria al sentido y finalidad de la norma, sino que «ha de extenderse a las percepciones sensoriales de otra índole que posibiliten tener conciencia de que se está ejecutando una conducta agresiva de hecho o de palabra propia de una escena de violencia. Y es que en tales supuestos es patente que el menor resulta directamente afectado de forma muy negativa en su formación y desarrollo personal, en su maduración psico-social y en su salud física y mental».

Esta doctrina ha sido acogida en sentencias posteriores, entre las que cabe destacar la STS 478/2021, de 2 de junio.

De la normativa analizada hasta el momento se desprende claramente que, tratándose de menores de edad, tanto la normativa nacional como la europea e internacional manejan un concepto amplio de víctima tendente a reforzar la protección de la infancia y la adolescencia frente a conductas violentas, considerando como víctimas a los niños, niñas y adolescentes que se ven obligados a presenciar la comisión de actos violentos contra sus madres, tutoras y guardadoras en el ámbito de la violencia de género o intrafamiliar.

Partiendo de este marco, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, dio un paso más en

el camino dirigido a lograr el objetivo de proteger a las y los menores, considerándoles víctimas de la violencia cuando hayan sido testigos de los delitos cometidos contra sus madres. Para ello, el legislador modificó tanto el art. 544 ter LECrim para imponer como regla general la suspensión o no fijación del régimen de visitas del agresor con sus hijos e hijas menores, como el art. 416 LECrim, proporcionando la redacción actual sobre cuya interpretación versa la presente Consulta, a fin de restringir la aplicación de la dispensa en él prevista en los términos expuestos más arriba.

En cuanto a la finalidad de la reforma del art. 416.1 LECrim, el preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, declara que pretende luchar contra la violencia en la infancia y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, para lo que deviene esencial asegurar y promover el respeto de su dignidad humana e integridad física y psicológica, mediante la prevención de toda forma de violencia, y en lo que atañe a la regulación de la dispensa, proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección. Para ello, y con la finalidad de recoger la doctrina jurisprudencial al respecto, la norma introduce, como hemos visto, cinco excepciones a la dispensa constitucionalmente prevista por razón del parentesco, la primera de la cuales centra el objeto de la presente consulta.

Como corolario de lo anterior, debe concluirse que el concepto «víctima menor de edad» abarca tanto aquellos supuestos en los que los actos de violencia de cualquier tipo se cometan contra personas menores de edad como aquellos otros que se ejecuten contra terceras personas, pero en su presencia o en circunstancias que posibiliten que el/la menor tome conciencia de la violencia.

5. Interpretación de la excepción prevista en el art. 416.1.1.º LECrim

Como afirman las SSTS 205/2018, de 15 de abril, y 389/2020, de 10 de julio, las excepciones a la obligación general que tienen los testigos de colaborar con la Administración de justicia y declarar de manera veraz acerca de aquello que se les pregunte han de estar previstas en una norma con rango de ley y deben ser interpretadas de manera restrictiva, ponderando las exigencias de la justicia penal y del *ius puniendi*.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTEDH de 9 de junio de 2009 (asunto *Opuz* contra Turquía) y de 2 de marzo de 2017 (*Talpiz* contra Italia).

Singularmente, la STS (Pleno) 389/2020, de 10 de julio, pretendió evitar espacios de impunidad y otorgar una mayor protección a las mujeres víctimas de delitos violentos que recibían amenazas conminándoles a acogerse a la dispensa. Para ello, la Sala Segunda declaró irrecuperable la dispensa cuando la víctima, convenientemente informada, rechaza acogerse a la misma y decide prestar declaración, cuestión esta que fue acogida por el legislador en la reforma del art. 416.1 LECrim acometida en virtud de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio.

La voluntad del legislador desarrollada con la introducción de la excepción prevista en el art. 416.1.1.º LECrim fue la de proteger a los y las menores de edad, evitando que convivan en un ambiente violento, considerándoles víctimas directas, al amparo de la normativa nacional e internacional, cuando se ven obligados a presenciar actos violentos cometidos contra sus madres, tutoras o guardadoras, todo lo cual impone una determinada interpretación de la excepción que —recordemos— prevé que la dispensa no será de aplicación «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».

Como se ha expuesto, la protección de las personas menores de edad frente a cualquier manifestación de violencia se enmarca en el ámbito de los derechos humanos y la primacía del superior interés ha de incorporarse no solo como derecho primordial, sino como criterio interpretativo que ha de prevalecer ante cualquier decisión que afecte a los menores.

La interpretación de la norma exige tener presente el mandato constitucional de protección previsto en el art. 39 CE, así como el interés de los menores conforme a la normativa nacional e internacional en tanto interés superior a cualquier otro con el que pueda entrar en conflicto (SSTC 99/2019, de 18 de julio, y 81/2021, de 19 de abril) y, por tanto, preeminente a los intereses que representan la intimidad familiar y los vínculos afectivos y de solidaridad existentes entre sus miembros en los que se apoya la dispensa a la obligación de declarar, que puede dar lugar a situaciones de impunidad contrarias a la protección de los menores y al deber que tienen no solo los padres y tutores, sino todos los poderes públicos de velar por que vivan en un ambiente familiar y educativo libre de violencia.

Por tanto, partiendo del derecho fundamental del niño, niña o adolescente a vivir y desarrollarse en un ambiente sin violencia y de que su interés superior ha de ser primordial, la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de que la persona a quien corresponde la protección de ese derecho pueda acogerse a la dispensa. La opción contraria llevaría a permitir que quien tiene la responsabilidad de velar por el bienestar y salud psicológica y emocional de sus hijos e hijas menores de edad pueda disponer de este derecho y, por ende, mantener a los y las menores expuestos a la situación de violencia.

En consecuencia, los vínculos de solidaridad familiar que podrían determinar la voluntad de la madre para acogerse a la dispensa quiebran ante el superior interés de las personas menores de edad víctimas por haber presenciado el delito cometido contra su madre.

La interpretación del precepto también debe tener en cuenta el mandato contenido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*. El apartado primero de este precepto dispone que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Y su apartado segundo, letra c), establece que a la hora de interpretar las normas aplicables a un asunto que pueda afectar al superior interés de los menores se tendrá en cuenta, como criterio general, «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia».

A la vista del criterio interpretativo incorporado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, por el que «si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor», no parece que pueda discutirse la primacía del derecho de las y los menores a vivir en un ambiente libre de violencia frente al derecho de acogerse a la dispensa legal de la progenitora agredida por su esposo o pareja.

El art. 1.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, facilita una definición auténtica del concepto de violencia, entendida como «toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión». Pero, a mayor abundamiento, el párrafo segundo incluye en ese concepto «cualquier comportamiento violento» en el ámbito familiar de los menores de edad, sin exigir

que sean los sujetos pasivos de esa actuación ni que la conducta revista una especial gravedad o continuidad.

Asimismo, en atención a la amplitud del concepto de víctima del delito que proporciona la LEVD y a que el daño o perjuicio pueda ser físico o psíquico, debe concluirse que los menores de edad que presencian la violencia ejercida sobre sus madres son, en todo caso, víctimas directas de la misma, pues la vulneración del derecho a su desarrollo libre de toda manifestación violenta afecta a su salud psicológica, dado que con carácter general dará lugar a daños emocionales de presente y futuro. En este sentido, como se ha indicado *supra*, la Directiva (UE) 2024/1385, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, *sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, considera que los y las menores que han sido testigos de la violencia doméstica son, a su vez, víctimas de esta y, en consecuencia, merecedores de la misma protección que se dispense a los y las menores sujetos pasivos del delito.

Por todo lo expuesto, el interés de los y las menores que hayan presenciado la violencia ejercida contra su madre por su pareja o expareja resulta superior al resto de intereses con los que pueda entrar en conflicto y debe actuar a modo de guía para cualquier medida o decisión que se tome a lo largo del proceso penal.

6. Conclusión

En la interpretación y aplicación de la excepción a la dispensa de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1.1.º LECrim, se entenderán comprendidos en el concepto «víctima menor de edad» no solo los sujetos pasivos del delito, sino también las y los menores que se hayan visto expuestos o hayan sido testigos de conductas violentas perpetradas contra su madre, tutora o guardadora por la

pareja o expareja de esta en circunstancias que posibiliten que el/la menor tome conciencia de la violencia ejercida.

En consecuencia, las y los Sras./es. Fiscales velarán por que en tales casos no se reconozca a las madres, tutoras o guardadoras la posibilidad de acogerse a la dispensa de declarar, formulando, en su caso, la oportuna protesta e interponiendo los recursos correspondientes en los que instarán la nulidad de la diligencia al haberse cometido una infracción procesal provocadora de indefensión material.

En el ámbito de las diligencias de investigación preprocesal, los y las Sres./as. Fiscales no reconocerán a la madre víctima del delito la posibilidad de acogerse a la dispensa cuando los actos de violencia física, psíquica, sexual o de otra índole se hayan cometido en presencia de menores de edad.

En razón de todo lo expuesto, las y los Sras./es. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Consulta.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Fdo.: Álvaro García Ortiz