

LA DIGNIFICACION DE LA FAMILIA EN EL PROCESO PENAL Y ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE EL PARENTESCO: UNA NUEVA VUELTA A LA REGENERACION DEL PROCESO EN LA LECRIM.

Josefa Fernández Nieto

Doctora en Derecho. Letrada de la Administración de justicia

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2023.
Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2023.

I.- INTRODUCCIÓN.

II- LA DIGNIFICACIÓN DE LA FAMILIA EN EL PROCESO PENAL. ¿ES EL MOMENTO DE UN NUEVO PROCESO ANTE LOS HORIZONTES DE UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL?

2.1 El sistema acusatorio de la LECRIM y su superación por el principio de oportunidad

2.2. Un nuevo proceso penal para la tutela de las víctimas. La victimización secundaria como problema.

III.-ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES CONTROVERTIDAS SOBRE EL “PARENTESCO PENAL”.

3.1.-Dispensa del deber de declarar art. 416 LECrim y problemática actual con los menores y discapacitados

3.2.- Sobre el ejercicio de acciones penales entre parientes: una relación difícil entre el art. 103 LECrim y la excusa absolutoria del 268 CP

IV- CONCLUSIONES PARA UNA FUTURA REFORMA DE LA LECRIM.

RESUMEN:

En el presente trabajo tratamos de diseñar la difícil relación del derecho penal con el derecho de familia, por las distintas esencias y naturalezas de cada uno de ellos de idear un nuevo modelo de proceso penal. Entendemos que la tutela de los individuos que se encuentran más indefensos dentro de la familia, debe pasar por superar los viejos mandatos del principio acusatorio del siglo XIX dando entrada al principio de oportunidad. Asimismo, se estudian dos casos particulares sobre el “*parentesco procesal penal*”, actualmente controvertidos. Por un lado, la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim y, por otro, la excusa absolutoria del art. 268 CP. Debemos apostar por evitar las funestas consecuencias de la entrada del derecho penal en el ámbito familiar, siendo

lo más razonable deslindar el bien jurídico a proteger y medir la actuación del Estado, el *para qué* y el *por qué*. Dignificación y redefinición del derecho penal familiar, un nuevo reto para el legislador.

PALABRAS CLAVE

Víctima, derecho, proceso penal, victimización, familia.

I.- INTRODUCCION

La frase lapidaria de un clásico penalista español: *“la familia no tiene que ser protegida por el derecho penal. A la familia hay que protegerla del derecho penal”*, todavía está presente. Sugiere una importante reflexión, por lo que tiene de llamada de atención sobre la necesidad de no ver en el derecho penal el exclusivo instrumento jurídico para hacer frente a las crisis familiares. El significado del derecho penal como última ratio y el principio de intervención mínima, justifican la necesidad de huir de cualquier concepción taumatúrgica del derecho penal. El sistema punitivo, desde luego, no encierra fórmulas mágicas para aliviar las crisis familiares y restablecer la paz de la pareja o del grupo familiar, como señala brillantemente MARCHENA.

El Derecho de familia goza de amplia protección normativa en las sociedades civilizadas. Así el Comité de Derechos de la ONU recoge la tutela de la familia en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestra Carta Magna se consagra, la protección de la familia como un mandato constitucional impuesto por el art. 39 disponiendo que *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*. Se trata, por tanto, de una protección interdisciplinar que ha de adecuar su grado de tutela e injerencia a la singular naturaleza del conflicto familiar.

¿Qué papel ostenta el Derecho Penal en el Derecho de familia? Como sabemos el Derecho Penal es Derecho Público. De un lado, porque el objetivo de tutela del Derecho Penal (los bienes jurídicos) tiene carácter directamente comunitario, afectando a la colectividad organizada en forma de Estado. De otro, cuando un sujeto comete un delito no está sólo lesionando un bien jurídico individual de la víctima, sino un interés general de la sociedad por luchar contra la impunidad. El Derecho Penal, más que una relación entre dos particulares, sujeto activo y sujeto pasivo del delito, disciplina también una relación entre el Estado y el autor del delito². Un benéfico y perseguido fin del Derecho Penal es tanto

1 RODRIGUEZ DEVESA J. M., *Derecho penal español, Parte especial*, tomo I 2º edición (Valladolid, 1965), pág. 29. Este autor expone la teoría sobre la no abolición de los delitos relacionado con la familia.

2 Así JAKOBS G. en *Derecho penal parte general*, Madrid, 1995 Neuauflagen, 1997, 2001 señala que el Derecho Penal

calmar la alarma social que generaría la desprotección de ciertos bienes, la debilidad de ciertas prohibiciones éticas esenciales, como posibilitar amplia seguridad en el disfrute de los bienes jurídicos³ que se poseen.

Sin embargo, en ese afán de protección, la sociedad del siglo XXI, asiste a una expansión vertiginosa del Derecho penal, diría yo “sin freno”, expansión que también afecta al llamado “derecho penal familiar” como veremos.

Las relaciones familiares constituyen un entramado de derechos y deberes entre sus miembros, que encuentran su definición en el ámbito del derecho privado, frente al cual el Derecho penal debe cumplir su función de *última ratio*, sancionando aquellos comportamientos que atenten de forma más grave a los derechos propios de la relación familiar. El Derecho penal no es por tanto, el instrumento idóneo para la tutela de la institución familiar, máxime si tenemos en cuenta que la misma admite diversas modalidades más o menos formalizadas jurídicamente, lo cual incluso ha trascendido al propio Derecho penal.

Parece, pues, más adecuado circunscribir la intervención punitiva a la lesión grave de los derechos subjetivos con fundamento en el Derecho civil de familia, con especial atención a aquellos miembros de la misma en su condición de estar afectados de cierta vulnerabilidad (menores o discapacitados etc.) y que requieren una especial tutela en base a las últimas reformas de la LECrim, sobre todo en base a la reciente Ley Orgánica 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El moderno Derecho de Familia encuadrado en el proceso penal, exige la democratización de las relaciones familiares. La democratización penal pasa por el tratamiento igualitario de los miembros de la familia, rescatando y permitiendo ejercer los derechos de los miembros más débiles de la misma, como son: *los niños, las mujeres víctimas de violencia machista, los ancianos, o los discapacitados. No hablamos de familia como un todo, sino de los individuos que la componen como sujetos individualizados.* Democratizar implica: *no discriminar; no someter; no violentar* a algunos miembros más débiles de la familia por otros más fuertes y que el proceso penal se adapte con todas las exigencias garantistas a la naturaleza de estos delitos.

DE LA MATA sobre la existencia del denominado derecho penal familiar señala:

tiene en este sentido un efecto tranquilizador, de pacificación social, de consolidación de las esenciales expectativas normativas.

3 BAJO FERNANDEZ M., LASCURAIN SANCHEZ J.A. “El Derecho penal: concepto”, págs. 36-38, en la obra colectiva J LASCURAÍN SÁNCHEZ *Manual de Introducción al Derecho penal*, BOE, Madrid. 2019

“¿Qué importancia tiene hoy en día la “familia” a la hora de valorar su tutela penal, desde el reconocimiento del art. 39.1 de la Constitución?, ¿En serio en 2022 nos interesa penalmente la ilegalidad del matrimonio al margen de los perjuicios que para las partes implicadas (más vulnerables) puedan derivarse de ella?, ¿Cómo debemos valorar desde un pretendido bien colectivo el consentimiento del menor?, ¿Volvemos a estar en tuteladas que protegen aunque no se quiera por parte de la “víctima” dicha protección?. Fijémonos más en los menores, en lo que necesitan, requieren, demandan, y a partir de ahí configuremos tuteladas penales actualizadas y no trasnochadas⁴”.

Nuestro propósito en este trabajo, es reflexionar y apuntar algunas notas para el futuro de la “relación Derecho Penal- Familia”, y abordar una “modernización procesal en el ámbito del delito familiar”. Creemos que es más que pertinente.

II.- LA DIGNIFICACIÓN DE LA FAMILIA EN EL PROCESO PENAL ¿ES EL MOMENTO DE UN NUEVO PROCESO ANTE LOS HORIZONTES DE UNA NUEVA POLITICA CRIMINAL?

2.1.- El sistema acusatorio de la LECRIM y su superación por el principio de oportunidad

En el análisis de los delitos relacionados con los temas de familia, se hace necesaria una oportuna reflexión. Es idóneo el sistema penal acusatorio mixto del actual proceso penal?. Creemos que no. Como señala MONTERO AROCA, el sistema español, al que suele denominarse acusatorio formal, parte de la división del proceso en dos fases bien diferenciadas cada una de ellas regida por principios distintos. La primera, el procedimiento preliminar (y que legalmente se denomina sumario en el proceso ordinario y diligencias previas en el proceso abreviado) atiende al sistema inquisitivo si bien muy suavizado, mientras que la segunda, denominada legalmente juicio oral, se rige por el sistema acusatorio con algún matiz. La conjugación de los dos sistemas lleva a que lo inquisitivo determine los modos de iniciación y terminación del proceso y configura su primera fase, mientras que lo acusatorio conforma la segunda fase⁵.

La LECrim adoptó el modelo napoleónico del Código de Instrucción Criminal francés de 1808. Encomendó la competencia para instruir las causas penales a un juez distinto del Tribunal decisor, aunque con un enorme poder en la dirección de la investigación que choca con la función de garantizar los derechos del

4 DE LA MATA BARRANCO N. J. “Los bienes jurídicos protegidos por los delitos contra las relaciones familiares”, Almacén de Derecho <https://almacenederecho.org/los-bienes-juridicos-protegidos-por-los-delitos-contra-las-relaciones-familiares>

5 MONTERO AROCA J., *Derecho jurisdiccional III* Bosch ,1994 págs.20 a 29.

imputado. Una especie de *chirriante* contradicción que ha mostrado al juez instructor como un juez “heredero del inquisidor” y que ha llevado a cuestionar aun hoy, su adecuación constitucional. Por ello, sustituir el modelo de instrucción judicial constituía uno de los ejes de la pretendida pero frustrada reforma integral del proceso penal en España.

Por otro lado, las más recientes investigaciones apuestan por la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal que por primera vez fue introducido en el proceso de menores conforme a la Ley 5/2000⁶ de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. En efecto, ya la recomendación del Comité de Ministros de la CEE de 17/9/1987, tomando el ejemplo alemán, sobre simplificación y dignificación de la Justicia penal, invitaba a los Estados miembros a introducir dicho principio en el proceso penal. Esta recomendación mantiene que el citado principio *deberá ser aplicado partiendo de bases generales como el interés público*, obligando a la autoridad competente a inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de individualización de la justicia penal valorando la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción, personalidad del denunciado, condena a imponer y sus efectos sobre el mismo y la situación de la víctima. Como acertadamente nos expone CALAZA⁷ la aplicación de este principio ofrece, sin embargo, importantes dudas en su relación con los principios clásicos (legalidad, seguridad jurídica), pero su implantación supondría un cambio de paradigma de transformación de todo el proceso judicial penal. Finalmente, y pese al cúmulo de objeciones constitucionales planteadas por gran parte de la doctrina, el legislador español parecía decidido a tomar el relevo de los sistemas penales de nuestro entorno, incorporando el principio de oportunidad reglada (que no discrecional) en el

6 Si bien algunos autores tratan conjuntamente y vinculan la atribución de la dirección de la investigación oficial al MF con la introducción del principio de oportunidad entre otros, ARMENTA DEU, T. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. Poder Judicial núm. 41-42. 1996 .pp. 53-86. Aquí debe tenerse en cuenta que dicha discrecionalidad en el ejercicio de la acusación, entendida conforme a un principio de oportunidad procesal, tiene su fundamento en la ponderación del principio de proporcionalidad en términos de política criminal ya que se trata –por el MF- de efectuar una ponderación entre medios (sanción penal) y fines (retribución, prevención), a fin de conseguir la solución más idónea, o menos gravosa para cada caso concreto. Vid., CRESPO BARQUERO, P. “Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio). Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal VI. La investigación del Fiscal”. Madrid. Ministerio de Justicia. 1998. pp. 185-240. Otros opinan que para su establecimiento no es indispensable que se regule en nuestro ordenamiento procesal penal un procedimiento preliminar dirigido por el MF, si bien en la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se ha regulado el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal junto a la atribución de la dirección de la investigación al MF, aunque el establecimiento de dicho principio se fundamenta realmente en la protección del interés superior del menor. Así pues, por parte de la doctrina, se ha considerado que en este procedimiento de menores se ha introducido la dirección de la investigación al MF al objeto de poder valorar, a modo de ensayo, la oportunidad de atribuir dicha función en el proceso de adultos (STC 41/1998 (sala 1ª), 24 de febrero).

7 CALAZA S., *Principio de oportunidad Sociedad civil, empresa, doctrina y jurisprudencia* Autores: F. DE LA FUENTE HONRUBIA (coord.), S., CALAZA LOPEZ (dir.), J. C.MUINELO COBO (dir.) Wolters Kluwer Año de publicación: 2020. Y también: *Principio de oportunidad y transformación del proceso penal*, F. DE LA FUENTE HONRUBIA (coord.), S., CALAZA LOPEZ (dir.), J. C.MUINELO COBO (dir.) Wolters Kluwer, 2019, que acertadamente analiza la aplicación práctica del principio de oportunidad exclusivamente en el ámbito penal.

proceso penal español a través de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que actualmente esta en proceso.

La incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal es un tema que plantea más controversia en los países con tradición continental. Pero, ¿a qué responde el citado principio de oportunidad?. MORENO CATENA nos facilita la definición del mismo, atribuyéndosela a GIMENO SENDRA, *como facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado*. GIMENO SENDRA⁸ acertadamente matiza: *el principio de oportunidad no es incompatible con la legalidad*, y, en determinados supuestos, sería posible preferir la imposición de una pena inferior a la que correspondería, o incluso su exención, atendiendo a criterios, precisamente, de oportunidad (justicia del caso concreto, pacificación del conflicto, minimización de la «doble victimización», humanización del proceso...). A nuestro modo de ver, en estos delitos analizados, hay que apostar por el reconocimiento de nuevo marco procesal penal. Irremediamente. Cuanto antes se llegue a la víctima mediante el apoyo preciso, ésta puede reconstruir su mundo y reconstruirse del impacto y consecuencias del hecho lesivo que se abatió contra ella.

Como base fundamental de este nuevo proceso para el Derecho penal familiar, se deberían cumplir unas directrices:

1. Interés preponderante de la víctima en la obtención de la reparación de los daños causados por el delito.
2. La orientación del Derecho Penal y Procesal Penal hacia una diversidad de respuestas al conflicto jurídico penal, las cuales permiten resolverlo no sólo por vías punitivas y/o retributivas, sino que también por la vía de los mecanismos de auto-composición.
3. Los acuerdos de reparación forman parte de los mecanismos de descongestión del sistema penal de tipo adversarial que incorporan el principio de oportunidad en la persecución penal, posibilitando que muchos casos se resuelvan por vías más informales sin necesidad de incurrir en los costos de tiempo y recursos que supone llevar un caso a juicio.

2.2.- Un nuevo proceso penal para la tutela de las víctimas. La victimización secundaria como problema.

Expuesto lo anterior, los delitos relacionados con el derecho de familia, o de las

⁸ GIMENO SENDRA «El principio de oportunidad no se opone al de legalidad, lo complementa», Entrevista en *Diario La Ley*, 16.12.2019.

personas donde intervienen factores de parentesco son en muchas ocasiones difícil enjuiciarlos con los “corsés procesales” actuales. Procesos que carecen de la necesaria “sensibilidad” para el tratamiento y resolución de estos conflictos de forma idónea. Y no nos referimos sólo a fase probatoria sino también a la necesidad de abordar un nuevo replanteamiento para que las garantías constitucionales y legales de los derechos de las víctimas en estos entornos familiares (menores, discapacitados, violencia de género etc.).

Históricamente a la víctima no se le ha reconocido peso alguno en el proceso penal, sus derechos estuvieron representados por el Ministerio Público con la salvedad que eso pudiera generar, pues la representación social enfocaba sus pretensiones en el indiciado, la víctima quedaba en un aspecto secundario. Sin embargo, la víctima, en los últimos años, ha pasado a ocupar el lugar de privilegio que antes tenía el imputado. El derecho mira hacia la reparación de la víctima. Esto ha producido grandes avances dentro del proceso penal: se tomó conciencia de que el ofendido, además de ser “víctima del delito”, era “víctima del proceso” y de que este doble proceso de victimización era inadmisibles en el marco de un Estado de Derecho⁹.

En este sentido, también puede apreciarse como un intento de reintegro del conflicto a la víctima el sistema de mediación implementado en el sistema procesal penal francés. Por tales motivos, a efectos de que la víctima del delito tenga un rol activo en el proceso penal, o mejor dicho recupere el lugar que detentaba originalmente frente al conflicto, es decir, su conflicto, se alzan voces para que se amplíe el catálogo de delitos de acción privada y se redefinan aquellos dependientes de instancia privada, como así también se proceda a la apertura de modos nuevos y más informales de participación de la víctima en el proceso; e inversamente se disminuyan los delitos de acción pública.

ROCHEL, señala algunos factores que influyen para que se desarrolle un ambiente de maltrato y revictimizante en un ámbito judicial, dentro de los que se encuentran¹⁰:

- Falta de información a la víctima de los ritos y tiempos procesales (especialmente cuando el victimario no es detenido).
- Frustración de sus expectativas cuando no se llega a la condena.

9 ANITUA, GABRIELI. Y BORINSKY, MARIANO H. “Principios de legalidad y oportunidad en los sistemas procesales penales europeos”, en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Edmundo Hendler -compilador-, edit. Ad- Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1999, p.481.

10 ROCHEL, S (2005). *Revictimización y Justicia. Abordaje de casos de abuso sexual infantil en el ámbito judicial argentino*. Tesis de Postgrado. Universidad Buenos Aires, Argentina Vid. CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO; ELISA CORONEL; CARLOS ANDRÉS PÉREZ, Revisión teórica del concepto de victimización secundaria liber. v.15 n.1 Lima ene./jun. 2009. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006

- La víctima debe dar la versión de los hechos en presencia del victimario.
- Lentitud procesal.
- Racionalización por parte de algunos profesionales de la situación de la víctima (“algo estaría haciendo para que le ocurriera lo que le ocurrió!”)
- La forma en que se tipifican los delitos en los códigos penales y la definición del sujeto pasivo de dicho delito (en la legislación penal argentina no se utiliza la palabra incesto sino que la acusación se hace por “abuso sexual agravado por el vínculo”).

ALBERTIN¹¹ enumera otros factores causantes de la victimización secundaria por parte del sistema jurídico-penal:

- Dar prioridad a la búsqueda de la realidad del suceso delictivo olvidando la atención a la víctima o despersonalizando su trato.
- La falta de información sobre la evolución del proceso, sobre la sentencia y sobre el destino del victimario.
- La falta de un entorno de intimidad y protección.
- El juicio oral: la narración del delito, la puesta en entredicho en su credibilidad y el sentimiento de culpabilidad son importantes inductores de tensión. En ciertas ocasiones en la narración de los hechos por parte de la víctima, durante el juicio oral, se ejerce presión por parte de los defensores (especialmente en sistemas acusatorios, llamado también sistema de adversarios, en el que debe haber un ganador y un perdedor), con el fin de restarle credibilidad al testimonio de esta, hasta el punto en el que se señala a la víctima de haber causada su propia victimización.
- Respuesta de las instituciones policiales y judiciales ante la denuncia de un delito. Suele ser en algunos casos deficiente debido a los inadecuados procedimientos de atención que se realizan, en momento como la atención policial, la declaración la denuncia y la valoración física.
- Durante el interrogatorio, no se toman en cuenta los aspectos cognitivos y afectivos de la víctima, basándose solamente en los aspectos contextuales del delito, nuevamente la víctima se siente como si fuera un objeto que suministra información.

SAMPEDRO¹², ofrece una alternativa: que el proceso pase de ser un espacio deshumanizado a un espacio donde sea posible el encuentro entre víctima-victimario que permita un vínculo entre las experiencias pasadas, presentes y futuras con el fin de que estas no queden en el olvido y pueda aprenderse de

11 ALBERTIN, P. (2006). *Psicología de la victimización criminal*. En Soria, M y Saíz, D. (.), *Psicología Criminal*. (coord.). (pp 245-276) España: Pearson Educación

12 SAMPEDRO, J. A.; (2003), *La humanización del proceso penal. Una propuesta desde la victimología*, Venezuela: Legis.

ella. En consecuencia, creemos que el sistema procesal penal español, más allá de algún que otro intento, la víctima continúa siendo la verdadera “desconocida” del proceso penal. En este tipo de delitos que analizamos como “Derecho Penal Familiar”, es el denominador común y tenemos que apostar por una nueva dignificación del proceso. Veamos un ejemplo:

Violencia sexual ejercida hacia los menores ejercida por familiares¹³. Son los casos más delicados, procedimientos difíciles por su alta carga emocional. Suelen confundirse la existencia de matices en las declaraciones de víctimas y testigos, ampliatorias unas de otras, con la realidad de lo que debe entenderse por una declaración contradictoria, en cuanto viene a suponer que se contrapone o contradice de modo absoluto con lo declarado en una fase y otra. La existencia de detalles sobre el ataque sexual es difícil de dar por miedo o por la corta edad de las víctimas. Y también se observa también la destrucción de la confianza del menor en su padre como protector y la anulación de su capacidad de reacción. En consecuencia, la gravedad de estos casos es que el padre no puede proteger a su hija de los delincuentes sexuales por la razón de que el delincuente sexual es el propio padre, o pareja de su madre, y la menor no puede pedir ayuda, protección o tutela a su padre porque este es su agresor sexual. Una vez más, el elemento familiar como barrera.

La jurisprudencia del TS ha fijado una serie de parámetros y criterios para tenerlos en cuenta a la hora de ponderar la declaración de la víctima¹⁴, la cual será analizada por quien tiene que dictar sentencia con arreglo a la experiencia profesional y a esas máximas de experiencia que le otorgan el privilegio de que

13 STS 2/2021 de 13 de enero (Ponente Vicente Magro Servet) en la que se aborda la “victimización familiar sexual”.

14 STS 671/2021 de 9 de septiembre, vid. Doctrina Murtazalayeva (Sentencia Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 18 de diciembre de 2018, caso Murtazaliyeva c. Rusia) respecto de la equidad del proceso. Muy en particular, en los procesos penales relativos a delitos sexuales, por el nivel de afectación que puede derivarse para quien afirma haber sido víctima del delito, deben adoptarse medidas de protección especiales tendentes a evitar la victimización secundaria - SSTEDH, casos Y. c. Eslovenia, de 28 de mayo de 2015, §§ 97 y 101 y A y B c. Croacia, nº 7144/15, § 121, 20 de junio de 2019; STJUE, de 29 de junio de 2019, caso Massimo Gambino, C-38/18-. Obligaciones positivas que aparecen fuertemente garantizadas tanto en instrumentos internacionales -vid. Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [Convenio de Estambul]; Directiva de la UE 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- como nacionales -Ley 4/2015, sobre el Estatuto de la Víctima en el proceso penal-.

esa declaración se practique en presencia del juez o tribunal que va a valorar si la víctima dice la verdad, o la disfraza, frente a la declaración exculpatoria del acusado.

Sin embargo, cada caso es totalmente distinto y es la casuística la que fijará la adecuación de esos criterios, o parámetros, al supuesto concreto de hecho, sin que ello impida que la declaración de la víctima pueda pesar más que la del acusado en los supuestos en los que el tribunal fije unos hechos probados de signo condenatorio en razón a la contundencia de esa declaración de la víctima que le permite erigirse como auténtica “prueba de cargo” que enerve la presunción de inocencia¹⁵. Ni el interés público en la investigación de un delito ni el derecho a la prueba de las partes del proceso penal, incluso de la persona acusada, justifican por sí y sin ninguna otra consideración ponderativa una intervención que recaiga sobre la esfera íntima de un tercero. En estos casos, en los que se puedan ver afectados datos íntimos de la persona llamada a declarar el tribunal debe evaluar en términos ponderativos el conflicto, identificando si hay razones serias, amparadas en otros derechos también fundamentales, que justifiquen la afectación del derecho a la intimidad y estableciendo, en su caso, las condiciones que puedan minimizar los costes aflictivos.

En conclusión, si la víctima ha sido durante siglos la «cenicienta del proceso penal» si se me permite esta expresión, parafraseando al maestro Francesco Carnelutti—, en las últimas décadas ha ido adquiriendo el protagonismo que sin duda merece. En esa línea deben seguir las futuras reformas. Hay que apostar por un nuevo proceso penal que tenga a la víctima más presente, ya se persone o no, es el sujeto pasivo del delito y hay que evitar por ello, en todo lo posible, que sufra una nueva victimización al pasar por el proceso¹⁶. Como dijo THEODOR REIK, “El edificio del derecho penal podrá ser destruido en sus cimientos, pero mientras subsista, el juez debe mirar siempre a los hombres con ojos humanos¹⁷”.

15 STS 695/2020 de 16 de diciembre (Ponente Vicente Magro Servet). Así se dice, “ *Interesa destacar, también, que en el derecho anglosajón se utiliza la Victim Impact Statements, que es una Declaración de Impacto de la Víctima como declaración escrita u oral que se presenta al tribunal antes del momento de la sentencia, y, obviamente, en el juicio oral, y tiene por objetivo, por encima de contar lo sucedido, explicar en qué medida le ha afectado o dañado a la víctima y su entorno la comisión del hecho delictivo*”.

16 CARNELUTTI F., «Cenerentola», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. I, parte I (1946), pp. 73-78, e íd., *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Olejnik, 1960, pp. 13-21. BELING E. *Derecho Procesal Penal*, trad. del alemán y notas de M. Fenech, Barcelona, Labor, 1942, p. 102.

17 REIK T., *El psicoanálisis del criminal (el asesino desconocido)*, de 1932. Theodor Reik realiza una interesante reseña sobre la conducta criminal. La forma en que los jueces, el fiscal y los abogados defensores, aprenden a conocer al acusado, es de lo más precipitado, el material de que disponen es escaso e ineficaz. En todo el procedimiento penal, la insuficiencia de la psicología criminal es evidente, si el acusado calla su silencio se considera como una prueba clave de culpabilidad, si habla excitadamente también demuestra que es culpable. Si no en los frontispicios de los establecimientos carcelarios, al menos en la conciencia de sus directores, guardianes y demás personal administrativo, debiera estar presente, como supremo ideal humanista, el hermoso pensamiento del legendario coronel Manuel Montesinos y Molina: La prisión solo recibe al hombre. El delito queda a la puerta. O el lema de Concepción Arenal: “Odia el delito y compadécete del

III.- ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES CONTROVERTIDAS SOBRE EL “PARENTESCO PENAL”

3.1.- Dispensa del deber de declarar art. 416 LECrim y problemática actual con los menores y discapacitados

La dispensa del art. 416 en nuestra LECrim, de alta tradición histórica en nuestro derecho penal, tiene como raíz la protección de la institución familiar, en motivaciones como la honra, la honestidad familiar y otros principios, que hoy desde el punto de las garantías constitucionales y penales, entiendo ya superados. La reciente Ley 8/2021 modificó los arts. 261 y 416 LECrim¹⁸ a pesar de que había cierto sector doctrinal que propuso su derogación. Este último precepto, en nuestra opinión, sigue planteando dudas¹⁹. Decía Lord Reid sobre el caso Rumping²⁰: «*Es un misterio para mí por qué se decidió conferir este privilegio al esposo que es testigo: esto significa que si el esposo desea proteger al otro él o ella revelará lo que ayuda al otro esposo pero usará este privilegio para ocultar comunicaciones si fueran perjudiciales pero de otro lado un esposo que haya perdido la amistad con el otro esposo o se haya convertido en su enemigo utilizará este privilegio para divulgar comunicaciones si son perjudiciales para el otro esposo pero las ocultará si le resultaran de ayuda*».

El Tribunal Supremo ha interpretado el art.416 LECrim en diversos acuerdos: Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim y la reciente STS, Sala Segunda, de lo Penal, 389/2020, de 10

delincuente”.

18 <https://blog.sepin.es/2021/07/reforma-dispensas-denunciar-declarar/>. Uno de los principales problemas que nos encontramos en la violencia doméstica y de género es la falta de denuncia. Si un progenitor maltrata a un menor, su familia más directa no estaba obligada a denunciar por razón de existir intereses contrapuestos. Con la inclusión de este párrafo en el art. 261 LECrim, el legislador apunta algo muy importante: el interés superior del menor y de las personas vulnerables no tiene intereses contrapuestos con otros y es el más necesitado de protección, tal como establece el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño (SP/LEG/2463), el art. 39.4 de nuestra Constitución (SP/LEG/2314), el art. 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (SP/LEG/2321) y la Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, a que su interés superior sea una consideración primordial (SP/DOCT/17979) y el art. 12 del 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 (SP/LEG/6821). Sobre el interés superior del menor podemos leer “¿Conocemos bien el marco jurídico que arropa el interés del menor?”.

19 FERNANDEZ NIETO J., *Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del art. 416 LECrim* Sepin editorial 2021.

RODRÍGUEZ LAINZ J.L., “¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra del agresor?” Diario La Ley N° 9014, Sección Doctrina, 5 de Julio de 2017 <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTSxMLA7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS1xKTiJzSkTQokzkbKLSVAA6LXsOMQAAAA==WKE>

20 Rumping v. Director of Public Prosecutions [1964] A.C. 814

de julio, a la que se cita como si de un Acuerdo se tratara, al ser también del Pleno del Tribunal Supremo y modificar la interpretación de la dispensa, entendiendo que existe renuncia a ella al constituirse como acusación particular.

Sobre la pervivencia del artículo en el proceso penal se levantan voces en contra de la subsistencia del artículo. Su justificación estaba basada en que la exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitra una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría. Como señalaba DEL MORAL²¹ el sistema es insatisfactorio. Los delitos de violencia contra la mujer en el ámbito familiar son delitos públicos oficialmente, pero de hecho están funcionando como delitos semipúblicos en que cabe el perdón. Es una incongruencia de fondo. Y ahí es donde, en nuestra opinión, debemos avanzar. Es incoherente de facto que la víctima tenga la posibilidad de acogerse a la dispensa del art. 416 de la LECrim y a la vez que se traduzca en una especie de necesidad de denuncia para la persecución y luego abrir paso a un perdón clandestino, disfrazado de acogimiento a la exoneración del deber de declarar que se ofrece a la víctima.

En nuestra opinión, el enfoque que se ha dado al art. 416 tras la Ley 8/2021 no es del todo acertado. Creemos que debería haberse derogado. Este precepto estaba pensado para una situación prácticamente impensable o, cuando menos, infrecuente o anecdótica, cuando se elaboraron la LECrim y la CE: que la víctima del hecho delictivo sobre el cual la ley dispensa al testigo de la obligación de declarar sea la esposa del sujeto pasivo del procedimiento penal. Valga como botón de muestra que todas las Sentencias que sostienen el **vínculo de familiaridad y solidaridad** que unen a testigo y acusado como fundamento del precepto objeto de análisis presentan un común denominador: la víctima (normalmente la esposa o asimilada) era la testigo de cargo esencial –si no la única– contra su cónyuge o pareja. ¿Tiene sentido por ejemplo que en un delito de impago de pensiones se le haga la advertencia a la exmujer, madre del menor que reclama cantidades alimenticias para sus hijos después de años de lucha sin abonar el acusado manutención alguna?. ¿Es eficaz?. En este contexto, los Tribunales españoles, más preocupados por evitar la impunidad del acusado por tan deleznable hechos que de plantearse y desarrollar el fundamento del

21 DEL MORAL A., Encuesta jurídica: ¿Debe el legislador derogar el art. 416 LECrim en materia de violencia de género? (coordinador J. SANCHEZ MELGAR) Sepin abril 2017 págs. 4, 5, 11 a 13 que puede consultar en www.sepin.con la referencia SP/DOCT/2265.

privilegio desde el prisma de las garantías básicas de todo acusado en el proceso penal español, han perdido de vista, ya de entrada, la ubicación sistemática de la previsión constitucional que da cobertura al artículo 416.1 LECrim²². Así en STS, núm. 134/2007, de 22 de febrero establecía: *“tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado. Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido²³”*. Así ha ocurrido en otros países donde esta dispensa no existe²⁴.

En efecto, como ya se ha avanzado, la misma se halla en el segundo apartado del artículo 24.2CE. Repárese en que la referida previsión constitucional se plasma justo a continuación de un párrafo que reconoce al sujeto pasivo del procedimiento penal todo un haz de derechos y garantías fundamentales tan trascendentales como el derecho al juez predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia.

En este escenario, comparto la opinión de CAMPANER²⁵ “no es plausible sostener que el fundamento de la dispensa resida en el conflicto que se le puede plantear al testigo obligado a decir verdad entre cumplir con su deber y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el acusado. Incluso el apartado 1.º del artículo 24CE y los dos artículos posteriores tienen por objeto proteger a la persona acusada. De modo indirecto se está protegiendo al cónyuge testigo en la medida en que podría incurrir en delito de falso testimonio mintiendo

22 CAMPANER MUÑOZ J., “Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal”, Revista Aranzadi. 2016 Núm. 44 (Octubre-Diciembre)

23 Así también la STS, núm. 319/2009, de 23 de marzo: *“En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. Vid también MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?», Diario La Ley núm. 6333, 5 de octubre de 2005.*

24 FERNANDEZ NIETO J., *Práctica judicial actualizada sobre la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género. Análisis crítico procesal para una futura reforma del art. 416 LECrim* Sepin editorial 2021.

25 CAMPANER MUÑOZ J. op cit.” Hasta que tu llamada al proceso... .”

para no perjudicar al cónyuge acusado o de desobediencia en caso de negarse a declarar con el mismo objetivo, pero no parece que esto constituya la razón de ser del artículo 24.2.II CE ni del artículo 416 LECrim²⁶”.

Por tanto, a nuestro modo de ver, el privilegio matrimonial debería derogarse, constituyendo una obligación para el testigo víctima o testigo de un hecho delictivo proyectado sobre un menor de edad incapaz de declarar por parte de su cónyuge declarar y decir verdad sobre cuando sepa y se le pregunte²⁷. Como nos sintetiza GONZALEZ MONJE²⁸ la mejor opción es la inaplicabilidad del art. 416 de LECrim en casos de violencia sobre la mujer o menores en el ámbito familiar, con base a estos argumentos:

1. En primer lugar, el estatuto procesal de la víctima de violencia de género no puede equipararse al del testigo que no es víctima al que se refiere el precepto art. 416 de LECrim pues entiende que denuncia a una persona con la que guarda una relación de parentesco, no puedo luego ampararse en la misma para dispensarse de la obligación de declarar porque está concebida para otros supuestos.
2. Concluye con la consideración de que quien previamente acude a denunciar no tiene sentido que después se sirva de la dispensa legal de declarar, considerándolo como una renuncia tácita a tal derecho.

Además la reforma del ordinal quinto del apartado primero del artículo 416 LECrim con ocasión de la LO 8/21 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, excluyendo el juego de la dispensa legal a declarar respecto de quién ya declaró en el procedimiento debidamente

26 Así, en el caso primero del apartado 1 se refiere a la inaplicación de la dispensa en caso de tener atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección. El supuesto del apartado 2, en caso de delito grave (art. 13.1 CP: “Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con penas graves”, las penas graves están establecidas en el art. 33. 2 del Código Penal), el testigo sea mayor de edad y la víctima menor o con discapacidad. El apartado tercero alude a la falta de comprensión de la dispensa por la persona menor de edad o con discapacidad, en cuyo caso, tras oír el Juez a la persona afectada, podrá recabar el auxilio de peritos para resolver. De esta forma, cuando los menores de edad o personas con discapacidad testigos del delito no tienen suficiente grado de madurez, no podrán acogerse a la dispensa y el Juez podrá ayudarse de peritos a fin de clarificar sus declaraciones. Los apartados cuarto y quinto vienen a resolver la problemática existente en los Tribunales, el cuarto, resuelto con la antes citada STS 389/2020, de 10 de julio, respecto a la personación como acusación particular del testigo y el quinto, cuando el testigo ya ha aceptado declarar durante el procedimiento tras haber sido informado debidamente de su derecho a no hacerlo, evitando así retractaciones posteriores. Este último caso también resuelto por Acuerdo del TS y que por fin ahora está incluido en el art. 416 LECrim.

27 Sin ir más lejos, el Código civil prevé como causas de desheredación del cónyuge, entre otras, el atentado contra la vida del cónyuge testador (artículo 855.4), la condena por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual del cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad y otros familiares (artículo 855 en relación con el artículo 756.2CC).

28 GONZALEZ MONJE A., “La declaración del testigo víctima de violencia de género en el juicio oral. Especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art. 416 de la LECrim”, *Violencia de género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*, Granada, Comares 2013.

informado del derecho, plantea la necesidad de resolver si la interposición de denuncia con la oportuna información, en este caso prevista en el artículo 261 LEcrim, provoca ese efecto y excluye, por tanto, el juego de la dispensa legal²⁹. Como señala ORTEGA CALDERON, hay que apostar una solución integradora: la denuncia implica la imposibilidad de acogerse de forma sobrevenida a la dispensa legal cuando al tiempo de formalizar aquélla, la víctima hubiera sido debidamente informada de tal derecho.

Sobre la relación entre el artículo 707 y el artículo 416 Lecrim, cabría plantearse si en realidad el ordinal quinto del artículo 416.1 LEcrim únicamente contempla la hipótesis de declaraciones sucesivas del testigo en el seno de un mismo procedimiento, y en concreto en sus diferentes fases en la medida en que la cristalización progresiva de su objeto, en particular en lo fáctico, demande sucesivas declaraciones. En efecto, dado que el precepto se refiere a que el testigo haya aceptado declarar previamente, se está partiendo, al margen de la declaración en fase pre procesal en forma de denuncia, que ya ha declarado ante el Juez de Instrucción y por la propia evolución del proceso se suscita la necesidad instructora de practicar nueva declaración. En estos casos, si aceptó declarar y lo hizo debidamente informado de la dispensa legal, ya no podrá invocar la misma para acogerse de forma sobrevenida a un derecho a no declarar que de esta forma se habría diluido procesalmente. Esta posición podría ser la más compatible con la tesis jurisprudencial que la STS 485/21 de 3 de junio, calificó como predominante: la que considera que resulta obligatoria la advertencia tanto en sede policial como en sede judicial, ligando la declaración de nulidad y la imposibilidad de valoración a las denuncias interpuestas sin la advertencia de la exención del deber de denunciar, citando en apoyo las SSTS de 10 de mayo de 2007, 20 de febrero de 2008, 5 de marzo de 2010. En conclusión, la denuncia implica la imposibilidad de acogerse de forma sobrevenida a la dispensa legal cuando al tiempo de formalizar aquélla, la víctima hubiera sido debidamente informada de tal derecho.

El deseo de proteger a otros familiares por parte de la víctima, el riesgo de perder una “cierta” estabilidad económica o social, la presión de parientes, amigos o compañeros, el miedo a las represalias a la desprotección, deparan un “cóctel” de difícil asimilación para la víctima, tras el shock que le supone la agresión y que suscitan una reticencia irresoluble. Sin embargo, la dispensa a la obligación de declarar debe tener, un contenido excepcional, y como tal, por tratarse de una excepción, y debe ser interpretada restrictivamente, y por ello, únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa³⁰. Un caso

29 ORTEGA CALDERON J., L. “Denuncia y art. 416.5 de la LEcrim tras la reforma operada por la Ley 8/21”, *Diario el Derecho*, 19.7.21.

30 MARTIN DIZ F “Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género”. *Ius et Praxis* 24 nº 3 2018

particular lo constituye la dispensa respecto de los menores y discapacitados. El mayor problema en relación con la exención recogida en el artículo 416 de la LECrim se encuentra en la obligación de informar al menor de la posibilidad de no declarar y del hecho de que no está obligado a hacerlo en el caso en que se cumplan las condiciones de parentesco del artículo. Ello conlleva la duda de la eficacia procesal de su testimonio cuando un menor declara sin haber sido informado de esta posibilidad de no declarar contra su agresor.

Con la nueva redacción de la LO 8/2021, el derecho a la dispensa puede ejercitarlo el menor de edad si sus condiciones de madurez lo permiten (STS 342/2021, de 23 abril). Dicha resolución judicial resuelve otro interrogante, y es si el ejercicio de la acusación particular por sus padres priva, o no, al menor de su derecho a la dispensa, contestándose en sentido negativo. Por tanto, la edad y la madurez del menor son los elementos fundamentales que han de tenerse en cuenta para determinar si un menor puede o no ejercer cada uno de los derechos fundamentales y esos parámetros han de ponerse en relación con las necesidades de tutela y protección del menor, así como con el contenido y la complejidad del derecho que se pretende ejercitar. Para evaluar si el menor está capacitado para ejercer un derecho fundamental, es necesario determinar si comprende y si es capaz de evaluar las consecuencias que pueden derivarse del acto que se pretende realizar. Se trata de un juicio de ponderación ciertamente complejo³¹. Se sugiere la franja de edad de entre 12 y 14 años para residenciar la presunción madurez, a salvo de que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura. En este caso, se anula el valor

31 Vid. SANCHEZ MELGAR J. “Nuevo marco de la dispensa a la obligación de declarar. A propósito de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 junio” 23.12.21 <https://elderecho.com/nuevo-marco-de-la-dispensa-a-la-obligacion-de-declarar-a-proposito-de-la-ley-organica-8-2021-de-4-junio>. Esta Sentencia hace una remisión a la STS 225/2020, de 25 mayo en la que el Tribunal Supremo se hace eco de la multiplicidad de factores a tener en cuenta (por cierto, que esta última resolución judicial era partidaria de nombrar un defensor que, en nombre del testigo menor, le represente en su opción de dispensarse de declarar recogida en el art.416 LECrim, cuando se aprecie en ambos progenitores un conflicto con respecto a los intereses del menor representado, y añadía que no era procedente que el Ministerio Fiscal se atribuya esa representación, y tampoco que el derecho del testigo sea negado o ejercido por el órgano judicial. Pero este planteamiento no es seguido por la LO 8/2021. Respecto a los discapacitados, nos inclinamos, que no tome la decisión el representante legal del discapacitado, sino que sea el mismo, respetando su decisión en todo aquello que sea posible, en cuyo principio se orienta la nueva L 8/2021, de 2 junio. Respecto a la edad, se tendrá que operar caso por caso, ayudándose los Tribunales por peritos, conforme permite la nueva ley, conforme resulta de la STS 329/2021, de 22 abril o la STS 205/2018, de 25 abril que señala *«En el caso de los dos menores confluyen todavía más razones para esa solución. La decisión de personarse en su nombre la adoptó la madre como legítima representante legal. Alcanzada la mayoría de edad o un estado de madurez suficiente para decidir personalmente sobre la posibilidad de acogerse o no a la dispensa, la previa opción de la madre no les puede privar de la capacidad de elegir por sí mismos si quieren o no acogerse a la dispensa. Incluso si la madre hubiese permanecido como acusación particular, los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía sobre la posibilidad de declarar o no. No se les arrebató esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores»*. Vid también DEFENSOR DEL PUEBLO, La escucha del menor, víctima o testigo, Madrid, 2015. (Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/Ver-estudio.pdf>). Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI). (Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=CS>). - Directrices 2005/20 sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, del Consejo Económico y Social. E/2005/INF/2/Add.1. (Disponible en https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf).

probatorio de la exploración que se les realizó a los menores en la instrucción, sin ninguna advertencia, y que se incorporó por vía del art.730 LECrim en el juicio oral, cuando ya contaban con 15 y 17 años³².

Es indiscutible señalar de todo lo expuesto que la re victimización debe evitarse siempre, apurando los resortes que el ordenamiento jurídico ofrece a tal fin, previa ponderación acerca de su capacidad de comprensión sobre el alcance de la dispensa, interesar su parecer respecto al ejercicio del derecho a no declarar en contra de su progenitor, que en caso afirmativo vetaba la posibilidad de que sus previas declaraciones fueran rescatadas. Como señala SANCHEZ MELGAR, el legislador no resuelve la cuestión acerca de si debe ser un defensor judicial, en caso de conflicto de intereses con el menor, quien deba ejercitar el derecho de dispensa en nombre del menor. Sin esa determinación legal, nosotros entendemos que no. En consonancia, los preceptos de la prueba pre constituida que ahora se disciplina en la reforma, nada dicen acerca de que tal menor pueda acogerse a la dispensa mediante un ejercicio operado por terceros, dejando una laguna interpretativa importante.

3.2.- Sobre el ejercicio de acciones penales entre parientes: una relación difícil entre el art. 103 LECrim y la excusa absolutoria del 268 CP.

Se ha suscitado debate entre los distintos sectores de la doctrina, acerca de si procede, o no, mantener el efecto eximente de tal consideración del parentesco. Establece el art. 268 del CP: *“están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”*.

Añade el apartado 2 que *“esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”*³³. Esta adición se llevó a cabo con la LO 1/2015 de

32 Circular 3/2009, de 10 de noviembre, Sobre protección de los menores víctimas y testigos. (Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2010_vol1_circu_03.pdf?idFile=06f6365a-fbe3-4637-b1a9-05da09741814). Dicha circular señala una serie de pautas “1) procurar que el menor sea el primero en declarar, evitando esperas en la puerta de la sala de juicios; 2) celebrar el juicio a puerta cerrada; 3) separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala, o evitando la visión directa con mamparas; 4) proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar), sobre todo para niños más pequeños; 5) utilizar un lenguaje comprensible; 6) suprimir el uso de togas durante la declaración del menor y 7) permitir que declaren sentados»

33 El alcance de esta excusa absolutoria no puede llegar a entenderse sin una referencia al acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, con fecha 1 de marzo de 2005, declaró aplicable la exención a las parejas de hecho.

reforma del CP.

Es interesante la SAP Burgos 360/2013, de 3 de septiembre. En ella se establece una doble limitación legal respecto de la incidencia en el seno de la familia, proyectada a evitar un enfrentamiento de unos familiares contra otros para mejor salvaguardar la paz en el seno de las relaciones parentales más próximas: una, a través del proceso penal y, otra, del derecho penal sustantivo, vetando, en el primer caso, el ejercicio de la acción penal a determinadas personas en función de la relación de parentesco que guarden con los pre-suntos infractores (artículo 103LEcrim) y otra, declarando la exención de la responsabilidad penal en que hubieran podido incurrir determinadas personas por la comisión de delitos de carácter patrimonial contra otras personas en función de la relación de parentesco existente entre ellas (artículo 268 del Código Penal).

Una de las manifestaciones más claras de la relevancia jurídico criminal de los vínculos de parentesco se encuentra, no sólo en la renuncia incondicionada del Estado al ejercicio de su potestad punitiva en los *delitos patrimoniales* cometidos entre determinados parientes, sino también, incluso, en la imposibilidad o prohibición del ejercicio de la acción criminal, aspecto éste muy trascendente en la práctica y frecuentemente desatendido. Ello ha generado sin duda un conflicto, con la seguridad jurídica y sobre los intereses públicos. La desidia, cuando no torpeza, legislativa, ha generado en nuestro sistema judicial penal zozobras e incertidumbres absolutamente incompatibles con la real concreción de un Estado de Derecho³⁴.

Con ello, en la actualidad las razones de política criminal de exclusión de la pena no alcanza a casos en los que haya existido un aprovechamiento de la víctima por su especial «vulnerabilidad», lo que ocurriría en el caso de delitos cometidos contra menores de edad en los que concurra una relación de parentesco de las contempladas en el art. 268, con lo que este parentesco sería irrelevante y el hecho sería sancionable por no ser aplicable la excusa absolutoria, así como en casos de discapacidad de la víctima, ya que el art. 268 CP lo excluye expresamente en los delitos patrimoniales en razón al sujeto pasivo pariente cuando concurra *abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad*.

MAGRO SERVET³⁵ plantea si esta discapacidad debe ser mental o física,

34 COBO DEL ROSAL M. “Sobre el ejercicio de acciones penales entre parientes en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”, *Cuadernos de política criminal*, número 78, 2002. En sentido muy crítico y realista, véase PEREZ ARIAS J., “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* Volumen 21 diciembre, 2019 .

35 MAGRO SERVET V., “La punibilidad entre parientes: ¿En qué supuestos se aplica la excusa absolutoria del artículo 268 CP?”, *Diario La Ley*, Nº 9296, Sección Doctrina, 12 de Noviembre de 2018. En recientes sentencias como en la STS 941/21 de 1 de diciembre. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

entendiendo que puede admitirse cualquier tipo de discapacidad realmente reconocible como tal legalmente; es decir, se requiere que esa discapacidad alegada pueda tener un refrendo administrativo como tal situación, a fin de hacer valer, en su defecto, la punibilidad de la conducta por no concurrir los requisitos del art. 268 CP. En este sentido, tanto si se trata de una discapacidad psíquica como física, ello habrá sido utilizado por el pariente para aprovecharse y cometer el delito patrimonial, con lo que el hecho será castigado penalmente sin resultar de aplicación la excusa absolutoria.

Por otro lado, el art. 103 de la LECrim prohíbe el ejercicio de acciones penales entre sí a “...los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos”. Los planos jurídicos sobre los que operan los arts. 268 CP y art. 103 LECrim no se superponen. Mientras que el primero centra su objetivo en la regulación de las excusas absolutorias derivadas del parentesco operando en el ámbito sustantivo, el segundo se refiere a los presupuestos del ejercicio de la acción penal desplegando sus efectos en el terreno procesal. Pero también es cierto que la exégesis del uno no puede hacerse con absoluta independencia del otro³⁶.

En la actualidad, el fundamento jurídico de la excusa radica en la salvaguarda de la paz familiar excluyendo del mismo ciertas conductas a priori delictivas, siempre que se produzcan entre personas con estrechos vínculos familiares (Auto de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de septiembre de 2015) y se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos afectados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre (STS 334/2003³⁷, de 5 de marzo), inspirada en la filosofía que debe ser la base de la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil.

El artículo 103 LECrim continúa vigente, sin embargo ha quedado prácticamente vacío de contenido desde la reforma del CP y lo establecido en el artículo 268 del texto, precepto que debemos interpretar conforme a lo establecido en el

hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de “apoyos” para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). En este caso. Es de aplicación el art. 268 CP dado que la víctima del delito fue exclusivamente el padre de las denunciadas. No se aprecia un estado de vulnerabilidad por razón de un estado mental deteriorado.

36 STS de 22 de octubre de 2010 Ponente D. M. MARCHENA GOMEZ. Mientras el CP de 1995 adaptó la redacción de la excusa absolutoria por razón del matrimonio a una realidad social en la que la existencia de un proceso de separación o disolución matrimonial excluía el fundamento de la exención, sin embargo, el art. 103 de la LECrim siguió aferrado a su redacción histórica, que no había sufrido otra modificación que la consistente en la supresión de la cita a los delitos de adulterio y amancebamiento (Ley 22/1978, 26 de mayo). Y en recientes sentencias vid también, STS 637/2018 de 18 de diciembre.

37 ÁLVAREZ VIZCAYA, M. La excusa absolutoria de los delitos patrimoniales: artículo 268 del CP, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*. Bilbao. 2002. P. 28, BAJO FERNÁNDEZ, M, *El parentesco en Derecho Penal*. Barcelona. 1973. P 102.

artículo 2.2 y 3.1 C.C.. Por tanto, si es cierto que el artículo 103 LECrim sigue vigente, debe entenderse que este precepto pertenece a otra época y a otro tipo de sociedad donde no se comprendía la separación de los cónyuges ni tampoco la disolución de la sociedad de gananciales. En consecuencia atendiendo a la interpretación que debe darse a este precepto conforme a los artículos del CC mencionados y teniendo en cuenta que el artículo 268 autoriza que los cónyuges ejerzan acciones penales entre sí cuando estén separados legalmente³⁸.

Gran parte de la doctrina establece que la LECrim no puede nunca contradecir, en términos sustantivos (y la pena lo es) aquello que, de manera específica, establece el Código Penal. Entender lo contrario, esto es, considerar que la ley adjetiva puede eximir de responsabilidad penal aun cuando el Código Penal nada diga al respecto, o diga justo lo contrario, no sólo supone una vulneración patente del principio de legalidad sino una abierta conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima. Incluso aunque consideráramos que el citado artículo 103 LECrim habla de proceso, y no de derecho penal, la realidad es que esta corriente jurisprudencial lo interpreta en términos sustantivos y no procesales, otorgando con ello, y de manera inasumible, un privilegio de impunidad a quien es culpable por una conducta con relevancia penal.

En definitiva, compartimos la opinión de PEREZ ARIAS, en cuanto que ni por vía del artículo 268 del CP se puede fundamentar una excusa absolutoria genérica para delitos distintos a los estrictamente patrimoniales³⁹ (Título XIII, Capítulos I al IX), ni tampoco se puede eliminar, por vía del artículo 103 LECrim, la facultad genérica de denunciar de la víctima. Cercenar el derecho de ejercitar la acción penal sólo consagra una impunidad inaceptable ante conductas delictivas públicas y esto no es asumible desde perspectiva del principio de legalidad y la obligación que entraña el ejercicio del ius puniendi para el Estado, concretamente para sus órganos jurisdiccionales⁴⁰.

En esta misma línea crítica se encuentra la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2012, cuando indica que *la restricción impuesta por el artículo 103 LECrim, aun en el caso de que no fuera objeto de la*

38 STC 168/2001 de 16 de julio

39 Sentencias que, incluso, concluyen bien al afirmar que la cuestión civil, una vez admitida la excusa absolutoria, puede y debe ventilarse en el mismo procedimiento penal no evitan afirmaciones incorrectas como la siguiente: “apreciada la referida excusa absolutoria, no es dable si quiera entrar en el estudio de la posible comisión de un delito de coacciones... por cuanto dado el carácter, en cierto modo genérico o globalizador de este ilícito penal, el mismo resultaría siempre apreciable, según la forma de razonar de la recurrente, en presencia de aquellos delitos patrimoniales no violentos a los que resultara aplicable la excusa absolutoria, quedando así preterida la decisión del legislador relativa a excluir a los autores de los mencionados comportamientos de toda responsabilidad penal (SAP Cuenca 113/2001, de 20 de diciembre)

40 PEREZ ARIAS J., “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia Volumen 21 diciembre, 2019

interpretación integradora que avala la nueva redacción del art. 268 del CP, se está extendiendo artificialmente a otros entes jurídicos con personalidad jurídica propia y diferenciada. Si lo que se pretende es realizar una interpretación a favor del reo, necesariamente se debe partir de un análisis de fondo en cada una de las figuras delictivas en debate; no hacerlo en estos casos, y sí en el supuesto de conflictos familiares, supondría una simplificación buscada de propósito sin mayor motivo que la discrecionalidad excesiva de los Juzgados o Tribunales. Algo que, de manera indiscutida, supone no sólo una vulneración de la tutela judicial efectiva de la víctima y del principio de igualdad, sino una inseguridad jurídica de difícil asunción en un sistema jurídico como el nuestro.

Lejos queda el modelo de familia extensa con estructura jerarquizada y modelo férreo de convivencia encabezado por el “*pater familias*”. La realidad actual es otra bien distinta, compuesta normalmente por los cónyuges y su descendencia directa. Incluso carece de razón de ser cuando ha desaparecido la *affectio maritalis*⁴¹. Ya en 1973, el autor BAJO FERNÁNDEZ⁴² apuntaba que el legislador no había sabido responder ni adaptarse a los cambios imperantes de la realidad social: “*la familia actual se disgrega y los delitos económicos adquieren una diferente fenomenología en la sociedad industrial. El contenido vincular del parentesco adquiere menor intensidad y los efectos económicos del delito adquieren una mayor gravedad que en una economía eminentemente agrícola. [...] Esa conciencia de saberse perdonado o inexacta representación de la gravedad de la conducta que fundamentan la presunción de menor culpabilidad, no pueden darse en parentescos que han perdido toda intensidad vinculante ni en delitos de tan graves efectos*”.

Entendemos que el art. 268 CP otorga una ventaja totalmente injustificada al autor del delito patrimonial, un trato de privilegio que se fundamenta en las viejas “razones decimonónicas de política criminal” donde los conflictos se solucionaban en el seno de la familia. Este aspecto atenta contra las medidas de persecución de estos y otros delitos cometidos dentro del hogar, dejando completamente indefensos a los verdaderos perjudicados⁴³. El parentesco no debe ser la llave de la impunidad o de la inseguridad del conflicto. Son muchas las familias que se ven afectadas, y ante la falta de mecanismos de tutela por parte del Estado de Derecho, no les queda otra opción que sentir impotencia

41 Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 1996, rec. 746/1995, que señala: “la sentencia de instancia estima —de acuerdo con la doctrina sentada en la S de 22 de junio de 1992— que la referida excusa absolutoria carece de toda razón de ser cuando ha desaparecido la *affectio maritalis* y también toda convivencia familiar, de tal modo que los intereses económicos de los cónyuges aparecen contrapuestos.

42 BAJO FERNANDEZ M., *El parentesco en el Derecho Penal*, 1973, p. 142.

43 GOMEZ MARCOS, I.TFM *El parentesco como causa de exclusión de la punibilidad: Análisis del artículo 268 Código Penal*. Universidad de Alcalá de Henares, abril 2021

ante los reiterados delitos cometidos sobre sus pertenencias, por miembros de su propia familia. Tal y como ha quedado demostrado, estas razones ya no tienen razón de ser, la sociedad ha ido más rápida que la legislación, y actualmente ya no se pueden tener en cuenta estas circunstancias, y confiar en que sea la familia quien ejerza un control social sobre sus miembros y solucione sus conflictos.

IV.- CONCLUSIONES PARA UNA FUTURA REFORMA DE LA LECRIM

El concepto de familia del siglo XIX ha experimentado grandes transformaciones sociológicas y jurídicas, especialmente en el último cuarto del siglo XX y principios del siglo XXI. Atrás queda la frase latina “*el Derecho no se entromete en el ámbito familiar*”⁴⁴. Tras este estudio formulamos una propuesta de línea de trabajo sobre el futuro de la regeneración del derecho penal familiar:

Primero.- El Derecho Penal, entra a jugar su rol fundamental, abarcando la protección máxima cuando revisten especial gravedad en el marco familiar, por la importancia que presenta para la sociedad el bien jurídico que se afecta o pone en peligro.

Segundo.- Al Derecho Penal de Familia como Derecho sustantivo, se suma, por su carácter instrumental, el Derecho Procesal Penal. Los dos son esenciales. Debe evitarse al máximo el principio de la “huida hacia el Derecho penal”.

Resulta de mayor interés que el legislador indagara nuevas fórmulas que no pasaran exclusivamente por la estricta represión para solucionar determinados conflictos, sobre todo en ámbitos como el de las relaciones familiares con un componente emocional y afectivo tan especial.

Tercero.- Es necesario proponer nuevas ideas reformadoras que transformen el arcaico sistema procesal penal acusatorio para proteger a las víctimas, asentándose el principio de oportunidad. El derecho penal en el ámbito familiar, es un caso particular, reflejo de la necesidad de reforzar la tutela procesal, para la dignificación de las víctimas. Debemos apostar por evitar las funestas consecuencias de la entrada del derecho penal en el ámbito familiar “*como un elefante en una cacharrería*”, siendo lo más razonable deslindar el bien jurídico a proteger y medir la actuación del Estado, el para qué y el por qué. Se debe acortar el campo de visión. Lo más prudente, pues, es visualizar a la persona, como bien jurídico individual. Hasta ahora el legislador no ha sabido responder ni adaptarse a los cambios imperantes de la realidad social. Ni la familia es la

⁴⁴ IHERING, Rudolph von: *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Versión española con la autorización del autor y notas por Enrique Príncipe y Satorres, con estudio preliminar sobre “Ihering, ensayo de explicación”, de José Luis Monereo Pérez (Granada, Comares, 1998).

del siglo XIX ni las prioridades de la política criminal son las mismas⁴⁵.

Cuarto.- Asimismo se han expuesto dos aspectos problemáticos relativos al “parentesco procesal penal” cuya revisión legislativa es necesaria. Por un lado, la dispensa del deber de declarar del art. 416 LECrim y por otro, la excusa absolutoria del art. 268 CP. La dispensa del deber de declarar recientemente reformada, plantea ciertas dudas pendientes de resolver, sobre todo, la dirigida a menores y discapacitados supuestos en los que el legislador ha dejado muchas incógnitas. Por otro lado, la causa de exclusión de punibilidad, del artículo 268 y el art. 103 LEcrim que también reflejan una difícil relación, dejando al art. 103 prácticamente vacío de contenido y abierto a una futura revisión.

Quinto.- En fin, creemos que debe respetarse el papel de la víctima que le corresponde en el proceso sino también en la Política Criminal y que la “familia”, como ente abstracto, no debe ser ni mucho menos obstáculo para dotar al proceso penal de todas las garantías constitucionales a los miembros que la componen. Es más, en nuestra opinión en plena etapa de reforma de la LECrim, es un motivo más que justificado para democratizar el proceso. Esa inseguridad debe erradicarse en pro de la dignificación. Un reto que nos debemos exigir.

45 BAJO FERNANDEZ M., *El parentesco en el Derecho Penal*, 1973, pág. 142.