



LA DISPENSA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL.

MIGUEL SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO.

ABOGADO/DOCTOR EN DERECHO/MEDIADOR CIVIL Y MERCANTIL.

1).- Introducción.

En el presente trabajo traigo a colación una figura procesal jurídica que a mí personalmente siempre me ha llamado la atención como es el caso del uso de la dispensa en la declaración de testigos, establecida en el art. 416.1 de la LECrim (LA LEY 1/1882), como facultad que tienen los parientes del procesado para no declarar contra el mismo basándose no sólo en el vínculo de la solidaridad que se deben los miembros de una familia entre sí, sino también en la protección que se debe a la intimidad en el ámbito familiar, por tanto me ceñiré en el presente artículo en esta dispensa a declarar, sin entrar en la dispensa a denunciar del art. 261 de la LECrim, que aunque relacionados ambos artículos entiendo más interesante esta dispensa del art. 416.1 de la LECrim.

Dicha figura jurídica en la práctica procesal es muy común su uso, sobre todo en temas de violencia de género (me ceñiré en exclusiva en este tipo de delito aunque se puede usar en cualquier otro delito), y donde observo mucha confusión judicial en el que en este trabajo intentaré dar mi punto de vista sobre la cuestión.

La actual dispensa del art. 416.1 de la LECrim no es una figura reciente¹, se estableció en nuestro decimonónico legislación procesal criminal, y nos viene a decir el derecho que tienen las personas a no declarar siempre que tal declaración verse sobre hechos cometidos por parientes del declarante, entendiéndose por parientes, cónyuge, pareja de hecho, hermanos, parientes colaterales hasta el 2º grado, teniendo el Juez Instructor la obligación de advertir de esta dispensa y el Secretario Judicial la obligación de consignar la contestación.

Esta redacción tan sólo ha sufrido la modificación dada por la L 13/2009 (LA LEY 19391/2009) de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que añade lo relativo a las parejas de hecho (*more uxorio*) como vínculo suficiente para acogerse a la dispensa, así como el papel del Secretario Judicial para recoger la contestación que se diere a esta advertencia.

También nuestra Constitución (CE LA LEY 2500/1978) establece en su art. 24.2 como derechos y libertades de los ciudadanos, el derecho que éstos tienen a no declarar cuando se den hechos presuntamente delictivos cometidos por un pariente.

2).- Desarrollo jurisprudencial de la cuestión.

Teniendo en cuenta el desarrollo legislativo sobre la dispensa que a mi entender es insuficiente y que la reforma de 2009 se queda un poco corta, el desarrollo jurisprudencial sobre la cuestión por tanto y en consecuencia resulta confuso e incluso contradictorio, por lo que en las siguientes líneas desarrollaré la cuestión dando mi punto de vista.

Reconozco que hoy en día los problemas interpretativos de esta dispensa se van aclarando, y en este sentido destaco en primer lugar a la STC 94/2010 de 15/11/2010 (LA LEY 208790/2010) y al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de fecha 24 de Abril de 2013.

La STC de 15/11/2010 ofrece un criterio interesante sobre una materia que estaba causando mucha confusión, como es el tema de las consecuencias del no cumplimiento por parte de los diferentes órganos judiciales encargados del caso sobre la advertencia del derecho que tiene esa persona a no declarar en contra de su familiar como consecuencia de lo preceptuado en el art. 416.1 de la LECrim.

El asunto enjuiciado por dicha Sentencia, trata sobre la absolución por parte de la SAP Barcelona de fecha 30/10/2006 (LA LEY 261912/2006) en un caso de violencia de género, estimando la vulneración del art. 416.1 de la LECrim, por no haberse hecho la advertencia de la dispensa mencionada en este artículo.

La línea constante de la Jurisprudencia del TS hasta ahora², venía diciendo que eran nulas y que por tanto no se podían usar las declaraciones prestados en ausencia de la

pregunta de la dispensa, si bien en el caso de la presencia espontánea se entiende que se renunciaba a la misma, pero siempre y cuando dicha renuncia resulte expresada sin ningún género de dudas.

La STC resulta muy innovadora³, aparte de los problemas que pudieran surgir por tratarse la SAP de Barcelona de una Sentencia absolutoria, donde sólo en determinadas circunstancias puede el TC entrar a conocer⁴, entiendo como muy acertada el criterio que se usa en este tema de la dispensa del art. 416.1 de la LECrim.

Este criterio de la dispensa del art. 416.1 de la LECrim es “relajado” por el TC en el sentido de valorar en la medida de lo posible las circunstancias que concurrieron a la hora de manifestar o no esta dispensa, valorando la actitud de la mujer-denunciante en el desarrollo de los hechos y así, en el caso enjuiciado la denunciante denunció en varias ocasiones a su marido por violencia de género, prestó declaración tanto en sede policial como judicial, se personó como acusación particular y recurrió la Sentencia del Juzgado de lo Penal, por lo que con la actitud que tuvo la demandante en este caso, el TC entiende que como consecuencia a esta actitud hay una voluntad clara y que no deja lugar a dudas de que se castigue penalmente al marido de la denunciante y que aunque no hubiera manifestado claramente el acogerse a la dispensa al no haber sido interrogada en este extremo sí que el TC entiende que difícilmente se hubiera acogido al mismo por la actitud que tuvo la mujer a lo largo de todo el proceso sin que en ningún momento hubiera manifestado ninguna duda al respecto, por el que la STC declara la nulidad de la SAP de Barcelona y en consecuencia se dicte otra teniendo en cuenta las declaraciones de la víctima (mujer-denunciante).

Como consecuencia de esta nueva línea jurisprudencial, el pasado día 24 de Abril de 2013, se reunió el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y adoptó un acuerdo en el que, creo con buen criterio, se excluyen dos supuestos de la posibilidad de acogerse a la dispensa, como son en primer lugar cuando se trate de hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o el cese definitivo de la situación análoga de efecto, y en segundo lugar cuando el testigo se persone como acusación particular. Con este Acuerdo entiendo que se avanza en el farragoso art. 416.1 de la LECrim, donde sin embargo creo que todavía persisten muchas dudas.

3).- Conclusiones.

Aunque entiendo acertados los pasos que se han dado a favor de la interpretación de la dispensa, tanto por medio de la STC, como por parte del acuerdo no jurisdicción del TS como por parte de la reforma de la L 13/2009, que he mencionado antes, en mi opinión se podía haber hecho mucho más en orden a interpretar mejor este concepto un tanto oscuro.

Así en primer lugar, creo que no queda claro el tema de la convivencia entre los familiares como aspecto fundamental a tener en cuenta a la hora de determinar si se dan o no las circunstancias concurrentes para poder hacer uso de esta dispensa, en mi opinión se trataría de una circunstancia fundamental y que no veo que quepa la dispensa en una relación familiar donde no hay convivencia, es decir, si en el momento de declarar no hay convivencia no se debería poder usar la dispensa, el Acuerdo del Pleno al que antes me he referido menciona “...*hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio...*”, pero en mi opinión no lo matiza bien y obvia el término de convivencia para en este caso descartar la dispensa.

En segundo lugar, se podía haber añadido la obligación de mencionar la dispensa no sólo al Juez instructor, sino también en sede policial o al Juez de violencia de género o al Juez o Tribunal enjuiciador⁵.

En tercer lugar, aunque considero acertado lo que dice el Acuerdo del TS que he mencionado más arriba sobre que el hecho de la personación de la víctima-testigo como acusación particular excluye el hecho de que pueda someterse a la dispensa, también entiendo que hubiera sido acertado que con la denuncia espontánea, sin necesidad de personarse como acusación particular fuera bastante para excluirle de la dispensa, ya que hay en este caso una voluntad clara y concluyente de denunciar y en consecuencia nada induce a pensar que no fuera ese su propósito ni que quiera proteger a algún familiar, por lo que en estos casos no se debería posibilitar la aplicación de la dispensa⁶, dejando tan sólo la imposición de la dispensa cuando ese familiar haya sido citación en

las dependencias policiales o judiciales⁷ como consecuencia del inicio de un procedimiento penal.

En cuarto lugar, como punto más importante, se debería haber regulado los distintos comportamientos que pudiera tener la denunciante en orden a efectuar una declaración acusatoria en el Juzgado de Instrucción y luego en el plenario acogerse a la dispensa, comportamiento un tanto contradictorio en la que la STS de 10/2/2009 (LA LEY 3350/2009) nos viene a decir que no se pueden traer al procedimiento plenario las declaraciones vertidas por la denunciante-testigo en la fase de instrucción cuando ésta se acoge a la dispensa en el plenario, ni siquiera por la vía del Art. 714 de la LECrim.

Opino que unas declaraciones emitidas en un órgano jurisdiccional con respeto a las garantías procesales y de defensa deberían ser válidas y poder ser trasladadas al órgano enjuiciador y más si se trata de una persona denunciante, que igual por miedo se acoge a la dispensa lo cual ocasiona muchas Sentencias absolutorias, alguna Sentencia clarifica la cuestión y menciona las condiciones que se deben respetar para traer al plenario las declaraciones efectuadas en fase de instrucción⁸, también se podría abordar la reforma del art. 730 de la LECrim para poder leer las declaraciones inculpatorias realizadas en instrucción o reformar el art. 777.2 de la LECrim para usar este tipo de declaraciones como prueba válida preconstituida⁹.

En quinto lugar y en defecto de declaraciones inculpativas por parte de la víctima, se debería dar mayor protagonismo a los agentes de la autoridad como testigos no de referencia sino directos al haber tenido, en muchas ocasiones, una percepción clara de la situación ya que son las primeras personas en llegar al lugar de los hechos y así de esta manera se salvaría el problema de que la víctima se acogiera a la dispensa en orden a dictarse una condena y así evitar las Sentencias absolutorias que pudieran darse.

Para acabar entiendo que en este tema de la dispensa nuestro Ordenamiento Jurídico necesitaría una Ley sustantiva sobre la materia o bien una Ley procesal específica integrada en nuestra LECrim que corrija todas estas disfunciones que he mencionado y que posibilite una mayor justicia sobre las víctimas para así cumplir con el *ius puniendi*

del estado y evitar crear alarma social, sería bueno que se recogiesen en el nuevo Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, que en estos momentos se está tramitando en el Congreso de los Diputados, donde en el proyecto no se recoge nada por lo que entiendo se está desaprovechando una oportunidad de clarificar la cuestión que espero se subsane en la tramitación parlamentaria.

¹ Como orígenes remotos de esta dispensa, habría que acudir al proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1821 donde se hablaba de una tacha en general por parentesco entre otros. Rodríguez Lainz. “Dispensa del deber de declarar contra parientes. Comentario a la STC 94/2010”. *Diario La Ley* nº7577. Feb 2011.

² STS 6 de Abril 2001 (LA LEY 7814/2001), 27 de Octubre 2004 (LA LEY 10256/2005), 22 de Febrero 2007(LA LEY 9745/2007), 10 de Mayo 2007 (LA LEY 20352/2007), 12 de Julio de 2007 (LA LEY 79561/2007)..

³ Magro Servet. “Jurisprudencia comentada”. *Ed. SEPIN*. Enero 2011.

⁴ Por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular, por haberse producido una incongruencia extra petitum, por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin que hubiera tenido lugar el Juicio Oral , por haber incurrido la Sentencia en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. Magro Servet. “Jurisprudencia comentada”. *Ed. SEPIN*. Enero 2011.

⁵ SSTS 6 de Abril de 2001 (LA LEY 7814/2001) y 10 de Mayo de 2007(LA LEY 20352/2007).

⁶ SSTS 12 de Julio de 2007 (LA LEY 79561/2007) y 20 de Febrero de 2008 (LA LEY 12957/2008).

⁷ SSTS 10 de Mayo de 2007 (LA LEY 20352/2007) y 20 de Febrero de 2008 (LA LEY 12957/2008).

⁸ Tal y como establece la STS de 14 de Marzo de 2003 (LA LEY 1243/2003), que nos dice...”Para que sea válida como prueba de cargo la simple lectura del testimonio de un testigo que no ha declarado en el plenario es necesario que concurren tres requisitos: a) que se hayan agotado las posibilidades de su búsqueda b) que en las declaraciones en la instrucción se hayan producido con respeto a las normas procesales c) que las referidas declaraciones se hayan incorporado legalmente al proceso y se hayan reproducido en el acto del Juicio Oral en condiciones de que se haya permitido a la otra parte la contradicción.

⁹ Morales Ortega/Magro Servet.” Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416.1 de la LECrim”. 20-22 de Mayo de 2009. *SEPIN*. 2009. Escobar Jiménez. “La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal”. *Diario LA LEY* Nº7301/02. Dic. 2009.

ABSTRACT:

La Dispensa del art. 416.1 de la LECrim como facultad que tienen las personas a no declarar contra sus parientes en base a la intimidad de sus relaciones personales, adolece de una mala regulación que provoca muchas contradicciones en el ámbito jurídico que en mi opinión se solucionaría con una regulación específica donde se desarrollen tanto aspectos sustantivos como procesales en orden de lograr una mayor seguridad jurídica que evite situaciones injustas.