

3. DERECHO PROCESAL PENAL

Propuesta de modificación de la dispensa del derecho a declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los menores de edad

El art. 24.2 in fine CE señala *que la Ley regulará los casos en que por razón de parentesco no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*. Y el art. 416 de la LECrim establece que estarán dispensados de declarar, entre otros, *los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente*, y que el Juez de Instrucción advertirá al testigo comprendido en tal dispensa de que no tiene obligación de declarar contra el procesado, pero que puede efectuar las manifestaciones que estime oportunas, que serán recogidas.

No es difícil encontrar una justificación de esta dispensa de declarar, ya que la razón de acogerse a la dispensa queda plenamente justificada tanto por los vínculos de solidaridad entre el testigo y el acusado, lo que resulta acorde con la protección de las relaciones familiares que dispensa el art. 39 de la Constitución, así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar. En definitiva, el secreto familiar tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los integrantes del vínculo familiar dentro de los límites recogidos en dicho art. 416 LECrim.

De ello se deriva que con carácter vinculante, antes de proceder a la declaración de la persona que pueda estar protegida por tal dispensa, debe ser instruido precisa y concretamente por quien va a recibirle tal declaración, y ello se mantiene en todas y cada una de las declaraciones que pueda prestar. Por tanto el deber de instruirle es predicable para la policía en fase de atestado policial, al Juez de Instrucción en fase de la encuesta judicial, y por el Presidente del Tribunal en relación a las declaraciones en fase de juicio plenario, siendo relevante recordar que el art. 707 de la LECrim así lo tiene expresamente reconocido. La sanción en caso de omisión de tal deber de información es la imposibilidad de valorar tal declaración que como tal es nula. Por ello la validez de la misma tiene como presupuesto la previa instrucción de la dispensa a que puede acogerse. Tal artículo no es un derecho de la persona concernida a no declarar sino más limitadamente a no declarar contra el acusado con el que está unido por un vínculo familiar dentro del círculo marcado por el art. 416 LECrim.

Obviamente tal derecho a la dispensa es un derecho renunciabile, pero para renunciar a un derecho debe facilitársele a la persona concernida de tal derecho a la dispensa, y solo entonces, la renuncia a la

misma, debidamente informada al respecto podrá ser válida, y solo, insistimos, en relación a lo referente a la persona con la que tiene el parentesco dentro del círculo familiar reconocido en el art. 416 LECrim; respecto de las demás cuestiones extramuros de esa relación, es claro que tiene obligación de declarar. En tal sentido se pueden citar las SSTs de 27 de octubre de 2004, 12 de julio de 2007, 10 de mayo de 2007, 20 de febrero de 2008, 13/2009.

Cuestión diferente es cuando el testigo en quien concurra el derecho de dispensa sea al mismo tiempo víctima del delito en cuyo caso, la espontánea denuncia que efectúe de los hechos, en cuanto que es víctima no exige la previa instrucción del derecho de dispensa. En tal sentido, STC 94/2010, de 15 de noviembre. También son declaraciones jurisprudenciales respecto del alcance de la dispensa, que el art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Y tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso.

Sin embargo, nada se dice en la ley sobre la dispensa en los casos en los que el testigo es menor de edad. Creemos que el legislador ha desaprovechado una magnífica oportunidad de regular esta materia en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del Delito*. Son varias las cuestiones que pueden plantearse sin atisbar una fácil solución. Es evidente que en principio la dispensa alcanza también a los menores de edad, pero los problemas prácticos que se plantean son diversos principalmente en menores de corta edad e incluso en el caso de menores que hayan alcanzado también cierta madurez al poder ser contrario al interés del menor.

Como pautas interpretativas en relación con la violencia de género, el Tribunal Supremo en el pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el día 24 de abril de 2013, examinó la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y tras el debate correspondiente se tomó, por mayoría, el siguiente acuerdo:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.»

Como novedad puede añadirse también la STS 449/2015, de 14 de julio, ponente Joaquín Jiménez García, añade que «en la medida en que la víctima ejerció la acusación particular durante un año, aunque luego renunciara al mismo, se convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar. Añade que su derecho a hacer uso de la dispensa había decaído con el ejercicio de la acusación particular, ya que, si se resolviera de forma contraria y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona pudiera tener uno u otro estatus, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible. El ejercicio de la acusación particular durante un periodo de tiempo le novó su status al de testigo ordinario y la declaración prestada en el plenario sin haberle hecho la advertencia es válida como fuente de prueba».

A nivel jurisprudencial y en relación con los menores de edad son interesantes también las siguientes sentencias:

– STS n.º 699/2014, de 28 de octubre, en la que el Magistrado ponente, Antonio del Moral García, con brillantez rechaza la pretensión del recurrente consistente en cuestionar la validez de la prueba ante la ausencia de advertencia alguna ante el deber de declarar para el menor víctima de abusos cometidos por su progenitor. Se trataba de un menor con cuatro años de edad en el momento de los hechos y de once cuando se celebró el juicio. Entre los razonamientos merecen destacarse: la previsión del art. 416 LECrim es una garantía establecida para el testigo y no para el imputado. No es un derecho de éste, sino de aquél. No se pueden deformar las cosas hasta convertir ese derecho de determinados testigos, víctimas en ocasiones, en una especie de boomerang que se vuelve contra ellos dejándolos desprotegidos y privándoles de la tutela judicial efectiva que han reclamado (...) el menor, dada su baja edad, no podía acogerse a ese derecho o facultad por sí mismo: un niño, ni con cuatro ni con siete (folio 206), ni con ocho (folio 289), ni con once años (acto del juicio oral), goza de la madurez emocional necesaria para captar el alcance del conflicto que justifica esa previsión; ni, por tanto, de la capacidad para dilucidar si debe acogerse o no a ella. No hay que esperar a la mayoría de edad para estar en condiciones de usar de esa habilitación. Pero sí ha de contarse con la indispensable madurez según un juicio ponderativo que deberá efectuar el Juzgador. Los arts. 162.1 Código Civil y 2 y 9

de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor invitan a ese entendimiento.

Esas condiciones de madurez probablemente pueden presumirse de manera indubitada a partir de una edad (quizás los dieciséis años, sin pretender con esto fijar fronteras claras y precisas) (i); ha de confiarse a un juicio casuístico en otra franja de edad (ii); y, por fin, ha de negarse rotundamente por debajo de otra (¿doce años?: algunas normas toman ese momento como referente significativo).

No ostentando capacidad para determinar en ese punto la propia conducta, en principio habrá de confiarse a los representantes legales (argumento ex art. 162 Código Civil) la decisión sobre si el menor debe declarar o no en los supuestos prevenidos en el art. 416 LECrim, aunque no lo especifique así claramente la Ley Procesal Penal a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos (v.gr., el británico). Cuando se aprecia un conflicto de intereses con uno de los progenitores (es patente que estamos ante uno de esos casos), será el otro progenitor el llamado a adoptar la decisión oportuna en nombre y representación del menor (art. 163 del Código Civil).

– STS Sala 2.^a de 26 octubre 2009, Confirma la sentencia de instancia que había estimado que «la niña era un testigo no víctima de un delito de violencia de género, y que concurría una circunstancia que no podía ser obviada, como era el hecho de su minoría de edad, y no una minoría de edad cercana a la mayoría, sino que, nacida el 15-1-2000, contaba en la fecha de la exploración con la edad de tan sólo seis años, observó que el fundamento del art. 416 quedaba desvirtuado y no resultaba de aplicación.

La reforma que se propone va dirigida a que, dentro del artículo 416, se contemple y se dé una solución a la dispensa del deber de declarar de los testigos menores de edad, víctimas de hechos delictivos cometidos por alguna de las personas con las que guarde la relación de parentesco del artículo 416. Habría que tener en cuenta el grado de madurez del menor, presumiendo ésta desde una determinada edad, y el conflicto de intereses que puede producirse con uno o ambos progenitores en menores de corta edad.

En estos supuestos se ha de considerar relevante el papel que tiene que desempeñar el Ministerio Fiscal en su función de protección de la víctima y de los menores de edad. Si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Código Penal, el Ministerio Fiscal está facultado para perseguir determinados delitos aun sufriendo la inactividad de los representantes legales del menor o persona desvalida, con mayor motivo podría estar facultado para decidir sobre el derecho de dispensa en estos supuestos. A mayor abundamiento, si la legislación

civil exige la autorización judicial (art. 116 del Código Civil) para que los progenitores o representantes legales renuncien a determinados derechos económicos, con mayor motivo debería estar justificada la intervención del Ministerio Fiscal para decidir en estos supuestos.

Modificación de la competencia de la Audiencia Nacional (art. 65 LOPJ)

El delito previsto en el artículo 570 bis, del Código Penal, abarca un grupo muy amplio de conductas por lo que su asunción por la Audiencia Nacional propiciaría un exceso que iría en contra de su eficacia y de la propia concepción de tribunal especializado.

Por ello, el criterio de atribución de la competencia a la Audiencia Nacional debe mezclar la concurrencia de dicha conducta típica con otras circunstancias que obliguen a un tratamiento por un órgano judicial especializado.

Este filtro de conductas puede realizarse de una doble forma. En primer lugar, relacionando el delito de organización criminal con determinados delitos que cometen los miembros de la misma. En segundo lugar, relacionando el delito de organización criminal con el territorio en el que se mueve la organización criminal. Existe aún un tercer criterio mixto que consiste en aunar los dos anteriores y que es el debería ser utilizado para evitar una excesiva sobrecarga de la Audiencia Nacional.

En aplicación del primer criterio sería competente la Audiencia Nacional si la organización criminal cometiere alguno de los siguientes delitos:

- Delito de blanqueo de capitales (habría que introducir el factor extranjero o territorial);
- tráfico de drogas;
- falsedad de moneda;
- prostitución y corrupción de menores;
- trata de seres humanos y tráfico ilegal inmigración ilegal de personas;
- homicidio y lesiones;
- detenciones ilegales y secuestros;
- amenazas, coacciones, torturas y extorsión; y
- contra la propiedad intelectual e industrial.

Este criterio, sin embargo, podría plantear inconvenientes al implicar una extensión del ámbito competencial de la Audiencia Nacional,

a asuntos cometidos en una única provincia por una organización criminal.

El criterio de la territorialidad, por sí solo, llevaría a la asunción de competencias por la Audiencia Nacional cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando la organización criminal tenga carácter transnacional; y
- cuando la organización criminal actúe en dos o más provincias de España.

Una vez más, el solo criterio de la territorialidad llevaría a una extensión que es deseable limitar. En efecto parece razonable, por ejemplo que las organizaciones criminales dedicadas en exclusiva a realizar delitos contra la propiedad, si no encuentran un elemento diferenciador y de mayor gravedad como es el carácter transnacional, deban ser investigadas por los órganos judiciales del lugar de comisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 y siguientes, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por ello, definitivamente, se aboga por atribuir la competencia de la Audiencia Nacional, adoptando el criterio mixto, es decir, cuando se trate de organizaciones criminales que cometen alguno de los delitos enumerados anteriormente y, además, cuando concorra en ellas, bien el carácter transnacional de la organización, bien la comisión de hechos en dos o más provincias españolas.

Especialización de Magistrados y forma de acceso a la Audiencia Nacional (modificación art. 329.5 LOPJ)

En la lucha contra el crimen organizado es necesaria una especialización y coordinación. La lucha del Estado de Derecho contra el crimen organizado debe ser integral. En la ejecución de la política criminal española, se ha potenciado la aplicación de los criterios de especialización y coordinación en la lucha de la Administración de Justicia contra la criminalidad organizada. Señalaba el Juez Falcone cómo la lucha contra la mafia resulta compleja y, además, requiere una especialización por parte de los órganos del Estado encargados de esta tarea. Incluso, añadía, se necesitan importantes conocimientos sociológicos y antropomorfos.

En España existe actualmente una especialización tanto de la Policía Nacional como de la Guardia Civil y, en el ámbito autonómico, de los Mossos d'Esquadra, siendo el crimen organizado abordado también desde el ámbito del Servicio de Vigilancia Aduanera y de Institu-

ciones Penitenciarias, que ha visto el enorme poder que desde las cárceles tienen las personas en situación de privación de libertad.

No obstante, existe una asignatura pendiente, que es la especialización de los Juzgados o Tribunales, frente a la labor de la Fiscalía, que ha venido realizando un importante trabajo de especialización desde 2006.

En el ámbito de los Juzgados o Tribunales esta especialización se podría iniciar desde el propio acceso a la Audiencia Nacional. Éste sería no sólo el contemplado actualmente que se basa en la antigüedad de los peticionarios, sino que unido al requisito de una cierta permanencia en la carrera judicial, cabría introducir una cierta discrecionalidad en el Consejo General del Poder Judicial que le permitiera valorar una ficha curricular o la especialización (a través de la formación continuada) del peticionario.

Necesidad de desarrollo legislativo de la protección de las víctimas en fase de ejecución

La protección de las víctimas contemplada en el Estatuto de la Víctima se encuentra bien desarrollada en la fase preprocesal, de instrucción y de enjuiciamiento. Sin embargo adolece de falta de proyección en la fase de ejecución, lo que debe sin duda asociarse a la propia escasez de normas dedicadas a esta fase del sistema procesal penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Actualmente no se aclara cómo los Juzgados de Vigilancia pueden tomar conocimiento de la voluntad de las víctimas de participar en esta fase, ya que la posibilidad de traslado del recluso a distintos Centros Penitenciarios les aleja del Juez o Tribunal sentenciador, que es quien debe actualizar al iniciar la ejecutoria la instrucción de derechos conforme al art. 5.2 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima del delito* (EVD). El régimen de los permisos y de salidas autorizadas que permite su concesión a Instituciones Penitenciarias y la materialización de los autorizados por el Juzgado de Vigilancia penitenciaria por parte de la propia Institución debería permitir la comunicación con los Servicios de Atención a las Víctimas de las Instituciones Penitenciarias, que sin embargo el Reglamento de desarrollo del EVD no solo no contempla, sino que incluso llega a excluir la comunicación por parte de los Servicios Penitenciarios, que sin embargo lo cumplimentan protocolizadamente para los supuestos de víctimas de violencia de género por conducto de las Coordinaciones Provinciales de las Subdelegaciones del Gobierno.

Se hace necesaria esta reforma legal, que se inspiraría en los principios siguientes, a desarrollar en la LECrim:

1.º Preceptiva y explícita instrucción de derechos de las víctimas en los Juzgados y Tribunales sentenciadores al iniciarse la Ejecutoria.

2.º Cesión por Juzgado y Tribunal sentenciador *ex lege* de los datos de las víctimas que soliciten hacer uso de sus derechos a Instituciones Penitenciarias.

3.º Coordinación de las Instituciones Penitenciarias con: a) los Juzgados de Vigilancia para participar cuando se desarrollen los incidentes contemplados en el art. 13 EVD que existen víctimas que solicitaron participar en las resoluciones judiciales de dichos incidentes; y b) con los Servicios de Atención a las Víctimas para participar en las decisiones adoptadas que puedan comprometer su seguridad, si así lo solicitaron, así como a las víctimas de violencia de género que no hayan renunciado a esta comunicación.

Modificación del art. 13 LECrim, a los efectos de incluir como medida cautelar la restitución de los bienes sustraídos o usurpados a sus legítimos titulares

La ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 245.2 CP), está sancionado con pena de multa de tres a seis meses. Como consecuencia de la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se produjo una degradación sobrevenida en este tipo penal al ser modificado el artículo 13 CP, en cuyo apartado 3 se señala que «son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve» y el 4, en su segundo inciso, que «cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve». En consecuencia, la pena señalada para este delito, de conformidad con los artículos 13.3 y 4 y 33.3 j) y 4 g) del CP, tiene el carácter de leve.

Dado que la consecuencia principal de este delito es la privación del ejercicio del derecho de propiedad al titular de un inmueble y su prolongación en el tiempo hasta que es dictada una sentencia condenatoria para el usurpador, cabe plantear la posibilidad de adoptar medidas cautelares que restituyan el inmueble a su legítimo titular.

El art. 13 LECrim introduce genéricas posibilidades cautelares en protección de la víctima al disponer que *se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los*

ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley.

Las medidas que podrían adoptarse al amparo del art. 13 serían –dejando aparte las remisiones que el propio art. 13 hace a los art. 544 bis y ter– las siguientes: 1) restitución inmediata a la víctima de aquellos bienes robados que hubieran sido recuperados, en la medida en que la víctima acreditase de modo fehaciente sus derechos sobre los indicados bienes, 2) atribución a la víctima del uso y disfrute con carácter provisional del bien que adquirido de buena fe hubiera sido objeto del delito, al amparo de la aplicación del art. 464 CC, y 3) asistencia a enfermos o heridos conforme a lo dispuesto en el art. 785.8.^a g.

Por lo tanto, cabe entender que el art. 13 LECrim habilita al Juez acordar el acceso urgente a su vivienda de quien se ha visto desposeído por hechos presuntamente delictivos. En principio, parece que ningún obstáculo debiera existir para la adopción de estas medidas en el juicio por delitos leves.

Ahora bien, la realidad pone de manifiesto que con frecuencia no se adoptan este tipo de medidas, siendo una de las razones esgrimidas la falta de previsión legal expresa.

Es por ello, que parece razonable introducir un inciso en el art. 13 LECrim a fin de que se recoja de forma expresa la posibilidad de acordar como medida cautelar el reintegro en la posesión con carácter provisional a los legítimos titulares de los bienes muebles o inmuebles sustraídos o usurpados.