

# LEX CRIMINALIS

BOLETÍN JURÍDICO PENAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº3 | Marzo 2023 semestral



Mujer, familia y derecho penal.

Guía de instrucción para los delitos contra la seguridad social (I)

Nº3 marzo 2023. Semestral

## LEX CRIMINALIS

Boletín Jurídico Penal de la Asociación  
Judicial Francisco de Vitoria  
ajfv@ajfv.es

### CONSEJO ASESOR

Andrés Martínez Arrieta  
José Luis Seoane Spiegelberg  
Pascual Martínez Espín  
Juan Francisco Mestre Delgado

### COMITÉ EDITORIAL:

Luis Juan Delgado Muñoz (Coord.)  
Verónica Ponte García  
Claudio García Vidales  
Rafael Herreros López  
Arturo Valdés Trapote

Edita: Asociación Judicial Francisco  
de Vitoria.  
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook  
Fotografía de portada. Autora: Verónica  
Ponte

ISSN: 2605-2773

### EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de éstos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. El Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria no se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos

03

## LA DECLARACION DE LA VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL. PASADO, PRESENTE Y FUTURO

por María Teresa Ferrer Costa. Juez Sustituta, adscrita al Juzgado mixto Nº 7, exclusivo de Violencia de Género, de Figueres (Girona).

22

## LA DIGNIFICACION DE LA FAMILIA EN EL PROCESO PENAL Y ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS SOBRE EL PARENTESCO

por Josefa Fernández Nieto. Doctora en Derecho. Letrada de la Administración de justicia

45

## LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL ( I )

por Delia Ghiurca Gruita. Abogada ICASF

# LA DECLARACION DE LA VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL. PASADO, PRESENTE Y FUTURO.

THE STATEMENT OF THE VICTIM OF GENDER VIOLENCE IN THE CRIMINAL PROCESS. PAST, PRESENT AND FUTURE.

Maria Teresa Ferrer Costa  
Juez Sustituta, adscrita al Juzgado mixto número 7, exclusivo de Violencia de Género, de Figueres (Girona).

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2022.  
Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2023.

## RESUMEN:

La evolución Jurisprudencial y legislativa que se viene produciendo en el ámbito de las víctimas, sobretodo en el ámbito de la violencia machista y, en concreto en la violencia de género evidencia la aceptación de la victimología como ciencia y, por ende, su introducción e inclusión en las actuales y nuevas perspectivas de evolución en el ámbito procesal. La importante modificación del artículo 416 LECrim. no solo ejemplifica esta evolución sino que, en este momento, es la base central de la misma. Debemos plantearnos los resultados prácticos de la actual redacción del artículo 416 LECrim., así como la necesidad de llevar a cabo la declaración de la víctima como prueba preconstituida (Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, medida 132).

## ABSTRACT

*The jurisprudential and legislative evolution that has been taking place in the field of victims, especially in the field of sexist violence and, specifically in gender violence, is evidence of the acceptance of victimology as a science and, therefore, its introduction and inclusion in the current and new perspectives of evolution in the procedural field. The important modification of article 416 LECrim. not only exemplifies this development but is, at the moment, the central basis of it. We must consider the practical results of the current wording of Article 416 LEcr., as well as the necessity of using the victim's statement as pre-constituted evidence (State Pact on Gender Violence, measure 132).*

## PALABRAS CLAVE

Víctima; victimología; victimización secundaria; violencia doméstica;

dispensa de declarar, derecho.

### KEY WORDS

*Victim; victimimology; secondary victimisation; domestic violence; exoneration from testifying.*

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

II. VICTIMOLOGIA

III. VÍCTIMAS Y VIOLENCIA

IV. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

V. DECLARACIÓN VÍCTIMA:

- Información de Derechos. Aplicación de la dispensa del art. 416 LECrim.
- Declaración

VI CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFIA

### NOTAS INTRODUCTORIAS

Con este trabajo, teniendo en cuenta como ha evolucionado la legislación y Jurisprudencia con el fin de proteger a las víctimas, sobretodo a las víctimas en el ámbito de la violencia machista y, en concreto a las víctimas de violencia familiar, realizaré un breve recorrido de como la victimología ha tenido su aceptación en nuestro ordenamiento jurídico a fin de otorgar una protección integral a la víctima de violencia de género, me referiré al concepto de víctima con el objetivo de centrarme en la declaración de la víctima diferenciando la parte inicial de la misma en cuanto a los derechos que ostenta, analizaré el alcance de la dispensa prevenida en el artículo 416 LECrim. así como los aspectos procesales de la declaración concluyendo con las carencias y necesidades que se observan para la protección debida a la víctima.

En la dogmática penal del ayer, el axioma *in dubio pro reo* significó un avance importante en la historia de la dogmática penal. La dogmática penal de hoy pretende, desde diversos puntos de vista, superar la dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para colocar en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas<sup>1</sup>, esto es, la victimología, en pro de las víctimas, tiene como expectativas su asentamiento en el Derecho penal y procesal penal permitiendo, en el procedimiento penal, minimizar la victimización secundaria de las mismas.

Han existido dispares criterios en torno a la independencia de la Victimología

---

<sup>1</sup> Beristain Ipiña, A. “La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, ‘in dubio pro reo’; hoy, ‘pro víctimas’, mañana, las víctimas protagonistas)” En: Derecho Penal Contemporáneo, núm. 31, 2010. Resumen.

o la integración de esta ciencia a la Criminología<sup>2</sup>. Atribuido el nacimiento de la victimología a Mendelson y Von Hentig, ha venido siendo definida como el “estudio científico de las víctimas”<sup>3</sup>. Considerando que el nacimiento de la moderna Criminología no se produce hasta que la víctima del delito no resulta abarcada por su ámbito de aplicación, es de reconocer el significativo papel que desarrolla la Victimología dentro de las ciencias criminológicas, así como la necesaria integración científica de ambas ciencias<sup>4</sup>. Sea cual sea la posición mantenida son muy pocos los criminólogos que olvidan en sus estudios el complejo tema de las víctimas. Lo que demuestra que la Victimología se ha ido convirtiendo, sin pausa, en uno de los principales polos de desarrollo de la especulación criminológica<sup>5</sup>. A pesar de ser una disciplina joven, la evolución de la Victimología es prominente, teniendo en cuenta que surge con la finalidad de llenar un importante vacío teórico relativo al estudio de las víctimas y progresivamente asume dentro de la Criminología un papel fundamental para el desarrollo de la ciencia.

Para Mendelsohn, el carácter independiente de la Victimología, es una cuestión irrefutable, pues mantiene que: “la Criminología se ocupa de la terapéutica y de la profilaxis anticriminal, teniendo como criterio al criminal; mientras que la Victimología se ocupa de la terapéutica y de la profilaxis que tienen como objeto la personalidad de la víctima”<sup>6</sup>.

La protección, defensa y garantía de los derechos humanos es uno de los más importantes desafíos que se plantea el Derecho actual y que encuentra respaldo legal en varias Constituciones de Estados. En tal sentido, a pesar del olvido sufrido por las víctimas durante años, hoy la Victimología cuenta con magnos estudiosos que no olvidan en sus obras las grandes necesidades, problemas, perspectivas y técnicas de asistencia a las víctimas<sup>7</sup>.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección Integral contra la violencia de género, en nuestro ordenamiento jurídico, supuso un

2 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: Derecho y Cambio Social, núm. 61, julio septiembre, 2020, pág. 394

3 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: Derecho y Cambio Social, núm. 61, julio septiembre, 2020, pág. 395

4 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: Derecho y Cambio Social, núm. 61, julio septiembre, 2020, pág. 396

5 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: Derecho y Cambio Social, núm. 61, julio septiembre, 2020, pág. 397

6 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: Derecho y Cambio Social, núm. 61, julio septiembre, 2020, pág. 396

7 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: Derecho y Cambio Social, núm. 61, julio septiembre, 2020, pág. 397

gran avance en la protección integral de las víctimas de violencia de género, protección que se extiende al ámbito social, educativo, sanitario, laboral, tutela penal y judicial. Asimismo, el denominado Convenio de Estambul, de fecha 11 de mayo 2011, en vigor desde el 1 de agosto 2014 y el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, así como las posteriores modificaciones legislativas que, en aras al desarrollo del Pacto de Estado, cuanto menos en el ámbito Jurídico Penal, se han producido, destacando el Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la Violencia de género, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, así como la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual o, la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, de la Comunidad Autónoma de Catalunya, han supuesto un notable avance.

## VICTIMAS Y VIOLENCIA

Con carácter general, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder, considera víctima a las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder<sup>8</sup>.

Aunque doctrinalmente se reconocen varias clasificaciones en relación a la víctima, conviene resaltar la clasificación entre víctimas directas e indirectas, clasificación que ya se recoge en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder en tanto que, el término “víctima” incluye, además, a los familiares cercanos o personas a cargo de la víctima directa y las personas que hayan sufrido daños al intervenir para ayudar a la víctima en peligro o para evitar dicha victimización<sup>9</sup>.

En nuestro Ordenamiento Jurídico esta distinción, entre víctima directa e indirecta, la encontramos, de forma análoga a la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en su artículo 2 en el que se establece el ámbito subjetivo de la

---

<sup>8</sup> Resolución núm. 40/34, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder, Asamblea General de las Naciones Unidas, País, 29 de noviembre de 1985, p. 3

<sup>9</sup> Resolución núm. 40/34, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso del Poder, op. Cit., p. 5

## **LA DECLARACION DE LA VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO**

Ley. Así, según su literal: *“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar.=2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.”*

A su vez, observamos como esta distinción de víctima directa e indirecta aparece implícita en el artículo 1 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG). Se considera, por tanto, víctimas directas, las mujeres sobre las que, por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia, ejercen violencia. Asimismo, el apartado cuarto en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, amplía el concepto de víctimas directas sobre los familiares o allegados menores de edad sobre los que se ejerce violencia con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres víctimas de violencia de género. Además, a tenor de la redacción del apartado segundo del mismo precepto, según el cual se pretende proteger a los hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, entendemos que esta protección viene dada, no sólo por tratarse de sujetos pasivos directos del acto de violencia cometido por el agresor sino como víctimas indirectas de aquella violencia a la que se ha visto sometida su madre, sea por haber presenciado el acto de violencia, en cuyo caso, entendemos que las llamadas víctimas indirectas han pasado a ser, como expectantes, víctimas directas psicológicas de la agresión física hacia la mujer y víctimas indirectas en atención a la propia relación familiar, madre-hijo/a.

El artículo 1.1 de la LOMPIVG conceptúa la violencia a la que se verán sometidas las víctimas como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad

y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, comprendiendo todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad, así como aquella violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad...”. A su vez, en el artículo 3 del Convenio de Estambul, se recoge: “A los efectos del presente Convenio: a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada; b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima; c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres; d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada; e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b; f) El término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.” Contemplándose como circunstancias agravantes, en el artículo 46, entre otras: “a) Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad...; d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor...”

### VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.

La victimización secundaria deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal, cuando haciendo uso de su derecho, decide poner en conocimiento de las autoridades el hecho criminal.

Desde esta posición de victimización secundaria es de donde se requiere la protección de la víctima, protección amparada constitucionalmente en el artículo 15 de la Constitución en tanto que tutela el derecho a la vida e integridad física y moral, derecho que vincula a todos los poderes públicos y compatible con el derecho a la presunción de inocencia y aquellos otros del investigado.

## **LA DECLARACION DE LA VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO**

Así, ciñendonos al concepto de víctima recogido en el artículo 2 a) del Estatuto de la Víctima, para otorgar la condición de víctima a una persona debe haber sufrido un daño derivado de la comisión de un delito, estableciéndose, en el artículo 10 del Código Penal que “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en virtud de sentencia dictada por Juez competente (art.1 LECrim).

Desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho con relevancia penal, procede la incoación del procedimiento que corresponda y a fin de practicar las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, todas aquellas que puedan influir en su calificación y las personas que en él hayan participado (art. 299 en relación el artículo 777.1 LECrim.) para, una vez concluida la fase de instrucción o sumario (art. 622, 649 y 779.1 4ª LECrim.) proceder a la apertura de juicio oral y la celebración de juicio en el que se procederá a la práctica de la prueba que, propuesta, fuera declarada pertinente, entre otras, la declaración testifical en los términos previstos en el artículo 701 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto el procedimiento ordinario y de conformidad con lo prevenido en el artículo 788 LECrim. en cuanto el procedimiento abreviado.

Por tanto, iniciadas actuaciones penales, la condición de víctima, de aquella persona o personas que han resultado dañadas por el hecho típico en concreto determina su implicación directa en el procedimiento penal. Ello conlleva una nueva victimización de la misma, esto es, la denominada victimización secundaria, derivada de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico penal<sup>10</sup>.

Aunque la posición de cualquier víctima en el ámbito procedimental debe ser debidamente considerada, merecen especial atención las víctimas en el ámbito de la violencia de género por las características intrínsecas de la misma, sobretodo, el ámbito privado e íntimo en el que se lleva a cabo en un contexto de superioridad del hombre sobre la mujer manifestándose como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad dirigida sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo y por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión<sup>11</sup>.

10 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: *Derecho y Cambio Social*, op. cit. pág. 404

11 *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género*. BOE

Los estudios victimológicos realizados destacan el Juzgado, junto con la policía, los médicos, los letrados de la defensa o fiscales, como aquel organismo público que proporciona la mayoría de experiencias molestas, que producen más daño a las víctimas<sup>12</sup>, además de la incertidumbre de un proceso penal que la víctima debe soportar durante meses o años y, en algunos casos, tendrá que soportar en el juicio oral la reviviscencia de los hechos, las preguntas y afirmaciones en descrédito evacuadas por la parte contraria y en ocasiones, el no ser ni tan siquiera creída<sup>13</sup>, coincidimos en aceptar que este proceso lesivo determina una apreciación negativa respecto al ejercicio de la justicia e influye en que las personas pierdan la fidelidad y credibilidad ante el sistema de justicia<sup>14</sup>.

## DECLARACION DE LA VICTIMA

De conformidad con la legislación procesal, la víctima entendida como sujeto pasivo del hecho que debe ser investigado tiene que ser oída en el procedimiento penal, maxime en el ámbito de la violencia familiar en que, en la mayoría de ocasiones es la única testigo del acto típico denunciado debiendo diferenciar, respecto la misma, de una parte, los derechos de los que, como víctima es tributaria y, de otra, su declaración, tanto aquella que se lleva a cabo en fase de instrucción como aquella otra que se practica en el ámbito del juicio oral.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, la declaración de los testigos viene regulada en el artículo 410 y siguientes y en relación al artículo 777 LECrim. Desde el mismo momento de la denuncia, la víctima debe ser protegida, acolchada de forma real, efectiva y transversal por profesionales cualificados, debe facilitarse el derecho de acceso a servicios de apoyo, acompañamiento emocional y psicológico a lo largo del procedimiento judicial para ayudarle a gestionar cada una de las actuaciones procesales, cada una de sus intervenciones a lo largo del proceso y desde el momento mismo de la denuncia, facilitarle la información y asesoramiento adecuado en cuanto a los derechos que ostenta la víctima y su papel en el proceso penal, incluida la preparación para asistir a juicio, constituyendo, no obstante, la primera medida de protección que se adopta en el ámbito estrictamente judicial el dictado de la orden de protección, que dará lugar al reconocimiento de los derechos recogidos en la LO 1/2004 para

---

núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, pág. Exposición motivos

12 Gíner Alegría, C. A. “Aproximación psicológica de la victimología”. En: Revista *Derecho y Criminología*, Murcia, Universidad Católica de Murcia, 2011, pág. 47

13 Gíner Alegría, C. A. “Aproximación psicológica de la victimología”. En: Revista *Derecho y Criminología*, Murcia, Universidad Católica de Murcia, 2011, pág. 47

14 Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: *Derecho y Cambio Social*, op. cit. pág. 405

## **LA DECLARACION DE LA VICTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO**

víctimas de violencia de género en el ámbito educacional, social, económica,... (art. 23 LOMPIVG), aunque no es la primera medida de protección que debe abordarse (Directiva 2012/29/UE y en relación Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito).

### **Información de Derechos. Aplicación de la dispensa del artículo 416 LECrim.**

Establece el artículo 776.1 de la LECrim. que: *“El secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial. En particular, se instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y de los derechos mencionados en la regla 1.ª del artículo 771.”. Igualmente, dispone el artículo 109 LECrim., primer párrafo: “En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas.”*

A su vez, la LO 8/21, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia introduce el artículo 109 bis y modifica el artículo 110 LECrim. legislando así el criterio jurisprudencial que ya se había asentado y legislado previamente mediante Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género respecto las víctimas de violencia de género, añadiendo el párrafo 7 al artículo 20 de la LO 1/2004, permitiendo a las víctimas de todo delito comparecer como acusación particular hasta el inicio del acto de juicio adhiriéndose, no obstante, al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o demás acusaciones personadas.

Una vez realizado el correspondiente ofrecimiento de acciones, el testigo, víctima del delito estará obligado a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418 de la LECrim., en sus respectivos casos (art. 707 LECrim.). El testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto y, si a pesar de esto persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la Autoridad. (art. 420 y 716 LECrim). El testigo prestará juramento o promesa de decir verdad y se le apercibirá de que, en caso contrario podrá incurrir en un delito de falso testimonio (art. 433 y 715 LECrim.)

Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, -párrafo modificado introduciendo la conjunción “y” entre ascendente y ascendente y equiparando la condición de cónyuge a la de la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial en virtud de Ley 13/2009, de 3 de noviembre - no tienen la obligación de declarar contra el procesado pero puede hacer las manifestaciones que considere oportunas.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas.

Sigue el redactado del actual artículo 416 LECrim. estableciendo una serie de excepciones a la dispensa regulada, de las cuales, en el presente trabajo, merece hacer mención expresa a:

4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

El texto de la actual redacción del artículo 416 LECrim, no solo establece una serie de excepciones a la dispensa de la obligación de declarar, con el fin de proteger en el proceso penal a las personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección<sup>15</sup>, protección que regula mediante el dictado de los apartados 1º, 2º y 3º, sino que también pretende la protección de víctimas del delito mayores de edad, cuando este se comete en el ámbito de la intimidad familiar y, sobre todo en el ámbito de la violencia de género, resultado de legislar el criterio Jurisprudencial asentado tras Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 10 julio 2020<sup>16</sup>, “por sujeción al principio de tutela de las víctimas frente al delito y frente a cualquier tipo de extorsión que pueda derivarse del ejercicio tuitivo de la acción penal<sup>17</sup>” y en consonancia con el Pacto de Estado 142 en materia de violencia de género<sup>18</sup>.

---

15 Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021, pág. Exposición motivos

16 STS 2493/2020, de 10 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2493

17 18 STS 2701/2022 de 29 junio de 2022, ECLI:ES:TS:2022:2701

18 Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. *Pacto de Estado contra la violencia de género*, 13 de mayo de 2019, según el cuál se pretende “Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas”, pág. 32

En el curso de la evolución para la protección a las víctimas de violencia de género ha constituido fuente de discusión constante la interpretación del texto del artículo 416 LECrim y como debería ser planteada la dispensa para las personas que enumera en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares (art. 57.1 y 3 CP), delitos para los que el Código Penal y respecto las personas que se pretende proteger, prevé penas accesorias, tales como la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima, o la prohibición de comunicarse con la víctima (art. 48 CP). No obstante, tal y como se ha indicado, la primera modificación que tiene lugar, del texto original del artículo 416 LECrim, por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, amplía y equipara la situación de los cónyuges a la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial.

El Tribunal Supremo, en STS 319/2009, de 23 de marzo, cuando el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos dice: *“...en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia “advierde claramente su voluntad espontánea de declarar” (STS 326/2006, 8 de marzo). Dicho en palabras de la STS 625/2007, 12 de julio, “...cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECrim que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciante espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto”.*

Destacar el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece en el que se unifica ciertos criterios interpretativos del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación del artículo 416.1 LECrim, según el cual: *“La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM 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.”*

Y Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 23 de enero 2018 sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim según el cual: *“1.- El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. 2.- No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.”*

*Centrado el análisis de la dispensa del artículo 416 LECrim. en su actual redacción, a las víctimas de violencia de género y según los parámetros Jurisprudenciales establecidos, debemos realizar las siguientes consideraciones.*

*1ª. Podrán acogerse a la dispensa las mujeres que sean cónyuges o estén unidas por relación de hecho análoga a la matrimonial del presunto maltratador en el momento de los hechos y/o en el momento de la denuncia. Se entiende por cónyuge aún cuando se encuentren las partes separadas de hecho, sin resolución declaratoria de divorcio.*

*2ª. Cuando, en el momento de los hechos y en el momento de ejercitar la acción penal la víctima mantuviere con el sujeto activo la condición de ex cónyuge o ex pareja, no podrá acogerse a la dispensa, aún cuando en un momento posterior reanudaren la relación de pareja o contrajeran matrimonio.*

*3ª. Si, en fase de instrucción, la víctima se personara como acusación en el proceso pero, en momento posterior, previo al inicio de la celebración del juicio oral renunciara a continuar como acusación particular:*

*a) Si hubiera interpuesto la denuncia y, por tanto, se hubiera personado como acusación particular previo a la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 2493/2020, de 10 julio 2020 se aplicará el criterio anterior a dicha redacción, esto es, se podrá acoger a la dispensa.*

*b) Si se hubiera personado como acusación particular con posterioridad a la STS de 10 de julio 2020 y con anterioridad al 25 junio 2021 en que entró en vigor la actual redacción del artículo 416 LECrim, no podrá acogerse a la dispensa siempre que hubiere sido debidamente informada del criterio Jurisprudencial establecido por STS 2493/2020.*

*c) Si hubiera interpuesto la denuncia y personado como acusación particular con posterioridad al 25 de junio 2021, debidamente informada del criterio establecido por el actual redactado del artículo 416 LECrim., no podrá acogerse a la dispensa.*

*4ª. Para el caso de que la víctima no se personare como acusación particular o postergare su decisión en los términos establecidos en el artículo 20.6 y 7 del Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto pero manifestare su decisión de declarar, se mantendrá esta obligación en todo el procedimiento, con inclusión del acto de juicio.*

*En todo caso y a fin de que se mantengan los anteriores criterios es conveniente e importante informar a la víctima, por parte del Juez Instructor, de forma correcta y detallada del total contenido de la dispensa prevenida en el artículo 416 LECrim. En caso contrario, en el momento del plenario, en caso de así manifestarlo, la víctima podrá acogerse a la dispensa otorgando nulo valor probatorio a sus declaraciones previas lo que, en sí mismo, significa ejercer el derecho a dicha dispensa pero que, en la practica, conlleva la desprotección plena de la víctima atendiendo que, en la realidad, esta opción viene alimentada por la coacción<sup>19</sup>.*

### **Declaración**

Tal y como ya hemos indicado, en la actualidad y tras la reforma operada por Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio apreciamos un avance en aras a la protección de la víctima y sin perjuicio de las concretas especialidades que vienen expresadas respecto las víctimas menores de edad. Así, el artículo 433 LECrim., párrafo tercero y cuarto recoge: *“Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma.=El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.”*

Esto es, salvo motivación en contra por parte del Juez Instructor los testigos que, a la vez, tengan la condición de víctima podrán hacerse acompañar en su declaración por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias. En todo caso, en aras a la protección de la víctima y con el consentimiento de esta, de una parte, deberá estar acompañada de una persona del Servicio de acompañamiento a la víctima (personal profesional y especializado que funciona en el ámbito de la Generalitat de Catalunya en el marco del cumplimiento de la Directiva 2012/29/UE y El Estatuto de la Víctima y al objeto de informar, asesorar, orientar, dar apoyo, realizar la atención y un

<sup>19</sup> STS 2493/2020, de 10 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2493 “...lo único que alimenta es su coacción, como desgraciadamente sucede en la realidad, siendo este un hecho de general conocimiento...”

trabajo de contención y soporte emocional si cabe, tanto en el marco de la declaración de la víctima ante el Juzgado instructor como en el acto de juicio oral)<sup>20</sup>. Además, la víctima podrá ir acompañada de una persona de su elección. Será la víctima quien elegirá la persona que la acompañará, no obstante, entiendo procedimentalmente correcto que esta persona se trate de persona ajena al procedimiento debiendo, en su caso comunicar al órgano instructor si reúne la condición de testigo de los hechos que serán objeto de instrucción, en cuyo caso, se adoptaran las medidas pertinentes a fin de evitar posibles nulidades de la declaración del testigo presencial de los hechos y poder proceder a dar la pertinente validez en el acto de juicio de aquella declaración testifical.

De forma imperativa, en el artículo 433 LECrim. in fine se establece que *“El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”*. Esta introducción supone un adelanto en tanto que, aceptando el correcto funcionamiento de los medios técnicos proporcionados, por una parte, en aras a evitar daños a la víctima, posibilitará un relato espontáneo de los hechos por parte de la misma y la apreciación de la inmediación aún después de la declaración, sin las interrupciones continuadas que en la realidad práctica, para posibilitar la declaración mecanografiada al ordenador por parte del funcionario habilitado al efecto, se producen. Supondrá la intervención de menos personas en la declaración y, en todo caso, en el recinto donde esta se lleve a cabo asistirán, además de las personas ya indicadas, al amparo del artículo 433 LECrim., los profesionales que deben intervenir de forma directa en aquella declaración. Así, la declaración, presidida por el Juez o Magistrado, contará con la asistencia e intervención del Ministerio Fiscal, así como los Letrados de la víctima e investigado a fin de preservar lo máximo posible el principio de contradicción.

No obstante, esta grabación, aunque realizada de conformidad con el principio de inmediación, oralidad y contradicción y dando pleno cumplimiento a lo establecido en el artículo 436, segundo párrafo de la LECrim y sin perjuicio de las explicaciones complementarias o las preguntas que se lleven a cabo para el pleno esclarecimiento de los hechos, deberá ser reproducida en el Acto de juicio oral debiendo, para ello, la víctima, comparecer de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello (art. 446 LECrim.), esto es, de nuevo deberá rememorar los hechos objeto del procedimiento.

De forma excepcional, en el artículo 448 y en relación el artículo 777.2 LECrim. se contempla la posibilidad de preconstituir prueba cuando el testigo no pudiere concurrir al acto de juicio, por ausentarse del territorio nacional, cuando hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad

---

<sup>20</sup> Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Servei d'Acompanyament a la Víctima del Delicte, Data d'actualització: 21.02.2019, URL: <https://cejfe.gencat.cat/ca/detalls/article/acompanyament-victima-delicte-judicial>

física o intelectual, asegurándose en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes, prueba que deberá desarrollarse en los términos recogidos en el artículo 449 bis de la LECrim., precepto introducido por LO 8/2021, de 4 de junio. Se preserva el principio de contradicción en todo caso mediante la citación del procesado, su abogado defensor, Ministerio Fiscal y querellante, excusando la asistencia del investigado si este no quisiere asistir, aunque determina como preceptiva la asistencia de letrado de la defensa a quien también se le exime cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, en cuyo caso se nombrara letrado de oficio, expresamente designado al efecto. Se previene que dicha declaración se llevará a cabo en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen, acompañando acta succincta conteniendo la identificación y firma de todos los presentes.

En estos supuestos, para la valoración de la prueba preconstituida se estará a lo dispuesto en el artículo 730.2 LECrim. Es importante hacer mención de la STS de 17 de marzo 2022, resolución 970/2022, según la cual *“resulta indispensable reforzar las exigencias para la validez de una prueba testifical prestada durante el sumario y que luego pretende ser valorada por la vía del art. 730 de la LECrim. Razona el Tribunal Constitucional, en relación con la eficacia probatoria de las declaraciones testificales prestadas durante la fase de instrucción, posteriormente incorporadas al juicio oral, acerca de la necesidad de subrayar la trascendencia constitucional del respeto al principio de contradicción en salvaguarda del derecho de defensa, a la luz de lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales ratificados por España. Por ello, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41; de 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47; de 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51; de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40; de 10 de noviembre de 2005, caso Bocos Cuesta, § 68 y de 20 de abril de 2006, caso Carta, § 49), el Tribunal Constitucional ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, F. 10; 148/2005, de 6 de junio, F. 2, y 1/2006, de 16 de enero, F. 4). En concreto, se ha condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que se han clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al acusado, a*

*fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador ( SSTC 80/2003, de 28 de abril, F. 5; 187/2003, de 27 de octubre, F. 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, F. 4 c)” trayendo a colación la sentencia número 294/2020, de 10 de junio y la doctrina que se contiene, entre otras la STC número 134/2010, 2 de diciembre.*

En virtud de la LO 8/2021, de 4 de junio se añadió el artículo 449ter LECrim. según el cual se introduce la prueba preconstituída cuando se trata de menores de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección debe intervenir como testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo, en cuyo caso, deberá ser practicada con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. En estos casos, la autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba, declaración que siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

Mientras que la declaración preconstituída de personas mayores de edad sigue contemplándose como excepcional y en los supuestos expresamente tasados, la declaración preconstituída del menor de catorce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección, como testigo en los delitos expresamente recogidos, en atención al bien jurídico protegido en estos y la vulnerabilidad de aquellos, en la actualidad viene regulada como ordinaria, debiendo evitar la confrontación visual, en todo caso, de la persona investigada cuando estuviere presente en la audiencia del menor con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico declaración que, a su vez podrá practicarse con el soporte de equipos psicosociales pudiendo, incluso aplicarse estas medidas, cuando el delito tenga la consideración de leve.

La vulnerabilidad de las víctimas de violencia de género, en tanto que sujeto pasivo de delitos de todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima<sup>21</sup>, violencia que han sufrido a lo largo del periodo de la relación con el sujeto activo del acto típico y durante todo el ciclo de la violencia, se hace evidente siendo conscientes en la actualidad de la necesidad de avanzar en la protección de la víctima de forma transversal, evitando en todo lo posible la victimización secundaria a la que viene sometida debiendo trabajar para dar cumplimiento al Pacto de Estado de Violencia de Género, número 132<sup>22</sup>, en definitiva legislar la prueba preconstituida para las víctimas de violencia de género y otras víctimas especialmente vulnerables, tales como aquellas que lo han sido de delitos sexuales y/o trata de personas con fines de explotación sexual.

### **CONCLUSIONES**

Entiendo que las reformas legislativas en el ámbito procesal penal y al objeto de dar una protección íntegra de la víctima, en concreto la víctima de violencia de género no han llegado al final. Cuanto menos debe darse el oportuno desarrollo legislativo, entre otros, a los pactos de estado 132<sup>23</sup>, 133<sup>24</sup> y 134<sup>25</sup> lo cual requiere no sólo la debida adecuación legislativa procesal, que amparará a las víctimas más vulnerables (violencia de género, sexual, trata de personas con fines de explotación sexual y menores y personas con discapacidad necesitada de especial protección) sino dotar presupuestariamente para facilitar unas instalaciones adecuadas y la contratación de personal profesional especializado. Desde esta perspectiva el Órgano judicial especializado en Violencia de Género debe estar dotado de las dependencias e instalaciones para que no haya confrontación entre víctima y agresor, donde la víctima, acompañada de la persona que designe,

---

21 *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)*, Estambul, 11 de mayo de 2011, Artículo 3b)

22 Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. *Pacto de Estado contra la violencia de género*, 13 de mayo de 2019 “priorizar la adecuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados especializados, con dependencias que impidan la confrontación víctima /agresor, dotándolos de medios audiovisuales que eviten la repetición de las declaraciones y de interpretes cualificados”, pág. 31

23 Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. *Pacto de Estado contra la violencia de género*, 13 de mayo de 2019 “priorizar la adecuación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados especializados, con dependencias que impidan la confrontación víctima /agresor, dotándolos de medios audiovisuales que eviten la repetición de las declaraciones y de interpretes cualificados”, pág. 31

24 Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. *Pacto de Estado contra la violencia de género*, 13 de mayo de 2019 “Llevar a cabo las medidas oportunas para la habilitación de instalaciones amigables en los Juzgados (incluidas cámaras de Gesell) para atender a los niños y niñas víctimas”, pág. 31

25 Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. *Pacto de Estado contra la violencia de género*, 13 de mayo de 2019 “Dotar de mayores recursos a los equipos psicosociales para que los jueces y juezas puedan contar sin dilación, con los pertinentes informes, evitando el colapso de los Juzgados”, pág. 31

profesionales del Servicio de apoyo y, en su caso, profesionales del Equipo psicosocial, se sienta cómoda para proceder, a través de sistemas audiovisuales y con respeto a los principios procedimentales, en especial el principio de contradicción, ante el Juez o Magistrado de Instrucción, el Ministerio Fiscal y letrados de las partes, a la exposición de los hechos que han dado lugar a la denuncia. Se aboga en todo caso para la especialización de estos Órganos Judiciales que deberán también ser dotados de personal especializado y de un volumen de asuntos que permitan la atención personalizada en cada momento.

No menos importante es aplicar debidamente los mecanismos legislativos existentes en este momento. Así, de vital importancia es facilitar en cada momento la información adecuada y detallada del contenido de la dispensa del artículo 416 LECrim y dar el apoyo psicosocial, emocional y de asistencia letrada desde el momento mismo en que la víctima se presenta ante las dependencias policiales a denunciar.

Debemos también considerar si, en atención a que, normalmente la primera manifestación espontánea de la víctima se realiza *in situ*, ante la Policía actuante en cuanto acuden por tener noticia del acto presuntamente delictivo, debe acompañar a esta actuación, con la adopción de medidas de seguridad adecuadas, un equipo psico-social que ya, desde un primer momento ofrezcan apoyo psicológico y emocional a la víctima ayudándola a resolver el vínculo con su agresor que es lo que, en la mayoría de ocasiones, le impedían hasta el momento acudir a denunciar y que, ya en el sistema procesal, le permitía abstenerse a declarar contra él. De esta forma, aunque no podemos entender, en ningún caso, desde el punto de vista de un Estado de Garantías, que esta manifestación espontánea ni tampoco el propio hecho de acudir a denunciar a la Policía, aún con la presencia de asistencia Letrada y la información de la dispensa, permitan entender claramente la procedencia de no aplicación de la misma en las declaraciones posteriores, -y ello sin perjuicio de que se considere que la dispensa del artículo 416 LECrim., de la misma forma que la falta de obligación de denunciar (art. 261 LECrim), puede limitarse a los delitos que se cometan fuera del ámbito familiar, entre las personas contempladas en ellos-, la víctima recibirá un apoyo profesional más efectivo que le permitirá la convicción, ya desde el primer acceso al órgano judicial, a conocer los contornos de su posición procesal, y ayudará para llevar a cabo un relato más detallado y concreto del relato de hechos objeto de investigación penal.

### **BIBLIOGRAFIA**

Beristain Ipiña, A. “La dogmática penal evoluciona hacia la victimología (ayer, ‘in dubio pro reo’; hoy, ‘pro víctimas’, mañana, las víctimas protagonistas)” En: *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 31, 2010, págs. 81-102

*Constitución Española*. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

*Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)*, Estambul, 11 de mayo de 2011.

Hernández Gómez, Y., Zamora Hernández, A. y Rodríguez Febles, J. “La victimización. Consideraciones teórico-doctrinales”. En: *Derecho y Cambio Social*, núm. 61, julio septiembre, 2020

*Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015

*Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021

*Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

*Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995

Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad. *Pacto de Estado contra la violencia de género*, 13 de mayo de 2019

*Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882

# 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 delito<sup>2</sup>. 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 jurídicos<sup>3</sup> 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 tutelas 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 tutelas penales actualizadas y no trasnochadas<sup>4</sup>”.

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 fase<sup>5</sup>.

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-protectidos-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 5/2000<sup>6</sup> 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 CALAZA<sup>7</sup> 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 SENDRA<sup>8</sup> 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

<sup>8</sup> 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 Derecho<sup>9</sup>.

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 encuentran<sup>10</sup>:

- 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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](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”).

ALBERTIN<sup>11</sup> 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.

SAMPEDRO<sup>12</sup>, 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 familiares<sup>13</sup>. 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 contraponen o contradicen 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 víctima<sup>14</sup>, 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 inocencia<sup>15</sup>. 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 proceso<sup>16</sup>. 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 humanos<sup>17</sup>”.

---

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 LECrim<sup>18</sup> a pesar de que había cierto sector doctrinal que propuso su derogación. Este último precepto, en nuestra opinión, sigue planteando dudas<sup>19</sup>. Decía Lord Reid sobre el caso Rumping<sup>20</sup>: «*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 MORAL<sup>21</sup> 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](http://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 LECrim<sup>22</sup>. 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 sentido<sup>23</sup>”*. Así ha ocurrido en otros países donde esta dispensa no existe<sup>24</sup>.

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 CAMPANER<sup>25</sup> “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 416LECrím): ¿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 LECrim<sup>26</sup>”.

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 pregunte<sup>27</sup>. Como nos sintetiza GONZALEZ MONJE<sup>28</sup> 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 legal<sup>29</sup>. 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 dispensa<sup>30</sup>. 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 complejo<sup>31</sup>. 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 arrebatara 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](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 años<sup>32</sup>.

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”*<sup>33</sup>. 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](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 Derecho<sup>34</sup>.

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 SERVET<sup>35</sup> 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 otro<sup>36</sup>.

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 334/2003<sup>37</sup>, 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 legalmente<sup>38</sup>.

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 patrimoniales<sup>39</sup> (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 jurisdiccionales<sup>40</sup>.

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*<sup>41</sup>. Ya en 1973, el autor BAJO FERNÁNDEZ<sup>42</sup> 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 perjudicados<sup>43</sup>. 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*”<sup>44</sup>. 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

---

<sup>44</sup> 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 mismas<sup>45</sup>.

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.

# LA FASE DE INSTRUCCIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL ( I )

Delia Ghiurca Gruita  
ABOGADA ICASF

Fecha de recepción: 16 de septiembre de 2022.  
Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2023.

## INDICE

- 1.- Introducción
- 2.- Procedimiento
- 3.- Competencia
  - 3.1.- Objetiva.
  - 3.2.- Territorial.
  - 3.3.- Funcional
- 4.- Fase de Investigación: D. Previas
  - 4.1.- Inicio del procedimiento.
  - 4.2.- Especial consideración de la fase preprocesal administrativa e incidencia en el procedimiento penal.
  - 4.3.- Especial consideración de la querrela.
  - 4.4.- Auto de incoación.
  - 4.5.- Objeto de la instrucción. Consideraciones generales y especiales.
    - 4.5.1.- Alcance del elemento típico “ defraudación “ ex Arts. 307 y 307 bis CP.
    - 4.5.2.- Problemas concursales en los delitos de los Arts. 307 y 307bis CP.
    - 4.5.3.- Problemas concursales en el delito del Art. 307 ter CP.
    - 4.5.4.- El objeto de la defraudación.
    - 4.5.5.- Valor en el proceso de los documentos del sistema de Seguridad Social. Específicamente, el sistema RED.
    - 4.5.6.- Participación delictiva.

## 1.- Introducción

Los delitos contra la Seguridad Social se hallan previstos en los Arts. 307.1<sup>1</sup>, 307 bis<sup>2</sup> y 307 ter<sup>3</sup> del Código Penal en la redacción dada a los mismos por la LO 7/2012 de 27 de diciembre, y constituyen tipos penales que, castigando ab initio conductas fraudulentas contra el patrimonio de dicho organismo, es evidente que desde el tenor de los Arts. 31 y 41 CE y 2 del RDL 8/2015<sup>4</sup> trascienden

### 1 **Artículo 307. [Fraude a la Seguridad Social]**

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.

La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

### 2 **Artículo 307 bis. [delito contra la Seguridad Social. Pena]**

1. El delito contra la Seguridad Social será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuantía cuando en la comisión del delito concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de ciento veinte mil euros.

b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.

c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o del responsable del delito.

2. A los supuestos descritos en el presente artículo le serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 307.

3. En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años

### 3 **Artículo 307 ter. [Disfrute indebido de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social]**

1. Quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública, será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión.

Cuando los hechos, a la vista del importe defraudado, de los medios empleados y de las circunstancias personales del autor, no revistan especial gravedad, serán castigados con una pena de multa del tanto al séxtuplo.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. Cuando el valor de las prestaciones fuera superior a cincuenta mil euros o hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias a que se refieren las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 307 bis, se impondrá una pena de prisión de dos a seis años y multa del tanto al séxtuplo.

En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años.

### 4 **Artículo 2. Principios y fines de la Seguridad Social**

1. El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

2. El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares

estrictamente a ello al proteger algo superior, incluso, a los propios ingresos del Estado, como es el Bienestar Social, atendido que buena parte del destino de los recursos captados por la Seguridad Social se dirigen a dichas finalidades, como nos lo recuerdan las [SSTS11.12.2002 o 11.3.2014](#) <sup>5</sup>.

Desde dicha premisa, dos razones nos mueven a la realización del presente trabajo. Una, es que, pacífica y admitida la naturaleza de los delitos contra la Seguridad Social como ley penal en blanco, otro tanto cabe decir, a nuestro juicio, de su naturaleza de ley procesal en blanco, como resulta de la influencia que en sede de competencia territorial, dies a quo prescriptivo, regularización y reparación penal, pruebas periciales y en general, valoración de la prueba, tiene la normativa social<sup>6</sup>.

Y otra, derivada en parte de la anterior, es el amplio uso que de manera empírica se aprecia en estos procedimientos de la facultad del Instructor para decretar el sobreseimiento y archivo de la causa (art. 779.1.1.a LECRIM), derivada de defensas tendentes a acreditar ya, durante la fase de instrucción, la atipicidad del hecho, la inexistencia de las condiciones de punibilidad, la prescripción o cualesquiera otras cuestiones que permitan el archivo de las actuaciones, lo que confiere una especial relevancia a la fase de instrucción en estos delitos frente a la de otras figuras delictivas.

### **2.- Procedimiento**

Como regla general, el procedimiento a seguir será el abreviado regulado en los Arts. 757 LECRIM y ss., atendida la penalidad prevista para estos ilícitos, no superiores en ningún caso a la pena de nueve años, que opera como distinción entre el procedimiento abreviado y el sumario.

Al hilo de la afirmación del abreviado como procedimiento de referencia para la instrucción de estos delitos, surge la posibilidad de tramitación del procedimiento en piezas separadas, como permite el Art.762.6 LECRIM cuando se den los presupuestos para ello. E inversamente, debe dejarse constancia

---

o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley.

*5 De la misma:*

*“...es indudable, pues, que el bien jurídico protegido no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas...”*

*6 Normativa social, esencialmente contenida en:*

RD Legislativo 8/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social,

Ley 23/2015 de 21 de Julio, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social,

RD 2064/95, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

de la imposibilidad de acudir al procedimiento de enjuiciamiento rápido con conformidad y rebaja de un tercio de la pena previsto para tal supuesto, por impedirlo la penalidad de estos delitos en el caso de los Arts. 307.1 y 307 bis, estimándolo por el contrario posible en el caso del Art. 307ter desde la penalidad prevista para dicho delito (Art. 799.1.5º y 801 LECRIM), si bien las exigencias de prueba cierta que acompañan a dicho procedimiento lo impidan en la realidad.

Esta regla general puede, teóricamente, alterarse en supuestos de conexidad ex Arts. 17 LECRIM<sup>7</sup> de estos delitos con otros – se aludirá más extensamente al tratar de los problemas concursales como uno de los fines de la instrucción–, que por su posible mayor penalidad o por venir abocados a algún tipo de procedimiento especial según se dirá, determinen la alteración de la regla general. Los supuestos en tales caso pueden ser dos, uno, que se siga el procedimiento por las reglas del sumario, porque alguno de los delitos conexos tenga señalada pena superior a 9 años, y otro, que se siga el Procedimiento del Jurado por ser conexo a un delito incluido en este procedimiento, de conformidad en este caso con lo dispuesto en los prolijos APNJTS 23.2.2010 y 9.3.2017, aun cuando entendemos que tales casos serán ciertamente insólitos.

### 3.- Competencia (fase de instrucción)

#### 3.1.- Competencia objetiva

Como regla general, la competencia viene atribuida al Juez de Instrucción (Art. 14.2 LECRIM), cualquiera que sea el procedimiento a seguir – abreviado, sumario o Tribunal del Jurado según se indicó supra–.

Las excepciones posibles pueden venir de asumir la competencia un Juez Central de Instrucción, en los supuestos de competencia de la Audiencia Nacional previstos en los Arts. 65.1.c) y 88 LOPJ, cuando el delito contra la Seguridad Social pudiere tener “... *grave repercusión o quebranto en la economía nacional o en la seguridad del tráfico mercantil...*”, o en los supuestos de aforamiento

<sup>7</sup> Del tenor:

Art. 17 LECRIM:

1. Cada delito dará lugar a la formación de una única causa.

No obstante, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa cuando la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

2. A los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia se consideran delitos conexos:

1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.

2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.

3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.

4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.

5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.

6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

3. Los delitos que no sean conexos pero hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí, cuando sean de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en la misma causa, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

del/los investigado/s, previstos en los Arts., 57.2 o 73.4 LOPJ, en cuyos casos corresponderá la instrucción del procedimiento a un Instructor Unipersonal, según un Turno de reparto, de conformidad en el caso con lo dispuesto en el APNJTS 2.12.2014<sup>8</sup>

### 3.2.- Competencia territorial

En cuanto a la competencia territorial, rige la regla general ex. Art. 14.2 LECRIM según la cual es competente el Juez de Instrucción del lugar del hecho, que en el caso de los delitos sociales será el del domicilio del obligado social, determinado auténticamente en el Art. 16 del RD 1415/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social<sup>9</sup>.

Esta regla general puede tener algunas excepciones, por el juego de las reglas de conexidad establecidas en los Arts. 17y 18LECRIM<sup>10</sup>, que podrían llevar la competencia a otro Juzgado de Instrucción en diferente territorio según lo

<sup>8</sup> *Obiter dicta, recordar que en estos supuestos de aforamiento, cuando en el curso de la investigación se apreciaren elementos indiciarios sugestivos de la presunta participación de una persona aforada, antes de adoptar cualquier resolución con relevancia competencial, el Instructor deberá:*

- *Desarrollar una actividad indagatoria que sin injerir en derechos fundamentales del aforado sirva para asentar o cualificar los indicios de criminalidad.*
- *Solicitar certificación del órgano legislativo del que forma parte el aforado/a (Asamblea legislativa autonómica, Congreso o Senado, ...)*
- *Elevar una memoria expositiva al órgano que se considere competente, con los testimonios más relevantes que funden la atribución de los hechos justiciables presuntos al aforado, precisando el estado de la investigación, facultando expresamente el artículo 118 bis LECRIM y las SSTC 124 y 123/2001, a la persona investigada aforada para que pueda ejercitar su derecho de defensa desde que se aprecien indicios de criminalidad.*

<sup>9</sup> *Artículo 16. Domicilio del responsable de pago*

*1. A todos los efectos de la gestión recaudatoria, salvo que para algunos de ellos se señale expresamente otro distinto, se considerará domicilio de los sujetos responsables del pago el siguiente:*

*a) Para los empresarios, aquel en que radique la efectiva gestión administrativa y dirección de la explotación, industria o negocio de la empresa, que deberá, asimismo figurar en su solicitud de inscripción en la Seguridad Social, en la que se podrá hacer constar, además, un lugar distinto a efectos de notificaciones.*

*b) Para los trabajadores, el indicado en la solicitud de alta en el régimen de Seguridad Social que corresponda, en la que asimismo podrá designar un lugar distinto para notificaciones.*

*c) En caso de falta de solicitud de inscripción o de alta o de falta de constancia en ella del domicilio, se considera como tal:*

*1º Para las personas naturales, el de su residencia habitual.*

*2º Para las personas jurídicas domiciliadas en España, el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que radiquen dichas gestión y dirección.*

*3º Las personas naturales o jurídicas residentes en el extranjero que desarrollen actividades en España tendrán su domicilio, a los efectos indicados, en el lugar que radique la efectiva gestión administrativa y la dirección de sus negocios.*

*2. Los sujetos responsables que residan en el extranjero durante más de seis meses de cada año natural vendrán obligados a designar un representante con domicilio en territorio español, a los efectos de sus relaciones con la Tesorería General de la Seguridad Social.*

<sup>10</sup> *Art. 18 LECRIM:*

*1. Son Jueces y Tribunales competentes, por su orden, para conocer de las causas por delitos conexos:*

*1º El del territorio en que se haya cometido el delito a que esté señalada pena mayor.*

*2º El que primero comenzare la causa, en el caso de que a los delitos esté señalada igual pena.*

*3º El que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen, cuando las causas hubieren empezado al mismo tiempo, o no conste cuál comenzó primero.*

*2. No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el juez o tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.*

ya visto supra, a un Juzgado Central de Instrucción –Arts. 65.1.c. LOPJ– o a un Instructor unipersonal, en supuestos aludidos de aforamiento del investigado.

### 3.3.- Competencia funcional

Como en toda instrucción, cabe la posibilidad de recursos contra las decisiones del órgano instructor, que como regla general serán resueltos por la Audiencia Provincial que conozca de los recursos contra el Juzgado de Instrucción, según lugar y normas de reparto. Las excepciones vienen en el caso de las causas competencia de la Audiencia Nacional, que serán resueltas por esta según sus reglas de reparto (Art. 65.5º LOPJ) o en el caso de los aforados, por el órgano colegiado al que corresponda conocer, normalmente, mediante una Sala reducida para resolver el recurso/s y no contaminar al resto de miembros del órgano, según normas de reparto igualmente aprobadas.

### 4.- Fase de investigación: D. Previas

Sentado que el procedimiento a seguir será el Abreviado, se acostumbra a distinguir dentro del mismo una fase de investigación, denominada Diligencias Previas, establecida como marco general de la instrucción en los Arts. 774, 301 y 302 LECRIM, y una fase intermedia o procedimiento abreviado stricto sensu, tendente a preparar el acto del juicio oral, mediante los respectivos escritos de calificación y defensa con correlativa proposición de pruebas de las partes, que delimitarán respectivamente, el objeto del juicio y los medios de prueba a utilizar en el mismo – estos, por lo menos, inicialmente–.

La fase de investigación queda a su vez, como no podría ser de otra manera, sometida a las reglas generales de la instrucción penal contenidas en los Arts. 299<sup>11</sup>, 301<sup>12</sup>, 311<sup>13</sup>, 312<sup>14</sup> y 324<sup>15</sup> y ss. LECRIM, a las que se superpondrán

11 Artículo 299. *Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.*

12 Artículo 301. *Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo.*

13 Artículo 311. *El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales. Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas podrá interponerse recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto para ante la respectiva Audiencia o Tribunal competente. Cuando el Fiscal no estuviere en la misma localidad que el Juez de instrucción, en vez de apelar, recurrirá en queja al Tribunal competente, acompañando al efecto testimonio de las diligencias sumariales que conceptúe necesarias, cuyo testimonio deberá facilitarle el Juez de instrucción y, previo informe del mismo, acordará el Tribunal lo que estime procedente.*

14 Artículo 312. *[Práctica de diligencias solicitadas en querrela] Cuando se presentase querrela, el Juez de instrucción, después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren, salvo las que considere contrarias a las leyes, o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela, las cuales denegará en resolución motivada.*

15 Artículo 324. *[Partes semanales sobre el estado del sumario inconcluso] 1. Las diligencias de instrucción se practicarán*

las especialidades contenidas en los Caps. II y III del Título II del Libro IV LECRIM, donde se regulan las Diligencias Previas. De dichos preceptos, especial importancia debe concederse al plazo de finalización de la instrucción determinado por el Art. 324 LECRIM - desde el tenor dado al mismo por la Ley 41/2015 de 5 de octubre - que establece, salvo concreciones, la obligación de concluir la instrucción en el plazo de seis o dieciocho meses si la causa reviste o no el carácter de compleja, según los criterios que suministra la propia LECRIM<sup>16</sup> y que en el caso de instrucciones por este tipo de delitos concurrirán con cierta frecuencia a nuestro juicio al darse los supuestos de las letras d) y f) del nº 2 de dicho precepto.

### **4.1.- Inicio del procedimiento**

De manera sencilla, podemos situar el inicio del procedimiento por la simple llegada de la noticia criminis al órgano judicial competente. Habitualmente, esto se producirá por alguna de las siguientes formas:

- Tanto de culpa de la administración de la Seguridad Social, previsto en el Art. 77.1.a) y h) y 3 del TRLGSS 8/2015<sup>17</sup>.

---

*durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas. No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurren de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.*

*2. Si la instrucción es declarada compleja el plazo de duración de la instrucción será de dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos, tres días antes de la expiración del plazo máximo.*

16 Art. 324.2: Se considerará que la investigación es compleja cuando:

- a) recaiga sobre grupos u organizaciones criminales,
- b) tenga por objeto numerosos hechos punibles,
- c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas,
- d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis,
- e) implique la realización de actuaciones en el extranjero,
- f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas, o
- g) se trate de un delito de terrorismo.

17 Artículo 77. Reserva de datos

1. Los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto:

- a) La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público o la Administración de la Seguridad Social.
- h) La colaboración con los jueces y tribunales en el curso del proceso y para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa, en la que, por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración de la Seguridad Social.

3. Cuantas autoridades y personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social tengan conocimiento de estos datos o informes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos de los delitos citados, en los que se limitarán a deducir el tanto de culpa o a remitir al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran

- Querrela del Ministerio Fiscal ( Art. 105 LECRIM y EOMF 50/1981)
- Ejercicio de la acción penal por cualquier ciudadano o grupo legitimado, en forma de acción popular (Arts. 125 CE, 101 LECRIM y 20.4 Ley 23/2015 <sup>18</sup>)
- Atestado de la Policía Judicial (Art. 282 LECRIM)
- Obligación de denunciar por razón de profesión, cargo u oficio (Art. 262 LECRIM),
- Directamente, en sede jurisdiccional penal, derivado de causas seguidas por otros delitos en cuya investigación surgieren indicios de delito contra la Seguridad Social

#### 4.2.- Especial consideración de la fase preprocesal administrativa e incidencia en el procedimiento penal.

Como punto de partida desde lo dicho, debe señalarse que no son necesarias actuaciones previas de los órganos de la Seguridad Social a modo de condición objetiva de procedibilidad, aun cuando se antoja imprescindible, en un momento u otro de la causa, el mandato a dichos organismos para que investiguen o valoren el hecho y confirmen los indicios de delito.

Sin embargo, la previa existencia de procedimientos en el ámbito de la Seguridad Social, sean de gestión, ejecución, y, especialmente, de inspección abocan a que esta sea la más habitual de las formas de inicio de estos procedimientos. Actuaciones que plantean diversas cuestiones, una, la relevancia penal y procesal de esta fase preprocesal administrativa, otra, la continuación de los procedimientos seguidos en dicho ámbito una vez incoado el procedimiento penal, y otra, la incidencia en el procedimiento penal de las eventuales nulidades administrativas que se hubieren podido producir, frecuentemente invocadas en sede de defensa.

Sobre estas cuestiones, aun específicamente referidas a delitos fiscales – pero que entendemos extrapolables al ámbito que nos ocupa-, la Jurisprudencia, en diversos pronunciamientos, ha señalado:

- Las actuaciones administrativas no tienen, en el ámbito penal, más valor que el de simple denuncia.
- Las pruebas aportadas por la Inspección de los Tributos y valoradas por los órganos judiciales han de ser obtenidas respetando los derechos fundamentales – STC 26.9.2005 y ATC 15.1.2007- ,
- Los datos económicos del obligado, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad, pero estimamos que el citado Art. 77.3 TRLGSS 872015 puede

---

corresponder, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

<sup>18</sup> Art. 20.4 La acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social es pública.

proporcionar cobertura legal a injerencias en dicho ámbito – desde las SSTC 45/1989 o 233/1999-,

- Las eventuales infracciones y/o nulidades en vía administrativa no pueden ser enjuiciadas por un órgano de la jurisdicción penal, facultado, eso sí, para decretar nulidades por infracciones procesales (arts. 11 y 238 y ss. LOPJ),
- La falta de asistencia letrada en el procedimiento administrativo del obligado luego investigado no constituye causa de nulidad, por inaplicación de los arts. 118.1.d) y 520 LECRIM, que solo la exigen cuando la persona esté detenida, situación que no puede producirse durante la sustanciación del procedimiento administrativo. En este sentido, el derecho de defensa se satisface mediante la notificación y traslado al contribuyente de las actuaciones inspectoras y de las incidencias de la tramitación que faciliten y permitan su intervención en el procedimiento, permitiéndoles formular alegaciones o recursos contra aquellas.

### 4.3.- Especial consideración de la querella.

La querella es el medio de inicio arquetípico del procedimiento por delito social, normalmente a instancia del Ministerio Fiscal (arts. 105 y 271 LECRIM) pero sin descartar su utilización en los casos de acción popular. El hecho de que habitualmente lo sea a instancia del Ministerio Fiscal reduce el estudio de algunos de sus requisitos, pero que actualizaremos *in totum*.

Así, en cuanto a los requisitos subjetivos, la LECRIM exige la suscripción de la querella por Letrado y Procurador con poder bastante –salvo, precisamente, el Ministerio Fiscal y Letrados de la Seguridad Social-.

Formalmente, la querella deberá contener las menciones exigidas en el Art. 277 LECRIM<sup>19</sup>, de los que revisten especial importancia la Identificación de los hechos justiciables y de las personas que deban objeto de investigación, pero sin que sea preciso determinar la cuota defraudada, cabal objeto del procedimiento. Materialmente, el querellante debe prestar una fianza, salvo si es el ofendido por el delito (Art. 280 LECRIM, lo que excluye a la Administración de la Seguridad

---

19 Artículo 277.

*La querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado.*

*Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará:*

*1º El Juez o Tribunal ante quien se presente.*

*2º El nombre, apellidos y vecindad del querellante.*

*3º El nombre, apellidos y vecindad del querellado. En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.*

*4º La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecutó, si se supieren.*

*5º Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.*

*6º La petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.*

*7º La firma del querellante o la de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiere firmar, cuando el Procurador no tuviese poder especial para formular la querella.*

Social perjudicada) y en el caso del Ministerio Fiscal.

#### 4.4.- Auto de incoación

Verificada una notitia criminis con entidad, en principio, suficiente para fundamentar una investigación judicial, el Juez dictara auto de incoación de D. Previa ex Art. 774 LECRIM.

Resolución que como regla general opera como fundamento de la imputación/ investigación de las personas investigadas ex art. 118 LECRIM y de ello del ejercicio de defensa de los mismos ex Art. 24.2 CE que exige que se garantice el acceso al proceso de toda persona a la que se atribuya la comisión de un acto punible y de que dicho acceso lo sea en condición de imputado, sin que se retrase el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente se sospeche de su participación en los hechos objeto del proceso -cif. SSTC 68/2001, 87/2001, 118/2001, 174/2001 o 70/2002. De manera que, admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano jurisdiccional omita que esa imputación sea conocida por el interesado ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición de imputado -cif. SSTC 19/2000 o 118/2001. De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aún en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión -STC 68/2001, SSTC 149/1997, 87/2001 o 70/2002-.

Inversamente, procederá la denegación de la incoación – o más específicamente, la inadmisión de la querella- en los casos establecidos en el Art. 313 LECRIM, esto es, cuando los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta venga redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente, o cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos, recordando al respecto que según la STC 28.9.1987, quien ejercita una acción en forma de denuncia, de querella, siquiera el Ministerio Fiscal, tiene en el marco del artículo 24.1 de la Constitución española un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino solo a un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora, sobre la calificación jurídica del hecho, expresando, en su caso las razones por las que inadmite su tramitación o archiva libre o provisionalmente las actuaciones.

### 4.5.- Objeto de la instrucción: Consideraciones generales y especiales.

Como en cualquier otro delito, las diligencias a practicar en la fase de instrucción dependerán del contenido de la noticia criminis, que determinará que sean unas u otras las útiles y convenientes, sin que a priori exista un catálogo cerrado de diligencias, y variando lógicamente en función de la modalidad presuntamente delictiva denunciada, sea esta defraudación -eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida- o disfrutando indebidamente de prestaciones. En todo caso, y como se ha indicado, nos hallamos ante delitos con características propias y singulares que repercuten en los medios, modos, formas y objetivos de la investigación penal, lo que se manifiesta en ciertas especialidades que presenta la instrucción sumarial de los hechos que pudieran constituir su comisión - casi todas ellas, también y obviamente, con incidencia en el enjuiciamiento-, de las que a continuación citaremos algunas por su relevancia, no sin dejar de señalar una cierta tributariedad -nunca mejor dicho-, tanto en la tarea legislativa como jurisprudencial de estos delitos respecto de los delitos contra la Hacienda Pública <sup>20</sup>.

#### 4.5.1.- Alcance del elemento típico “ defraudación “ ex Arts. 307 y 307 bis

Determinada la instrucción por un presunto delito de los Arts. 307 y 307 bis CP siempre y en todo caso por un impago de cuotas - a salvo, los efectos de la regularización-, la primera cuestión que debe abordar la instrucción es si dicho impago deriva de una defraudación o se ha producido sin más, ya que aunque pudiera parecer que dicha cuestión es cabalmente el objeto de juicio, según la postura que se mantenga al respecto puede suceder que no se llegue a abrir el juicio oral- recordando que en el caso del delito del Art. 307 ter CP la cuestión no se plantea atendido que únicamente cabe la conducta fraudulenta-.

La cuestión había resultado sencilla del tenor de los sucesivos redactados del 307 CP hasta la promulgación de la LO 7/2012, siendo unánimes Doctrina y Jurisprudencia en cuanto a que el mero impago de cuotas era atípico siendo precisa una/s maniobra/s defraudatoria/s que acompañara/n a ese impago para estimar la existencia de delito<sup>21</sup>. Ello porque la descripción típica no se

---

<sup>20</sup> El propio nomen del Título XIV del Libro II del Código Penal ya indica que el Legislador - y de ello, la Jurisprudencia- se ocupa primero de los delitos contra la Hacienda Pública y a continuación de los delitos contra la Seguridad Social, lo que se traduce en múltiples remisiones a aquellos en la solución de las cuestiones que plantean estos delitos.

<sup>21</sup> Olle Sese (2020:6), concluye:

“... la conducta se compone (tipo compuesto) de defraudar eludiendo el pago: sólo será incriminatoria si se elude el pago de las cuotas y los conceptos de recaudación conjunta , defraudando. El mero impago de esas cuotas y conceptos no será constitutivo de delito...”

limitaba a establecer como elemento del tipo objetivo la falta de pago de una cantidad debida, es decir, el incumplimiento del deber de pagar cuando tal deber existiera y se superare una determinada cantidad, sino que exigía que ello se hiciera, además, defraudando. La acción típica por tanto no era pagar, sino defraudar eludiendo el pago de las cuotas.

Y, en cualquier caso, la precisión del concepto de lo que significaba “defraudar eludiendo”, debía superar la situación creada por quien comunicaba la existencia de la deuda a la autoridad administrativa y luego no realizaba el ingreso que reconocía deber, fueran cuales fueran los cauces empleados para no realizar tal ingreso. En este sentido, la STS 19.11.2004, en relación con el empleo del término “eludir”, afirmaba que “... *ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social...*”. Por su parte, la STS 25.11.2005 concluía que “... no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina....”, recordando alguna resolución que la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Delitos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966.

Así las cosas, la sanción penal estaba prevista para quien defraudara eludiendo, es decir, para quien ocultando la realidad no declarara correctamente o simplemente no declarara y, además, no pagara. Dicho de otra manera, la defraudación consistía en ocultar la deuda o los hechos que la generaban, impidiendo así a la Seguridad Social conocer su existencia y su alcance, y evitando que pudieran ponerse en funcionamiento las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le concede para hacer efectivos el cobro de aquello que corresponde. Por ello, cumplido correctamente el deber de declaración, no cabía delito contra la Seguridad Social - sin perjuicio de otros ilícitos-, lo que llevaba a la STS 27.10.2009 a señalar que la realización de maniobras encaminadas a dificultar el cobro por parte de la Seguridad Social o a constituir a la sociedad obligada en insolvencia mediante el cese total de sus actividades y la correlativa descapitalización, no afectaban a la existencia de un delito de defraudación a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas y de los conceptos de recaudación conjunta, si el obligado en su momento había cumplido con el deber de declarar comunicando correctamente la existencia de los hechos que generaban el deber de pagar.

Así, conductas tan frecuentes como la sucesión de empresas<sup>22</sup>, el falseamiento de las condiciones impuestas para conceder un aplazamiento en el pago de las deudas sociales, la ocultación de contratos u obras que la empresa estuviere realizando para evitar el embargo de las certificaciones de obras, cuando se producían con posterioridad a la correcta presentación de los boletines de cotización quedaban fuera del radio de acción del Art. 307 bis CP.

Sin perjuicio de señalar que alguna aislada sentencia se separaba de dicho punto de vista y había considerado delito social conductas como por ejemplo, la sucesión de empresas <sup>23</sup>, la cuestión cambia radicalmente con la modificación del Art. 307 CP operada por la indicada L.O. 7/2012 que ha añadido un segundo párrafo a dicho precepto, del tenor “ ... *La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando esta se acredite por otros hechos ...*”, de lo que se concluye que aquella comunicación de la existencia de la deuda a la autoridad administrativa sin pago posterior no es ya obstáculo para la comisión del delito, siempre y cuando se acredite que dicha comunicación discurría en paralelo a maniobras tendentes a hacer estériles los esfuerzos de la recaudación forzosa.

En este sentido estimamos que la instrucción podrá/deberá comprender el análisis de situaciones tales como:

- a) Altas y bajas sistemáticas de trabajadores trasvasándolos entre empresas de un mismo grupo o control empresarial,
- b) Diversificación artificial de las actividades entre diversas entidades controladas por el/los investigado/s, o en establecimientos y centros comerciales simultánea o sucesivamente titularidad de aquellos,
- c) Eventuales procedimientos empleados para generar confusión patrimonial y/o la sucesión entre grupos empresariales, como la adquisición de participaciones sociales de unas entidades por otras del mismo grupo,
- d) Incumplimiento sistemático de los requerimientos de la ITSS para la presentación de documentación empresarial,

por reputarlas conductas eventualmente defraudadoras pero capaces de cumplir con el requisito de presentación de los documentos de cotización.

---

<sup>22</sup> *La experiencia forense mostraba casos recurrentes de empresas o sociedades que para eludir sus obligaciones para con la Tesorería General, procedían a dar de alta a todos sus trabajadores en el Sistema, dejando impagadas las cuotas correspondientes -posibilidad que el propio sistema de declaración y cotización permite-, consiguiendo posteriormente, a través de un mecanismo de sucesión de empresas consistente en dar de alta de otra nueva empresa con la misma actividad a los mismos trabajadores , y así sucesivamente, burlando la actuación de las Unidades de Recaudación Ejecutiva.*

<sup>23</sup> Cif. SSAP Murcia 8.2.2011 o Barcelona 12.9.2013.

#### 4.5.2.- Problemas concursales en los delitos de los Arts. 307 y 307bis

Íntimamente relacionado con lo dicho en el anterior ordinal aparece el problema de la concreta y correcta tipificación de todas las posibles y distintas conductas fraudulentas y productoras de perjuicio en la cantidad típica a la Seguridad Social, por las implicaciones que ello pueda tener en el objeto de la instrucción.

Así, debe atenderse en primer lugar a la cuestión de la tipificación de las conductas que incluyendo una completa y correcta cotización sin posterior pago, revisten algún tipo de elementos defraudatorios – cif. supuestos citados-, que hasta la reforma operada por la LO 7/2012, de ser posteriores al momento consumativo del delito, se había entendido que no eran constitutivas de defraudación a la Seguridad Social, radicándose de ordinario en sede de apropiación indebida y/o insolvencia punible.

En este sentido, la experiencia demuestra la frecuencia de supuestos de descuento de la cuota obrera a los trabajadores sin posterior ingreso en la Seguridad Social por parte del empresario, lo que lleva a plantear la compatibilidad de los delitos de los Arts. 307 y 307 bis CP con el delito de apropiación indebida del art. 253 CP, cuestión no resuelta de forma unánime en la doctrina, existiendo posiciones que sostienen que los arts. 307 y 307bis se refieren a la cuota empresarial mientras que respecto de la cuota obrera entraría en juego el delito de apropiación indebida, en tanto que otras posiciones aducen que los arts. 307 y 307 bis se refieren a las cuotas de la Seguridad Social sin realizar distinción alguna, por lo que deben entenderse incluidas tanto la empresarial como la obrera, posición en la que nos afirmamos, entre otras y principalmente, por la razón que la otra posición limitaría el castigo de las defraudaciones de la cuota empresarial a las que superaren el listón de 50.000 Euros, en tanto que la defraudación de la cuota obrera sería siempre típica, incluso aun cuando no alcanzara los 400 Euros. Dogmáticamente, implica resolver el concurso de leyes planteado en favor de los delitos de los Arts. 307 y 307 bis, ello en virtud del principio de especialidad del Art. 8.1 del Código Penal.

La misma experiencia demuestra cierta casuística tendente a alojar las deudas sociales en personas jurídicas que no tienen ni han tenido patrimonio en ningún momento o a las que en previsión de eludir su pago se descapitalizan o despatrimonializan, conductas que hasta la reforma indicada se habían alojado en sede de insolvencias punibles pero que desde el nuevo tenor de los artículos 307 y 307 bis del código Penal entendemos que por el mismo principio de especialidad citado deben radicarse ahora en dichos delitos por ser su objetivo final, cabalmente, el fraude a la Seguridad Social. Igualmente, es obligado considerar el concurso de los delitos objeto de estudio

con los delitos de falsedad (en documento oficial o mercantil cometido por particular), pues cuando la defraudación a la Seguridad Social es activa se realizará, de ordinario, presentando un documento de cotización mendaz, haciendo constar menos trabajadores, aplicando deducciones indebidas, ocultando datos que permitan cuantificar exactamente la cuantía de la cuota o, incluso solicitando devoluciones de cuotas con omisión, ocultación o alteración de los datos que permitieren su obtención, precisando que la eventual falsedad documental a la que aludimos debe entenderse en sentido estricto, referida exclusivamente a la documentación indispensable para defraudar -documentos de cotización, recibo de salarios, etc.-, en tanto que instrumentos indispensables y habituales para la realización del delito. En estos casos, de manera análoga a la jurisprudencia establecida a propósito de los delitos contra la Hacienda Pública, deben considerarse estas falsedades como instrumentales en la medida que el sistema de autocotización comporta necesariamente la presentación de dichos documentos, cuya falta de verdad es precisamente el elemento rector de los delitos contra la Seguridad Social, , quedando portanto subsumidos en el delito que se castiga con dichos preceptos- con independencia incluso de si dicha conducta es típica o no-. Por el contrario, las falsedades documentales que no revistan este carácter de instrumentalidad, deberán ser castigadas en concurso medial con el delito contra la Seguridad Social -conducta que como veremos y anticipándonos en parte a lo que se dirá es probable que se dé con mayor frecuencia en el supuesto del artículo 307 ter del Código Penal-.

Los delitos contra la Seguridad Social pueden a su vez concurrir con las conductas tipificadas en el artículo 311 del Código Penal. artículo a su vez con nueva redacción desde la LO 7/2012, de 27 de diciembre , que resumidamente castiga conductas como, a) dar ocupación a una pluralidad de trabajadores; b) que lo sea de forma simultánea; c) sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda; d) y siempre que el número de trabajadores lo sea en, al menos, más del 50 por 100, al tratarse de una empresa que ocupa a más de 10 y no más de 100 trabajadores; elementos que en este caso estimamos que no han quedado acreditados. Dicho supuesto entendemos que integrará un concurso real de delitos, en la medida que los bienes jurídicos protegidos por unos y otros presento son distintos, en los Arts. 307 y 307 bis el patrimonio de la Seguridad Social en tanto en el Art. 311 los derechos de los trabajadores, lo que permite a nuestro juicio castigar al unísono ambas conductas sin violar el principio non bis y midan.

Finalmente, la realización de conductas propias de los artículos 305 y 305bis CP con la de los delitos contra la Seguridad Social -es dable pensar que la defraudación se extienda a los distintos organismos públicos con los que el empleador tenga relación- dará lugar igualmente a la apreciación de un concurso real de delitos del artículo 70 CP.

#### 4.5.3.- Problemas en el delito del Art. 307 ter del Código Penal

Distinto es el caso del delito del art. 307 ter del Código Penal, pues este delito, a diferencia de los anteriores no protege la obtención de recursos por la Seguridad Social sino sus gastos o prestaciones, sancionando en su modalidad básica a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública.

De su tenor y de la evolución legislativa, resulta intuitiva la problemática concursal de este delito con el delito de fraude de subvenciones del Art. 308 del Código Penal. En este sentido, la Exposición de Motivos de la L.O. 7/2012 de 27 de Diciembre afirmaba que la inclusión del Art. 307 ter proporciona un tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social. En idéntico sentido, la doctrina ha señalado que la reforma operada por la citada Ley responde al objetivo de extraer las conductas fraudulentas en relación a las prestaciones de la Seguridad Social del ámbito del artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones, tipo al que las había reconducido la Jurisprudencia desde el APNJTTS de 15 de febrero de 2002<sup>24</sup>, especialmente cuando las defraudaciones afectaban al subsidio de desempleo. En este contexto, consideramos que el nuevo artículo 307 ter se incorpora al panorama normativo como ley especial respecto a los delitos de fraude de subvenciones en conductas que afecten al patrimonio de la Seguridad Social a través de sus distintas prestaciones, con la ventaja adicional de prescindir de la condición objetiva de punibilidad -cuantía en Euros de la defraudación- que integra el art. 308 del Código Penal.

Las mismas consideraciones de especialidad entendemos deben aplicarse a la consideración como estafa de dichas conductas defraudadoras frente a la Seguridad Social - donde hasta la LO 7/2012 la Jurisprudencia había residenciado este tipo de conductas cuando versaban sobre pensiones - cif. SSTS 9.6.2003, 15.7.2004 o 13.7.2012-. Sin embargo, la reciente STS 22.3.2018 no descarta la aplicación de alguna modalidad de estafa -en el caso, la estafa procesal del Art. 250.1.7 del Código Penal<sup>25</sup>-, señalando que en tales supuestos

<sup>24</sup> Acuerdo de Pleno del tenor: "El fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del CP".

<sup>25</sup> En el caso, la obtención de la prestación vino precedida de la interposición de una mendaz demanda ante un Juzgado de lo Social que fue estimada y determino la posterior concesión de la prestación. , considerando el Tribunal que con ello se ofendió también el normal funcionamiento de la administración de justicia.

podría existir un concurso medial de delitos.

Otra cuestión importante en la instrucción de este tipo de presuntos delitos se refiere al momento en el que ha de entenderse cometido el delito, esto es, si se cometió en el momento en que los trabajadores fueron dados de alta en la Seguridad Social o cuando se produce el inicio del disfrute efectivo de las prestaciones o su prolongación indebida. La STS 18.5.2020 se ocupa de la cuestión, señalando que el momento en que se defrauda a la Seguridad Social es el momento en que se producen las prestaciones indebidas, señalando que la consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos, hecho que suele coincidir en los delitos de resultado con la producción del resultado lesivo. Y en el caso, siendo el objeto material del delito las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, sobre el que se proyecta la conducta dirigida a la obtención efectiva e indebida de tales prestaciones, el resultado típico es la concesión efectiva de la prestación con el consiguiente perjuicio a la Administración Pública.

Y finalmente, de manera análoga respecto de lo expuesto en el Art. 307 y 307 bis CP, debe señalarse la frecuente comisión de este delito asociado con conductas falsarias documentales. Como decíamos antes, piénsese en aquellos supuestos en los que el solicitante no se limita a faltar a la verdad en la narración de los hechos que actúan como presupuestos habilitantes del cobro de una prestación fraudulenta, sino que apoya su pretensión en documentos previamente falsificados, sea por el mismo solicitante o por alguien a su instancia, pero siempre para su utilización ante la Administración. Y al igual que allí, consideramos que el desvalor de la conducta sería abarcado en su integridad por el art. 307 ter operando la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del CP en la falta de verdad del solicitante - con independencia incluso de si dicha conducta es típica o no-, en tanto que la simulación o tergiversación de hechos que se ejecuta mediante la afectación del bien jurídico protegido por el delito de falsedad, debe llevar a ambos ilícitos por separado pero en relación de concurso medial ex Art. 77.3 del Código Penal.

#### **4.5.4.- El objeto de la defraudación**

Sentado que en delito estudiado el Derecho Penal es un instrumento reactivo para sancionar aquellas conductas que valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, y dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que estén por debajo del límite marcado, obviamente, una de las finalidades de la instrucción, será determinar la cantidad presuntamente defraudada a la Seguridad Social, cuestión no tan

sencilla como a priori pudiere parecer.

Ello porque los arts. 307 y 307 bis CP hablan de “*pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta...*”, “*... devoluciones de las mismas (cuotas)...*” y “*... deducciones ( de las cuotas) por cualquier concepto...*”, en general y sin especificar, en tanto que la normativa social distingue entre cuota empresarial y cuota obrera, y añade lo que denomina conceptos de recaudación conjunta, esto es, primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, aportación al Fondo de Garantía Salarial y cuotas para formación profesional y desempleo. Así también establece conceptos como recargos -por mora y por apremio- e intereses legales, planteándose cuales de estos conceptos pueden integrar la defraudación típica y cual, todo lo más, integrar la responsabilidad civil ex delicto.

Al respecto, la STS 19.11.2004 incluyó como tales las dos cuotas citadas y las primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, la aportación al Fondo de Garantía Salarial y las cuotas para formación profesional y desempleo, así como cualesquiera otras que puedan establecerse en el futuro, razonando en el mismo sentido la STS 19.5.2006 tras señalar que carecería de todo fundamento suponer que el legislador sólo ha querido establecer una protección meramente parcial de un patrimonio oficial de singular significación en la realización de la política social del Estado, y que no sería justificable que quien incumple deberes de solidaridad social se vea beneficiado con el uso gratuito de sumas de dinero ajeno que, de haber obtenido mediante un préstamo hubiera tenido que retribuir mediante pago de intereses, establece que los recargos de mora, de apremio e intereses deben ser considerados como objeto de la defraudación punible que prevé el art. 307 CP, dado que configuran también el daño ocasionado por el delito y, por tal razón, constituyen conceptos de recaudación conjunta, con relevancia para la determinación del límite que separa los hechos punibles de los que no lo son.

Por nuestra parte, en contra lo que se sostiene en dichas sentencias, entendemos que no pueden incluirse las cantidades procedentes de los recargos de mora, de apremio e intereses como constitutivas de conceptos de recaudación conjunta. Indudablemente el legislador, ante la variedad y variabilidad de los distintos regímenes de afiliación a la Seguridad Social, no ha querido cerrar el tipo penal mediante la enumeración de un numerus clausus de obligaciones de cotización, pero parece razonable ceñir la represión penal a la elusión de las obligaciones sociales sin ampliarla a lo que son meras consecuencias administrativas de su incumplimiento. El argumento utilizado en la sentencia referida relativo a que el legislador no puede haber querido establecer una protección parcial del patrimonio de la Seguridad Social, que no incluyera recargos e intereses,

no resulta definitivo si se somete a la comparación con los delitos contra la Hacienda Pública, donde ninguna referencia se hace a recargos o intereses, sin que quepa pensar que el Legislador estime que merecen menor protección las arcas de la Hacienda Pública que las de la Seguridad Social. Además, si se admite la inclusión de intereses, del tipo que fuere, se estaría llevando al día de la elaboración de la certificación de descubierto por la Tesorería el momento de consumación del delito, lo que, además de hacer depender tal circunstancia de un tercero distinto del autor, resulta inadmisibles por afectar al principio de seguridad jurídica el cual es especialmente exigible en el ámbito penal. El problema se plantea probablemente porque, a diferencia de las autoliquidaciones de impuestos periódicos -como el IVA-, en la Seguridad Social no se produce una declaración resumen anual, sino que las empresas presentan mensualmente sus boletines de cotización, de manera que si hay algún tipo de incumplimiento como, por ejemplo, su falta de pago, inmediatamente se generan los correspondientes recargos e intereses, sin que haya que esperar a que acabe el año; razón por la que cuando la Seguridad Social emite el correspondiente certificado computa todas esas cantidades. Sin embargo, insistimos, el delito es por fraude en las cotizaciones y sólo las cantidades estrictamente correspondientes a este concepto deben ser computadas para integrar la cuota delictiva, siendo el resto de cuantías mera consecuencia del incumplimiento y sirviendo, en su caso, para integrar la responsabilidad civil derivada del delito.

Por lo que respecta al modo de determinación de la deuda, a diferencia de la diversidad de métodos contemplados en la legislación tributaria -que contiene criterios difíciles en ocasiones de ajustar a las exigencias del proceso penal-, la deuda social se determina por un único método, consistente en la simple comprobación de que las sumas correspondientes y/o retenidas no fueron oportunamente ingresadas, según certificación del organismo recaudador, que en todo caso deberá adecuarse a las normas de cotización aplicables. De ahí que, aun referida a un delito fiscal, sea aplicable lo manifestado por la STS 21.12.2001 en cuanto a que en la determinación de la cuota defraudada deberá acudirse a las reglas del Derecho Administrativo, en tanto que las restantes cuestiones de hecho se rigen por el sistema probatorio propio del proceso penal-.

En esta misma sede debe atenderse a la cuestión del tiempo en que debe generarse la deuda típica. Así, en la redacción anterior a la LO 7/2012 se establecía que debía estarse a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquellas correspondieren a un periodo inferior a doce meses, en tanto que la nueva redacción introduce en el particular dos modificaciones esenciales, una, la supresión a la referencia a cada una de las liquidaciones, y la segunda y

fundamental, que el periodo computable pasa a ser de cuatro años naturales<sup>26</sup>, operándose de ello una desvinculación del elemento temporal “ año natural “, bastando con alcanzar, para un mismo obligado social, la cuota típica en el lapso indicado de cuatro años sin que sea exigible que las cotizaciones defraudadas sean sucesivas ni correlativas, y siendo perseguible la conducta en el momento en que se alcance la cuota típica de 50.000 Euros, sea cual sea el momento dentro del lapso de cuatro años en que ello suceda, y sin tener que esperar a plazo o término preestablecido alguno. Regulación con evidentes e importantes efectos en la eventual prescripción de la responsabilidad penal - que se abordarán en otra sede-.

De ello resulta como ha señalado la Doctrina que lo que principio parece una minoración de las exigencias típicas - pues la cuota defraudada pasa de 120000 a 50000 euros-, deviene en puridad una agravación para el defraudador al permitirse acumular las cantidades defraudadas durante cuatro años, a los efectos de computar ese límite ahora rebajado de 50000 euros, convirtiendo en delito defraudaciones que con la redacción anterior no llegarían a serlo. Inversamente, la redacción impide la posibilidad de estimar un concurso real de delitos por periodos anuales como si permitía la anterior regulación, sin perjuicio de aplicar en su caso, el supuesto del Art. 307 bis CP de alcanzar la defraudación el importe allí señalado.

#### 4.5.5.- Valor en el proceso de los documentos del sistema de la Seguridad Social. Específicamente, el sistema RED.

Una Jurisprudencia que por reiterada cabe considerar axiomática - cif. SSTC 327/81, 165/90, 82/92 o 21/93 entre otras- señala que la presunción de inocencia se asienta sobre dos pilares esenciales, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde a los Jueces y Tribunales, y que la actividad probatoria sea suficiente para destruir dicha presunción, para lo cual es necesario que la practicada lo sea tanto respecto a la existencia del hecho punible, como a todo lo atinente a la participación en él del acusado, debiendo fundamentarse la sentencia condenatoria en auténticos actos de prueba, recayendo sobre la parte acusadora la carga probatoria, que debe ser suficiente para desvirtuar dicha presunción constitucional, así como que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el acto del juicio oral, de forma tal que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por

<sup>26</sup> Recordando, el tenor de dicho Art. 307.2 CP: “A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales”.

las partes.

Si ello lo ponemos en relación, con que, sin perjuicio de la presencia de otros, un documento presente en todo procedimiento por presunto delito contra la Seguridad Social será/n la/s liquidaciones de deuda que emita la Seguridad Social en orden a acreditar la superación de los límites típicos de deuda, surge intuitivamente la cuestión del valor de dicho/s documento/s en el procedimiento penal – tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral-, especialmente visto que la Jurisprudencia niega incluso el valor de prueba a las diligencias practicadas en instrucción para ceñirlo al de diligencias de investigación.

Documentos que, en tanto y cuanto que oficiales, gozan de la presunción de veracidad dispuesta en el Art. 23 de la Ley 23/2015, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>27</sup> y en la Disposición Adicional 6ª del Reglamento General de Recaudación<sup>28</sup>, lo que avanzamos no impide que puedan ser cuestionados en juicio y que sus emisores deban responder de cuanto al respecto se les inquiera sobre su certeza. Ello porque la formulación legal vista no puede ser entendida en su sentido literal, de manera que esa presunción de certeza obligue al sujeto acusado/investigado a probar que no realizó las maniobras defraudadoras o incluso, que no eludió el pago de la cuantía que consta en las mismas, pues ello iría en contra del principio de presunción de inocencia proclamado en el art. 24 de la CE al corresponder a la acusación probar el hecho punible. Al respecto, el Tribunal Constitucional en su fundamental STC 76/90 de 26 de abril analizando un precepto similar como es el Art. 145.3 de la Ley General Tributaria – ciertamente, en un delito contra la Hacienda Pública, pero que entendemos extrapolable a los delitos estudiados-, estableció que cabe considerar que dichos documentos contienen la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una noticia criminis para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrán el valor probatorio que como prueba documental el juez penal libremente aprecie.

---

*27 Artículo 23. Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados.*

*El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como consecuencia de comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables.*

*No se verá afectada la presunción de certeza a que se refieren los párrafos anteriores por la sustitución del funcionario o funcionarios durante el periodo de la actuación inspectora, si bien se deberá comunicar en tiempo y forma a los interesados dicha sustitución antes de la finalización de aquella, en los términos que se establezcan reglamentariamente.*

*28 La disposición adicional 6ª del Reglamento General de Recaudación ordena a los funcionarios de la Inspección de Trabajo y SS que formalicen en un único documento el acta de infracción (por infracción grave) y el acta de liquidación. Dice el apartado cuarto de esta disposición adicional 6ª: «Las actas de infracción y liquidación en documento único tienen naturaleza de documento público y gozarán de la presunción de certeza regulada en el artículo 52.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social».*

Y en el mismo sentido entendemos debe resolverse respecto de las actas de Infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya presunción de certeza se recoge en el Art. 53.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no puede desplegar otros efectos en el proceso penal que los indicados, desde la STC 76/1990 de 26 de abril, que señaló respecto del valor probatorio de las Actas de Inspección “... *el Acta de inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una noticia criminis suficiente para la apertura del proceso penal, dentro del cual y ya en fase de juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el Juez penal libremente aprecie con respecto a todos los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución ...*”, en sintonía con la STS 4.6.2002, que indicó que pese a su importancia, por los conocimientos especializados y cualificada competencia técnica de sus autores, dichas actas “...no constituyen propiamente una verdadera prueba documental habilitante del cauce procesal establecido en el art. 849.2 ...”.

En este sentido, la jurisprudencia exige que dichas actas, para destruir la presunción de inocencia en sede judicial, reúnan los siguientes requisitos:

1. Que realicen una actividad probatoria, no bastando con que el funcionario actuante relate unos hechos, sino debiendo fundamentarlos de algún modo.
2. Que excedan de las meras apariencias, tampoco bastando con que el funcionario tenga la sospecha de que concurre una infracción,
3. Que sea la autoridad administrativa quien ostente la carga de la prueba, es decir, que la presunción de certeza de las actas probatorias es una prueba de cargo: cambia la persona sobre la que recae la carga de la prueba,
4. Que el acta se limite a consignar hechos directamente corroborados por el funcionario, de modo que no se extiende esta presunción sobre las calificaciones, juicios de valor y opiniones.

Específicamente, en cuanto a la utilización del sistema RED en el sistema de la Seguridad Social<sup>29</sup>, debe partirse de que normalmente, no existiendo por tanto presentación física de documentos sino meramente telemática, no existirán copias de dichos documentos –en el mejor de los casos, meras impresiones– que en todo caso entendemos caben perfectamente como tales bajo la amplia rúbrica del Art. 26 del Código Penal que entiende por tal “... todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica ...”

#### 4.5.6.- Participación delictiva.-

Pese a hallarnos ante un delito especial propio – que sólo puede ser cometido

<sup>29</sup> El sistema RED es un Servicio que ofrece la TGSS a las empresas, agrupaciones de empresas y profesionales cuya misión es permitir el intercambio de información y documentos entre la Tesorería y los usuarios a través de Internet.

por quienes son obligados sociales y concretamente en el régimen general, por el empresario según el Art. 142 TRLGSS 8/2015<sup>30</sup>, será frecuente encontrar casos de coautoría y cooperación necesaria – de hecho, ya específicamente contemplados en el caso del Art. 307bis CP– lo que obviamente deberá ser objeto de investigación en la fase de instrucción.

Intimamente relacionado con lo expuesto, en los casos de participación delictiva puede aparecer la cuestión de la relevancia penal de la ignorancia deliberada, definida por la STS 1637/1999, de 10 de enero de 2000 como la conducta de quien sin conocer los detalles concretos está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y que por tanto debe responder de sus consecuencias, pues en tales supuestos el autor se representa siquiera a título de dolo eventual la antijuricidad de su conducta y, sin embargo actúa validando la conducta desarrollada por terceros en su nombre.

Específicamente, la experiencia muestra la frecuencia de supuestos de actuación de personas que actúan en nombre y representación de personas jurídicas, y la de testaferros u “hombres de paja”. Por lo que respecta a estos últimos, entendidos como las personas que prestan su nombre a otras en un contrato, pretensión o negocio, encubriéndola u ocupando el lugar de aquélla -cif. STS 18/10/2004- se plantea la cuestión de su responsabilidad penal, lo que deberá resolverse en función de sus niveles de conocimiento sobre la ilicitud del hecho, pudiendo existir, como extremos, supuestos de plena conciencia de estar realizando una conducta típica o colaborando en su realización y supuestos de absoluta falta de representación de que se está contribuyendo a la ejecución de un hecho delictivo -ejemplos habituales de utilización de ancianos, personas con facultades mentales disminuidas o analfabetos que suscriben todo lo que se les da a firmar-, pudiendo obviamente darse situaciones intermedias, pero siempre partiendo de la base que el mero dato formal de figurar como administrador de derecho no es suficiente para la responsabilidad penal, debiendo ostentarse, el control de hecho de la empresa, y de que el derecho exige al autor ser imputable, esto es, ser capaz, por lo menos potencialmente, de reconocer la antijuricidad y de determinar su voluntad conforme a este conocimiento posible. Cabe, pues,

---

<sup>30</sup> Artículo 142. Sujeto responsable

1. El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar e ingresará las aportaciones propias y las de sus trabajadores, en su totalidad.

Responderán, asimismo, solidaria, subsidiariamente o mortis causa las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículos 18 y 168.1 y 2.

La responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio que se establece en el citado artículo 168 se extiende a la totalidad de las deudas generadas con anterioridad al hecho de la sucesión. Se entenderá que existe dicha sucesión aun cuando sea una sociedad laboral la que continúe la explotación, industria o negocio, esté o no constituida por trabajadores que presten servicios por cuenta del empresario anterior.

En caso de que el empresario sea una sociedad o entidad disuelta y liquidada, sus obligaciones de cotización a la Seguridad Social pendientes se transmitirán a los socios o partícipes en el capital, que responderán de ellas solidariamente y hasta el límite del valor de la cuota de liquidación que se les hubiere adjudicado.

considerar que el sujeto deviene obligado a un esfuerzo de conciencia, hasta el punto de que debe emplear toda su potencia intelectual para conocer y, en su caso, despejar las dudas que le surjan mediante la reflexión y, si fuese necesario, dejándose aconsejar, debiéndose estar, para determinar el grado y alcance de dicha potencialidad de reconocimiento, como criterio principal, al entorno personal del sujeto activo.

Y por otra parte y fundamental, la condición de sujeto obligado a la cotización de personas jurídicas obliga a traer a colación lo dispuesto en los Arts. 31 – responsabilidad penal de los representantes de las personas jurídicas<sup>31</sup>– y 31bis – responsabilidad penal de las propias personas jurídicas<sup>32</sup>–del Código Penal.

Por lo que respecta al Art. 31 CP, el precepto persigue obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que nos hallamos ante un supuesto de autoría en nombre de otro, siendo preciso que el sujeto al que se le quiera aplicar haya actuado como autor en el sentido del párrafo primero del art. 28, faltándole tan sólo la concreta condición (de dueño, deudor o acreedor) exigida por el correspondiente tipo, habiendo de concurrir por lo demás tanto el dolo, como el dominio del hecho, actuación contra el fin de la norma, y todo aquello que determine el título de imputación (STS 11/03/2004). A través de la regla del art. 31 CP el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre y representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si esas circunstancias se dan en la persona jurídica por la que se actúa. Intimamente relacionado con ello resulta la frecuente utilización en el ius fori de la teoría del levantamiento del velo, con

---

31 Art. 31: *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

32 Art. 31bis: En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

sus requisitos jurisprudenciales habituales-cif. SSTS 29.9.2005 o 6.10.2006 <sup>33-</sup>.

Por su parte, el art. 31 bis CP establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de comisión por éstas de un delito contra la Seguridad Social -con penas potencialmente importantes para la persona jurídica <sup>34-</sup>, al margen y en paralelo con la concreta responsabilidad penal de las personas físicas que las dirigen, fundando el reproche penal a estas en la exigencia de un debido control por parte de los representantes legales, que conlleva - resumidamente-:

- El establecimiento por el órgano de administración, de un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos,
- La creación de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control para la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado,
- La identificación -mapa de riesgos delictuales- de las actividades de la empresa en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos,
- La implantación de protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos,
- La puesta en funcionamiento de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser

33 Se entresaca; “ ... En la actualidad, se considera admitido que si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y contraria a derecho, los tribunales pueden prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, penetrar en la interioridad de la misma, “levantar su velo”, a fin de examinar los reales intereses que laten en su interior, es decir, adentrarse en el substratum de la persona jurídica para poner coto a los fraudes y abusos que bajo el manto protector de esta figura se puedan cometer, y de esta manera, alcanzar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura; no obstante, si algo caracteriza a esta doctrina son sus limitaciones ya que sólo deber ser una técnica utilizada por los jueces de forma excepcional.

34 *Penas que pueden comprender:*

Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

- Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310 CP.
- Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.
- Prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.
- Y en atención a las reglas establecidas en el artículo 66 bis CP, los Jueces y Tribunales podrán imponer las penas previstas en el artículo 33. 7 b) a g) CP, siguientes:
  - Disolución de la persona jurídica.
  - Suspensión de sus actividades.
  - Clausura de sus locales y establecimientos.
  - Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
  - Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
  - Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

prevenidos,

- La obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención,
- El establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo,
- La verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Aspectos todos ellos que deberán ser cubiertos por la investigación – especialmente, mediante una pericial sobre la *compliance*–, sin dejar de tener presente cuanto sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se contiene en la fundamental STS 29.2.2016<sup>35</sup>, y la posibilidad de prescindir de la persecución de las personas jurídicas cuando estas son meramente instrumentales al delito, sin existencia ni actividad propias.

La eventual responsabilidad penal de los administradores personas físicas o de la propia persona jurídica comportara, según los arts. 116 y 120 la responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110, todos del Código Penal, de forma solidaria o subsidiaria, según los casos<sup>36</sup>, con las personas físicas

<sup>35</sup> De dicha STS 29.2.2016 se entresaca :

- “ ... Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa existen tres categorías de personas jurídicas:
- Sociedades que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables,
  - Sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.” El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.
  - Sociedades cuyo “carácter instrumental” exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos. Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único, por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo. de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta...”

<sup>36</sup> Al poder ser ahora la persona jurídica también responsable penal en relación con unos delitos determinados, su responsabilidad civil será en esos casos directa y solidaria con la de las personas físicas responsables por los mismos hechos, aunque esto último sólo en los supuestos en que dicha persona física haya llegado a identificarse y condenarse, lo que no se requiere para exigir responsabilidad criminal –ni civil– a la persona jurídica. La responsabilidad civil directa de

que fueren condenadas por los mismos hechos. Responsabilidad civil que se extenderá igualmente a los supuestos previstos en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, que establecen la responsabilidad solidaria del empresario principal respecto de las deudas de los contratistas y subcontratistas con la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata, salvo que habiendo solicitado aquella certificación la Tesorería General de la Seguridad Social no la hubiere librado por escrito en el término de treinta días improrrogables, y que estimamos aplicable al caso de comisión por aquellos de un delito de defraudación a la Seguridad Social.

Igualmente en esta sede debe atenderse a la posibilidad - ya citada supra- de sucesivas constituciones de sociedades con vínculos entre ellas, lo que puede llevar a la apreciación de un grupo con personalidad jurídica propia, aplicando para ello la Jurisprudencia en la materia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Finalmente, señalar que el nuevo delito de fraude en las prestaciones de la Seguridad Social, al determinar la persecución de todos los fraudes cometidos por no establecer límite económico mínimo a su consideración como delito puede provocar la existencia de procedimientos con numerosos implicados -recuérdese, procedimientos por fraude al PER- con las dificultades inherentes a ello para su correcto manejo procesal.

---

la persona jurídica a que se refiere el apartado tercero del art. 116 se deriva pues, ciertamente, de su propia responsabilidad criminal, pero sigue siendo una responsabilidad civil por hecho ajeno, pues ajeno es el hecho delictivo por el que se imputa responsabilidad penal a la persona jurídica en el art. 31 bis CP.

