

LAS RELACIONES DEL DERECHO PENAL Y DERECHO DE FAMILIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO MATRIMONIAL

Manuel Marchena Gómez

Magistrado del Tribunal Supremo

Presidente de la Sala II

Doctor en Derecho

ÍNDICE: I.- Introducción y delimitación metódica; 2.- La exención de pena entre cónyuges en los delitos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación (art. 268 del CP); 3.- La vulneración del derecho a la intimidad del cónyuge o pareja a la que se esté unido por análoga relación de afectividad (art. 197 CP); 4.- Quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento (art. 468 del CP); 5.- Exención del deber de declarar entre parientes (art. 416.1 LECrim)

I.- Introducción y delimitación metódica

Mis primeras palabras han de ser necesariamente de agradecimiento. Quiero expresar mi gratitud al Iltr. Colegio de Abogados de Madrid por su amable invitación a este encuentro. Pero de un modo especial quiero transmitir ese agradecimiento a Pedro Calvo, buen amigo y excelente jurista. También a Isabel, con la que me reencuentro varios años después de un tiempo de trabajo en común.

El capítulo de agradecimientos no estaría completo si no me refiriera a todos ustedes. Les agradezco sinceramente su presencia, su paciencia y su atención. Acudir a una convocatoria de esta naturaleza a estas horas del mediodía dice mucho de su interés por los temas relacionados con el derecho de familia.

Gracias.

Estoy seguro que muchos de ustedes se preguntarán qué hace un penalista –un magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo– dirigiéndose a abogados de familia. ¿Existen puntos de contactos que justifiquen una intervención de estas características? Créanme que sí. Nuestro trabajo está permanentemente ligado a delitos que tienen como escenario la familia y, en muchas ocasiones, una relación matrimonial deteriorada que acaba en tragedia.

Son muchas las veces que viene a mi memoria una 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*”. Es un pensamiento que, desde luego, sugiere la reflexión, por lo que tiene de llamada de atención acerca de la necesidad de no ver en el derecho penal el único instrumento jurídico para hacer frente a las crisis familiares. El significado del derecho penal como *ultima 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.

No podemos olvidar que, con una u otra extensión, la protección de la familia es un mandato constitucional impuesto por el art. 39 de la Carta Magna. Allí se proclama 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.

El tiempo asignado a una intervención de estas características impone sus propias reglas. No tiene interés que hagamos un recorrido analítico que se detenga en todos y cada uno de los preceptos que se relacionan con el derecho de familia. Baste ahora señalar, por ejemplo, que entre los preceptos llamados a la protección de la vida, la concurrencia de la agravante de parentesco implica la agravación de las penas previstas para el delito de homicidio (art. 138) o asesinato (arts. 139 y 140). Del mismo modo, el delito de lesiones conoce un tipo específico agravado para aquellos casos en los que la víctima fuera o hubiera sido esposa o mujer que estuviera ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia (art. 148.4). De especial incidencia en la violencia de género debemos hacer alusión al castigo singularizado del menoscabo psíquico o de lesiones de menor gravedad o maltrato cometidos ocasionados por el hombre sobre su esposa o persona a la que haya estado ligado por análoga relación de afectividad (art. 153) o el ejercicio habitual de la violencia física o psíquica sobre alguna de esas personas o el círculo de parientes a que se refiere el art. 173.2 del CP.

Pero más allá de la protección de la vida, la integridad física o psíquica de la mujer, existe en el CP un título concreto que aparece bajo un enunciado muy elocuente. Me estoy refiriendo al título XII del libro II –*delitos contra las relaciones familiares*-. En él tienen cabida los matrimonios ilegales (arts. 217 a 219), la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (arts. 220 a 222), el quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono de domicilio (arts. 223 a 225), la sustracción

de menores (art. 225 bis), el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitados de especial protección (arts. 226 a 233).

La extensión de los problemas asociados a esos preceptos desborda nuestro ámbito de conocimiento. No puedo abusar de su paciencia. El tiempo no es tampoco ilimitado. De ahí que vaya a centrar mi intervención en el enunciado de cuatro bloques temáticos que creo pueden ser de su interés. El primero de ellos, el espacio aplicativo de la excusa absolutoria entre parientes del art. 268 del CP. El segundo, los problemas asociados a lo que podríamos denominar el “*espionaje familiar*” (art. 197). Después nos detendremos en algunos de los problemas prácticos que suscita el delito de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento impuesta en los casos de violencia de género (art. 468). Terminaremos con una referencia última a la interpretación jurisprudencial de la exención del deber de declarar entre cónyuges (art. 416.1). Se trata de cuestiones que interesan a cualquier jurista que sea llamado al asesoramiento de un proceso matrimonial en el que las tensiones y enfrentamientos se desboquen y traspasen la frontera del derecho civil, para entrar de lleno en el ámbito del derecho penal.

2.- La exención de pena entre cónyuges en los delitos patrimoniales cometidos sin violencia o intimidación (art. 268 del CP)

El legislador penal es consciente de que determinadas infracciones contra el patrimonio cometidas en el seno del grupo familiar pueden ser solucionadas sin necesidad del recurso al derecho punitivo. Es lógica esta prevención. Se acomoda a las exigencias de un derecho penal entendido como *última ratio* y se evita así profundizar en las disensiones familiares. El matrimonio o simplemente la convivencia generan una comunidad de bienes y de intereses que pueden verse seriamente perturbados por la irrupción del derecho penal, sobre todo, cuando éste todavía no es necesario para la solución del conflicto familiar.

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*”.

No nos interesa ahora adentrarnos en un examen analítico de todos y cada uno de los elementos que conforman un precepto que, al entender de la doctrina mayoritaria, participa de la naturaleza de las excusas absolutorias. Es decir, el legislador parte de la base de que la acción realizada es típicamente antijurídica y culpable, pero por razones de política criminal desiste de su persecución. Me gustaría, sin embargo, llamar la atención acerca de algo tan elemental como la propia existencia de este precepto. Créanme, son muchas las ocasiones en las que, con ocasión de un recurso de casación interpuesto por el acusado, nos percatamos de la existencia de una relación de parentesco que debería haber determinado la exención y que, sin embargo, ha pasado desapercibida en la instancia.

No olviden, pues, la existencia de este precepto y tengan muy en cuenta que, con el fin de despejar las dudas jurisprudenciales que el art. 268 había suscitado, la exención sólo alcanza a aquellos cónyuges que no estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio. Creo que el simple hecho de presentar oficialmente la demanda de separación, divorcio o nulidad, debería ser suficiente para entender que la exención de pena ha dejado de ser aplicable. Soy consciente de que hacer coincidir ese momento con el de la contestación a la demanda, instante en el que quedaría trabada la litis, puede tener cierto atractivo académico, pero no es suficiente para resolver situaciones de hecho en las que la expectativa de impunidad penal alienta la comisión de hechos típicos que van a quedar sin sanción.

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. Es cierto que la literalidad del precepto no parece acoger en su ámbito los desapoderamientos no violentos entre parejas de hecho. Sin embargo, la identidad de fundamento entre ambas formas de convivencia, identidad que ya nadie discute en nuestro sistema jurídico, justifica su aplicación analógica.

Me gustaría destacar también que el ámbito de los delitos que pueden acogerse a esta exención particularizada es bien amplio. En él incluiríamos, como más característicos, los delitos de hurto (art. 234), robo (art. 237), estafa (art. 248) apropiación indebida y administración desleal (arts. 252 y 253), alzamiento de bienes (art. 259) y delitos societarios (arts. 290 y ss). Recuérdese, por ejemplo, que las habituales operaciones de descapitalización con el fin de simular una insolvencia que impida hacer frente a las futuras obligaciones derivadas de la ruptura o la despatrimonialización de una sociedad para ocultar los bienes con los que atender esas obligaciones, suelen ser frecuentes. La idea

de que la vía penal está cerrada, siempre que el hecho no vaya acompañado de una violencia o intimidación instrumentales, hace aconsejable tomar las precauciones precisas para impedir esas conductas anticipatorias que buscan la exoneración de las responsabilidades económicas asociadas a la nueva etapa sin convivencia. La aplicación de la excusa absolutoria a los delitos societarios ha sido defendida, entre otras, por la STS 42/2006, 27 de enero-

Suele suscitar alguna duda la determinación del momento en el que esta exención puede invocarse. Pues bien, de conformidad con una línea jurisprudencial plenamente consolidada, la exclusión de pena prevista en el art. 268 del CP puede hacerse valer, tanto en la fase de instrucción como en la fase intermedia. Incluso, con ocasión de un eventual recurso contra la sentencia que no le haya atribuido eficacia. Nada habría impedido –decíamos en la STS 2586/2007, 24 de abril- la apreciación del efecto exoneratorio -se base éste en la consideración del art. 268 del CP como causa personal de exclusión de la pena o como excusa absolutoria-, durante la investigación o fase intermedia, mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del art. 637.3 de la LECrim. Basta para ello que se dibujen con la precisión exigida los presupuestos fácticos a los que el art. 268 asocia la extinción de responsabilidad. La STS 42/2006, 27 de enero, recuerda incluso la posibilidad de aplicación de oficio de la mencionada excusa absolutoria. Es cierto, sin embargo, que la delimitación de tales presupuestos, sobre todo, aquellos relacionados con la extensión que haya de darse a los requisitos referidos a la naturaleza de la relación y a la convivencia entre los parientes afectados, no es cuestión pacífica en la doctrina. La jurisprudencia de la Sala Segunda (cfr. Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de 15 diciembre 2000 y 1 de marzo de 2005, así como SSTS 1288/2005, 28 de octubre y 1801/2000, 20 de diciembre) se ha encargado de despejar algunas de las incógnitas para la aplicación del art. 268, de cuyo antecedente -el derogado art. 564 del CP- llegó a decir algún penalista que consagraba una inaceptable *patente de corso*.

La STS 91/2006, 30 de enero, con cita de la STS 334/2003, 5 de marzo , ha recordado que «la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y *última ratio*, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción

civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad».

Quisiera apuntar, por último, que reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda ha declarado compatible la absolucón por aplicación de la exención del art. 368 del CP y la fijación de las responsabilidades civiles derivadas del acto de apoderamiento (cfr. SSTS 16 diciembre 2015 y 361/2007, 24 de abril)

El art. 268 del CP establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos ("*están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil...*"). Tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil. Es cierto que no faltan precedentes jurisprudenciales que han considerado que el autor beneficiado por la excusa absolutoria queda sujeto a la responsabilidad civil *ex delicto* en la misma causa en que se haya podido decretar su absolucón, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil (cfr. STS 23 de mayo de 1970). También, la STS 719/1992, 6 de abril, con cita de la STS 10 de mayo de 1988, estimó que ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil, como en el supuesto realizó el Ministerio Fiscal, según lo prevenido en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existen datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil.

3.- La vulneración del derecho a la intimidad del cónyuge o pareja a la que se esté unido por análoga relación de afectividad (art. 197 CP)

El segundo de los bloques temáticos que quería abordar está relacionado con la protección penal de la intimidad, a la que el CP dedica el título X del libro II. En el primero de sus preceptos –art. 197- se castiga con penas especialmente graves –prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses- al que “...*para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o*

utilice artificios técnicos de escucha, transmisión o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación”.

Este precepto es el primero de toda una serie de tipos penales en los que se sanciona el menoscabo de la intimidad de otra persona. Y la experiencia demuestra que es especialmente frecuente, sobre todo cuando las sospechas de infidelidad se proyectan sobre la pareja, acudir a mecanismos más o menos sofisticados de interceptación de las comunicaciones o, tan solo, ejecutar actos de intromisión en el espacio de exclusión que cada uno de nosotros se reserva frente a los demás.

Y la primera pregunta surge por sí sola: ¿es igualmente protegible la intimidad en el seno del matrimonio o de otras formas de convivencia y la intimidad entre extraños? El CP ofrece una respuesta que no deja margen para la duda. La tutela penal de la intimidad no conoce modulaciones por razón de la convivencia. Y es lógico. Sólo una concepción trasnochada puede admitir con naturalidad que en la relación de convivencia la intimidad de cada uno de los convivientes se degrade hasta el punto de permitir actos incontestados de injerencia. Alguien dijo que *“el matrimonio es la tumba del amor”*. Esta frase, atribuida por unos a Stendhal y por otros a Casanova, no admite –si me permiten una frivolidad- una extensión analógica que incluya en el mismo mausoleo que el tiempo reserva al sentimiento amoroso, derechos que no están sujetos a plazo de caducidad.

Y así lo hemos entendido en la Sala Segunda. En efecto, son muchos los precedentes en los que un proceso matrimonial de ruptura acaba con la condena penal del miembro de la pareja que se adentra allí donde el otro repele cualquier intrusión. Me voy a limitar a apuntar dos precedentes.

El primero, la STS 649/2003, 20 de junio. En este caso se trataba de la esposa que, impulsada por la sospecha de infidelidad, contrató un detective para interceptar el teléfono de su marido. El perdón del ofendido no fue obstáculo, sin embargo, para la condena de la intrusa a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de 18 meses a razón de una cuota de 3.000 pts. diarias. Reparen en la gravedad de la pena que, salvo indulto, conlleva el inevitable ingreso en un establecimiento penitenciario. De especial interés, a mi juicio, son dos de los fragmentos que integran esta resolución. El primero de ellos, da respuesta a la alegación del recurso del detective, referida a la exclusión de la antijuridicidad a la vista del consentimiento expreso con que él contó –el de la mujer que le contrató- para entrometerse en las comunicaciones del esposo: *“...plantea el recurrente que en el caso concreto ahora objeto de análisis realmente no se pretendía vulnerar la intimidad, ya que lo que se quería saber con las*

interceptaciones telefónicas era la «verdadera intimidad familiar» y «el comportamiento del marido en su seno», en consecuencia, debería bastar el consentimiento de la esposa para llevar a cabo este tipo de interceptación telefónica. [...] Resulta verdaderamente sorprendente esta nueva forma de intimidad planteada en el recurso, que parece ser una intimidad compartida y que precisamente por serlo uno de los miembros de la familia --de la pareja, en este caso--, puede entrar en la misma, en detrimento del otro miembro de la familia. Por esta peligrosa vía que se propugna cabría hablar también, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, de una «libertad sexual familiar» y de otra libertad sexual externa a la familia, de manera que lo que pudiera ser delito fuera del matrimonio no lo sería en el matrimonio, por esa perspectiva conjunta limitada de esa libertad sexual matrimonial expresada. Es evidente que los esfuerzos de los Tribunales en dejar claro que la libertad sexual, fuera o dentro del matrimonio, es una e indivisible, quedaría frustrada al aplicar perspectivas o planteamientos similares a los expresados para el derecho a la intimidad. Es decir, con esta perspectiva la violación no cabría dentro del matrimonio. Todo ello sin olvidar que la intervención telefónica afecta no a una persona --en este caso al marido--, sino a una segunda persona que es el interlocutor”.

De obligada cita resulta ese otro fragmento en el que la Sala Penal insiste en el rechazo a esa pretendida colectivización de la intimidad familiar: “...en cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito de la intimidad del marido para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal, porque --según se afirma-- los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de lo que el recurrente denomina «dimensión familiar» de la intimidad; tales alegaciones, repetimos, deben ser repelidas rotundamente, porque la sentencia de esta Sala de 14 Feb. 2001, afirma que esa invocada «dimensión familiar» de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia. [...] Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del art. 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras

excepciones que las expresamente contempladas en el precepto. [...] Esta realidad consagrada en el art. 18 CE tiene su correspondiente reflejo en el art. 197 CP donde el sujeto activo del tipo es, como se ha dicho, «el que» realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es «otro», quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el art. 497 CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría al marido de la acusada, sino también a los interlocutores de esta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado”.

Con la misma contundencia rechaza el Tribunal Supremo la alegación del esposo celoso que instaló un dispositivo para controlar los accesos de Internet, descubriendo que su mujer era usuaria frecuente de páginas webs de contacto. Es el supuesto de hecho que integra la STS 237/2007, 21 de marzo. Declara la Sala que “...el recurrente confunde dos aspectos de los hechos de trascendencia diferente. De un lado, la parte de la acción consistente en la instalación de un programa que permite conocer los movimientos u operaciones realizados desde un determinado ordenador. En principio, en cuanto se trata de un acto de protección de la propiedad privada que no afecta a derechos de los demás, es un acto legítimo, pues parece claro que el propietario del ordenador puede instalar un programa que le permita verificar el uso que se da a ese instrumento, cuando sospecha razonablemente que está siendo utilizado de forma no autorizada. Es cierto, como argumenta, que en el momento de la instalación del referido programa no puede establecerse que su finalidad fuera conocer los mensajes o conversaciones de aquellos terceros que utilizaran el ordenador y la línea de internet sin estar autorizados por quien era su propietario, pues no se declara probado que desde el primer momento supiera que el programa facilitara el contenido íntegro de las comunicaciones de una forma que hiciera inevitable su conocimiento. Esa acción no puede reputarse inicialmente ilícita. Pero esta valoración no permite ir más allá. Y desde luego no autoriza a invadir la privacidad ajena. [...] De otro lado, es relevante la conducta del recurrente consistente en apoderarse del contenido de las

conversaciones y comunicaciones privadas de su esposa, una vez que había comprobado que era ella quien utilizaba el citado ordenador para comunicarse con terceros. La cuestión no permite albergar duda alguna una vez que el recurrente conoció el contenido del primero de los correos, pues desde ese momento pudo tener, y sin duda tuvo, la seguridad de que se trataba de comunicaciones íntimas de su esposa, que afectaban al ámbito de su intimidad más estricta, a las que no podría pretender tener acceso legítimamente aun cuando se realizaran desde su ordenador personal, a pesar de lo cual continuó apoderándose de las dichas comunicaciones. Es esta segunda fase de la conducta la que la sentencia ha considerado delictiva en cuanto comprendida en las previsiones del artículo 197.1 del Código Penal, pues la acción del acusado recurrente, una vez que conoció la naturaleza del contenido de las comunicaciones interceptadas e identificó a los comunicantes, se orientó con claridad al apoderamiento de datos relativos a la intimidad estricta de otra persona que constituían secretos de ésta en cuanto no resultaban accesibles a terceros de forma indiscriminada”.

La sentencia rechaza el argumento defensivo que pretendía neutralizar el elemento tendencial que integra el tipo previsto en el art. 197 del CP con la finalidad que motivó, en última instancia, el acto de injerencia. “...a los efectos del delito, es indiferente que el fin último del autor fuera utilizar el contenido de esas conversaciones, que él valoró como negativas para su esposa, en el procedimiento de separación matrimonial para con ello impedir que se acordara por el Juez la privación de la custodia de la hija. No existe duda alguna que la finalidad de la continuación en el uso del programa informático era precisamente continuar apoderándose de las comunicaciones privadas, aunque después pretendiera darles una u otra utilidad, de donde resulta el dolo específico referido a la finalidad de descubrir los secretos de otro o de vulnerar su intimidad”.

También fue rechazada la concurrencia de un error de prohibición por parte del autor, esto es, la conciencia de estar obrando lícitamente: “...parece evidente que cualquier persona sabe que el acceso a las comunicaciones íntimas y personales de otra afecta a su intimidad, e igualmente, que la esfera más íntima del sujeto está protegida por la ley de la invasión de terceros no autorizados. Asimismo es notorio que las cuestiones relativas a la vida sexual de la persona constituyen parte del núcleo del concepto de intimidad. Es evidente también que la relación conyugal, o las equiparables a ella, incluso aunque no se encuentre en trámites previos a la separación, no autoriza el acceso a los secretos del otro integrante de la pareja. Desde este punto de vista no puede aceptarse la alegación del desconocimiento de la ilicitud”.

Pese a todo, la pena finalmente impuesta -6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses, con una cuota diaria de 6 euros- fue el efecto de la apreciación de una atenuante analógica de arrebató u obcecación (art. 21.3 y 6 CP), situación originada por el descubrimiento de la infidelidad de su pareja.

Ejemplos como los que acabo de transcribir son la mejor muestra de la prudencia que ha de presidir el asesoramiento jurídico en situaciones de conflicto familiar en las que la tentación de transgredir el orden penal puede presentarse con más intensidad de lo deseable. Y, lo que es más grave, la convicción de que todo está justificado como reacción frente al comportamiento censurable de la pareja.

4.- Quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento (art. 468 del CP)

La imposición de una medida cautelar de protección para las víctimas de la violencia de género (arts. 48 y 173.2 del CP y 544 ter de la LECrim) ofrece una solución para situaciones de riesgo en las que el denunciado puede verse inclinado a menoscabar la integridad de su pareja. Pero también suele ser fuente de problemas en los casos en los que, por una u otra razón, quienes viven la situación de conflicto deciden reanudar la convivencia.

Son muchos los casos en los que una medida cautelar de esta naturaleza es dejada sin efecto práctico por la vía de hecho, esto es, por la reanudación de la convivencia interrumpida entre el agresor y la propia la víctima. Y lo más usual es que quien ha contado con ese consentimiento reivindique la exclusión de la antijuridicidad de su conducta, al entender que la autorización de la persona protegida excluye la responsabilidad.

El Tribunal Supremo, en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 proclamó que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad. Los argumentos sobre los que se construye esa afirmación son de distinto signo. De una parte, la ciencia de la psiquiatría, que incluye en lo que ha denominado *síndrome de la mujer maltratada* la falta de conciencia acerca de su situación de insumisión. Ese consentimiento, ese *abrir las puertas* al agresor anteriormente denunciado sería la mejor expresión de la patología a la que han conducido los actos violentos contra la víctima. El segundo argumento, más de carácter jurídico, estaría relacionado con el carácter jurisdiccional de las medidas cautelares, que no pueden abandonar su eficacia al pacto *inter partes*.

De especial interés es el razonamiento jurídico acogido en el apartado a) del FJ 13 de la STS 61/2010, 28 de enero. En él puede leerse: “...es cierto que la jurisprudencia de esta Sala conoce precedentes en los que el consentimiento de la persona en cuyo favor se ha dictado la orden de protección y alejamiento, actuaría como una causa de exclusión de la pena, legitimando la conducta de quien se aproxima a su pareja en manifiesta contradicción con el mandato jurisdiccional. [...] Sin embargo, el Pleno no jurisdiccional fechado el 25 de enero de 2008, proclamó que “...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 del CP”. Esta tesis ya ha sido acogida por la STS 39/2009, 29 de enero.

El problema no es, desde luego, sencillo. La idea de una exclusión incondicional, siempre y en todo caso, de la relevancia del consentimiento, no está implícita en ese acuerdo. De ahí que la conclusión alcanzada por el Pleno no deba ser entendida en absoluta desconexión con las circunstancias de cada caso concreto. Pese a todo, con carácter general, puede afirmarse que el problema escapa a una consideración de la eficacia del consentimiento a partir de parámetros valorativos de normalidad. [...] Qué duda cabe que la mujer que solicita una medida de alejamiento no renuncia al ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. La posibilidad de una reanudación de la convivencia o, incluso, de restablecer por propia voluntad los vínculos jurídicos dejados sin efecto por la crisis que dio lugar al proceso penal, sigue permaneciendo intacta.

Sin embargo, en el momento de la valoración de la pretendida eficacia excluyente de ese consentimiento exteriorizado a posteriori, el órgano jurisdiccional ha de ponderar de forma ineludible si ese consentimiento ha sido prestado en condiciones que permitan afirmar su validez. La pérdida de autoestima por parte de la mujer, que es consustancial a los episodios prolongados de violencia doméstica, puede provocar en el órgano judicial el irreparable error de convertir lo que no es sino la expresión patológica de un síndrome de anulación personal, en una fuente legitimante que lleve a la equivocación de anular las barreras alzadas para la protección de la propia víctima, sumiendo a éste de nuevo en la situación de riesgo que trataba de evitarse con el dictado inicial de la medida cautelar de protección.

Negar la eficacia del consentimiento de la mujer no es, en modo alguno, propugnar una limitación de su capacidad de autodeterminación. Tampoco implica condicionar el ejercicio del derecho al libre desarrollo de su personalidad. Los efectos psicológicos asociados a la victimización de la mujer maltratada, hacen aconsejable negar a ésta su capacidad para disponer de una medida cautelar de protección que no se otorga, desde luego, con vocación de

intermitencia, afirmando o negando su validez y eficacia en función de unos vaivenes afectivos que, en la mayoría de los casos, forman parte de los síntomas de su propio padecimiento.

De ahí que resulte especialmente arriesgado aceptar en términos jurídicos situaciones de derogación material –pese a la vigencia formal de la orden judicial de alejamiento-, originadas por la aceptación, expresa o tácita, por la mujer maltratada de contactos reiterados con su agresor. Es indudable que la mujer puede ejercer su derecho a la reanudación de la convivencia. Precisamente, en ejercicio de esa facultad que sólo a ella incumbe, deberá comparecer voluntariamente ante el órgano judicial competente e instar del Juez la consiguiente resolución que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, podrá dejar sin efecto el obstáculo para el restablecimiento de la comunicación y la convivencia.

En consecuencia, resulta obligada la aplicación del criterio general sentado por esta Sala en el Pleno antes mencionado, excluyendo cualquier clase de eficacia al consentimiento, expreso o tácito, otorgado por M^a Pilar para la reanudación de la convivencia”.

De nuevo ahora podemos apreciar la interferencia entre el derecho de familia y el derecho penal y estamos también en condiciones de detectar los puntos de convergencia y fricción entre ambos sectores del ordenamiento jurídico. La patología de las situaciones familiares no se soluciona con el simple recurso al derecho penal. Pero cuando una determinada conducta se desliza hacia su ámbito es más que conveniente conocer las implicaciones y consecuencias de actos poco meditados en su relevancia jurídico-penal.

Quisiera hacer una última referencia a la reforma introducida por la LO 1/2015, 30 de marzo, que ha añadido un tercer apartado al art. 468 del CP. En él se castiga a “*los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, no los lleves consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado del funcionamiento*”.

Se trata de un precepto bien intencionado, pero de escaso rigor técnico. Y es que, a mi juicio, esa destrucción o inutilización del artificio concebido para el control de su eficacia –normalmente una pulsera- sólo podrá ser interpretado como un quebrantamiento de la pena o medida de seguridad impuesta si fuere acompañado de una aproximación a la víctima o un contacto que ponga en riesgo a la persona protegida. Por el contrario, si lo que ha perseguido el

legislador es simplemente proteger el valor material de tales ingenios técnicos, bastaría calificar los hechos como integrantes de un delito de daños, lo que convertiría en innecesario el nuevo precepto.

5.- Exención del deber de declarar entre parientes (art. 416.1 LECrim)

He reservado el último de los bloques temáticos para hacer una breve referencia a un problema práctico que se plantea con relativa asiduidad. Se trata del alcance y significado de la exención del deber de declarar que concede el art. 416 de la LECrim a determinados parientes. El casuismo sobre la materia es bien numeroso. Parientes que declaran y luego se desdicen, familiares que guardan silencio desde el primer momento o parejas que declaran porque nadie les ha hecho la advertencia acerca de la facultad que les concede la ley.

La STS 319/2009, 23 de marzo, referida a una madre y una hija que después de haber denunciado agresiones sexuales en la fase de investigación rectificaron su testimonio en el plenario, nos ofrece la oportunidad para algunas reflexiones.

Está fuera de toda duda –decíamos entonces- que el legislador no puede imponer a cualquier persona una fidelidad ciega al interés público en el descubrimiento de los hechos delictivos. Los vínculos familiares pueden desplazar el mandato genérico que a todos incumbe de colaboración en el esclarecimiento de los delitos. El parentesco adquiere en el proceso penal una dimensión singular que hace de él algo más que una fría categoría jurídica. Los lazos de afecto que de ordinario laten en las relaciones familiares, exigen un tratamiento singularizado a la hora de fijar el verdadero alcance de la obligación de declarar. Este es el objeto de los arts. 416.1 y 418 de la LECrim.

La lectura de su contenido, por cierto, revela una descripción no actualizada, con arreglo a los valores constitucionales, de los lazos de parentesco que participan del mismo fundamento a la hora de justificar la exención. De ahí que esta misma Sala haya realizado una interpretación constitucional de ambos preceptos, integrando en su contenido la relación de pareja de hecho, incluso sin convivencia al hallarse el imputado en prisión (cfr. STS 134/2007, 22 de febrero).

En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 410 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. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre 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 art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. 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.

Es por ello indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho. Es fácil entender que el ejercicio de esa dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el Juez instructor, sino también por la Policía (SSTS 385/2007, 10 de mayo y STS 1128/2004, 2 de noviembre) recordando esta Sala que, en caso de renuncia, ésta ha de resultar “concluyentemente expresada”, incluso en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (STS 662/2001, 6 de abril). Pero también hemos dicho que 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 denunciantes

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”.

En el presente caso, las víctimas declararon en el Juzgado de instrucción, donde se les hizo el ofrecimiento de acciones, compareciendo posteriormente ante el propio Juez para decir que deseaban retirar la denuncia y ejercer su derecho a no declarar en contra de su pariente. La legitimidad de esa actitud era incuestionable. Sucede, sin embargo, que en el acto del juicio oral, cuando conocían perfectamente la ausencia de todo deber de declarar –arts. 416.1 y 707 LECrim- no pusieron obstáculo alguno a su testimonio. Trataron, eso sí, de alterar lo que en su momento habían declarado ante el instructor. Pero esa declaración de complacencia se incorpora al material probatorio a valorar por el Tribunal a quo, en sí mismo y en su valoración contrastada con el resto de los testimonios prestados durante la fase de investigación.

Termino ya. Quiero ser fiel a mi compromiso inicial de brevedad. Muchas gracias a todos por su atención. Ha sido para mí un verdadero honor dirigirme a todos ustedes y poder motivar su atención.