

2020 - 10 - 27

Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal

2016

Núm. 44 (Octubre-Diciembre)

Análisis doctrinal

Análisis doctrinal

1. Cuestiones procesales

1 Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal *)

JAIME CAMPANER MUÑOZ

Profesor de Derecho y Proceso penal. Universidad de las Islas Baleares. Doctor en Derecho, Abogado

ISSN 1575-4022

**Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 44
Octubre - Diciembre 2016**

Sumario:

I. Tres casos para reflexionar

1. Caso primero
2. Caso segundo
3. Caso tercero

II. El testigo en el proceso penal

1. Regulación y concepto
2. Estatuto
3. Exenciones del deber de declarar

III. Planteamiento de la cuestión

IV. Una aproximación al marital o «spousal privilege» en los países del «common law»

1. Inglaterra y Gales
 - 1.1. Consideraciones generales
 - 1.2. Regulación del «marital privilege»
 - 1.3. Titularidad del privilegio
 - 1.4. Origen y fundamento

2. Una breve mirada a los Estados Unidos de América

V. La exención del deber de declarar en España

1. Regulación
 2. Fundamento
 - 2.1. Según la doctrina
 - 2.2. Según el Tribunal Supremo
 - 2.3. Según el Tribunal Constitucional
 - 2.4. Toma de postura
 3. Alcance objetivo
 4. Titularidad
 5. Período de vigencia
- VI. Análisis coste – beneficio
1. Los intereses en juego
 2. Argumentos a favor
 3. Argumentos en contra
 4. Toma de postura y propuesta de reforma
- VII. Bibliografía

RESUMEN:

El presente artículo trata la cuestión de los privilegios procesales; en concreto, el denominado privilegio matrimonial, que en España se conoce y se concibe como una dispensa del deber de declarar. El autor analiza el expresado privilegio en los países del *common law*, donde goza de un mayor desarrollo, y critica que la doctrina y la jurisprudencia española han abordado el estudio de la dispensa contemplada en el artículo 416 LECrim de modo parcial, al haberse limitado a su análisis en el contexto de procesos penales seguidos por los denominados delitos de violencia de género, obviando el resto de supuestos, en aras de procurar una solución al déficit probatorio que supone que la esposa del acusado (víctima) guarde silencio en el proceso. El autor profundiza en el verdadero fundamento del privilegio y propone reformas legales congruentes con su razón de ser.

PALABRAS CLAVE: proceso penal; testigo; cónyuge; exención; privilegio; obligación de declarar.

ABSTRACT:

This article addresses the issue of procedural privileges; in particular, the marital or spousal privilege, which in Spain is known and understood as a waiver of the obligation to testify. The author analyzes the expressed privilege in common law countries, where it enjoys greater development, and complains that the Spanish doctrine and jurisprudence have approached the study of the exemption under Article 416 Spanish Criminal Procedure Code partially, failing to advance its analysis in the context of criminal proceedings for so-called crimes of domestic violence, ignoring all other cases, in order to seek a solution to the evidentiary deficit means that the defendant's wife (victim) silent in the process. The author delves into the real fundament of privilege and proposes consistent legal reforms with its *raison d'être*

KEYWORDS: criminal proceeding; witness; spouse; exemption; privilege; compellability.

Fecha recepción original: 2 de Septiembre de 2016

Fecha aceptación: 30 de Septiembre de 2016

I. TRES CASOS PARA REFLEXIONAR

1. CASO PRIMERO

Julián, asesor fiscal de nacionalidad española residente en Marbella, decide consciente y deliberadamente desasirse de los elevados tipos impositivos españoles y, a tal efecto, finge ante la Agencia Tributaria que reside en Londres la mayor parte del año y que su actividad económica se

desarrolla en la expresada ciudad, tributando, de este modo, en el Reino Unido en detrimento de España, defraudando a la Hacienda Pública más de 120.000 euros en el Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas durante los últimos tres ejercicios fiscales.

Su esposa, Melanie, de nacionalidad británica y modelo de profesión, aun sin poder representarse como altamente probable que la conducta de Julián, con quien se halla casada en régimen de separación de bienes, es constitutiva de infracción penal, sabe perfectamente que su marido finge frente a terceros residir y trabajar en Londres «por motivos fiscales» y que, según le confesó Julián, algunos de sus empleados se van turnando para pasar algunos días en Londres captando clientes o incluso de vacaciones utilizando para sus gastos ordinarios una tarjeta de crédito titularidad de Julián, de tal manera que parece que éste permanece fuera de España la mayor parte del año.

Julián no utiliza aviones regulares para sus desplazamientos por el territorio nacional, sino un jet privado y acude periódicamente a revisiones médicas en el Reino Unido. Asimismo, tiene contratadas varias líneas móviles, una de las cuales es utilizada por una auxiliar administrativa que tiene contratada a media jornada en una diminuta oficina que alquiló en Londres.

La Agencia Tributaria, tras llevar a cabo la correspondiente inspección fiscal, remite a la Fiscalía Anticorrupción de Marbella un informe en el que se concluye que Julián ha cometido tres delitos fiscales previstos y penados en el [artículo 305 CP](#) al no haber declarado ni liquidado a la Hacienda Pública la suma total de tres millones de euros, considerando la Agencia Tributaria que Julián es residente fiscal en España y, por tanto, obligado tributario.

Interpuesta denuncia por parte del Ministerio Fiscal, es admitida a trámite y, tras una practicarse las diligencias esenciales para el esclarecimiento de los hechos, el Juez de Instrucción decreta el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones al considerar que no existen suficientes indicios racionales de criminalidad contra Julián, decisión que, no obstante, fue revocada por la Audiencia Provincial de Málaga, estimando el recurso de apelación interpuesto por la Abogacía del Estado, al que se adhirió el Ministerio Público y se opuso la Defensa, al considerar el Tribunal que la duda acerca de la residencia fiscal de Julián debe resolverse en el juicio oral.

Conscientes las acusaciones de que necesitan reforzar su acervo probatorio de cargo, deciden proponer a Melanie como testigo a fin de que preste declaración en el Plenario.

Si Melanie dijera la verdad, Julián resultaría condenado a severas penas de prisión y multa merced a la revelación por parte de su esposa de una confidencia que en su día aquél realizó en la confianza de que aquélla guardaría sigilo.

2. CASO SEGUNDO

Carlos, concejal de urbanismo en un importante Ayuntamiento, está siendo investigado por un Juzgado de Instrucción a instancias de la Fiscalía Anticorrupción al existir sospechas fundadas de que se habría enriquecido cobrando comisiones de poderosos empresarios a cambio de dictar resoluciones injustas. Su esposa María, ama de casa, sabe que Carlos es titular de una cuenta bancaria en la isla de Man, pues así se lo comunicó Carlos una vez abierta, sin darle más detalles que el nombre de la entidad bancaria y el número de cuenta. Los investigadores desconocen la existencia de la expresada cuenta, a pesar de que están convencidos de que Carlos tiene oculta su fortuna en algún paraíso fiscal.

Una vez alzado el secreto de las actuaciones, los medios de comunicación comenzaron a hacerse eco de determinadas conversaciones telefónicas que evidenciaban que Carlos era aficionado a las prostitutas, lo que provocó el divorcio de Carlos y María durante la fase de instrucción.

La Fiscalía Anticorrupción, propone como diligencia de investigación la declaración testifical de María, siendo la misma admitida por el Instructor, acudiendo aquélla a prestar declaración sin ningún vínculo -conyugal o de cualquier otra clase- con el investigado.

Si María dijera la verdad, se confirmarían las sospechas de los investigadores y, a la postre, Carlos resultaría condenado.

3. CASO TERCERO

José viene maltratando a Carolina física y verbalmente desde que contrajeron matrimonio. El último episodio violento, que consistió en un intento de estrangulamiento precedido de varios puñetazos, fue oído por una vecina, quien, harta de la situación, denunció que venía siendo habitual oír a Carolina pedir auxilio a gritos, así como constantes ruidos en el domicilio conyugal, teniendo la sospecha de que José agrede a Carolina. Esta última nunca se había atrevido a denunciar la situación porque confiaba en que su marido cambiaría. Es más, tras el último episodio, le pidió perdón y le dijo que todo iba a cambiar, aceptando la víctima las disculpas de su agresor.

Sin el testimonio de Carolina, o bien la causa se sobreseerá provisionalmente o bien se dictará sentencia absolutoria por ausencia de prueba de cargo hábil para destruir la presunción de inocencia de José.

II. EL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL

1. REGULACIÓN Y CONCEPTO

Las declaraciones testificales se encuentran reguladas en los artículos 410 a 450 y 701 a 722 [LECrím](#) en la fase de instrucción y en el juicio oral respectivamente. La regulación de las declaraciones de los testigos en fase de investigación resulta de aplicación supletoria en el juicio oral.

La LECrím, en su [artículo 410](#), se limita a establecer que «todos (...) tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuera preguntado».

Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han perfilado el concepto de testigo. Así, por ejemplo, según declara la [STS núm. 1168/2006, de 29 noviembre](#) (RJ 2007, 295) (Pon.: Excmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre), «*testigo*

es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo

directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como

testigo

de referencia».

Como ha señalado

GIMENO SENDRA

, a diferencia del proceso civil, en el que el testigo es todo tercero que no es parte, debido a la circunstancia de que en el proceso penal las partes acusadoras privadas no conforman elemento subjetivo alguno del objeto procesal, que queda conformado exclusivamente con la persona imputada (investigada, en la nueva terminología legal), lo decisivo para asumir el rol de testigo en el proceso penales que la persona que haya de prestar declaración no sea imputada

1)

. Tan es así que en el proceso penal el ofendido ha de prestar declaración en calidad de testigo y no de

parte.

2. ESTATUTO

Con carácter general, y como concreción del mandato constitucional contenido en el [artículo 118 CE](#), el testigo tiene la obligación de comparecer, prestar declaración y decir verdad, pues de no hacerlo el testigo incurrirá en delito de falso testimonio.

También como regla general, la [LECrim](#) establece que si el testigo no concurriere a la primera citación judicial será sancionado con una multa y si persistiere, amén de ser conducido a la presencia del Instructor, será perseguido por el delito de obstrucción a la Justicia.

En el mismo sentido, si una vez personado el testigo se negara a declarar será perseguido por los delitos de obstrucción a la Justicia y desobediencia grave a la autoridad.

3. EXENCIONES DEL DEBER DE DECLARAR

No obstante, este último deber, el de prestar declaración, quiebra en determinados supuestos. Por ejemplo, no están obligados a declarar quienes por razón de su cargo están obligados a guardar secreto, como los Abogados ([artículo 416.2 LECrim](#)), determinados parientes y el cónyuge del investigado o acusado. Este último supuesto, regulado en el [artículo 416.1 LECrim](#), es el que ha dado pie al presente trabajo y será objeto, por tanto, de nuestra atención.

La exención contenida en el [artículo 416 LECrim](#) constituye, a no dudar, una proyección legal del mandato constitucional contenido en el segundo párrafo del artículo 24.2 [CE](#)²⁾, lo que, como tendremos ocasión de explicar más adelante, tiene, a nuestro juicio, suma relevancia a efectos interpretativos.

Como ha señalado VILLAMARÍN LÓPEZ, a diferencia de quienes tienen prohibido declarar porque pesa sobre ellos un deber jurídico de guardar secreto (piénsese, por ejemplo en el deber de sigilo que tienen los Abogados con respecto a la información proporcionada por sus clientes), en el caso de los parientes llamados al proceso como testigos la Ley les atribuye una suerte de «privilegio familiar», que –sostiene esta autora– deja a su voluntad la decisión de si se abstienen o no de dar testimonio respecto del acusado³⁾. En efecto, parece muy difícil con la actual redacción del privilegio sostener que la decisión es –como, ya avanzamos, creemos que debería ser– del acusado o compartida entre éste y el cónyuge.

III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El tema objeto del presente trabajo ha sido abordado por la doctrina española únicamente de modo parcial, en cuanto que se ha centrado en el estudio del vigente [artículo 416 LECrim](#) en el contexto de procesos penales seguidos por los denominados delitos de violencia de género⁴⁾, en los que –huelga tal vez decirlo– la declaración de la esposa o pareja sentimental del acusado (la víctima) constituiría, en caso de prestarla, la única prueba de cargo en el proceso. Pero, hasta donde alcanzamos, no se ha profundizado en el estudio del fundamento del privilegio conyugal regulado en el expresado precepto salvo para solucionar los déficits probatorios en procesos por violencia de género⁵⁾ para, a partir del mismo, tratar de solucionar los problemas que plantea su redacción y, en su caso, proponer una reforma legal que ya avanzamos que se nos antoja imprescindible. Idéntica conclusión alcanzamos del análisis de la jurisprudencia española, donde abundan las resoluciones sobre la dispensa del deber de declarar contemplada en el [artículo 416 LECrim](#) en supuestos de violencia de género, pero se echa en falta un análisis de su fundamento y el tratamiento de supuestos en los que el cónyuge llamado al proceso como testigo no ostente la condición de víctima del delito.

A nuestro juicio, tan sólo desde un estudio del fundamento del privilegio, de su razón de ser, puede darse una respuesta adecuada a la difícil tensión que genera la llamada al proceso –como testigo–

del cónyuge del sujeto pasivo.

En la medida en que, como hemos dicho, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la cuestión es más bien escaso, hemos optado por analizar la situación en los países del *common law*, donde, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, el desarrollo de los denominados *privileges* tanto a nivel legal como doctrinal y jurisprudencial ha sido una constante en los últimos años.

IV. UNA APROXIMACIÓN AL MARITAL O «SPOUSAL PRIVILEGE» EN LOS PAÍSES DEL «COMMON LAW»

1. INGLATERRA Y GALES

1.1. Consideraciones generales

En Inglaterra y Gales, con carácter general, los medios de prueba relevantes deben ser admitidos. Sin embargo, existen supuestos en los que determinados testigos tienen derecho a no revelar información o pueden argumentar que la misma no debería ser revelada por cuestiones de orden público.

La doctrina británica⁶⁾ distingue, dentro de estos supuestos, entre dos categorías. Por un lado, el *privilege* (privilegio), en virtud del cual una persona tiene un específico derecho con a no revelar información, presumiéndose que existe la justificación para mantener el privilegio (por ejemplo, en el caso de los Abogados). Por otro lado, el *public interest immunity* (inmunidad de interés público), donde no se presume el expresado interés y debe realizarse una ponderación entre los intereses en tensión (por ejemplo, en los casos de confidentes o periodistas).

El *privilege* se concibe como un derecho que la ley otorga a una persona, permitiéndole rechazar testificar sobre una determinada materia o no aportar un documento al procedimiento⁷⁾.

La persona autorizada para reivindicar el privilegio puede rechazar contestar la pregunta o divulgar el documento solicitado. Pero si la persona habilitada para reivindicar el privilegio no lo hace o renuncia al mismo, nadie puede oponer nada al respecto. El privilegio es del testigo y ninguna parte puede sacar provecho del mismo⁸⁾.

Es importante precisar que en el Reino Unido se distingue entre que un testigo sea *competent* (capaz), esto es, que pueda ser legalmente propuesto como tal en el proceso para prestar declaración y que pueda ser *compelled* (compelido), es decir, legalmente obligado a prestarla, con independencia de sus deseos⁹⁾.

En el proceso penal británico la Fiscalía (*Prosecution*) tiene autonomía a la hora de llamar testigos, estando únicamente limitada por el deber de actuar de modo justo (*duty to act fairly*) y en interés de la Justicia¹⁰⁾. Los principios más relevantes del ejercicio de esta discreción fueron resumidos por la Corte de Apelaciones en el caso *Brown and Brown* ¹¹⁾. En lo que aquí interesa, es de destacar que no puede dejar de llamar a un testigo porque no encaje con su tesis y, sobre todo, que debe tratarse en testigos que ofrezcan prueba directa (*direct evidence*) sobre los hechos objeto de enjuiciamiento, lo que, en nuestra opinión, resulta sumamente relevante en la medida en que el cónyuge del acusado será, en muchos supuestos, testigo de referencia y no directo.

Consideramos importante destacar que en el Reino Unido el acusado es incompetente para la Acusación, es decir, la Fiscalía no puede proponer su interrogatorio como medio de prueba, lo que ha llevado a parte de la doctrina británica a sostener que si el acusado no es un testigo competente para la Acusación tampoco debería serlo su esposa en la medida en que deben considerarse uno¹²⁾, tal y como establece la Biblia¹³⁾, y, por ello, que los cónyuges se acusaran entre sí sería tanto como que se acusaran a sí mismos y, además, obligatoriamente. No obstante, si la Defensa del acusado - que no tiene obligación de proponer testigo alguno- propone el interrogatorio del acusado y éste decide prestar declaración, será bajo juramento y deberá, además, someterse al interrogatorio de las demás partes (Fiscalía y, en su caso, resto de defensores)¹⁴⁾.

1.2. Regulación del «marital privilege»

Como regla general, dispone la Sección 53 (1) de la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (YJCEA) de 1999 que en cada etapa de los procedimientos penales toda persona es competente para prestar declaración, cualquiera que sea su edad¹⁵⁾.

En lo que respecta al cónyuge del acusado, la misma Sección establece que la esposa del acusado es competente para prestar declaración a preguntas de todas las partes en el proceso penal. Sin embargo, la Subsección 4 prevé que si la mujer está también acusada en el mismo proceso no será competente para la Acusación contra su marido y viceversa.

Los principios básicos sobre la *compellability* de los esposos, esto es, de la obligatoriedad de su declaración, se hallan regulados en las Subsecciones 2 y 3 de la Sección 80 de la *Police and Criminal Evidence Act* (PACE) de 1984, modificada por la YJCEA. Según la Subsección 2, el cónyuge o *civil partner* (pareja civil)¹⁶⁾ del acusado es *compellable* para la Defensa pero no para la Acusación, excepto, como ya se ha avanzado, en los casos en los que el cónyuge sea coacusado.

La Comisión para la reforma de la expresada Sección 80 (*Criminal Law Revision Committee*) tuvo en cuenta dos criterios básicos. En primer lugar, la necesidad de la declaración de la esposa¹⁷⁾ para probar los cargos. En segundo lugar, la gravedad del delito.

En estas circunstancias, la Comisión propuso que la esposa fuera *compellable* en los casos de violencia contra ella misma, así como cuando la violencia se proyectara sobre menores de 16 años que compartieran domicilio con el acusado. La gravedad de estos delitos y la especial posición de la mujer como testigo (normalmente único) de estas infracciones cometidas en el seno familiar fue lo que justificó la propuesta de la Comisión.

A estos casos de «abuso físico» la Comisión añadió los delitos sexuales contra menores de 16 que pertenecientes al mismo domicilio que el agresor, si bien, finalmente, el Gobierno británico no aceptó esta última restricción y amplió los supuestos de obligación de declarar de la esposa a los delitos sexuales contra cualquier menor de 16 años, resida o no en el mismo domicilio que el acusado.

Tras haber expuesto brevemente la génesis de la regulación actual del *marital privilege*, es el momento de sintetizar la expresada regulación.

La regla general es que los esposos o parejas civiles de personas acusadas son competentes para la Acusación. La única excepción la constituye que aquéllos estén también acusados, pues en tal caso no son ni competentes para prestar declaración ni pueden ser obligados a ello.

La Fiscalía sólo puede compeler a la esposa o pareja civil a prestar declaración como testigo en determinados delitos (*specified offences*), concretamente cuando se haya:

- Proyectado violencia sobre ella;
- Proyectado violencia sobre una persona menor de 16 años al tiempo de los hechos;
- Cometido un delito sexual cuya víctima fuera menor de 16 años al tiempo de los hechos;
- Conspirado para cometer alguno de los delitos precedentes o intentado cometer alguno de ellos, o bien que el acusado haya participado de algún modo¹⁸⁾

En caso de que el testigo se negara a declarar incurriría en el denominado *contempt of Court* (desacato al Tribunal)¹⁹⁾.

Si la testigo se divorciara del acusado o se pusiera fin a la unión civil antes de que aquélla prestara declaración, será competente y *compellable* para prestar declaración como si nunca hubiera existido su vínculo.

Sin embargo, existe, a nuestro juicio, una disfunción en el sistema desde el mismo instante en que el matrimonio entre un acusado y un testigo antes del juicio convertiría al testigo en *no n-*

compellable

para la Fiscalía, salvo que la acusación lo sea por uno de los delitos expresados en párrafos precedentes, sin que exista ningún mecanismo para evitar siquiera el matrimonio entre un preso preventivo y un testigo de la Acusación con anterioridad al juicio oral

20)

1.3. Titularidad del privilegio

Los Tribunales británicos consideran que el cónyuge es el titular del privilegio y que, lo que, como se afirmó en el caso *Pitt* ²¹⁾, tiene importantes consecuencias: la decisión de prestar o no declaración depende exclusivamente del testigo; si éste o ésta renuncia al privilegio se convierte en testigo ordinario.

La única persona que puede, pues, renunciar al privilegio es su titular.

En un plano más teórico, McNicol²²⁾ ha sostenido que existen básicamente dos teorías acerca de quién es el titular (*holder*) del privilegio. Por un lado, podría sostenerse que el titular es quien hizo la comunicación a su cónyuge, de tal manera que aquél sería el único que podría consentir la revelación de la información. Y, de otro lado, podría argüirse que se trata de un privilegio compartido (*joint privilege*), de tal modo que se requeriría el consentimiento de ambos para que la información viera la luz²³⁾. Para esta autora, habría una tercera teoría que consistiría en considerar titular del privilegio a quien recibe la comunicación, teoría que, según ella, no tiene sentido si nos atenemos al fundamento del *marital privilege*, extremo que será objeto de análisis en el próximo apartado.

Por último, en lo que se refiere a la titularidad del privilegio, creemos oportuno precisar que los Tribunales británicos han afirmado que ninguna parte es propietaria de la evidencia que puede aportar un testigo, de tal manera que incluso si existiera un contrato entre el testigo y la parte obligándose el primero a no declarar en una materia en la que podría ser obligado por un Tribunal, el contrato se reputaría contrario a la *public policy* (política pública) y sería, por tanto, inválido (en este sentido, *Harmony Shipping Co. SA v Saudi Europe Line Ltd* [1979] 3 All ER 177).

1.4. Origen y fundamento

El privilegio matrimonial se creó originariamente con base en la doctrina de la unidad entre marido y mujer²⁴⁾, así como en el peligro de promover el perjurio y la repugnancia pública que podría causar ver a un esposo declarando contra otro²⁵⁾. Asimismo, se destacó lo indeseable que resultaría generar discordia y falta de armonía entre los cónyuges²⁶⁾.

Inglaterra codificó el privilegio por primera vez en 1853: «Ningún marido podrá ser obligado a revelar comunicaciones que le fueran realizadas por su mujer durante el matrimonio, y ninguna mujer podrá ser obligada a revelar comunicaciones que le fueran realizadas por su marido durante el matrimonio» ²⁷⁾. Con todo, con anterioridad a la expresada regulación no se discutía que los esposos no podían declarar para o contra el otro porque se consideraba que ambos tenían una única personalidad legal. Así, COKE²⁸⁾ escribió en el siglo XVII que los Tribunales habían resuelto que una mujer no podía prestar declaración para o contra su marido porque eran «dos almas en una sola carne» (*duae animae in carne una*).

A finales del siglo XX, no obstante, la «doctrina de la unidad» tenía poco crédito debido, fundamentalmente, a la promoción de la igualdad de género²⁹⁾.

De un lado, está en juego el interés público en la protección de los matrimonios y las familias en general y, de otro, el interés público en la prevención y represión de los delitos. En los Tribunales británicos el *spousal privilege* no cuenta con grandes apoyos y, no en vano, han sido contrarios a su aplicación a relaciones afectivas o de parentesco ajenas a la institución matrimonial. Por ejemplo,

la Corte de Apelación expresó en el caso Pearce³⁰⁾ que se sitúan en la balanza el interés privado de la familia frente al interés de la comunidad en general y determinó que quienes están en situación similar a los cónyuges (aun cuando tengan hijos en común) no son acreedores del privilegio, advirtiendo de que si se ampliara su alcance no sería fácil ver dónde debería terminar la ampliación.

En cualquier caso, la eliminación del privilegio tampoco sería la panacea, pues son tan poderosos como obvios los motivos por los cuales la esposa del acusado será reacia o renuente a prestar declaración contra su marido³¹⁾, de tal manera que, como pronostica

BRABYN, las grandes perjudicadas de una reforma en el expresado sentido serían las esposas de los acusados debido a las sanciones penales que se les acabarían imponiendo

32)

2. UNA BREVE MIRADA A LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Las Cortes Federales de los Estados Unidos de América han reconocido dos privilegios matrimoniales, partiendo de la genérica previsión de la Regla 501 de las *Federal Rules of Evidence*. El primero consiste en que el cónyuge rechace testificar contra su marido o mujer; el segundo excluye cualquier fuente de prueba relacionada con comunicaciones conyugales³³⁾.

Cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció por primera vez el primero de los privilegios, ambos cónyuges, tanto el testigo como el acusado, tenían derecho a invocarlo³⁴⁾. Sin embargo, a partir del caso *Trammel* consideró que el titular del privilegio era el cónyuge testigo y que, por tanto, sólo éste podía invocarlo, razonando que «*la arcaica concepción de que una mujer, como un tipo de mueble, no merece una identidad separada de su marido y no podría decidir por sí misma si testifica contra él hace tiempo que desapareció*».

En lo que se refiere al segundo privilegio, el relativo a las comunicaciones entre cónyuges, el mismo tiene que ver con mensajes comunicados por un cónyuge a otro, esto es, con palabras, y no con actos³⁵⁾, que tengan vocación de confidencialidad. Este privilegio tiene por objeto proteger las confidencias conyugales, consideradas por el TS esenciales para la preservación del matrimonio, lo cual –a juicio del expresado Tribunal– pesa más que las desventajas que supone el privilegio para la Administración de Justicia³⁶⁾.

Las distintas jurisdicciones difieren en lo que atañe a la cuestión de la titularidad del privilegio. Mientras que la ley federal de *common law*, aplicada por algunos Estados, permite a cualquiera de los cónyuges reivindicar el privilegio, en otros Estados sólo el esposo que realizó la comunicación es considerado titular del mismo³⁷⁾.

El privilegio de confidencialidad de las comunicaciones entre esposos es más específico que el consistente en la no obligación de declarar en la medida en que fomenta la libre comunicación entre cónyuges y protege la privacidad de los matrimonios³⁸⁾. El privilegio reconoce el derecho del cónyuge a confiar en la intimidad conyugal con se comunica con su marido o mujer. Mientras que el privilegio testifical tiene por objeto proteger el matrimonio entre cónyuges testigos y cónyuges acusados en juicio, el privilegio de las comunicaciones tiene más que ver con el derecho de todo integrante de un matrimonio a confiar libremente en su cónyuge³⁹⁾, de tal manera que un cónyuge nunca deba temer que un ex marido o ex mujer vaya a divulgar sus secretos ante un Tribunal ni siquiera en el caso de que el matrimonio se haya disuelto⁴⁰⁾.

V. LA EXENCIÓN DEL DEBER DE DECLARAR EN ESPAÑA

1. REGULACIÓN

La [CE](#) proclama en su artículo 24.2, segundo párrafo, que «*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*».

Por su parte, la [LECrim](#) dispone en su artículo 416.1, en sede de fase de instrucción, que estarán dispensados de la obligación de declarar, entre otros parientes, el «*cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial*» con el investigado, debiendo el Juez de Instrucción advertir al testigo que no tiene obligación de declarar en contra de aquél, mientras que, ya en fase de juicio oral, el [artículo 707 LECrim](#) consagra la obligación del testigo de declarar todo lo que supiera sobre lo que le fuere preguntado, con la excepción, entre otras, de las personas expresadas en el [artículo 416 LECrim](#).

En íntima conexión con esta dispensa, conviene recordar que el [artículo 261.1.º LECrim](#) exige al «*cónyuge del delincuente*» de la obligación de denunciar contemplada en el artículo 259 del expresado cuerpo legal.

2. FUNDAMENTO

2.1. Según la doctrina

La doctrina científica viene sosteniendo que el fundamento de la dispensa no es otro que el afecto imperante en las relaciones parentales y en la no exigibilidad de otra conducta (perjudicial para el acusado).

En 1923 AGUILERA DE PAZ sostuvo que «*repugna a la propia naturaleza humana y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos tan estrechos de parentesco, por su concurso a otros a sufrir graves consecuencias de las imputaciones en su contra hubieran de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar les impone*» ⁴¹⁾.

A partir de aquí, autores como MORENO CATENA, MAGRO SERVET y ESCOBARJIMÉNEZ han desarrollado esta idea que se ha asentado, por tanto, en la doctrina española ⁴²⁾.

2.2. Según el Tribunal Supremo

En la década de los noventa, la Sala Segunda del TS sostuvo –a nuestro juicio con acierto– que la razón del ser de la previsión contenida en el [artículo 416.1 LECrim](#), no era otra que la protección del acusado. En este sentido se pronunciaron, por ejemplo, las [SSTS núm. 331/1996, de 11 abril](#) (RJ 1996, 3698) (Pon.: Excmo. Sr. Montero Fernández-Cid), que afirmó que el expresado precepto «*está concebido para proteger al presunto reo y no para perjudicarlo*», y 1587/1997, de 17 diciembre (Pon.: Excmo. Sr. Montero Fernández-Cid), que reiteró lo expuesto en la primera resolución.

No obstante, hasta donde alcanzamos, esta tesis de la protección del acusado fue abandonada a partir de la [STS núm. 134/2007, de 22 febrero](#) (RJ 2007, 1558) (Pon.: Excmo. Sr. Giménez García):

«La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, 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».

Esta tesis, vigente a día de hoy, fue seguida por la [STS núm. 292/2009, de 26 marzo](#) (RJ 2009, 2377) (Pon.: Excmo. Sr. Varela Castro), aduciendo que:

«La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de *solidaridad* entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada

en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger *la intimidad* del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución».

Esta última resolución calificó de «*dudoso*» el principio –sostenido previamente por el propio TS– de que el [artículo 416.1 LECrim.](#) esté concebido para proteger al acusado, mas sin argumentar contra la expresada tesis.

En esta misma línea, la [STS núm. 1061/2009, de 26 octubre](#) (RJ 2010, 112) (Pon.: Excmo. Sr. MONTERDE FERRER), de nuevo sin especial motivación al respecto, afirmó que el precepto objeto de nuestro análisis existe «*en beneficio de la capacidad de determinación del testigo, y no en beneficio del procesado*».

A partir de estas tres resoluciones, el TS ha seguido la senda descrita hasta este lugar. Así, por ejemplo, en la [STS núm. 1010/2012, de 21 diciembre](#) (RJ 2012, 11336) (Pon.: Excmo. Sr. BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE).

2.3. Según el Tribunal Constitucional

Por su parte, el [Tribunal Constitucional, en su Sentencia núm. 94/2010, de 15 noviembre](#) (RTC 2010, 94) (Pon.: Excmo. Sr. Conde Martín de Hijas), asumió acríticamente la tesis más reciente del TS:

«El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los [arts. 416](#) y [707 LECrim](#) los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado».

2.4. Toma de postura

En nuestra opinión, el enfoque doctrinal y jurisprudencial de la cuestión hasta la fecha adolece de una miopía considerable. Decimos esto porque los estudios y las resoluciones más modernas sobre la exención contemplada en el [artículo 416 LECrim](#) han tenido lugar con ocasión de esa lamentable realidad social que comúnmente se conoce como violencia de género. Con ello, se ha tomado como supuesto de hecho 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 asimilado.

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 privilegio desde el prisma de las garantías básicas de todo acusado en el proceso penal español, ha perdido de vista, ya de entrada, la ubicación sistemática de la previsión constitucional que da cobertura al [artículo 416.1 LECrim](#). 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, no creemos plausible sostener que el fundamento de la dispensa reside 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. No existe razón para considerar que la previsión objeto de comentario resulta una excepción.

Evidentemente, de modo indirecto se está protegiendo al cónyuge testigo en la medida en que podría incurrir en delito de falso testimonio mintiendo para no perjudicar al cónyuge acusado o de desobediencia en caso de negarse a declarar con el mismo objetivo⁴³⁾, pero no parece que esto constituya la razón de ser del artículo 24.2.II CE ni del artículo 416 LECrim. Sin embargo, sí se protege de modo un tanto más claro el derecho fundamental a la intimidad familiar reconocido en el artículo 18.1CE, pero esta intimidad está íntimamente –valga la redundancia– ligada con la protección del acusado.

3. ALCANCE OBJETIVO

En el plano teórico el privilegio podría recaer tanto sobre las comunicaciones (orales o escritas) que un cónyuge le realizara a otro como sobre sus percepciones sensoriales directas sobre el hecho objeto de investigación y en su día enjuiciamiento. En el primer caso, el privilegio podría recaer sobre las confidencias –íntimas o no– que un cónyuge le realizara a otro, pero también sobre la documentación (ya sea en formato papel, ya sea en formato digital) de esas comunicaciones, lo cual, en buena lógica, debería imposibilitar, de un lado, la interceptación y/o utilización judicial de las mismas y, de otro, debería impedir que el cónyuge estuviera obligado a aportar al proceso cualquier documentación de las expresadas comunicaciones. En cuanto al segundo caso, el privilegio determinaría que el cónyuge no pudiera ser obligado a declarar sobre lo que hubiera visto y oído, pero también, a nuestro juicio, que no pudiera ser compelido a aportar fuentes de prueba que estuvieran a su alcance (normalmente, por razón de su convivencia con el acusado) como pudieran ser soportes informáticos o cualquier otro vestigio de interés para el procedimiento.

Hechas estas consideraciones previas, de la lectura del artículo 416 LECrim se deduce que su alcance es muy limitado, al restringirse a la obligación de declarar, de tal manera que, desde luego, con la regulación actual, puede afirmarse que no existe un privilegio de confidencialidad de las comunicaciones entre cónyuges, rigiéndose su intervención por el régimen general previsto en los artículos 579 y ss. LECrim. Es más, nótese que el nuevo artículo 588 *quater* a) LECrim, que somete a autorización judicial el uso de dispositivos electrónicos que permitan grabar imágenes o comunicaciones orales directas tanto en recintos abiertos como en domicilios, no prevé las excepciones más elementales como pudieran ser la imposibilidad de grabar imágenes e interceptar comunicaciones entre cónyuges o, al menos, limitar las dependencias del domicilio en las que ello estaría permitido (por ejemplo, el dormitorio conyugal)⁴⁴⁾.

4. TITULARIDAD

Parece claro que el titular de la dispensa es el cónyuge o familiar testigo. Algunos autores, sin embargo, han ido más allá y han planteado que, desde la aprobación de la CE, la facultad que el artículo 416 LECrim les otorga a estos testigos trae causa de un derecho subjetivo que ostentan frente al Estado. En este sentido, afirma VILLAMARÍN SÁNCHEZ que el artículo 24CE consagra esta exención de declarar como un derecho fundamental⁴⁵⁾ de configuración legal que otorga a sus titulares (los parientes testigos) el poder de decidir si declaran o no en cada una de las fases del proceso penal que se siga contra su cónyuge o pariente, «colocándoles en una posición “privilegiada” frente a los demás testigos, derivada de la titularidad de otros derechos también fundamentales como es el derecho a la intimidad personal y familiar»⁴⁶⁾.

Una última cuestión que pudiera generar dudas es la relativa a si el cónyuge coimputado puede

acogerse a la dispensa del [artículo 416](#) LECrim. Se trata, no obstante, de una cuestión pacífica en la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, que considera que la obligación de informar al declarante sobre el expresado precepto se refiere a testigos y no a acusados, quienes –como es sabido– no tiene siquiera obligación de declarar ([STS 514/1997, de 18 abril](#) (RJ 1997, 4539) y [665/2001, de 17 abril](#) (RJ 2001, 2251)). Es decir, el cónyuge coimputado tiene el estatuto de todo sujeto pasivo del procedimiento penal.

5. PERÍODO DE VIGENCIA

El TS español se pronunció definitivamente sobre esta cuestión el pasado 24 de abril de 2013 mediante Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, declarando que *«la exención de la obligación de declarar prevista en el [artículo 416.1](#) [LECrim](#) alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto»*, exceptuándose *«la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto»*, así como en supuestos en que el testigo se encuentre personado como Acusación en el proceso.

Repárese en lo contradictorio que resulta que el TS sostenga que el fundamento de la exención nada tiene que ver con la protección del acusado, sino que reside 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 y, sin embargo, mantenga el privilegio tras la extinción de ese vínculo que -sostiene- protegería la dispensa.

En esta misma línea del expresado Acuerdo iban encaminadas las propuestas de reforma de la LECrim de 2011 y 2013 en sus artículos 570.1 y 370.1 respectivamente.

VI. ANÁLISIS COSTE – BENEFICIO

1. LOS INTERESES EN JUEGO

Cuando de crear o mantener excepciones a un deber general –en este caso, el de declarar– es preciso ponderar los intereses dignos de tutela que se hallan en cada extremo del péndulo. Así pues, debe ser objeto de análisis, de un lado, qué sacrifica la sociedad en general con la existencia del privilegio y, de otro, qué beneficios obtienen el acusado y el testigo que se acoge a la dispensa.

Parece claro que, en abstracto, la sociedad en general y la víctima en particular tienen un legítimo interés en que el proceso penal sirva para determinar la verdad histórica, lo realmente ocurrido, haciendo uso de los medios de prueba que estén a su alcance (siempre y cuando no se atente contra derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso) y, corolario de lo anterior, se aplique, en su caso, el [Código Penal](#), castigándose al culpable. Pero también el sujeto pasivo del proceso ostenta un derecho fundamental a la defensa y a un proceso con todas las garantías (que en no pocas ocasiones quedaría en hojarasca seca si el Estado obligara a revelar secretos familiares) y su familia en particular (investigado o acusado incluido) y cualquier familia en general tienen un legítimo interés en que su intimidad no quede al desnudo y, sobre todo, en que –sin incurrir en delito alguno– ningún cónyuge deba incumplir su deber de auxiliar al otro y actuar en interés de la familia y, a no dudar, llevar en su conciencia el haber coadyuvado, consciente o inconscientemente y de modo más o menos relevante, al éxito de la pretensión punitiva que amenazaba a su esposo o esposa, de tal manera que se produzca, por tal motivo, una separación y/o un drama familiar.

Teniendo presente lo anterior, y con carácter previo a abogar por el mantenimiento y reforma del privilegio matrimonial, expondremos de modo sucinto los argumentos que la doctrina de los países del *common law* ha venido utilizando tanto a favor como en contra del mismo⁴⁷.

2. ARGUMENTOS A FAVOR

En el mundo anglosajón se ha venido sosteniendo, esencialmente, la existencia de un derecho

fundamental de los esposos a confiar libremente en el otro de modo libre y franco (*freely and frankly*) sin interferencias legales. Este argumento parte de la base de que la sinceridad y la confianza son esenciales para la relación conyugal y que algunos cónyuges estarían disuadidos o desalentados de confiar en el otro si supieran que sus confidencias se podrían revelar ante un Tribunal. Inherente a este argumento se encuentra el interés público en la preservación de la institución del matrimonio.

También se ha argüido que repugna obligar a declarar a una esposa reacia a revelar comunicaciones conyugales confidenciales. La Ley –dice McNICOL– no debería poner al esposo en el dilema moral de elegir entre revelar secretos conyugales o negarse a declarar (con posibles consecuencias que ello conlleva) o cometer perjurio.

3. ARGUMENTOS EN CONTRA

Se ha destacado, en primer lugar, que el privilegio implica la retención de importantes evidencias y sería un impedimento para averiguar la verdad y para la Administración de Justicia

En segundo lugar, se ha criticado que el privilegio matrimonial provoca una discriminación entre otras relaciones dignas de protección.

En tercer lugar, se ha utilizado un argumento que ataca a la línea de flotación del primer argumento a favor: el privilegio no sería necesario para estimular o inducir a confidencias conyugales. Para ZUCKERMAN, es difícil imaginar que garantizando inmunidad a los esposos en declaraciones del uno contra el otro en causas criminales vaya a contribuir a la general estabilidad del matrimonio en la comunidad⁴⁸.

4. TOMA DE POSTURA Y PROPUESTA DE REFORMA

A nuestro juicio, como se habrá podido ya entrever, el privilegio matrimonial debe mantenerse en nuestro ordenamiento jurídico y no sólo eso sino que debe replantearse.

Los argumentos en contra del privilegio, sin duda inspirados en una filosofía utilitarista y, por tanto, tentadores desde la perspectiva del acusador, no resultan más convincentes que los argumentos a favor.

Consideramos que la confianza que inspira la institución del matrimonio, su quintaesencia, y más modernamente las relaciones de afectividad análogas al matrimonio, y los deberes obligaciones que el  [Código civil](#) impone a los cónyuges impiden que uno de ellos sea obligado a declarar diciendo verdad sobre todo lo que sepa merced a esa especial relación con el sujeto pasivo del procedimiento.

Que la doctrina anglosajona haya criticado el hecho -cierto en buena medida- de que supone una discriminación que el privilegio no se extienda a otras relaciones dignas de tutela, amén de que en España no es un argumento válido (la  [LECrim](#) extiende el privilegio, como se ha visto, a familiares y personas unidas con el investigado por relación de hecho análoga a la conyugal), no puede abonar la tesis contra el privilegio, sino llamar la atención sobre la necesidad de una reflexión al respecto y un debate sobre la conveniencia de ampliarlo. Con todo, no puede perderse de vista que, a diferencia de lo que ocurre con la familia, el cónyuge se elige, lo que podría en un momento dado justificar un tratamiento diferenciado sin quebrantar el principio constitucional de igualdad.

Como hemos avanzado, el argumento de que el privilegio no sería necesario para estimular o inducir a confidencias conyugales ataca a la línea de flotación de la principal idea que justifica la existencia del privilegio, mas, en nuestra opinión, a pesar de que debemos reconocer que el argumento es atractivo, consideramos que, contrariamente a lo que quiere hacer ver, se trata de una cuestión de expectativa razonable y – *sit venia verbo* – seguridad jurídica. Es decir, efectivamente es difícil imaginar que garantizando inmunidad a los esposos en declaraciones del uno contra el otro en causas criminales vaya a contribuir a la general estabilidad del matrimonio,

pero no se trata de esto, sino de que todo cónyuge debe ser libre de confiar en su cónyuge y no tener nada que temer con respecto a las expresadas confidencias ni en lo que respecta a detalles de su intimidad familiar. Repárese en que el Estado no puede pretender dotar al sujeto pasivo del procedimiento de una serie de derechos, como el de no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable (artículo 24.2 [CE](#)) y, no obstante, aprovecharse de confidencias que, con carácter previo, haya realizado a su cónyuge en la creencia y seguridad de que nunca las revelaría. La invasión en la intimidad sería, en tal caso, y a diferencia de lo que prevé la LECrim. para injerencias como las intervenciones telefónicas, ilimitada en el tiempo y, por tanto, desproporcionada.

Con todo, no debería perderse de vista que el valor del testimonio del cónyuge del acusado en proceso penal es relativo.

La práctica diaria enseña que ningún cónyuge o asimilado perjudica a otro adrede, salvo que acuda al proceso tras una ruptura no amistosa de la relación más o menos reciente. Cuestión distinta es que debamos plantearnos si el Estado puede o debe aprovecharse del resentimiento o de la animadversión del testigo en aras a obtener la condena de una persona sobre la que la presunción de inocencia extiende todo su manto protector, sin tomar seriamente en consideración que una eventual declaración heteroincriminatoria podría constituir una venganza. El Estado, pues, tan sólo debería esperar a que el cónyuge del acusado llegue al juicio oral enemistado o molesto con el mismo y esperar pacientemente a que aquél se constituya en prueba de cargo, lo que implicaría fomentar lo que en otro lugar denominamos una cultura del mínimo esfuerzo probatorio⁴⁹).

Podría argüirse que esa posibilidad es remota y, en cualquier caso, casual, de tal manera que el modo de razonar expuesto sería muy enrevesado e irrazonable. No obstante, nada más lejos de la realidad. En una época, como la actual, en la que el contenido íntegro del sumario se publica constantemente en los medios de comunicación con independencia de que tenga interés o no para al esclarecimiento de los hechos objeto de investigación⁵⁰), siendo, además, cada vez más frecuente el uso de medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales que inciden de lleno en la intimidad y en el secreto de las comunicaciones que ampara a todo ciudadano, es más bien frecuente que del sumario afloren infidelidades entre cónyuges y otros hechos que, con un alto índice de probabilidad, pueden convertir a un cónyuge en enemigo.

Sea como fuere, como hemos visto, el privilegio no opera cuando ambos cónyuges son sujetos pasivos del proceso penal, de suerte que, en tal caso, ostentarán el estatuto básico de todo investigado y, por tanto, el derecho a guardar silencio (total o parcial). Precisamente por ello, no resulta un gran sacrificio tampoco desde el punto de vista cuantitativo adoptar nuestras propuestas de reforma: que tan sólo se elimine el privilegio en los casos en los que la víctima sea el cónyuge testigo o un menor de edad incapaz de declarar y que la titularidad del privilegio se atribuya al cónyuge sujeto pasivo del proceso y no al cónyuge testigo, de tal manera que sea aquél –y sólo aquél– quien decida si permite que su cónyuge declare, o que se instaure un sistema de titularidad compartida que exija que ambos cónyuges deban estar de acuerdo para que se produzca la declaración del cónyuge testigo.

Sostenemos que tampoco resulta un sacrificio desde el punto de vista cuantitativo porque, en realidad, el [Código Penal](#) prevé tanto títulos de participación como figuras delictivas que abocan al cónyuge no «protagonista» de la acción delictiva a participar en el proceso como sujeto pasivo. En efecto, resulta sumamente sencillo que cualquier delito cometido por un miembro del matrimonio en el que el otro no haya participado de modo activo y, sin embargo, haya presenciado, siendo la víctima una tercera persona (sobre todo si convive bajo el mismo techo), determine la participación de este último vía comisión por omisión ([artículo 11 CP](#))⁵¹). La jurisprudencia española es rica en supuestos de estas características. Valga como botón de muestra el supuesto contemplado en la [STS 20/2001, de 22 enero](#) (RJ 2001, 1679), que condena a una madre que no impidió las agresiones del padre contra una niña de dos años.

Asimismo, no es en absoluto complicado que el expresado cónyuge incurra en un delito de receptación ([artículo 298 CP](#)) si con conocimiento de la comisión de un delito por parte de su

cónyuge le ayudara, con ánimo de lucro, a aprovecharse de los efectos del mismo o los adquiera, reciba u oculte, o en un delito de blanqueo de capitales ([artículo 301CP](#)) cuando, conociendo asimismo la comisión del delito cometido por su cónyuge, adquiera, posea, utilice, convierta o trasmita bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado a eludir las consecuencias legales de sus actos, siendo de destacar la posibilidad de que el blanqueo se cometa por imprudencia grave ([artículo 301.3CP](#)).

Y, en fin, el [artículo 451CP](#) castiga una conducta que, a nuestro juicio, marca el límite del genérico deber de los cónyuges consistente en auxiliar a otro y actuar en interés de la familia al que hemos hecho alusión con anterioridad: si ya consumado el delito por parte del cónyuge, con conocimiento de su comisión, el otro interviene auxiliando al autor para que se beneficie del mismo, sin ánimo de lucro propio; u oculta, altera o inutiliza el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito para evitar su descubrimiento; o, por último, y sólo en casos muy específicos, ayuda al responsable a eludir la investigación o a sustraerse a la busca y captura, incurrirá en delito de encubrimiento.

También en el aspecto cualitativo la relevancia del cónyuge testigo es, a nuestro juicio, limitada en la medida en que si –como acabamos de ver– en los casos en los que sea testigo directo es posible que incurra en responsabilidad penal por omisión y, por tanto, pierda el privilegio, el caso más común será el del cónyuge testigo de referencia o indirecto, es decir una persona que no ha presenciado la comisión del hecho punible relevante para el proceso pero que ha recibido la noticia por parte de otro testigo directo⁵². Pues bien, el TS ha considerado que tan sólo cabe acudir a los testigos indirectos o de referencia, cuando no sea posible escuchar al genuino testigo: el directo (vid., por todas, la [STS núm. 96/2013, de 13 febrero](#) (RJ 2013, 1857)).

Así pues, el testimonio del cónyuge tan sólo sería relevante en supuestos relacionados con la delincuencia económica y de la función pública a la hora de ofrecer datos como la existencia de cuentas bancarias en paraísos fiscales, el manejo de elevadas cantidades de efectivo o la existencia e identificación de testaferros, siempre y cuando no haya incurrido en las conductas de receptación o blanqueo de capitales antes expuestas, ni haya participado de esos efectos del delito por título lucrativo –lo cual, se nos antoja harto complicado–, pues en este último caso (también frecuente) será parte pasiva del procedimiento al reclamársele la restitución de la cosa o el resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación ([artículo 122CP](#)).

En otro orden de consideraciones, consideramos que en los casos en los que la víctima sea el cónyuge del acusado o algún menor de edad incapaz de declarar no parece que sea razonable proteger al acusado hasta el extremo de silenciar a la única prueba de cargo capaz de desvirtuar su presunción de inocencia, procurándole una impunidad que no responde a la filosofía del privilegio. A nuestro juicio, pues, en estos supuestos debería eliminarse el privilegio matrimonial, 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. 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](#)).

Por último, y en lo que respecta a la titularidad del beneficio, consideramos que de *lege ferenda* resulta recomendable que se atribuya al cónyuge acusado o, cuando menos, se establezca un sistema de titularidad compartida, excepcionando, en cualquier caso, aquellos supuestos en que la víctima sea el cónyuge testigo o algún menor de edad incapaz de declarar.

Compartimos, por tanto, la crítica de *Lord Reid* en el caso *Rumping*⁵³ :

«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».

Nótese que cuando hablamos del privilegio legal profesional el titular del privilegio es el cliente y, por lo tanto, para él, dicha institución constituye un derecho. Por el contrario, el titular del secreto profesional es el Abogado y para él constituye una obligación⁵⁴⁾ *ad calendas graecas* . Luego, no parece lógico que en el privilegio matrimonial sea de otra manera y se considere que sólo hay un titular del derecho (el cónyuge testigo) y que éste, además, no tiene ninguna obligación de sino sólo una facultad con fecha de caducidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#)*, Editorial Reus, 1923.

ALDRIDGE, E.C., «To catch a predator or to save his marriage: advocating for an expansive child abuse exception to the marital privileges in Federal Courts», *78 Fordham L. Rev.* 1761, 2009-2010.

ALLEN, C.; TAYLOR, C. y NAIRNS, J., *Practical Guide to Evidence*, Routledge, 2016.

BLACKSTONE

, W.,

Blackstone's Commentaries on the Laws of England,

Blackstone, 1756, Libro 1.

BRABYN, J., «

A Criminal Defendant's Spouse as a Prosecution Witness»,

Crim. L.R. 2011, 8.

CÁMARA MARTÍNEZ, I. y JUNCÀS GÓMEZ, F., «Sobre el alcance y futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de violencia de género», *Revista de Derecho y Proceso Penal* núm. 20, Aranzadi, 2008.

CAMPANER MUÑOZ, J., «La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones sobre la heteroincrimación y las garantías constitucionales del proceso penal», en VV.AA., *Derecho Procesal Garantista y Constitucional: Proceso, Garantía y Libertad* , Corporación Universitaria Remington, Medellín, 2014, pp. 193 a 212.

CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del [art. 416](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal* núm. 26, 2009.

CONNOR, K.A., «A Critique of the Marital Privileges: An Examination of the Marital Privileges in the United States Military Through the State and Federal Approaches to the Marital Privileges», *36 Val. U.L. Rev.* 119, 2001.

COKE, Sir Edward , *The first part of the Institutes of the laws of England. Or, A commentary upon Littleton, not the name of the author only, but of the law itself* 6b, 1639.

DENNIS, I., *The Law of Evidence* , Sweet & Maxwell, 2013.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.) *Comentarios a la [Constitución Española de 1978](#)* , Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1997, Tomo III.

DURSTON, G., *Evidence* , Oxford University Press, 2011

ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal ([art. 416.1ºLECrim.](#))», *Diario la Ley* núm. 7301, 11 de diciembre de 2009.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

HARVEY, C., *Justice (Society), Committee on the Laws of Evidence*, «*Spouses privilege as to disclosure of: a) Adultery; b) Intercourse; c) Marital communications*» (ejemplar impreso custodiado en la reserva del Institute of Advanced Legal Studies, University of London).

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores ([artículo 416LECrim.](#)): ¿Es necesaria una reforma legal?», *Diario La Ley* núm. 6333, 5 de octubre de 2005.

MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015.

McNICOL, S., *Law of privilege*, The Law Book Company Limited, 1992.

MORENO CATENA, V., *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1980.

MURPHY

,

P.,

Murphy on Evidence,

Oxford University Press, 2009.

ORMEROD, D. y PERRY, D. (Dir), *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford University Press, 2016.

RAGAVAN

, S.K., «The compellability rule in England and Wales: support for the spouse of the defendant»,

J. Crim. L. 2013

, 77(4).

SEABROOKE, S. y SPRACK, J., *Criminal Evidence & Procedure: the essential framework*, Oxford University Press, 2004.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», *InDret* 4/2012.

ZUCKERMAN, A., «Privilege and Public Interest», en TAPPER, C., *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, 1981.

1

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, p. 343.

2

«La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

3

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», *InDret* 4/2012, p. 2.

4

Vid., *ad exemplum*, MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores ([artículo 416](#)LECrim.): ¿Es necesaria una reforma legal?», *Diario La Ley* núm. 6333, 5 de octubre de 2005; CÁMARA MARTÍNEZ, I. y JUNCÁS GÓMEZ, F., «Sobre el alcance y futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de violencia de género», *Revista de Derecho y Proceso Penal* núm. 20, Aranzadi, 2008; CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del [art. 416](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal* núm. 26, 2009, pp. 121 a 140; ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal ([art. 416.1.º](#)LECrim.)», *Diario la Ley* núm. 7301, 11 de diciembre de 2009.

5

Vid., en este sentido, el completo artículo de VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., «El derecho de los testigos...», *op. cit.*

6

SEABROOKE, S. y SPRACK, J., *Criminal Evidence & Procedure: the essential framework*, Oxford University Press, 2004, p. 183.

7

ALLEN, C.; TAYLOR, C. y NAIRNS, J., *Practical Guide to Evidence*, Routledge, 2016, p. 417.

8

ORMEROD, D. y PERRY, D. (Dir.), *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford University Press, 2016, p. 2559.

9

DURSTON, G., *Evidence*, Oxford University Press, 2011, p. 368.

10

DENNIS, I., *The Law of Evidence*, Sweet & Maxwell, 2013, p. 527.

11

Brown and Brown [1997] 1 Cr.App.R. 112 at 113-114.

12

DENNIS, I., *The Law...*, *op. cit.*, p. 528.

13

Vid., ad exemplum, Marcos 10:8: «y los dos serán una sola carne».

14

ALLEN, C.; TAYLOR, C. y NAIRNS, J., *Practical Guide...*, *op. cit.*, p. 84.

15

No obstante, se prevé un test de capacidad intelectual para los menores de edad.

16

Este último desde hace poco más de una década merced a la *Civil Partnership Act* (CPA) de 2004. Es preciso aclarar que según la Sección 1 (1) de la CPA esta pareja civil tan sólo puede constituirse entre personas del mismo sexo.

17

La Comisión siempre partió de la base de que la esposa sería la testigo y el marido el acusado, lo cual, ciertamente, se compadece con la abrumadora mayoría de casos que se plantean ante los órganos jurisdiccionales del orden penal.

18

El hecho de que listado de delitos presente un carácter de *numerus clausus* ha provocado que la doctrina se pregunte acerca de la *compellability* de la esposa en un proceso penal seguido por una violación que haya sufrido siendo el agresor su propio marido. Así, DENNIS, I., *The Law...*, *op. cit.*, p. 546, explica que la cuestión fue pasando inadvertida probablemente debido a la tradicional inmunidad de la que disfrutó en el marido con respecto a la violación de su mujer en el *common law*. Una vez abolida esta inmunidad por la *House of Lords* en el caso *R. v. R.* [1992] 1 A.C. 599, surge la cuestión acerca de si la mujer es *compellable* para la Fiscalía según la Subsección (3) (a), que se refiere a la violencia sobre la mujer. La respuesta parece que debiera ser afirmativa, mas sucede que la Subsección (3) (b) contempla los delitos sexuales únicamente cuando la víctima sea menor de 16 años, guardando silencio con respecto a la esposa.

19

Sección 45 (4) de la *Senior Courts Act* 1981.

20

Vid., en este sentido, la Sentencia del caso *R (CPS) v Registrar-General of Births, Deaths and Marriages* [2003] Q.B. 1222, CA (Civ. Div.), donde se impugnaba una solicitud del Registro General tendente a retrasar el matrimonio del acusado hasta que se hubiera celebrado el juicio oral. Asimismo, véase la Sentencia del caso *Hoskyn v Metropolitan Police Commissioners* [1979] AC 474, en el que el acusado se casó con su novia dos días antes del juicio.

21

Pitt

[1983] QB 25.

22

McNICOL, S., *Law of privilege*, The Law Book Company Limited, 1992, p. 310.

23

A favor de instaurar este sistema compartido en Inglaterra y Gales ya se había pronunciado con anterioridad, en 1967, un Comité británico sobre leyes probatorias presidido por HARVEY, C., *Justice (Society), Committee on the Laws of Evidence*, «*Spouses privilege as to disclosure of: a) Adultery; b) Intercourse; c) Marital communications*» (ejemplar impreso custodiado en la reserva del *Institute of Advanced Legal Studies, University of London*), p. 5.

24

BLACKSTONE

, W.,

Blackstone's Commentaries on the Laws of England,

Blackstone, 1756, Libro 1, p. 442.

25

MURPHY

,

P.,

Murphy on Evidence , Oxford University Press, 2009, p. 540.

26

BRABYN, J., «A Criminal Defendant's Spouse as a Prosecution Witness»

,

Crim. L.R. 2011, 8,

613-626.

27

Evidence Amendment Act 1853, 16817 Vict., Ch. 83.

28

COKE, Sir Edward, *The first part of the Institutes of the laws of England. Or, A commentary upon Littleton, not the name of the author only, but of the law itself* 6b, 1639.

29

BRABYN, J., «

A Criminal ...»,

op. cit.

30

R. v Pearce [2002] 1 Cr. App. R 39 CA .

31

Vid. la enumeración que ofrece RAGAVAN, S.K., «The compellability rule in England and Wales: support for the spouse of the defendant», *J. Crim. L.* 2013, 77(4), 310-324.

32

BRABYN, J., «A Criminal...»,

op. cit.

33

Vid. *Trammel v United States*, 445 U.S. 40, 45 n. 5 (1980). En esta Sentencia se declara que el *adverse spousal testimony privilege* y el *marital communication privilege* son dos privilegios distintos.

34

Hawkins v United States, 358 U.S. 74 (1958).

35

Pereira v United States, 347 U.S. 1, 6 (1954).

36

Wolfe v United States, 291 U.S. 7, 14 (1934).

37

ALDRIDGE, E.C., «To catch a predator or to save his marriage: advocating for an expansive child abuse exception to the marital privileges in Federal Courts», *78 Fordham L. Rev.* 1761, 2009-2010.

38

Wolfe v United States, 291 U.S. 7, 14 (1934).

39

CONNOR, K.A., «A Critique of the Marital Privileges: An Examination of the Marital Privileges in the United States Military Through the State and Federal Approaches to the Marital Privileges», *36 Val. U.L. Rev.* 119, 2001, pp. 142 y 143.

40

Pereira v United States, 347 U.S. 1, 6 (1954).

41

AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#)*, Editorial Reus, 1923, p. 604.

42

MORENO CATENA, V., *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1980 , p. 168;
MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad...», *op. cit.* ; ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «La facultad...», *op. cit.*

43

No puede perderse de vista que el [artículo 67](#) del [Código civil](#) obliga a los cónyuges a «ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia», mientras que el artículo 68 establece su deber de «socorrerse mutuamente».

44

Sobre esta cuestión, *vid.* MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015* , Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, pp. 351 y 352 quienes acertadamente consideran que, con carácter general, «haya o no explicitado el legislador los lugares de acceso prohibido, el principio de proporcionalidad habrá de operar como un instrumento definitorio de límites no escritos, pero cuya vulneración puede acarrear la nulidad probatoria».

45

Lo que implica, como destaca Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1997, Tomo III, p. 121, que sea susceptible de protección por parte del Tribunal Constitucional vía recurso de amparo.

46

VILLAMARÍN SÁNCHEZ, M.L., «El derecho...», *op. cit.*, p. 15.

47

Seguiremos en este punto a McNICOL, S., *Law of privilege*, *op. cit.*, pp. 305 a 309.

ZUCKERMAN, A., «Privilege and Public Interest», en TAPPER, C., *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Butterworths, 1981, p. 291.

CAMPANER MUÑOZ, J., «La cultura del mínimo esfuerzo probatorio: reflexiones sobre la heteroincrimación y las garantías constitucionales del proceso penal», en VV.AA., *Derecho Procesal Garantista y Constitucional: Proceso, Garantía y Libertad*, Corporación Universitaria Remington, Medellín, 2014, pp. 193 a 212.

El [artículo 299](#) LECrim establece claramente que «*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*».

Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

Establece el [artículo 710](#) LECrim que «*los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado*».

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

BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson-Reuters, Pamplona, 2012, p. 296.

El presente trabajo es el fruto de la estancia de investigación que realicé durante el mes de agosto de 2016 en la Queen Mary University of London (Reino Unido). Debo agradecer al Prof. Dr. Fernando Gascón Inchausti su valiosa orientación sobre la elección del tema a analizar y al Prof. Dr. Manuel Ollé Sesé sus

sabios consejos para afrontar esta primera estancia de investigación en un centro extranjero. Asimismo, agradezco al Prof. Dr. Valsamis Mitsilegas las facilidades que me brindó durante mi estancia en Londres.