



Trabajo de Fin de Máster

**LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL
TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICO
ELEMENTO PROBATORIO**

ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO
SENTENCIA DE ESTUDIO STS 119/2019

Presentado por:

Adrián Prats Albert

Tutor:

Carlos Escorihuela Gallén

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2020/2021
Fecha de defensa: Enero 2021

Resumen

El objeto del presente trabajo es el estudio de las situaciones en las que, en el seno de un procedimiento de violencia de género, únicamente existe como elemento probatorio el testimonio de la víctima. Al respecto se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo 119/2019, de 6 de Marzo, en la que abarca los presupuestos que se deben tener en cuenta a la hora de valorar la verosimilitud del testimonio de la víctima. La finalidad del estudio es tener una visión específica de la evolución que pretende el TS con la plasmación de los parámetros marcados, lo cual ha desembocado en numerosas críticas doctrinales, por entender que la aplicación de estos puede derivar en la vulneración de algunos de los principios generales del Derecho Penal.

Palabras clave

Violencia de Género, Testimonio, Víctima, Credibilidad.

Abstract

The purpose of this thesis is to investigate the situations where only the victim's testimony is available as evidence within a gender-based violence proceeding. In this regard, the Supreme Court sentence 119/2019 was given on March 6th which deals with the considerations that must be taken into account when assessing the plausibility of the victim's testimony. The purpose of this study is to offer a specific vision of the development of the parameters that the Supreme Court intends to exhibit, which has resulted in numerous doctrinal criticisms, as it is believed that their application may lead to violation of some of the principles General of criminal law.

Keywords

Gender-based Violence, Testimony, Victim, Credibility.

Mutatis mutandis.

A mis padres, hermano, abuelos y Elena, por su apoyo incondicional.

En especial, a mi abuela Ana;

“Sí iaia, ja he acabat el cole”

**LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA
COMO ÚNICO ELEMENTO PROBATORIO.**

**ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.
SENTENCIA DE ESTUDIO STS 119/2019**

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN	7
2.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	9
2.1.- Conceptos jurisprudenciales.....	9
2.2.- Marco legislativo	11
3.- TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	13
3.1.- Concepto de Violencia de Género y bien jurídico protegido.....	13
3.2.- La prueba en los delitos de Violencia de Género.	16
4.- ESTUDIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 119/2019	17
4.1.- Criterios previos a la valoración de credibilidad del testimonio de la víctima.....	17
4.2.- Juicio de credibilidad del testimonio de la víctima	20
A.) Ausencia de incredibilidad subjetiva.....	20
B.) Verosimilitud	22
C.) Persistencia en la incriminación	23
4.3.- Proceso valorativo racional del Tribunal	24
5.- LA DISPENSA DE DECLARAR DEL ARTÍCULO 416 LECRIM Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	27
6.- SITUACIÓN DE AGRESIÓN MUTUA EN EL ÁMBITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 677/2018, de 20 de Diciembre...32	

7.- ¿PRIMA EL <i>IUS PUNIENDI</i> A LAS GARANTÍAS PENALES EN EL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO?	36
8.- CONCLUSIONES	44
9.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y CITADA	46
MANUALES - MONOGRAFÍAS - REVISTAS	46
JURISPRUDENCIA	48
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	48
TRIBUNAL SUPREMO	48
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA	49
AUDIENCIA PROVINCIAL	49
LEGISLACIÓN	49
OTROS RECURSOS	49

▪

ABREVIACIONES¹

ART.: ARTÍCULO

CE.: CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

LECRIM: LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

LOPJ: LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

LOTJ: LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

TC: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC: SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FJ: FUNDAMENTO JURÍDICO

ATC: AUTO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STS: SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

L.O: LEY ORGÁNICA

SAP: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

STSJ: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

¹ Por orden de aparición.

1.- INTRODUCCIÓN

El presente estudio que me dispongo a presentar versa sobre los delitos de Violencia de Género, más concretamente sobre las situaciones en las que, debido a la naturaleza del propio delito, como único medio de prueba se dispone el testimonio de la víctima. Así pues, también será tema central el trato del testimonio único como prueba de cargo, debiendo ser analizada por los propios tribunales en base a los criterios que la jurisprudencia exige, pudiendo vulnerar el derecho de presunción de inocencia del presunto agresor.

La razón de la elección del tema para el Trabajo de Fin de Máster radica principalmente en que nos encontramos ante un delito de gran impacto social y que, en muchas ocasiones, tanto por medios de comunicación sensacionalistas, por partidos políticos que buscan la demagogia como instrumento para hacer campaña, así como por personas legas en Derecho pero que a pie de calle se las hacen gastar de doctores en la materia, buscando, y a veces consiguiendo, sentar doctrina en sus exposiciones de cantina, hacen que se tienda a un enfoque del delito desde un prisma social al jurídico, por lo que encontraba interesante abordar el tema desde la vertiente única del Derecho. Además, otra de las razones de haber elegido el tema en cuestión es que, de cara a un futuro inmediato como abogado ejerciente, me surgían dudas, y a la vez curiosidad de, siendo abogado defensor, como abordar un supuesto de hecho en que, ante la existencia de una sola prueba contraria a los intereses del cliente, como poder llegar a desvirtuarla.

Como piedra angular del trabajo nos serviremos de la Sentencia del Tribunal Supremo 119/2019, de 6 de Marzo, de la Sala Segunda, la cual es la más reciente en cuanto a fijar criterios orientativos referentes al testimonio de la víctima, y a los requisitos que este debe contener para ser valorada como esta merece.

Así pues, también será parte importante del trabajo el derecho a la dispensa de declarar, regulada en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal, por su gran impacto en los delitos de Violencia de Género, así como por la reciente pronunciación del Tribunal Supremo en su sentencia 389/2020 de 10 de Julio, que supone un cambio en la jurisprudencia sobre la línea que venía siguiendo hasta el momento.

La esencia del presente trabajo, radica tanto en la protección de la presunción de inocencia, como en el testimonio de la víctima como única prueba de cargo, por lo que, sirviendo estos de foco central, se va a crear un hilo conductor que culmine en el estudio completo de la jurisprudencia nombrada. El primer punto que tratar será la presunción de inocencia, más concretamente la conexión con los Derechos Fundamentales amparados en la Constitución Española. En el segundo punto se va a entrar a estudiar el testimonio de la víctima en los delitos de violencia de género, y las situaciones en que actúa como única prueba del procedimiento. Tras esto, y habiendo englobado con los puntos anteriores los conceptos y temas esenciales, se procederá, como grueso del estudio, a desmenuzar la Sentencia del Tribunal Supremo 119/2019. También será de interés tratar las situaciones en que se dispensa de declarar a la víctima, con especial referencia a la jurisprudencia reciente, así como temas polémicos de actual pronunciamiento, como son las agresiones mutuas en una relación de pareja.

2.- PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

2.1.- Conceptos jurisprudenciales

Bien es sabido que el derecho a la presunción de inocencia ha sido uno de los temas más controvertidos a resolver por nuestros tribunales, y que, pese a tener más que asentada jurisprudencia y doctrina, continúa siendo objeto de revisión, estudio y debate en el seno de nuestro Derecho.

Al respecto, las sentencias que han delimitado la presunción de inocencia desde su inclusión en la Constitución Española de 1978 son innumerables, y han ido completándose entre ellas llegando a regular jurisprudencialmente este derecho. Es por esta razón que se va a citar jurisprudencia que, pese a ser antigua, es la que sirvió de cimiento para formar la actual base del citado derecho constitucional.

Así pues, el Tribunal Constitucional (TC), en su Sentencia (STC) 31/1981² de 28 de Julio, Fundamento Jurídico (FJ) 2, expone que *“Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”*, reiterando el reconocimiento de la presunción de inocencia como derecho inherente a la persona, como Derecho Fundamental de la Constitución Española (CE).

En esta línea, el Auto del TC (ATC) 27/1983³, de 19 de Enero, realiza una precisión que ha venido plasmándose en sentencias posteriores, tanto en jurisprudencia menor, como en la del Tribunal Supremo, *“La presunción de inocencia establecida en el art. 24.2 de la Constitución es un derecho fundamental que vincula a los demás poderes, conteniendo una conjetura iuris*

² Tribunal Constitucional (Sala primera), Sentencia núm. 31/1981, de 28 de Julio. Recurso de amparo 113/1980.

³ Tribunal Constitucional (Sección Segunda). Auto 27/1983, de 19 de enero de 1983. Recurso de amparo 419/1982.

tantum de ausencia de culpabilidad hasta que surja el reproche condenatorio en la sentencia del proceso penal". Del mismo se desprende, y así lo describe Sánchez Tomás⁴, que la presunción de inocencia es un derecho inherente a la persona, y de esta forma permanecerá hasta que haya prueba en contrario que pueda desvirtuar la inocencia del investigado.

Así pues, en la STC 109/1986⁵, de 24 de Septiembre, en su F.J 1 expone de manera extensa, a la vez que brillante, una definición de la presunción de inocencia que bien abarca todos sus ámbitos: *"El derecho a ser presumido inocente, [...], es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, en las **situaciones extraprocerales** y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter [...]. Opera, el referido Derecho, además y fundamentalmente en el **campo procesal**, en el cual el derecho y la norma que lo consagra determinan una presunción, la denominada sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos."* La misma otorga al principio constitucional un carácter procesal y extraproceraal, refrendando más si cabe el alcance iuris tantum al que anteriormente aducíamos, ligando dicho concepto a su vez con el principio de libre valoración de la prueba de los tribunales, consagrado en el art. 741⁶ LECrim.

En definitiva, la actividad argumentativa de los Tribunales respecto a la presunción de inocencia es innumerable, entre ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 580/2014, de 21 de Julio⁷, la cual resume el contenido de la presunción de inocencia respecto de la prueba.

⁴ SÁNCHEZ TOMÁS, J M. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*. Diario La Ley, No 9310, Sección Documento on-line, 3 de Diciembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

⁵ Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia núm. 109/1986, de 24 de Septiembre. Recurso de amparo 664/1985.

⁶ *"El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley."*

⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección Primera, Sentencia núm. 580/2014, de 21 de Julio.

“El principio constitucional de inocencia, proclamado en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna , gira sobre las siguientes ideas esenciales: 1º) El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, [...] ; 2º) que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba, suficientes para desvirtuar tal derecho presuntivo [...]; 3º) que tales pruebas se han de practicar en el acto del juicio oral, salvo los limitados casos de admisión de pruebas anticipadas y preconstituidas; 4º) dichas pruebas incriminatorias han de estar a cargo de las acusaciones personadas (públicas o privadas); 5º) que solamente la ausencia o vacío probatorio puede originar la infracción de tal derecho fundamental.”

Finalmente, entiendo que la STS 1051/2002⁸ de 23 de Julio, en su Fundamento de Derecho primero, describe claramente una definición de presunción de inocencia, clara y sencilla, y que bien expresa el sentido de la misma:

“La presunción de inocencia es una verdad provisional que ampara a todo acusado de un delito y que sólo cede cuando el Tribunal competente, valorando racionalmente una prueba con sentido de cargo celebrada ante él, llega a la convicción de que el hecho objeto de acusación se produjo efectivamente y que el acusado intervino en él.”

2.2.- Marco legislativo

La presunción de inocencia es un Derecho Fundamental básico en todo estado de Derecho, siendo protegido tanto a nivel nacional por la legislación española, así como a nivel supranacional, por las instituciones europeas, a través de convenios intraeuropeos, y por pactos internacionales firmados por países de todos los continentes.

⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia 1051/2002, de 23 de julio.

A nivel mundial, el derecho a la presunción de inocencia se incluyó por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, recogido en su artículo (art.) 11.1⁹, sentando este contenido como un Derecho Fundamental a proteger mundialmente. Posteriormente, en el año 1966, sirviendo de punto de partida los derechos recogidos en la Declaración de Derechos Humanos, se procedería a elaborar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde, en este último, en su art. 14.2¹⁰ regularía la presunción de inocencia. Debido a la situación política de España, y su característico hermetismo, tanto la Declaración como los Pactos, no serían ratificados hasta el 27 de Abril de 1977, entrando en vigor el 27 de Julio del mismo año¹¹.

En cuanto al panorama europeo, sería en 1950 cuando se redactó el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al que seguirían dos protocolos adicionales números 3 y 6, redactados en 1963 y 1966 respectivamente. El Convenio regularía en su art. 6.2¹² la presunción de inocencia, siendo ratificada por España, junto a los protocolos adicionales, el 24 de Noviembre de 1977. Siguiendo la misma línea, encontramos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, regulando en su art. 48¹³ la presunción de inocencia.

En cuanto a la regulación nacional, la presunción de inocencia viene prevista en la Constitución Española de 1978, en el art. 24.2¹⁴ CE. Si bien es

⁹ *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”*

¹⁰ *“Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.”*

¹¹ CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., *España y los convenios internaciones de protección de los Derechos Humanos*, Pamplona, Agosto 1977, pp. 129 y ss.

¹² *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”*

¹³ *“Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”*

¹⁴ *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, [...] y a la presunción de inocencia.”*

cierto que específicamente solo viene regulada en la CE, viene íntimamente relacionada con numerosos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁵ (LOPJ), Ley Orgánica del Tribunal del Jurado¹⁶ (LOTJ), los cuales hacen referencia a los medios de prueba, así como al deber de motivar las resoluciones del tribunal, ya sean sentencias, autos, o demás resoluciones judiciales.

3.- TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1.- Concepto de Violencia de Género y bien jurídico protegido.

En referencia a la definición de víctima de violencia de género, debido a su gran impacto social, podemos encontrar multitud de definiciones de diversas ramas de estudio, como psicología, sociología, historia, política criminal... pero, en lo que al Derecho respecta, fue en 2004 cuando entró en vigor la Ley Orgánica (L.O) 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la cual recoge en su art. 1.3¹⁷ una definición acorde al objeto del presente.

Pues bien, en cuanto a lo dispuesto en el párrafo anterior, cabe recalcar que no toda violencia física y psicológica será tipificada como violencia de

¹⁵ Art. 11.1 LOPJ: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

¹⁶ Art. 61.1.d) LOTJ: “Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...». Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.”

¹⁷ “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”

género, si no que esta deberá ir dirigida hacia un sujeto concreto, especificándose en el art. 1.1¹⁸ L.O 1/2004.

Aunque, bien podría eliminarse del precepto citado la frase remarcada del artículo anterior, todo ello en virtud de la STS 677/2018¹⁹ de 20 de Diciembre, en cuanto a que el Alto Tribunal establece que cualquier agresión de un hombre a una mujer en la relación de pareja o ex pareja, es hecho constitutivo de violencia de género, sin tener en cuenta el *animus* del agresor. Todo ello a que entiende que, la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, *“no es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Ese componente “machista” hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades.”* Esta sentencia será analizada posteriormente con más detenimiento.

Así pues, y pese a la tremenda afirmación asentada por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional se pronuncia, exponiendo que se produce una inversión de la carga de la prueba, siendo la defensa quien deba probar la ausencia de *animus* en los hechos, así viene expuesto en la STC 41/2010²⁰ de 22 de Julio, *“Describiendo la situación objetivable, que no subjetiva, que existe en estos casos y que justifican las circunstancias excepcionales contempladas en la Ley Orgánica 1/2004, pero sin que entendamos que ello quiera decir -y esto es lo importante- que sea preciso “probar” por las acusaciones que en la acción del sujeto pasivo existió un “animus” propio y específico, sino que, en todo caso, el acusado será el que pueda probar que tal ánimo no existió en supuestos muy concretos, como el conflicto producido entre ex parejas de hace tiempo, o hechos de coacciones por motivos económicos motivado por la ruptura de la pareja, etc.”*

¹⁸ *“La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que **como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres**, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”*

¹⁹ Tribunal Supremo, Pleno, STS 677/2018, de 20 de Diciembre.

²⁰ Tribunal Constitucional, Pleno, STC 41/2010, de 22 de Julio.

Delimitada la definición de violencia de género, observamos que no son pocos los delitos²¹ que abarca, es por esta razón, por la cual el bien jurídico protegido ha sido objeto de innumerables debates, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El bien jurídico atacado deberá analizarse específicamente sobre el supuesto de hecho, ya que, debido a la idiosincrasia de cada delito, este afectará a la salud, a la integridad física, o a la dignidad de la mujer.

La controversia surge en cuanto al delito de malos tratos habituales en el domicilio común, regulado en el art. 173.2 CP. El contexto en el que nos encontramos es una agresión de varón a mujer, que es o ha sido su cónyuge, o relación análoga, dentro del domicilio familiar, en el que se encuentran demás miembros de la familia. Pues bien, existe una corriente doctrinal que entiende que los bienes jurídicos afectos son únicamente los enunciados anteriormente para la violencia de género²², y otra más predominante entiende que se busca proteger un abanico más amplio de bienes jurídicos, siendo estos los descritos en la STS 1164/2004²³, abarcando a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, el derecho a la seguridad, y la protección de la familia, infancia y de los hijos.

Por lo que, el bien jurídico protegido del delito de violencia de género abarca, la salud, la integridad física, la dignidad de la mujer, así como la paz familiar, debiendo examinar en cada supuesto de hecho cuál es el afectado.

²¹ Los delitos comprendidos dentro de la definición son: homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 140 CP), aborto (art. 144 CP), lesiones (art. 147 y ss. CP), detenciones ilegales (art. 163 y ss. CP), amenazas (art. 169 y ss. CP), coacciones (art. 172 CP), integridad moral (art. 173 CP), contra la libertad e indemnidad sexuales en todas sus formas (art. 178 y ss. CP), contra el honor en todas sus formas (art. 205 y ss. CP)

²² Salud, integridad física y dignidad de la mujer.

²³ *“el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –Art. 10–, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –Art. 15– y en el derecho a la seguridad –Art. 17–, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del Art. 39.”.*

3.2.- La prueba en los delitos de Violencia de Género.

La prueba, considerada en su más amplio sentido, “es la actividad procesal que tiene por objeto conseguir la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes a las que aquél debe dar una respuesta fundada en Derecho.”²⁴

Esta supone el elemento central en cualquier procedimiento judicial, adquiriendo, más si cabe, mayor protagonismo en el ámbito del Derecho Penal, en el que prima la búsqueda de la verdad material, frente a la verdad formal que se persigue en el proceso civil.

El procedimiento probatorio es idéntico en toda clase de procesos penales, por lo que la Ley de Violencia de Género no dedica preceptos específicos en su articulado, lo que nos lleva a seguir los cauces procedimentales genéricos que regula la LECrim. Pero ello no es ápice para recalcar la especial problemática a la hora de practicar prueba en los delitos de violencia de género, precisamente por la naturaleza privada o íntima en la que se comente el mismo, puesto que, habitualmente, nos encontramos únicamente con los dos sujetos que son parte del proceso, sin testigos o demás fuentes probatorias que pudieran esclarecer los hechos producidos. Esta realidad conlleva a que nos encontremos como único medio de prueba el testimonio de la víctima, tema que se va a abordar a continuación con el estudio de la STS 119/2019²⁵, de 6 de Marzo.

²⁴ PUERTA LUÍS, L.R., *La prueba en el proceso penal*, en Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla, ISSN 0213-7925, N.º. 24, 1995, págs. 47-80.

²⁵ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 119/2019, de 6 de Marzo.

4.- ESTUDIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 119/2019

Con anterioridad al inicio del estudio, los hechos son aquellos que se tuvieron por probados²⁶ en la sentencia.

Lo interesante de la sentencia, dejando al margen los hechos, es el análisis que lleva a cabo el Tribunal Supremo sobre los aspectos que debe concurrir en la declaración de la víctima para dotarla de credibilidad, así como la enumeración de factores a tener en cuenta en dicha credibilidad.

4.1.- Criterios previos a la valoración de credibilidad del testimonio de la víctima

Nos encontramos, como hemos comentado, en una tesitura probatoria especial, en la que la propia víctima, con su declaración, aporta la única prueba del procedimiento. Esta situación debe ser tratada con mucha cautela, puesto que, la misma persona que aporta la prueba declaratoria es, a su vez, la parte que, generalmente, inicia el proceso penal. La tesitura procesal en la que nos encontramos, es la acumulación de dos partes procesales distintas, en una sola (víctima/acusación - testigo), pudiendo existir intereses contrapuestos, por lo que, dicha declaración debe ser examinada por el tribunal conforme a los requisitos que en los correlativos siguientes se van a desarrollar.

Lejos queda el famoso aforismo "*testis unus testis nullus*", el cual la doctrina jurisprudencial se ha encargado de remarcar que no tiene cabida en

²⁶ "*Federico mantenía una relación sentimental con Emilia, desde inicios de 2.011 y hasta abril de 2.015, siendo que en varias ocasiones, en el domicilio que compartían, en el que también residían otras personas, tras la ingesta de bebidas alcohólicas que alteraban parcialmente su comportamiento, la insultaba con expresiones tales como "hija de puta y cochina", llegándole a decir que la mataría y que después se suicidaría. Llegó a propinándole incluso en fecha 31 de diciembre de 2.014, en el curso de una discusión que tuvo lugar en la vía pública, hallándose igualmente el acusado con sus facultades notablemente disminuidas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas, tal que casi no se sostenía en pie, un par de puñetazos en la cara, sin que conste que le causara lesión alguna.*"

nuestro Derecho, entre otras en la STS 88/2015²⁷, de 17 de Febrero, en la que exponía que *“están superadas épocas en que se desdeñaba esa prueba única (testimonium unius non valet), considerándola insuficiente por "imperativo legal" y no como conclusión emanada de la valoración libre y racional de un Tribunal”*. Con esta aseveración²⁸, el alto Tribunal otorga valor de prueba de cargo a la prueba testimonial única, y así lo refleja de forma clara la STS 938/2016²⁹, de 15 de Diciembre, *“la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible”*.

Pues bien, en la sentencia fuente de estudio del presente, en su extenso F.J Tercero, viene a exponer una serie de criterios previos a seguir por el Tribunal competente, con la intención de poder examinar la declaración de la víctima de la forma más adecuada.

A.) La declaración de la víctima tiene condición de prueba directa, es decir, que su autenticidad no se encuentra discutida, así viene expuesto en multitud de sentencias, v.g 266/2020³⁰, de 29 de Mayo, *“la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa, y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional estando por ello sometido, como cualquier otra prueba, a la valoración que el tribunal sentenciador haga de su capacidad incriminatoria o de descargo.”* Con ello se desprende consecuentemente que, la presunción de inocencia queda desvirtuada, puesto que el testimonio de la víctima toma valor de cierto, derivando en que la carga de la prueba queda invertida a la posición del investigado.

B.) Para que el testimonio de la víctima pueda sea considerado como prueba de cargo, este debe someterse a valoración por el propio Tribunal, el

²⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 88/2015, de 17 de Febrero.

²⁸ Ya en muchas sentencias anteriores a la parafraseada.

²⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 938/2016, de 15 de Diciembre.

³⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 266/2020 de 29 de Mayo.

cual, tras el análisis concienzudo de la declaración testifical de la víctima, deberá otorgarle dicho valor a la prueba. El esfuerzo de valoración se precisa necesario, puesto que nos encontramos en un contexto en que, tal y como hemos expuesto anteriormente, es la víctima quien aporta la única prueba del procedimiento, siendo a su vez la que ha iniciado el procedimiento penal, confundándose en una sola parte procesal testigo-víctima. Así lo expone la STS 678/2019³¹ de 6 de Marzo, en la que describe esta situación como "*situación límite de riesgo*" para el derecho a la presunción de inocencia cuando la única prueba de cargo es la declaración de la presunta víctima, señalando la STS de 23 de marzo de 1999 que el riesgo se hace más extremo si ésta es precisamente quien inicia el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejercita la acusación."

Así pues, el Ilmo. Sr. Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, en la STS 490/2010³² de 21 de Mayo, realiza una crítica en relación al trato de la declaración de la víctima en los delitos ejercidos en la intimidad, en los que por parte del Tribunal se otorga mayor credibilidad a dicha prueba, lo que supone, según este, un ataque al propio derecho de presunción de inocencia.

"En supuestos como el que se examina, de relaciones producidas entre dos personas en un contexto íntimo, existe cierta tendencia a postular para la declaración de la que aparece procesalmente como víctima un plus de credibilidad. Es decir, la aplicación de un estándar de prueba menos exigente."

C.) Cuando la declaración de la víctima conforma el único medio de prueba en el procedimiento, esta debe ir acompañada de una narración de los hechos razonable, y bien argumentada, debiendo apoyarse en datos que la fundamenten. Y de tal modo viene argumentado en la STS 29/2017³³, de 25 de enero, en la que expone que la testifical de la víctima, "*puede ser prueba*

³¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 678/2019 de 6 de Marzo.

³² Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sentencia 490/2010 de 21 de Mayo.

³³ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 29/2017 de 25 de Enero.

suficiente para condenar si va revestida de una motivación fáctica reforzada que muestre la ausencia de fisuras de fuste en la credibilidad del testimonio”.

La razón de esta obligación de argumentar los hechos denunciados tiene su fundamento en que, como bien apunta Alonso Pérez³⁴, la mera declaración de una supuesta víctima, sin hechos y datos que la avalen, que sirviera para enervar la presunción de inocencia del investigado, estaríamos incurriendo en la inaceptable máxima que fue fuente de críticas por juristas de la Ilustración “*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*”³⁵, la cual sería inaplicable en un Estado de Derecho.

4.2- Juicio de credibilidad del testimonio de la víctima

En este punto, el juez o tribunal se encuentra con dos pruebas en sus manos, las cuales debe analizar. De una parte, tiene la declaración del investigado, y de otro la testifical de la víctima, previsiblemente contradictorias, por lo que materialmente es la palabra de uno contra la del otro. Jurídicamente, como hemos visto, no es así. Pero para otorgar a la prueba testifical valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, el órgano jurisdiccional deberá llevar a cabo el análisis de dicha prueba, centrándose en que cumpla una serie de requisitos, los cuales vienen expuestos en el FJ Tercero de la sentencia de estudio, siendo estos:

A.) Ausencia de incredibilidad subjetiva

Este requisito se centra esencialmente en valorar que la declaración inculpatória no tenga su móvil en una relación previa de venganza, odio, cuestiones económicas o incluso de voluntad de la víctima por querer proteger a terceras personas.

³⁴ ALONSO PÉREZ, F., *El testimonio de la víctima. Apuntes jurisprudenciales*. Diario La Ley, Sección Doctrina, ISSN 0211-2744, N° 3, 1999, Ref. D-123, tomo 3, Editorial LA LEY, 21278/2001.

³⁵ “En los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no hubiera dejado “ninguna prueba”, la menor conjetura basta para penar al acusado.”

En este sentido se pronunció la STS 513/2016³⁶, de 10 de Junio, en la que anula y casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón. En esta, el Tribunal de apelación no analizó un sentimiento de descontento de la presunta víctima debido al reparto económico realizado cuando se produjo el otorgamiento de los bienes gananciales, lo que le llevó a denunciar a su exmarido por un delito de agresión sexual. *“En este caso surge un elemento distorsionador que no se consideró como tal, y es el descontento de la víctima, que ella misma admitió, con el reparto económico de los bienes gananciales, en especial con el valor asignado a una parcela comprada en común con la que se quedó el acusado. Descontento que generó en la denunciante un sentimiento de agravio por sentirse engañada, que ella misma admitió en el juicio.”*

Cabe recalcar, que el sentimiento de rechazo de la víctima hacia el denunciado debe existir con anterioridad al ataque recibido, razonando que de lo contrario iría en contra de “la naturaleza de los sentimientos”, ya que estaríamos obligando a una víctima de una agresión a que no tenga sentimientos contrarios hacia su propio agresor. En esta línea, encontramos la STS 1424/2004³⁷, de 1 de Diciembre, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Guadalajara 127/2011³⁸, de 20 de Noviembre, en la que se aborda un supuesto de hecho en el que el resentimiento de la víctima existe con anterioridad al ataque recibido.

“Los móviles o motivos espurios deben de nacer de situaciones ajenas a las que originan los hechos. La STS Sala 2.ª, 927/2000, de 24 de junio, establece que iría contra la naturaleza de los sentimientos el exigir a cualquier víctima la solidaridad o indiferencia respecto de la persona causante del perjuicio.”

³⁶ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 513/2016, de 10 de Junio.

³⁷ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 1424/2004, de 1 de Diciembre.

³⁸ Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección Primera. Sentencia 127/2011 de 20 de Noviembre.

B.) Verosimilitud

La verosimilitud, o también denominada credibilidad objetiva del testimonio, consiste en el análisis de la coherencia con la que la denunciante se expresa, tanto verbal como físicamente, siendo esto refrendado con datos objetivos que terminen de corroborar la declaración. Este requisito busca encontrar en el testimonio de la víctima una declaración sin contradicciones, exigiendo a su vez a la víctima que, en cierta manera, aporte datos objetivos que avalen su declaración, y así viene reflejado en la STS 568/2016³⁹, de 28 de Junio, *“La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.”*

De la propia naturaleza de los delitos aquí estudiados, se desprende que puedan llevarse a cabo hechos en los que no exista ninguna prueba material objetiva que corrobore la declaración de la víctima (v.g menoscabos psicológicos). Es por lo que la sentencia anteriormente⁴⁰ expuesta también aborda dicha cuestión, resolviendo que el hecho de no poder aportar datos objetivos materiales no desvirtúa el testimonio.

Este requisito, es analizado desde un punto de vista global, por lo que, si la declaración tiene un contenido coherente y consistente, pero a su vez, ha incurrido en errores, o incluso aportando elementos objetivos de escasa entidad probatoria, podría de igual forma dársele valor de prueba de cargo. Así lo refleja la STS 391/2019⁴¹, de 24 de Julio, *“Es cierto que ha habido un error en la determinación de la fecha del hecho [...]. Pero lo determinante en este concreto caso es la declaración de la víctima ha sido coherente, persistente y sin*

³⁹ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 568/2016, de 28 de Junio.

⁴⁰ STS 568/2016, de 28 de Junio. *“Sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.”*

⁴¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 391/2019, de 24 de Julio.

contradicciones, que no ha habido ningún indicio en sentido contrario a la tesis acusatoria y que no se ha individualizado ningún hecho o circunstancia que permita sospechar o intuir que la víctima haya prestado su testimonio por motivos espurios o con la sola intención de perjudicar o de fabular un hecho inexistente.”

C.) Persistencia en la incriminación

En cuanto a este requisito, trata de exigir que la versión ofrecida sea, por una parte, en el aspecto temporal, prolongada en el tiempo, y plural, y por otra que esté falta de contradicciones y ambigüedades.

Haciendo referencia a este requisito, se pronuncia la STS 391/2019, de 24 de Julio, en la que refleja como contenido de este requisito que:

“a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima. [...]

b) Concreción en la declaración. La declaración ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades.

c) Ausencia de contradicciones entre las sucesivas versiones que se ofrecen a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre las diversas versiones narradas en momentos diferentes.”

Como ejemplo de falta de persistencia, aludimos a los hechos descritos en la STS 972/2009⁴², de 15 de Octubre, en los que la presunta víctima interpuso denuncia por abuso sexual por parte de su marido. El Alto Tribunal estimó el recurso de casación interpuesto por la defensa, puesto que estima contradictoria la actitud de la denunciante, en cuanto a que, al día siguiente del presunto abuso, ésta mostraba una actitud amorosa con su marido, como puede ser sentarse en sus rodillas, entendiéndose el tribunal falta de persistencia, y así lo reflejaba. “De

⁴² Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 972/2009, de 15 de Octubre.

la valoración probatoria, el Tribunal a quo apunta consideraciones especialmente significativas como "lo inverosímil de algunas escenas que narró la denunciante"; que "el comportamiento de la denunciante podría ser calificado como contradictorio y difícil de entender", en relación con su actitud con su marido al día siguiente de la agresión sexual."

Así pues, pese a la importancia de la concurrencia de estos, la jurisprudencia se pronuncia en el extremo de que, para considerar prueba de cargo el testimonio de la víctima, esta no deberá cumplir con los tres requisitos de manera insoslayable, sino que estos deben ser interpretados de forma global, en el que, el detrimento de uno de ellos puede ser reforzado por la amplitud de otro. La STS 891/2014, de 23 de Diciembre, expone que *"Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la ley exige sea racional; es decir, [...] no son elementos imprescindibles para que pueda utilizarse esta prueba para condenar."*

Cierto es que la naturaleza de estos delitos pueden en sí mismo debilitar los propios requisitos, así lo refleja Gomez-Colomer⁴³ en cuanto al requisito de persistencia en la incriminación, en la que expone que *"concurren elementos que pueden determinar que la víctima no mantenga una actuación procesal uniforme durante toda la tramitación del proceso (a causa por ejemplo de su dependencia económica, social y psicológica frente al agresor, o de un inadecuado trato a la víctima, de miedo a las represalias, o de falta de asesoramiento técnico-jurídico)." Pero ello no puede alegarse en favor de una mayor permisibilidad en el rigor probatorio.*

4.3.- Proceso valorativo racional del Tribunal

Como ha quedado reflejado a lo largo del presente estudio, la interpretación de la prueba, es un trabajo que precisa de gran diligencia por parte

⁴³ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de Género y Proceso*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 202.

del juzgador. Consecuencia de ello, y teniendo en cuenta que la valoración del testimonio de la víctima como única prueba ha sido tema central en numerosa jurisprudencia, en la sentencia de estudio se lleva a cabo una enumeración⁴⁴ de factores que debe tener en cuenta el Tribunal en el proceso valorativo.

El hecho de que el TS haya elaborado una especie de “lista”, a modo de “El decálogo de una buena declaración”, está suscitando numerosas críticas en la doctrina. El primer problema que surge es la denominación (presupuestos), puesto que esto puede conllevar a que el principio de libre valoración de la prueba se vea ciertamente afectado, ya que se estará únicamente a la concurrencia de dichos “presupuestos”. Con esto se pretende una aplicación ecuéñime de los mismos, pudiendo casar cualquier sentencia que no los aplique, obviando así la prohibición de que el órgano de segunda instancia no pueda llevar a cabo correcciones sobre aspectos probatorios del órgano a quo.

Junto con los once presupuestos anteriores, el Tribunal advierte que hay que tener en consideración la situación de la víctima de Violencia de Género, entre las que enumera seis:

1.- Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal, por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.

2.- Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.

⁴⁴ 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal. 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa. 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal. 4.- “Lenguaje gestual” de convicción. 5.- Seriedad expositiva. 6.- Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos. 7.- Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos. 8.- Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad. 9.- La declaración no debe ser fragmentada. 10.- Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido. 11.- Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia y como lo que le perjudica.

3.- Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.

4.- Deseo de terminar cuanto antes la declaración.

5.- Deseo al olvido de los hechos.

6.- Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

Ante esta nueva enumeración, cabe remarcar que, sus cardinales deben ser tomados con cautela, puesto que, pese a que el Tribunal no lo especifique, se espera que dichas circunstancias no sean de aplicación automática a la declaración de la víctima, ya que se estaría incurriendo en una vulneración del principio *in dubio pro reo*, al aplicar una circunstancia perjudicial para el investigado, sin mediar ni siquiera prueba que lo avale. Aún así, siguen siendo circunstancias subjetivas, siendo el Tribunal quien ha de valorarlos.

Resulta evidente, que el testimonio tiene que ser interpretado junto con las circunstancias personales de la víctima, hecho que puede conllevar a que alguno de los puntos anteriores no sea cumplido, factor que, tal y como apunta Hurtado Yelo⁴⁵, no entorpecería la valoración del tribunal a la hora de tener en cuenta dicho elemento probatorio como prueba de cargo, siempre y cuando, pese a esta omisión, vaya ligado a los criterios de credibilidad anteriormente explicados. Sobre esta situación se me presenta la crítica de que si, ¿realmente los presupuestos enunciados van a tener incidencia en la práctica? Puesto que, como se ha dicho, el no cumplimiento de estos podrá llevar a atender a los presupuestos básicos de credibilidad, es decir, a la doctrina ya asentada con anterioridad a esta sentencia.

⁴⁵ HURTADO YELO, J.J., *Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima*. Diario La Ley. Núm. 7260. Sección Tribuna, de 13 de octubre de 2009.

Pues bien, a modo de ejemplo, en la STS 495/2019⁴⁶, de 17 de Octubre, encontramos un testimonio de la víctima, débil, sin mucho fundamento, y que no cumple con los requisitos establecidos por la sentencia de estudio, siendo descrito como un testimonio pobre. Pero, pese a ello, el Tribunal valora que la declaración en su conjunto no es confabuladora, y que debe tenerse en cuenta que *“la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal.”* Por lo que, finalmente terminan declarando no haber lugar al recurso, y confirmando la condena, derivando de esto que, aún sin cumplir los requisitos que establece la sentencia, se toma en consideración el testimonio al apreciar que sí cumple con los criterios básicos de credibilidad.

5.- LA DISPENSA DE DECLARAR DEL ARTÍCULO 416 LECRIM Y SU EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

La obligación de declarar tiene su razón de ser en la cooperación ciudadana en el funcionamiento de la justicia, siendo su finalidad que con la declaración se llegue a probar la comisión o no de un delito. Tal es su importancia que viene recogido en el art. 410⁴⁷ LECrim.

Pero la propia LECrim. establece una serie de excepciones a dicha obligación de declarar, entre ellas la recogida en el art. 416.1⁴⁸ LECrim. en el que refiere los sujetos que se encuentran dispensados de la obligación de declarar en el procedimiento penal.

⁴⁶ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 495/2019, de 17 de Octubre.

⁴⁷ *“Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.”*

⁴⁸ *“Están dispensados de la obligación de declarar: 1.- Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, **su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial**, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. [...]*

En cuanto a lo que en este estudio nos interesa, del artículo expuesto nos vamos a centrar en “*el cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial*”.

Se ha repetido en correlativos anteriores las circunstancias objetivas en las que se lleva a cabo la comisión del delito de violencia de género, y el carácter íntimo de este. Este delito, *per se*, implica que entre las partes existe una relación afectiva o sentimental análoga a la conyugal, derivando en que la víctima queda encuadrada dentro de aquellos sujetos exentos de declarar.

La interpretación de este artículo no ha sido ni mucho menos pacífica, pronunciándose en dos ocasiones la Sala Segunda del Tribunal en Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional ⁴⁹, así como importantes sentencias como STS 205/2018⁵⁰ de 25 de Abril, en la que el Ilmo.Sr. D. Antonio del Moral formula un interesante voto particular, y finalmente la STS 389/2020⁵¹ de 10 de Julio.

El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo el 24 de abril de 2013, de conformidad con lo que vino avanzando Magro Servet⁵² en artículos doctrinales previos, se pronunció sobre la interpretación de la dispensa del art. 416.1 LECrim. En esta se buscaba dilucidar si la dispensa “*alcanza a cónyuges y personas ligadas por análoga relación de afectividad solo mientras subsiste el matrimonio o ese vínculo afectivo asimilable, o si, por el contrario, extiende su eficacia a los casos en que ha cesado definitivamente la vinculación*”. Pues bien, el Pleno resolvió tratando de unificar criterios, fijando que la dispensa de no declarar no alcanza en los casos en que:

⁴⁹ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 24 de Abril de 2013, y Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 23 de Enero de 2018.

⁵⁰ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 205/2018, de 25 de Abril.

⁵¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda. Sentencia 398/2020, de 10 de Julio.

⁵² MAGRO SERVET, V. *La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?*, *Diario La Ley*, (4), 2005, pp. 1697-1708.

- La declaración sea por hechos llevados a cabo con posterioridad a la disolución de matrimonio o relación análoga.

- Aquellas situaciones en las que el testigo se persone como acusación en el proceso.

Esta última excepción trajo consigo una nueva controversia, en la que se discutía si ésta debía aplicarse al pariente que continúa ejercitando la acusación en el momento de la declaración, o bien, si este alcance abarca a cualquiera que haya sido acusación en algún momento previo a la declaración.

Para tratar de resolver el debate surgido de la interpretación realizada en el anterior Pleno, se volvió a reunir el 23 de Enero de 2018, en el que matizaba que *“No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.”*. Así pues, en la STS 205/2018, de 25 de Abril, la cual recoge dicho Pleno de 2018, refleja que, por el mero hecho de haber sido acusación particular en el procedimiento, y haber renunciado a ella, esto no debe derivar en una renuncia total a la dispensa de declarar, todo ello con base constitucional, aludiendo a la protección de las relaciones familiares en colación con la intimidad en el ámbito familiar de los art. 39 y 18 CE, respectivamente. En esta misma sentencia, se especifica la situación en la que, llevada a cabo toda la instrucción sin que la víctima/testigo haya hecho uso de su derecho a no declarar, en el momento del Juicio Oral decide hacer uso de la dispensa. El Tribunal Supremo resuelve, fallando que no se podrá hacer uso de las declaraciones efectuadas por el testigo en fase de instrucción, no pudiendo ser utilizadas dichas diligencias, ni siquiera por la vía del art. 730⁵³ LECrim.

⁵³ *“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.”*

Sobre esta última sentencia, el Ilmo.Sr. D. Antonio del Moral, formula voto particular, en el cual vamos a detenernos. La principal crítica que plasma es el sinsentido de que, en los supuestos en que la víctima decide practicar la diligencia de declaración, habiendo sido advertida de su derecho a no hacerlo, y llevándose a cabo su práctica con todas las garantías, no se tome en consideración cuando decida no declarar en el Juicio Oral. Entre sus argumentos destaca que, el hecho de que la víctima disponga de su derecho a no declarar, y decidida hacerlo valer en una fase procesal u otra, no debería conllevar la nulidad de una prueba obtenida con todas las garantías, dejando al Ministerio Público sin una prueba preconstituida que bien podría servir para perseguir el delito y llegar a condenar. En base a este voto particular, el Magistrado entendía que debía devolverse la causa a la sala de instancia, para que resolviera teniendo en cuenta la prueba preconstituida, siendo esta la declaración de la víctima.

Tras los Plenos no jurisdiccionales anteriormente expuestos, se ha precisado de una nueva convocatoria, esta vez del Pleno Jurisdiccional, en el que, a través de la STS 389/2020 de 10 de Julio, corrige al Pleno no jurisdiccional de 23 de Enero de 2018, aclarando que *“No recobra el derecho a la dispensa (art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), quien ha sido víctima-denunciante y ha ostentado la posición de acusación particular, aunque después cese en la misma.”*

Nos encontramos, por tanto, ante un importante giro jurisprudencial que, como bien han criticado los tres votos particulares formulados en esta sentencia, no tienen base legislativa que lo sustente. Ha virado hacia una interpretación más restrictiva del artículo, tal y como describe Beltrán Montoliu⁵⁴. En cambio, la sentencia viene sosteniendo su fallo en los siguientes argumentos:

⁵⁴ BELTRÁN MONTOLIU, A., *Víctima de violencia de género y la dispensa del art.416 LECRIM: evolución jurisprudencial*, *Revista de derecho penal y criminología*, 3.a Época, nº. 19 (enero de 2018), p. 41.

- Incompatibilidad entre la figura de la denunciante como víctima y el derecho a la dispensa, argumentando que esta figura se prevé para testigos-parientes, no pudiendo alcanzar a la propia víctima, quien con su denuncia, la cual es el motivo de imputación en sí misma, ha activado el proceso penal.

- Si la víctima se personó como acusación particular, no acogéndose a la dispensa de declarar, la renuncia de esta posición procesal no implicará que se reconozca la dispensa.

- El hecho de que la víctima denuncie voluntariamente al presunto agresor, deriva que en que ya no haya conflicto entre el deber de declarar y los derechos familiares que los unían.

- Se evitan posibles represalias por el agresor o su entorno para que la víctima no declare, todo ello en forma de coacciones de cara al juicio oral, donde es, como hemos comentado anteriormente, donde la declaración tendrá su valor probatorio en su totalidad.

- Podría llegar a convertirse en un delito privado si, pese a que existan episodios en los que se llevan a cabo la comisión de estos delitos, siempre se acogieran a la dispensa.

Por lo que, en conclusión, tras los cambios jurisprudenciales que han conllevado el tema en cuestión, en un periodo relativamente breve, nos encontramos en una situación procesal en la que, a mi modo de ver, la intencionalidad del Alto Tribunal es otorgar una mayor protección a la víctima, algo innegable, pero a su vez, quería asegurarse de la perseguibilidad pública del delito. Con esto último quiero dar a entender que, bajo mi punto de vista, tanto los órganos jurisdiccionales como por los abogados, eran conscientes de que la “batuta” del procedimiento pasaba a estar en manos de las partes, es decir, tal y como se había interpretado el precepto, la dispensa podía ser utilizada como una herramienta extraprocesal para solucionar el conflicto, y zanjar la vía penal sin que el presunto agresor se viera perjudicado.

6.- SITUACIÓN DE AGRESIÓN MUTUA EN EL ÁMBITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 677/2018⁵⁵, de 20 de Diciembre.

Pues bien, a lo largo del procedimiento que deriva en la STS 677/2018, encontramos dos sentencias absolutorias por parte del Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial en la que absuelven a los acusados. En la primera de las sentencias se razona la absolución en cuanto a que no cabe la aplicación del art. 153 CP, al no haber sido afectado el bien jurídico de preservación del ámbito familiar. La Audiencia Provincial absuelve porque entiende que no es de aplicación el art. 153 CP porque no se trata de un supuesto de hecho en el que una parte sea sometida a la otra por el uso de la fuerza, es decir, no había ánimo de dominación entre las partes, descartando por tanto la aplicación de dicho artículo. Estas sentencias son recurridas en casación por el Ministerio Fiscal, entendiéndose que se comete por parte del hombre un delito del 153.1⁵⁶ CP, y la mujer del 153.2⁵⁷ CP.

El Tribunal Supremo, reunido en Pleno, admitió dicho recurso fundamentando su fallo en los argumentos que a continuación se detallarán.

⁵⁵ Hechos probados: Una pareja se encontraba en una discoteca, cuando entre ambos se inicia una discusión motivada por no ponerse de acuerdo sobre cuándo marcharse a casa, ya que el hombre quería irse a casa y la mujer quedarse de fiesta. Durante la misma discusión, la mujer le propina un puñetazo en el rostro al hombre, a lo que este le responde con un guantazo con la mano abierta en la cara, recibiendo este una patada por parte de la mujer. De los hechos narrados no constan lesiones por ninguna de las partes, ni denuncia.

⁵⁶ *“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratarle de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor [...]”*

⁵⁷ *“Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo [...]”*

Primeramente, se detiene a precisar, y ya vaticinando una sentencia condenatoria, su potestad para poder revocar sentencias absolutorias. Y esta potestad revisadora la ejerce el Tribunal Supremo cuando actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, es decir, cuando revisa aspectos y cuestiones puramente jurídicas. En la sentencia estudiada, sí que se permite la revocación de la sentencia de apelación, puesto que lo que se discute es la aplicación de los artículos discutidos, sin entrar a valorar el relato de hechos.

A continuación, en un segundo correlativo, se dispone a exponer Doctrina Jurisprudencial del TS y TC relativa a los sucesos de agresiones mutuas y la aplicación de los art. 153.1º y 2º CP. Entre las numerosas sentencias que expone, llama la atención como resalta la STS 629/2009, de 24 de noviembre, en la que se refleja que:

*“Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P, modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, **sino sólo y exclusivamente** -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley- **cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer**".*

Tomando en consideración lo parafraseado, se puede llegar a entender que efectivamente, y como es lógico, todas las agresiones llevadas a cabo sobre una mujer no tienen porque encuadrarse dentro del tipo del art. 153.1º CP, más si cabe si no concurre la situación de desigualdad, relación de poder, etc. como es el caso que nos atañe.

Pues bien, la sentencia de estudio matiza que *“En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer.”* Ante esta afirmación, la cual choca frontalmente con la anterior, no cabe otra interpretación que asumir que, ante una agresión de un hombre a una mujer no

hay que buscar la intencionalidad de dominación por parte del hombre, sino que debe imputarse el art. 153.1º CP sin ningún tipo de excusa.

Continúa argumentando el Alto Tribunal la no necesidad de valoración de la intencionalidad de subyugar a la mujer remarcando que, *“Ese componente “machista” hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades.”* Lo que denota que entiende que cualquier agresión del hombre a la mujer en el ámbito de pareja será incardinado en el art. 153.1º CP, por la idiosincrasia que se le atribuye al hombre de hacer prevalecer su superioridad frente a ella, según parece referir el Tribunal Supremo.

Finaliza la argumentación de este correlativo reflejando que *“No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, **aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual.** Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada.”*

En este párrafo, en el que describe una serie de hipotéticos casos, en los que parece querer justificar la aplicación del art. 153.1º CP a toda costa, también hace alusión al supuesto de hecho, refiriendo que el hombre intentaba hacer prevalecer la propia voluntad, todo ello, cuando es la mujer quien agrede primero. A mi parecer, en este caso el Tribunal Supremo esta llevando a cabo una interpretación muy peculiar de los hechos, no habiendo base probatoria que avale lo descrito, por lo que, a mi entender, sí que se altera el *factum* de los hechos, puesto que realiza una interpretación que no se ciñe a los hechos probados, y desembocando por tanto en que no podrían revocar la absolución de la pareja.

Ante los argumentos expuestos, la Sala Segunda del Tribunal Supremo condenó al hombre a **6 meses de prisión**, [...] y a la mujer como autora de un delito del art. 153.2 del Código Penal a la pena de **3 meses de prisión**, [...].

Tras un análisis crítico de la sentencia, concluyo refiriendo mi rechazo a la valoración y aplicación de la norma penal en este supuesto específico, así como de los argumentos de los que se ha bastado el Tribunal Supremo para motivar la sentencia. Realmente, de su lectura parece pretender achacar al género masculino “una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor”, cuando debería aplicarse el precepto correspondiente según las circunstancias de cada caso individual. De la sentencia deriva, aunque en la conclusión onceava diga lo contrario, la aplicación *iuris et de iure* de dominación del hombre sobre la mujer.

Sobre el contenido de esta sentencia se formuló un voto particular, formulado por el Ilmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, al cual se adhirieron tres⁵⁸ magistrados más, y, al igual que la principal, aporta doctrina jurisprudencial que avala su enfoque. El argumento principal, y que es el que se ha defendido por esta parte anteriormente, es que no se puede deducir de los hechos ninguna situación de superioridad, ni de voluntad de someter a la mujer a la voluntad de marcharse de la discoteca, sino que se lleva a cabo en un contexto de discusión producido por una sandez, reflejando el ilustre ponente que:

“Del relato fáctico no es difícil deducir que las agresiones mutuas tuvieron lugar en un nivel de igualdad, en el que dos seres humanos, con independencia de los roles personales y sociales que cada uno pueda atribuir al otro, se enfrentan hasta llegar a la agresión física, [...]. En cualquier caso, aquel contexto no se declara probado en la sentencia impugnada.”

⁵⁸ Ilmos. Srs. D. Alberto Jorge Barreiro, Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre y Carmen Lamela Díaz.

Tras un análisis pormenorizado, tanto de la sentencia como del voto particular, coincido plenamente con la crítica del ponente en su voto particular, en cuanto a que, el hecho de presumir que cualquier acción llevada a cabo por el hombre sobre la mujer en un contexto de pareja lleva intrínseco una voluntad de dominación atenta contra la presunción de inocencia. Así pues, que sin mediar prueba de contrario se le aplique de forma automática una circunstancia que le resulta perjudicial a efectos penales vulnera a su vez el principio de culpabilidad junto con el principio jurídico *in dubio pro reo*.

*“En esas condiciones, la aplicación del artículo 153.1 al acusado varón, resulta automática y mecánica, e implica una presunción en su contra relativa a la concurrencia del elemento objetivo que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, justifica que la sanción sea diferente y más grave que la que correspondería al otro miembro de la pareja que ejecuta hechos de idéntica relevancia penal. Partir de la base de que concurre el elemento que justifica el trato desigual es **contrario a la presunción de inocencia**. Y hacer que el acusado responda, de modo automático y mecánico, de una característica de la conducta, necesaria para justificar la desigualdad de trato, que no se ha probado en el caso, además, **vulnera el principio de culpabilidad**.”*

El fallo recogido en este voto particular conllevaría a la aplicación a ambos sujetos el art. 153.2º CP, especificando además que, dada la escasa entidad de los hechos, debería imponerse la pena inferior en grado, prevista en el art. 153.4º CP.

7.- ¿PRIMA EL IUS PUNIENDI A LAS GARANTÍAS PENALES EN EL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

Tras el estudio llevado a cabo, analizadas multitud de sentencias y en especial las desarrolladas, surge la pregunta de si, por impopular que parezca, están consiguiendo ciertas presiones sociales y mediáticas influenciar a los Tribunales en la aplicación del Derecho Penal, derivando en vulneración de garantías.

Para su explicación, me voy a servir de la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Castilla y León, 14/2020⁵⁹, de 18 de marzo, bastándome de los hechos probados⁶⁰ redactados en la sentencia.

Como pruebas principales nos encontramos con una prueba pericial que denota falta de credibilidad por querer preservar una buena imagen, llegando a exponer que no se puede descartar cierto sentimiento espurio hacia los investigados. También existen conversaciones en las que la denunciante habla con sus amigas de lo sucedido con normalidad, incluso con satisfacción, quedando probada la inexistencia de intimidación por parte de los investigados. A esto se le unen ciertas contradicciones, en los relatos y declaraciones que realiza la denunciante, lo que, a la falta de credibilidad subjetiva, se une la falta de coherencia en sus versiones.

Pues bien, practicada toda la prueba anterior, y habiendo sido dictada la sentencia de la Manada escasos meses antes⁶¹, con todo el revuelo mediático que ello provocó, la Audiencia Provincial de Burgos condena por una agresión sexual a cada uno de ellos por cada una de las felaciones, al entender que la joven de 15 años no tiene capacidad para consentir. Además, condena en concurso real como cooperador necesario a cada uno por las dos felaciones de los otros. La participación consiste en generar con su presencia lo que se conoce como “intimidación ambiental”, lo que lleva a la aplicación de una pena de 38 años de prisión a cada uno, con el límite de cumplimiento de 20. De la última relación descrita, ocurrida en el cuarto de baño, se absuelve al acusado, al

⁵⁹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal. Sentencia 14/2020, de 18 de Marzo. “Sentencia del Arandina”.

⁶⁰ Hechos probados: una menor de 15 años, vía Instagram, inicia contactos con un jugador del Arandina Club de Fútbol, de 19 años. Después de tener conversaciones con él a través de dicha red social y por teléfono, habla con él y dos amigos sobre la posibilidad de tener sexo grupal, sin quedar probado el tono de la conversación. Finalmente, quedan un día en casa de los jóvenes, y después de grabar un video bailando en el que participan todos, apagan las luces y los chicos se desnudan, la desnudan a ella y les practica felaciones y masturbaciones. Cuando la chica va al cuarto de baño después de estos hechos, mantiene relaciones sexuales completas con el joven de 19 años en una habitación, con consentimiento, según el Tribunal.

⁶¹ Sentencia “La Manada”: STS 344/2019, de 4 de Julio.

entender que, el hecho de tener edades cercanas determina válido el consentimiento.

Pues en efecto, son precisamente estas situaciones a las que refiero con que en los delitos de Violencia de Género se está llevando a cabo, en algunos casos, una aplicación del Derecho Penal con ausencia de garantías. El grueso del presente trabajo ha servido para plasmar los aspectos que debe analizar el tribunal cuando se tiene como único medio probatorio el testimonio de la víctima. Y ha quedado plasmado como, pese a no ser exigible de forma taxativa el cumplimiento de todos los requisitos, el tribunal sí que debe percibir cierta congruencia en la totalidad de las diligencias y prueba practicada.

Dicho esto, resulta irrisorio como, en la sentencia del Arandina, no siendo el testimonio de la víctima el único medio probatorio, lo cual podría haber dificultado el sentido del fallo, si no que, se disponía de material probatorio variado, como era documental en forma de audios, whats-apps, declaraciones, periciales, etc. que concluían falta de credibilidad de la víctima. El Tribunal dicta fallo condenatorio, con una resolución notablemente desproporcionada. Entre la motivación, argumenta que se produce intimidación ambiental, desprendida de la declaración de la víctima, pese a que las pruebas indiciarias rebatieran esta postura, por la presencia de todos los varones en el momento de los hechos, derivando de esta presión ambiental el argumento que sostiene la calificación de agresión sexual del art. 183.3⁶² CP, pero a su vez, se les aplica a todos cooperación necesaria de los mismos hechos como agravante específica del art. 183.4.b)⁶³ CP., situación que, bajo mi humilde calificación, incurriría en *bis in idem*, puesto que, se está tomando una misma circunstancia como base para castigar dos veces, vulnerando el principio penal de doble incriminación.

⁶² Art. 183.3 CP.: Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

⁶³ Art. 183.4.b) CP.: Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

Siguiendo con la sentencia, como se ha dicho, el hecho de que el Tribunal tuviera acceso a una multitud de pruebas que rebatían el testimonio de la víctima, incluso sin cumplir los requisitos de credibilidad, no tomando en consideración las demás aportadas por la defensa, hace que a mi parecer, se incurriera en vulneración del principio de *in dubio pro reo*, ya que entiendo que, ante la concurrencia de tal cantidad de pruebas que desmontaban la versión de la víctima, como mínimo harían que el Tribunal tuviera ciertas dudas de la culpabilidad de los investigados.

Y finalmente, en cuanto al comentario de la sentencia, me gustaría remarcar la incongruencia en cuanto a que, absuelve al joven de 19 años de la relación sexual completa, por entender que, al tener una edad cercana, sí que existe consentimiento, pero cuando están todos juntos no. Sin entrar en consideraciones específicas, resulta cuanto menos curioso como en cuestión de minutos de diferencia, el consentimiento de la víctima no tiene validez, a sí tener, cuando el joven de 19 se encuentra tanto en la acción grupal como en la individual. A mi entender, ninguna acción en la que tuviera participación el joven tendría que estar juzgada, porque, según el Tribunal, esta sí que consiente mantenerlas con él, entendiendo tanto cuando están a solas, como cuando están con todos.

El breve análisis de la sentencia anterior ha servido de ejemplo para tratar de argumentar que, la presión mediática y de ciertos grupos sociales, están haciendo mella en ciertas resoluciones judiciales, las cuales parece ser que sucumben a la petición popular. Así viene reflejado en la obra *La Utopía Garantista del Derecho Penal en la “Nueva Edad Media”*⁶⁴:

“La función de protección de bienes jurídicos, el principio de proporcionalidad en las respuestas punitivas, entre otros, no son valores que

⁶⁴ MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del Derecho penal en la nueva “Edad Media”*, Col.lecció Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015, pág. 37.

cotizan al alza, son un engorroso obstáculo para la eficacia punitiva. El poder judicial es asaeteado en una lógica en espiral, pues debe resolver cada vez más complejos asuntos, a veces políticos y socioeconómicos, que le sobrepasan; si se obstina en mantener la cultura garantista será criticado por los medios de comunicación, erigidos en otro brazo armado del populismo punitivo. El heroísmo no siempre es exigible y la magistratura no puede ser un colectivo inmune al proceso, porque lo que se le demanda, en muchas ocasiones no es justicia sino la justicia popular, el justicialismo.”

Nos encontramos en un punto en que, la presión social ya no solo aclama una sentencia condenatoria, si no que, más allá de ello, exige la calificación jurídica que debe conllevar la sentencia, y solicita, como era de esperar, la máxima condena, so pena de manifestarse en la puerta de la sede judicial, siendo esto aplicado en analogía al legislador. En este sentido se pronuncia Rodríguez Boente⁶⁵, refiriendo que, la influencia social y mediática alcanzan tan entidad sobre la figura del juzgador, que esto ha llevado, en algunas ocasiones, en convertirse en una traba para las garantías penales del investigado. La autora refiere que los aspectos que se han visto influenciados has sido *“En primer lugar, en la actuación judicial se observa un marcado sesgo sexista a favor del género femenino, que conduce a que parta de la premisa implícita de que los hombres son “casi siempre” los malos malísimos mientras que las mujeres son “casi siempre” buenas buenísimas. En segundo lugar y derivado de lo anterior, en los supuestos de violencia de género se desvanece un tanto el principio in dubio pro reo, en el sentido de que, en caso de duda, la presión a la que se ve sometido el juez le conmina a inclinar la balanza hacia la condena y no hacia la absolución. Y, en tercer lugar, y también en íntima relación con el debilitamiento del principio in dubio pro reo, es preciso referirse a la posibilidad establecida por el propio Tribunal Supremo, de considerar probado un delito de violencia de género tomando como elemento de prueba principal, y en ocasiones único, el testimonio de la víctima.”*

⁶⁵ RODRIGUEZ BOENTE, S. E., *Prueba en los supuestos de violencia de género*. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas-2011, XVIII/1-2: (231-246) ISSN 1132-0877, 2013, pp. 234-235.

A colación con lo anterior, no puedo dejar pasar la oportunidad de parafrasear al profesor Nieva Fenoll⁶⁶, el cual refiere que:

“Es muy triste que el Legislador haga su labor a golpe de titular. Pero, por desgracia, es lo que ha hecho en este caso, sin desmerecer este juicio en absoluto la abnegada labor y nobles intenciones de los impulsores de la reforma, que comparto plenamente. Porque los actos de violencia de género son ciertamente graves, frecuentes y, sobre todo, execrables”.

Esta práctica legislativa no es nueva, si no que la presión social siempre ha existido y, por consiguiente, esta voluntad de calmar las pretensiones de esta también, sin perjuicio de remarcar que se ha acentuado en la última década. Y así puede observarse en la Ley Orgánica de la Responsabilidad del Menor, en la que, a raíz del caso Marta del Castillo y su impacto mediático, se llevó a cabo su reforma, permitiendo la personación en un proceso de menores a la acusación particular, ya que hasta el momento no se contemplaba. Así pues, y con la finalidad de querer suplir la ausencia de esta parte procesal, se reformó, siendo muy criticada en este aspecto, puesto que dejaba sin sentido el *quid* de la ley del menor, que es la reeducación y el interés del menor, y dando prioridad a una reparación del daño de la víctima. Así bien lo refleja Cuerda Arnau⁶⁷ refiriéndose a la reforma mencionada en cuanto a la acusación particular, *“Hasta la reforma de 2003, la Ley de Responsabilidad penal del menor excluía, incluso, la acusación particular, lo que era lógico en un procedimiento que, pese a ser penal, tiene entre sus principios básicos procurar que en la elección de la pena o medida se tome en especial consideración el superior interés del menor, evitando que primen criterios estrictamente retributivos, que son, muchas veces y de modo humanamente comprensible, los que orientan la pretensión del ofendido.”*

⁶⁶ NIEVA FENOLL, J., *La instrucción y el enjuiciamiento de delitos causados por la violencia de género*, *Justicia*, revista de Derecho Procesal, nº 1-2/2006, Octubre, p. 81.

⁶⁷ CUERDA ARNAU, Ma. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., y GONZÁLEZ CUSSAC, JL., *Vistas penales: casos resueltos y guías de actuación en sala / directora, María Luisa Cuerda Arnau ; coordinador, Antonio Fernández Hernández ; autores, José Luis González Cussac, Elena Górriz Royo, Cristina Guisasola Lerma, María Jesús Blasco Mayor, Idoia Olloquiegui Suzunza , Juan José Periago Morant y Javier Zaldivar Robles*, 3a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Print.

Por suerte, nos encontramos en un Estado de Derecho en el que, hasta el momento, prima la separación de poderes, o al menos el judicial está luchando por no verse manipulado por el legislativo y el ejecutivo. Ello conlleva que, a diferencia de la forma de actuar del legislador, los magistrados y jueces se encuentran velando por una aplicación del Derecho, sin contaminarse de una presión social que parece amenazar la independencia e imparcialidad en su labor.

A razón de dicha presión social, esta no solamente afecta de forma directa a las consecuencias jurídicas que se puedan desprender sobre el propio investigado, sino que, de igual forma, debemos atender al impacto que esta pueda tener sobre el propio testimonio de la víctima. Con esta afirmación, traigo a colación la teoría de la conformidad normativa de Solomon Asch⁶⁸, en la que se analiza como, el ser humano, en busca de no ser segregados o incluso juzgados por un grupo social, es capaz de renunciar a sus propios sentidos. Este argumento se toma en relación con el presente, suponiendo una situación ficticia en que, ante un hecho en el que el sujeto pasivo pueda entender la comisión de lo sucedido desde una perspectiva meramente cotidiana, la presión en masa, y el miedo a ser juzgado por esta, puede hacer decantar al sujeto en un relato condicionado.

La consecuencia inmediata de todo lo anterior tiene un efecto directo en el ámbito social del investigado, el cual, incluso con una sentencia absolutoria, vería afectada su presunción de inocencia a nivel social, ya que como he defendido anteriormente, este principio tiene un marcado carácter extraprocesal, más si cabe en este tipo de delitos, en los que existe un gran estigma social y

⁶⁸ *“Cuando un sujeto se encuentra solo frente a un grupo alineado bajo la misma premisa, tiene más posibilidades de adherirse a la respuesta del grupo, a pesar de ser evidentemente errónea.”*

que comparto completamente. Todo ello conlleva a lo expuesto por Martín Biz⁶⁹, *“Socialmente, sí existe un cierto estigma en contra de los presuntos autores de delitos de violencia de género que, como ya avanzábamos, a nivel público, que no legal ni procesal, ostentan más bien una presunción de culpabilidad. Presunción de culpabilidad que muchas veces es alentada por los propios medios de comunicación y otros posibles factores sociológicos y que pueden condicionar, digo pueden, las decisiones judiciales en relación con el imputado por delitos de esta naturaleza. No obstante, insistimos una vez más que la presunción de inocencia, y en asuntos de violencia de género también, no se ve mermada por la adopción de determinadas medidas judiciales -especialmente tendentes a la protección de la víctima- tal y como la propia jurisprudencia española ha ratificado en resoluciones como aquellas en que se establece una orden de protección.”*

Finalmente, para concluir, no puedo elegir otra reflexión que la realizada por el profesor Colomer Bea⁷⁰, con la que resumo el sentido del presente estudio:

“El hecho de no condenar, o de condenar con penas proporcionales y en atención a los criterios de presunción de inocencia, de legalidad, de proporcionalidad y de seguridad jurídica, no significa no creer a la víctima. Significa que el Derecho penal, el instrumento represor por excelencia en manos del Estado, sigue siendo un arma imperfecta que no puede, ni debe, cumplir la función promocional que algunos pretenden asignarle.”

▪

⁶⁹ MARTÍN DIZ, F., *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género. Ius et Praxis*, v. 24 nº 3, pp.19-66

⁷⁰ COLOMER BEA, D., *La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 41, 2019, págs. 97.

8.- CONCLUSIONES

Como apartado final del presente trabajo, voy a exponer brevemente las conclusiones a la que he llegado tras el estudio de los aspectos tratados.

PRIMERA.- La presunción de inocencia tiene, en la práctica, un valor meramente procesal, refiriéndome con esto a que, el estigma social que le va a comportar a un sujeto que haya estado inmerso en un proceso de violencia de género, siendo absuelto, no va a dejar de perseguirle nunca.

SEGUNDA.- El testimonio de la víctima puede enervar la presunción de inocencia si cumple una serie de requisitos tasados por el Tribunal Supremo. Pese a los presupuestos aportados por el TS, su falta de cumplimiento puede completarse con los requisitos básicos de credibilidad, siendo estos la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud en el testimonio y la persistencia en la incriminación. El Tribunal puede valorar continuar teniendo el testimonio como prueba enervadora, valorando conjuntamente las circunstancias que envuelven los hechos y el testimonio de la víctima.

TERCERA.- La dispensa de declarar permitía a las partes tener el control del proceso, en cuanto a la absolución del investigado, pudiendo acogerse al derecho tanto en instrucción, como el Juicio Oral. Siendo de esta última forma, la diligencia de declaración de la víctima no tendría valor, dejando de contenido probatorio el procedimiento, y como hemos dicho, desembocando en una absolución.

CUARTA.- Me resulta alarmante que el Tribunal Supremo entienda que, ante cualquier acción violenta realizada en el ámbito de pareja entre un hombre y una mujer, al hombre se le debe aplicar el plus punitivo de violencia de género, por llevar intrínseco un animus de dominación sobre la mujer. El hecho de ni siquiera dar opción a probarlo, pese a que nos encontraríamos en una inversión de la prueba penal, dista mucho de un Estado de Derecho del que nos hacemos eco, vulnerando el principio de culpabilidad y de presunción de inocencia.

QUINTA.- Lejos de los que el Tribunal Supremo asienta, ante una agresión mutua, o incluso, en una agresión, sin lesiones, en la que se pruebe que no existe ese animus dominativo, deberá aplicarse el art. 153.2 CP.

SEXTA.- Me preocupa que la activa presión social, y política, lleve a cabo una legislación y sentencias al gusto del consumidor, en el que, dando todos los derechos a unos, priven de garantías penales a otros.

SÉPTIMA.- La labor de estudio de estas sentencia ha tenido enorme utilidad en cuanto a que, desde el prisma del abogado defensor, me aporta los conocimientos necesarios para que, en el contexto de una declaración en sede judicial, realizar preguntas que intenten hacer tambalear los requisitos de credibilidad que debe cumplir la víctima. Y en cuanto al prisma del abogado acusador, idéntico planteamiento, pero en este caso, elaborar una buena declaración de la cliente, para evitar que se ataque la credibilidad del testimonio.

▪

9.- BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y CITADA

MANUALES - MONOGRAFÍAS - REVISTAS

- HURTADO YELO, J.J., *Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima*. Diario La Ley. Núm. 7260. Sección Tribuna, de 13 de octubre de 2009.

- MAGRO SERVET, V. *La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?*, Diario La Ley, (4), 2005, pp. 1697-1708.

- BELTRÁN MONTOLIU, A., *Víctima de violencia de género y la dispensa del art.416 LECRIM: evolución jurisprudencial*, Revista de derecho penal y criminología, 3.a Época, nº. 19 (enero de 2018), p. 41.

- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de Género y Proceso*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 202.

- PUERTA LUÍS, L.R., *La prueba en el proceso penal*, en Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla, ISSN 0213-7925, Nº. 24, 1995, págs. 47-80.

- NIEVA FENOLL, J., *La instrucción y el enjuiciamiento de delitos causados por la violencia de género*, Justicia, revista de Derecho Procesal, nº 1-2/2006, Octubre, p. 81.

- CORRIENTE CÓRDOBA, J. A., *España y los convenios internaciones de protección de los Derechos Humanos*, Pamplona, Agosto 1977, pp. 129 y ss.

- RODRIGUEZ BOENTE, S. E., *Prueba en los supuestos de violencia de género*. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas-2011, XVIII/1-2: (231-246) ISSN 1132-0877, 2013, pp. 234-235.

- DEL MORAL, GARCIA, A., *Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del ministerio fiscal*. Encuentros "Violencia doméstica", 2004, ISBN 84-96228-36-3, págs. 457 y ss.

- LEAL MEDINA, J., *El juicio de credibilidad en las declaraciones testificales. Elementos subjetivos y objetivos. Incidencia de la presunción de inocencia en los diferentes tipos de testimonios y problemas más frecuentes que plantea*. Diario La Ley, No 8063, Sección Doctrina, 16 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-139, Editorial LA LEY LALEY 1790/2013.

- ALONSO PÉREZ, F., *El testimonio de la víctima. Apuntes jurisprudenciales*. Diario La Ley, Sección Doctrina, ISSN 0211-2744, Nº 3, 1999, Ref. D-123, tomo 3, Editorial LA LEY, 21278/2001.

- CUERDA ARNAU, Ma. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., y GONZÁLEZ CUSSAC, JL., *Vistas penales: casos resueltos y guías de actuación en sala / directora, María Luisa Cuerda Arnau; coordinador, Antonio Fernández Hernández; autores, José Luis González Cussac, Elena Górriz Royo, Cristina Guisasola Lerma, María Jesús Blasco Mayor, Idoia Olloquiegui Suzunza, Juan José Periago Morant y Javier Zaldivar Robles*, 3a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Print.

- COLOMER BEA, D., *La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales*, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 41, 2019, págs. 97.

- MARTÍN DIZ, F., *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género. Ius et Praxis*, v. 24 nº 3, pp.19-66

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 201/1989, de 30 de Noviembre.
- STC 229/1991, de 28 de Noviembre.
- STC 195/2002, de 28 de Octubre
- STC 25/2011, de 14 de Marzo (F.J 8)
- STC 112/2015, de 8 de Junio (F.J 7)
- STC 126/2012, de 8 de Junio (F.J 7)
- STC 125/2009, de 18 de Mayo.
- STC 134/2009, de 1 de Junio.
- STC161/2016, de 3 de Octubre

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 184/2019, de 2 Abril.
- STS 1117/2011, de 31 de Octubre.
- STS 391/2019, de 24 de Julio.
- STS 737/2020, de 5 de Marzo.
- STS 282/2018, de 13 de Junio.
- STS 1978/2019, de 13 de Junio.
- STS 494/2019, de 17 de Octubre.
- STS 391/2019, de 25 Julio.
- STS 205/2018, de 25 de Abril.
- STS 629/2009, de 24 de Noviembre.
- STS 677/2018, de 21 de Diciembre.
- STS 344/2019, de 4 de Julio.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ Castilla y León 14/2020, de 18 de Marzo.

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP Madrid, 782/2012, de 19 de Julio.
- SAP Burgos, 379/2019, de 11 de Diciembre.

LEGISLACIÓN

- Constitución Española
- Código Penal
- Ley de Enjuiciamiento Penal
- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

BASES DE DATOS

- CENDOJ
- Tirant Online
- Lefebvre
- Iberley

OTROS RECURSOS

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 24 de Abril de 2013.

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 23 de Enero de 2018.

.

