



Trabajo de Final de Grado

**LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA
EN EL PROCESO PENAL. ÚNICA
PRUEBA DE CARGO.**

Presentado por:

Aida Rodríguez Escrig

Tutor/a:

Marta Guinot Martínez

Grado en Derecho

Curso académico 2020/21

LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL. ÚNICA PRUEBA DE CARGO.....	1
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	III
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. CONCEPTO DE "VIOLENCIA DE GÉNERO".....	3
III. EXIGENCIA DE REALIZAR UNA INSTRUCCIÓN PENAL SUFICIENTE Y EFICAZ EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	5
1. NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	5
2. EXIGENCIA INTERNACIONAL: PRINCIPIO DE DILIGENCIA DEBIDA.....	7
<i>a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....</i>	<i>7</i>
<i>b) Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.....</i>	<i>10</i>
3. EXIGENCIA INTERNA: INVESTIGACIÓN SUFICIENTE Y EFICAZ.....	12
IV. TRATAMIENTO DE LA FIGURA TESTIGO-PARTE EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	14
V. LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR DEL ART. 416 LECRIM.....	15
VI. VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	23
1. CRITERIOS PARA MEDIR LA CREDIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	23
2. NUEVA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL EN EL ANÁLISIS DE LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.....	27
VII. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	29
VIII. APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR RAZÓN DE GÉNERO.....	31
CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA.....	40
RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY IN ENGLISH.....	46
I. INTRODUCTION.....	46

II. GENDER VIOLENCE CONCEPT.....	46
III. INTERNATIONAL PRINCIPAL OF DUE DILIGENCE AND INTERNAL REQUERIMENT TO CARRY OUT A SUFFICIENT AND EFFECTIVE CRIMINAL INVESTIGATION ON GENDER VIOLENCE.....	47
IV. TREATMENT OF THE WITNESS-PART FIGURE IN CRIMES OF GENDER VIOLENCE.....	49
V. THE WAIVER OF THE DUTY TO DECLARE OF ARTICLE 416 LECRIM.....	49
VI. ASSESSMENT OF VICTIM'S STATEMENT.....	51
VII. CONCEPT AND SCOPE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE.....	53
VIII. APPLICATION OF THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE DUE TO GENDER.	54

ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.	artículo
arts.	artículos
c.	contra
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley orgánica
núm.	número
p.	página
pp.	páginas
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Final de Grado (en adelante, TFG) trata sobre la declaración de la víctima en el proceso penal cuando ésta sea la única prueba de cargo.

En lo que a la elección del tema se refiere, teníamos claro, desde un primer momento, que, de ser posible, nuestro TFG guardaría relación con la materia de la violencia de género, por lo que no sería complejo decidir cuál escoger. Sin embargo, aquello que parecía una tarea sencilla, se convirtió en un auténtico dilema al comprobar que se ofertaban varios TFG vinculados con la referida materia, cada cual, para postres, más interesante que el anterior. La indecisión giró en torno a dos de ellos, pero, finalmente, nos decantamos por "La declaración de la víctima como única prueba de cargo" por ser más genérico. A día de hoy, podemos afirmar que la elección fue todo un acierto: el TFG nos ha brindado la oportunidad de conocer sobre un tema tan popular y mediático como controvertido como es la violencia de género.

De entre todos los aspectos comentados, sin lugar a dudas, el que mayor interés ha despertado en nosotros ha sido la larga trayectoria (repleta, por cierto, de vaivenes) de la interpretación jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar (art. 416 LECrim). Secundariamente, nos ha sorprendido, también, la última vuelta de tuerca del Tribunal Supremo en relación con la aplicación de la circunstancia agravante por razón de género (art. 22.4 CP). Creemos que se trata de dos cuestiones que ponen especialmente de relieve la permeabilidad de la materia de la violencia de género a los constantes cambios de nuestro entorno.

En cuanto a la estructura del TFG, se divide en siete puntos. En el primero de ellos se expone el concepto de "violencia de género" desde una perspectiva tanto externa como interna, así como su insuficiencia (al no abarcar todas las formas de violencia) y necesidad de reforma. Seguidamente, se explica, junto con su correspondiente recorrido jurisprudencial, cómo surge el principio internacional de diligencia debida y la exigencia nacional de deber realizar una investigación penal suficiente y eficaz. En el tercer punto, de manera muy breve, se atiende al tratamiento de la especial figura (denominada "testigo-parte") que ostenta la víctima en los procesos de violencia de género. En el siguiente apartado, nos centramos en la dispensa del deber de declarar (art. 416 LECRIM), exponiendo el concepto, espíritu y finalidad perseguida por la referida exención y las últimas interpretaciones jurisprudenciales en lo que a su aplicación práctica se refiere (desde el Acuerdo

Plenario de 2013, pasando por el Acuerdo Plenario de 2018 hasta la reciente STS 389/2020, de 10 de julio). En el quinto punto, se aborda la valoración de la declaración de la víctima, haciendo alusión, por un lado, a los tres parámetros clásicos (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud en los hechos y persistencia en la incriminación), y, por otro lado, a los nuevos criterios valorativos fijados por la STS 87/2020, de 20 de julio. A continuación, se encuentra una sucinta explicación sobre el alcance de la presunción de inocencia del inculpado cuando la declaración de la víctima es la única prueba de cargo. En el último apartado, dedicado a la circunstancia agravante por razón de género (art. 22.4 CP), se expone el concepto, la diferenciación entre los términos "género" y "sexo" y el actual tratamiento de la aplicación de la citada agravante tras el último cambio jurisprudencial.

En las conclusiones abordaremos las siguientes cuestiones: en primer lugar, se argumenta por qué se ha de definir el concepto de "violencia de género" desde una perspectiva más amplia; seguidamente, se habla de que, si bien es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico no operan con toda su intensidad ni el principio internacional de diligencia debida ni la exigencia interna de realizar una investigación penal suficiente y eficaz, es posible que, tras el último pronunciamiento el TC, comiencen a hacerlo; en tercer lugar, se expone por qué la declaración de la víctima merece ser objeto de un tratamiento diferenciado; en cuarto lugar, se atiende a la problemática que suscita la dispensa del deber de declarar (art. 416 LECrim) en supuestos de violencia de género y a los inconvenientes que plantea el último giro jurisprudencial en cuanto a su aplicación; a continuación, se aborda la valoración de la declaración de la víctima; en sexto lugar, se explica por qué la presunción de inocencia del presunto agresor no queda vacía de contenido incluso aunque la declaración de la víctima sea la única prueba de la que se dispone, y, finalmente, se expone de qué manera consideramos que debería aplicarse de circunstancia agravante por razón de género (art. 22.4 CP).

En relación a los métodos de investigación, comenzamos consultando, únicamente, jurisprudencia, y, en especial, aquellas sentencias que habían sentado un precedente, o bien, habían supuesto un antes y un después respecto de la materia que nos ocupa. Decidimos hacerlo así con la finalidad de aterrizar en el ámbito de la violencia de género. Esto nos permitió obtener una visión global, por lo que pudimos determinar con relativa facilidad los puntos en los que se centraría el trabajo. A continuación, elaboramos el (primer) índice y fue a partir de este momento cuando utilizamos otros métodos, tales como manuales, artículos científicos, normas (tanto internacionales como nacionales) y bases de datos.

II. CONCEPTO DE "VIOLENCIA DE GÉNERO"

El uso de la expresión "violencia de género" es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. En efecto, hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales. Sólo a partir de los años noventa, comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993¹ Dos años más tarde, se celebró la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín en 1995, definió el término "violencia contra la mujer"² desde un punto desde vista muy amplio, y en similares términos lo hizo en 2011 el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (en adelante, convenio de Estambul), al establecer que: "por violencia contra las mujeres se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada."³

Desde una perspectiva interna, nuestro legislador definió el concepto "violencia de género" en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LO 1/2004) en los siguientes términos:

¹MAQUEDA ABREU, M.^a L., *La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, núm. 08-02, 2006, págs. 1-13, en p. 2

²Art. 113 Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín en 1995: "La expresión "violencia contra la mujer" se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. Por consiguiente, la violencia contra la mujer puede tener, entre otras, las siguientes formas: a) La violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra."

³ Art. 3. a) Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011

"1. 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.

2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.

3. 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."⁴

Como vemos, el Convenio de Estambul tipifica como "violencia contra la mujer" actuaciones de muy distinta índole (daño físico, sexual, psicológico, amenazas, coerción, privación arbitraria de la libertad), con independencia de que se produzca en el seno de una relación de pareja. Llama la atención, a este respecto, que nuestro país, que fue pionero al regular en el año 2004 la recién citada LO 1/2004, no haya recogido parte de estos tipos delictivos como manifestaciones de Violencia de Género. Conforme a nuestra legislación, si no ha habido una relación sentimental entre un hombre y una mujer la violencia no se analiza con perspectiva de género y no pasa a un tribunal especializado.⁵ Pese a partir de una definición amplia –y correcta- de lo que deba entenderse por violencia de género (art. 1.3 LO 1/2004), su articulado restringe más adelante el campo de acción típico a sólo algunos de esos delitos –actos de maltrato no habitual (art. 153 CP), lesiones (art. 148.4 CP), amenazas y coacciones (arts. 171.4 y 172.2 CP)- y únicamente cuando se producen en el contexto de una relación de pareja actual o pasada. La restricción es, pues, doble.⁶

En base a lo expuesto, podemos afirmar que la LO 1/2004 dista mucho de ser auténticamente integral al recoger sólo limitadamente el fenómeno de la violencia de

⁴ Art. 1 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., La orden europea de protección aplicada a las víctimas de violencia de género, en A. Monge Fernández, (dir.) y J. Parrilla Vergara, (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 524 y ss., en p. 526.

⁶ MAQUEDA ABREU, M^a. L., "La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004" en CERVILLA GARZÓN, M. D. / FUENTES RODRÍGUEZ, F., *Mujer, violencia y Derecho*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, pág. 124.

género,⁷ motivo por el que se solicita⁸ la modificación del art. 1 de la mencionada norma con la finalidad de ampliar el concepto de violencia de género y considerar también otras formas de violencia contra la mujer que se manifiestan en ámbitos distintos de la pareja o ex pareja. Sin embargo, las propuestas de reforma no han visto luz, por lo que, a día de hoy, es aceptada la utilización del término "violencia de género", que convive junto con otros, tales como "violencia sexista" o "violencia masculina", para referirse al fenómeno de la violencia que se ejerce de diferentes formas contra las mujeres.⁹

III. EXIGENCIA DE REALIZAR UNA INSTRUCCIÓN PENAL SUFICIENTE Y EFICAZ EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

1. Notas características del derecho a la tutela judicial efectiva

El artículo 24 de la Constitución Española¹⁰ (en adelante, CE) contempla el derecho fundamental que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces. Ello, trasladado al ámbito penal, implica el derecho de acceso a la jurisdicción mediante el ejercicio de acción penal. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial¹¹, esta facultad recibe la denominación de *ius ut procedatur*. Sus características son las siguientes:

- 1) El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, del mismo modo que tampoco obliga a los órganos judiciales a realizar una investigación más allá de lo necesario¹².
- 2) El *ius ut procedatur* solamente habilita a poner en marcha un proceso penal, pero, en ningún caso, incluye un derecho material a la imposición de una

⁷ VÁZQUEZ RAMOS, L. A., *Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica*. Tal y como se cita en Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6302865>

⁸ *Reflexiones y propuestas de reforma de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, así como otras normas relacionadas en materia de violencia de género con motivo de la celebración del décimo aniversario de la entrada en vigor de la norma*, 2015, en p. 3.

⁹ *La violencia contra las mujeres*. Emakunde: instituto vasco de la mujer, 2009, en p. 3.

¹⁰ Artículo 24.1 de la Constitución Española, 1978: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión "

¹¹ STC (Pleno), núm. 179/2004, de 21 de octubre (RTC 2004\179), STC (Sala Segunda) núm. 94/2010, de 15 de noviembre (RTC 2010\94), STC (Sala Segunda) núm. 106/2011, de 20 de junio (RTC 2011\106).

¹² STC (Sala Primera), núm. 176/2006, de 5 de junio. (RTC 2006\176)

pena¹³, pues ello chocaría abiertamente con la configuración del *ius puniendi*¹⁴, en tanto en cuanto se trata de una facultad de naturaleza pública que pertenece en exclusiva al Estado.

- 3) Asimismo, la tutela judicial efectiva es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional.¹⁵

Esto debe ser entendido en el sentido de que no habrá vulneración alguna del art. 24 CE en caso de que el juez dicte una resolución motivada sobre las causas que impiden la tramitación de la denuncia o querrela.¹⁶ Cuestión distinta sería que el proceso finalizase sin haber practicado una diligencia debidamente propuesta, afectando así al derecho de utilización de los medios de prueba.¹⁷ Esta actuación, naturalmente, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, tan importante es la motivación y los fundamentos jurídicos contenidos en la decisión de sobreseimiento como el hecho de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva.

En síntesis, una suficiente y efectiva investigación ha de darse en todo tipo de delito, si bien es cierto que los delitos de violencia de género, puesto que suceden en un ámbito de privacidad (cosa que dificulta la existencia de elementos externos de corroboración) requieren un "plus" de atención y esfuerzo por parte de los órganos judiciales.

¹³ STC (Sala Primera), núm. 12/2006, de 16 de enero. (RTC 2006\12)

¹⁴ De acuerdo con GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E., *Introducción al Derecho Penal: Parte General*, ed. Tirant Lo Blanch, 2020, p. 27, el *ius puniendi* debe ser entendido como la potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen. Esta facultad la ostenta el Estado por partida triple: porque a uno de sus poderes, el legislativo, le corresponde crear las normas penales; otro, el judicial, es el encargado de aplicar dichas normas; y otro, el ejecutivo, es, en buena medida, el encargado de la investigación de los delitos y de hacer efectivo el cumplimiento de las penas impuestas, de las privativas de libertad en especial.

¹⁵ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio. (RTC 2020\87)

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, ed. Tirant Lo Blanch, 2021 p. 443.

¹⁷ STC (Sala Segunda), núm. 107/2008, de 22 de septiembre. (RTC 2008\107)

2. Exigencia internacional: principio de diligencia debida

a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El principio internacional de diligencia debida encuentra su germen en el caso *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009¹⁸, que atiende a unos hechos constitutivos de violencia contra la mujer en al ámbito familiar o afectivo.¹⁹ Este principio fue consagrado, en primer lugar, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y, posteriormente, tipificado por Convenios y ratificado por Comités internacionales (se expondrá con mayor profundidad un momento posterior).

Si bien es cierto que el TEDH había venido conocido asuntos de violencia contra la mujer, no fue hasta el año 2009 cuando comenzó a tratar estos casos como un problema social global en lugar de como violencia individualizada. Dicho en otros términos, no fue hasta el 2009 cuando el TEDH comenzó a aplicar una perspectiva de género.²⁰

El cambio de tendencia jurisprudencial se produjo, como se ha avanzado, con el caso *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009. Constituye el hito más importante, hasta la fecha, entre los pronunciamientos del TEDH en materia de violencia de género. En este caso, la demandante era una mujer que había sido víctima de malos tratos por parte de su marido, quien también había asesinado a la madre de su esposa. Fue la primera vez que se declaró vulnerado el art. 14 del Convenio Europeo

¹⁸ TEDH (Sección 3ª) Caso *Opuz contra Turquía*. Sentencia de 9 junio 2009 (JUR 2009\265558).

¹⁹ Recordemos que la violencia contra la mujer puede desarrollarse en tres ámbitos distintos: 1) Violencia en la comunidad. Se presenta en la comunidad es ejercida mayoritariamente por personas desconocidas (por ejemplo, cuando tiene lugar en la calle) o por personas del entorno comunitario (vecinal, laboral o escolar); 2) Violencia institucional. Incluye aquellas manifestaciones de violencia contra las mujeres en las que el Estado es directamente responsable por su acción u omisión, y 3) Violencia en el ámbito familiar o afectivo. Atiende a la violencia ejercida contra la mujer por aquel varón que mantiene o mantuvo con ella un vínculo sentimental. Esta violencia puede ser física, psíquica, sexual o patrimonial.

²⁰ Con arreglo a la *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, elaborada por la Unidad de coordinación de violencia sobre la mujer de la fiscalía general del Estado, de diciembre de 2020, la "perspectiva de género" se define como un instrumento o metodología que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación y la desigualdad en el trato entre hombres y mujeres derivados de roles sociales. La perspectiva de género permite una justicia libre de estereotipos y garantiza un adecuado respeto al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva y a la igualdad efectiva, proclamada en el Art. 14 CE y en el Art. 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.

de Derechos Humanos²¹ (en adelante, CEDH) en combinación con los arts. 2²² y 3²³ CEDH, al reconocer que la violencia sufrida por la demandante estaba basada en motivos de género, lo cual equivale a una forma de discriminación contra las mujeres. Se tuvo en cuenta aquí el elevado número de casos de violencia contra las mujeres a manos de sus maridos o ex maridos en Turquía, la pasividad del sistema judicial y la impunidad de la que gozaban los agresores.²⁴

Si bien es cierto que esta jurisprudencia no fue reiterada en todos los casos posteriores²⁵, el caso *Opuz c. Turquía* supuso el precedente del canon reforzado del principio de diligencia debida. En esta sentencia, el TEDH consolida las obligaciones positivas para los Estados, que deben tomar las medidas necesarias para proveer una protección efectiva de quienes sufran violencia basada en su género, incluyendo sanciones penales, remedios civiles frente a todo tipo de violencia.

Además, el referido tribunal ha urgido a eliminar toda aquiescencia o falta de compromiso institucional que lleve a situaciones de impunidad, pero también de pasividad -incluso no intencional- del sistema por omisión de la oportuna respuesta por parte de las autoridades; respuesta que habrá de incluir, cuando proceda, la vía judicial.²⁶

²¹ Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH): "*Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*"

²² Artículo 2 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH): "*Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima ; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente ; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.*"

²³ Artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH): "*Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*"

²⁴ CARMONA CUENCA, E., *Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Igualdad de Género*, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 42, 2018, pp. 311-334, p. 326.

²⁵ Por ejemplo, en el caso E.S. y otros contra Eslovaquia, de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2009/388504), no se hace ninguna referencia a la violencia de género como realidad o situación discriminatoria contra la que es preciso luchar, sino que, más bien, se realiza un estudio «neutral» de los hechos, ajeno a la perspectiva de género.

²⁶ Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, elaborada por la Unidad de coordinación de violencia sobre la mujer de la fiscalía general del Estado, de diciembre de 2020.

Recientemente, con ocasión del asunto *Talpis c. Italia*, de 2 de marzo de 2017²⁷, en la misma línea se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo, pues ha reiterado el deber de diligencia en el tratamiento de las denuncias por violencia doméstica. Recuerda, en este sentido, que los niños y demás personas vulnerables en el ámbito familiar tienen derecho a una prevención eficaz. Ello implica el deber de establecer un sistema judicial eficaz e independiente que permita determinar las causas de delito cometido, así como de sus responsables. Asimismo, ha hecho especial hincapié en recordar que el deber de diligencia exigible a las autoridades estatales resulta inherente a la obligación de investigar e implica, también, rapidez de respuesta o reacción a la hora de recabar los vestigios de delito de forma inmediata o, al menos, tan pronto como sea posible.²⁸

En fin, el espíritu del principio que nos ocupa tiene por finalidad que la intervención judicial, en primer lugar, haya empleado todas y cada una de las herramientas de investigación necesarias ante toda sospecha fundada de delito, y, en segundo lugar, evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de, en su caso, la adecuada protección de quien figure como víctima.²⁹

Además de la abundante jurisprudencia, actualmente, el principio de diligencia debida se encuentra recogido en el art. 49.2 del Convenio de Estambul.³⁰

²⁷ STEDH (Sección 1ª) Caso Talpis contra Italia, de 2 marzo 2017 (TEDH 2017\46)

²⁸ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio (RTC 2020\87), en relación con STEDH (Sección 1ª) Caso Talpis contra Italia, de 2 marzo 2017 (TEDH 2017\46)

²⁹ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio (RTC 2020\87).

³⁰ Artículo 49.2 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011: "*Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio.*"

b) Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

Además de encontrarse tipificado, España es parte de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés: *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*) y del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, por tanto, se obliga a la asunción de los compromisos en ambos textos comprendidos. Entre ellas, destacamos las comunicaciones individuales en forma de informes.

España presentó un informe, por última vez, en el año 2015. Tras su examen, el Comité de la CEDAW fue sumamente crítico con España al considerar que todavía quedaba mucho camino por recorrer para cumplir con sus obligaciones. El Comité mostró alarma por la prevalencia en el referido Estado de la violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual, y por el alto porcentaje de mujeres que han muerto como resultado de la violencia de género en las relaciones de pareja.³¹ Ello, entienden algunos autores, es debido a que la LO 1/2004 no abarca todas las formas de violencia más allá de las que se ejercen en el ámbito de la pareja.³²

Además, el Comité señaló, ya no solamente al número de mujeres que han resultado víctimas mortales a manos de sus parejas o ex parejas sentimentales, sino también al elevado número de niños asesinados. En este punto, trae a colación el caso *Ángela Carreño González contra España*³³. El presente asunto pone de relieve cómo nuestro Estado no ha sido capaz de proteger los derechos de la señora

³¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, de 29 de julio de 2017, párr. 20.

³² MANERO SALVADOR, A., *España ante la debida diligencia en violencia de género*. Anuario español de derecho internacional, vol. 35, 2019, pp. 591-616, p. 609.

³³ Breve exposición de los hechos relevantes del caso *Ángela González Carreño contra España*. Ángela era víctima de violencia de género en el ámbito familiar, violencia ejercida por su marido, F.R.C. En 1999 la víctima abandonó el hogar familiar y denunció los hechos. Ante la justicia la denunciante solicitó la separación provisional, la guarda y custodia de su hija, un régimen de visitas con el padre vigiladas por personal de servicios sociales, la atribución de la vivienda familiar y la contribución con una cuota alimentaria. Todas las solicitudes fueron luego ordenadas por la justicia. Durante el procedimiento de separación, F.R.C. continuó amenazando a la peticionaria. Éste fue solo una vez condenado por una falta de vejaciones. Se emitieron órdenes de alejamiento solo en favor de la peticionaria, y solo una en favor de la niña, que fue luego dejada sin efecto. Por informes de trabajadores sociales, la justicia decidió que las visitas entre padre e hija paulatinamente dejaran de ser vigiladas. Las apelaciones que buscaban lo contrario no tuvieron efecto. En una de estas visitas, el 24 de abril de 2003, F.R.C. asesinó a su hija y a continuación se suicidó

González Carreño y de su hija Andrea, siendo éste uno de los asuntos que mayor impacto han causado en la opinión pública española en los últimos años.³⁴

La señora González Carreño presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial al Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, acusándola de negligente, y solicitando una indemnización como forma de reparación. Sin embargo, su petición no se vio satisfecha.³⁵

Dada la pasividad de la justicia española, el caso llegó al Comité de la CEDAW, que admitió la comunicación individual y pasó a conocer del fondo del asunto, para dilucidar si las autoridades españolas aplicaron correctamente el principio de diligencia debida.

El Comité concluyó con dos recomendaciones particulares respecto a la autora de la comunicación y con tres de carácter general:

- Por un lado, de entre las recomendaciones particulares, destacamos la recomendación a España de otorgar a la señora González Carreño una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos.³⁶
- Por otro lado, de entre las recomendaciones generales, y, en lo que a nosotros concierne, destacamos la necesidad de reforzar la aplicación del marco legal con el fin de asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica.³⁷

A la vista de las recomendaciones, el estado español adoptó la siguiente postura: en relación a la recomendación particular, el Estado español, *a priori*, se negó a reparar adecuadamente el daño causado; en lo que se refiere al principio de debida

³⁴ MANERO SALVADOR, A., *España ante la debida diligencia en violencia de género*. Anuario español de derecho internacional, vol. 35, 2019, 591-616, p. 610.

³⁵ Véanse los antecedentes del caso en Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación n° 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012 de 15 de agosto de 2014, párr. 2.1 y ss, que, resumidamente exponen: El Ministerio rechazó la reclamación. Se presentó recurso de reposición, recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, y recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Todos ellos fueron rechazados y/o desestimados, según corresponda. Finalmente, se acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, que también rechazó el recurso.

³⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación N° 47/2012 Dictamen adoptado por el Comité en su 58° período de sesiones, de 30 de junio a 18 de julio de 2014, párr. 11.

³⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación N° 47/2012 Dictamen adoptado por el Comité en su 58° período de sesiones, de 30 de junio a 18 de julio de 2014, párr. 11..

diligencia, consideró el citado Estado que no le era difícil llevar a cabo una correcta aplicación del mismo, puesto que desde que ocurrieron los hechos, a legislación española había conocido una importante profundización en la defensa de las víctimas de violencia de género.³⁸

Llegados a este punto, resulta casi imposible no formularse la siguiente pregunta: ¿por qué España ratifica un Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW si después no va a cumplir sus recomendaciones?³⁹ Por fortuna, a día de hoy esta cuestión carece de sentido, pues la STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, condena a España a pagar una indemnización a la señora González Carreño de 600.000 euros en concepto de daños morales.

No obstante, aunque, finalmente y pese a las trabas, la petición de la señora González Carreño fue atendida, no hemos de obviar que dicha atención se ha demorado, nada más y nada menos, que quince años.

Por lo expuesto, es evidente que, en el Estado español, el principio de diligencia debida no opera con todo su esplendor.

3. Exigencia interna: investigación suficiente y eficaz

Recientemente, el Tribunal Constitucional, en la STC 87/2020, de 20 de julio⁴⁰, ha establecido la exigencia de en que la instrucción penal por violencia de género se realice una investigación penal suficiente y eficaz.

En la citada sentencia, el tribunal declara que, en las instrucciones penales que tengan por objeto denuncias por violencia de género, los jueces deben llevar a cabo el canon reforzado constitucionalmente exigible de realizar “*una investigación suficiente y eficaz*”. Todo ello, con la finalidad de evitar archivos provisionales prematuros en futuras causas.

³⁸ LOUSADA AROCHENA, J. F., *El caso González Carreño contra España*, AequAlitaS 2015 (nº 37), pp. 6-15, ISSN: 1575-3379, págs. 11 y 12.

³⁹ LOUSADA AROCHENA, J. F., *El caso González Carreño contra España*, AequAlitaS 2015 (nº 37), pp. 6-15, ISSN: 1575-3379, p. 15.

⁴⁰ En el caso que nos ocupa, el TC estima el recurso de amparo de una mujer a la que se le ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en un proceso penal por presunto delito de maltrato habitual, iniciado a raíz de denuncia formulada por una mujer contra su marido, mediando un proceso de divorcio en curso, y que fue sobreseído provisionalmente y archivado nada más haber prestado declaración el denunciado, sin que el juzgado instructor hubiera practicado ninguna otra diligencia, pese a haber solicitado aquélla, con el apoyo del Ministerio Fiscal, la realización de actuaciones encaminadas a acreditar los supuestos malos tratos recibidos.

La argumentación jurídica realizada por los excelentísimos Magistrados de Sala Segunda del Tribunal se centra en la necesidad de que la investigación llevada a cabo en fase de instrucción permita afirmar al tribunal, más allá de toda duda razonable, que los hechos denunciados no son constitutivos de delito, especialmente cuando estemos ante un presunto supuesto de violencia de género. Así se desprende de los razonamientos contenidos en la citada sentencia, en la que el TC afirma que *“este canon reforzado se entenderá debidamente colmado en tanto en cuanto, subsistiendo la sospecha fundada de delito se practiquen otras diligencias de investigación que, complementando esos testimonios enfrentados de las partes unidas por una relación de afectividad, presente o pasada, permitan ahondar en los hechos descartando o confirmando aquella sospecha inicial”*. Por ello, *“el deber de diligencia requerirá abundar en la investigación allí donde no se hayan agotado las posibilidades razonables de indagación sobre los hechos de apariencia delictiva, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva si el órgano judicial clausura precipitada o inmotivadamente la investigación penal”*. Asimismo, *“en los casos en que las víctimas sean personas especialmente vulnerables en supuestos de violencia de género obliga al juez instructor a que su investigación no quede constreñida al mero contraste superficial de los testimonios enfrentados entre sí”*.⁴¹

Además de las pautas procedimentales recién expuestas, y para mayor concreción sobre cómo ha de actuar el tribunal *a quo* en delitos de maltrato habitual y acoso, es necesario realizar un informe psico-familiar que determine el estado psicológico de la víctima y ponerlo en relación (causa-efecto) con la vivencia victimizante que se denuncia. A su vez, para objetivizar la dinámica de funcionamiento del informe (p. ej., para descartar desajustes psicológicos), se deberá relacionar con los hechos.⁴²

En síntesis, la exigencia de una investigación suficiente y eficaz implica que la intervención judicial debe responder a dos necesidades muy concretas:

“1) Emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito y,

⁴¹ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio (RTC 2020\87)

⁴² Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, elaborada por la Unidad de coordinación de violencia sobre la mujer de la fiscalía general del Estado, de diciembre de 2020.

2) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el resultado de la investigación".⁴³

IV. TRATAMIENTO DE LA FIGURA TESTIGO-PARTE EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Con carácter general, los delitos englobados bajo el paraguas de la violencia de género presentan una característica común: se cometen en un marco de privacidad o clandestinidad, ajenos a la mirada de terceros. Ello dificulta la existencia de elementos periféricos de corroboración, es decir, se carece de evidencias físicas que apoyen la versión proporcionada por quienes ocupan la posición de denunciante y denunciado.⁴⁴

Por este motivo, surge la figura del testigo-parte, propia de quien denuncia unos hechos constitutivos de ser clasificados de violencia de género. Esta figura es una especialidad porque reúne características tanto del "ofendido" como del "testigo":

- 1) El ofendido es, en Derecho penal, la víctima, el sujeto pasivo —persona física o jurídica— sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta típica del sujeto activo.⁴⁵
- 2) Por su parte, el testigo es un tercero o persona ajena a los sujetos del proceso (y, por ende, a los hechos) que declara ante el tribunal sobre su percepción (lo que vio y/o escuchó) y conocimiento (lo que sabe) acerca de unos hechos y circunstancias pasadas relacionadas con lo que es objeto de juicio.⁴⁶

Pese a reunir rasgos propios de ambas partes, en los casos de violencia de género, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero, a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción

⁴³ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio (RTC 2020\87)

⁴⁴ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio (RTC 2020\87)

⁴⁵ WOLTERS KLUWER (GUÍAS JURÍDICAS), *Ofendido*. Recuperado de: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmZEWmZtbLUouLM_DxblwMDC0MjI0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAIP6d_TUAAAA=WKE#:~:text=El%20ofendido%20es%2C%20en%20Derecho,conducta%20t%C3%ADpica%20del%20sujeto%20activo.&text=En%20este%20caso%20la%20acci%C3%B3n%20penal%20ser%C3%A1%20ejercitada%20por%20el%20Ministerio%20Fiscal. (consultado el 29/03/2021)

⁴⁶ WOLTERS KLUWER (GUÍAS JURÍDICAS), *Prueba de testigos (proceso penal)*. Recuperado de: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNDczMLU7Wy1KLizPw8WyMDAawsDcwMLkEBmWqVlfNjIZUGqbVpiTnEqACeJ0ig1AAAAWKE#I19> (consultado el 29/03/2021)

de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien "ha visto" un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.⁴⁷

Por este motivo, la doctrina es discrepante en lo que a la situación procesal de la víctima se refiere, en la medida en que, tal y como se desprende de la definición de "testigo", no es una persona ajena al proceso porque precisamente es ella la que ha sido objeto de los hechos que se imputan al acusado, ella va a declarar sobre su vivencia como víctima, sobre los hechos tal y como ella los vivió y no está exenta de un especial interés que al acusado se le declare culpable y consecuentemente sea condenado. Aún así, la declaración de la víctima en el proceso tiene la consideración de prueba testifical y, consecuentemente, el régimen aplicable es el previsto para los testigos.⁴⁸

Dada la especialidad tanto de la figura del testigo-parte que ocupa la víctima, su declaración precisa del juez un examen minucioso de las circunstancias.

V. LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR DEL ART. 416 LECRIM

Como se ha señalado, en los procedimientos seguidos ante los Tribunales las víctimas sólo pueden participar en calidad de testigos, por lo que en la práctica su participación está regulada por las normas que rigen la prueba testifical.⁴⁹ Consecuentemente, resulta aplicable la dispensa prevista en el art. 416.1 LECRIM⁵⁰, dispensa que deberá ser advertida al testigo por parte del Juez Instructor, pues, en caso contrario, las declaraciones, en cuanto que no habrían sido prestadas con todas

⁴⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 282/2018 de 13 junio. (RJ 2018\3021).

⁴⁸ DEL CARPIO DELGADO, J. *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad Hoc*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2009, en p. 117.

⁴⁹ DEL CARPIO DELGADO, J. *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad Hoc*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2009, en p. 117.

⁵⁰ Art. 416.1 LECRIM: "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.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia."

las garantías, se reputarían nulas y no podrían utilizarse válidamente como prueba de cargo, aunque ello no implicaría la nulidad del juicio en sí.⁵¹

Esta excepción del deber de declarar testigo nació para dar solución al conflicto en el que se colocaba a los testigos/familiares del presunto autor de un hecho delictivo al obligarles a declarar bajo juramento de decir la verdad contra ellos frente el deber de colaborar con la justicia y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado.⁵²

Como vemos, esta dispensa está pensada para los parientes que asumen la condición de testigo en sentido estricto, como terceros, la cual no puede predicarse respecto a aquella persona que, si bien dispone de información directa o indirecta sobre el hecho justiciable, además, ha asumido un rol de persecución.⁵³

Por tanto, es evidente que la situación en la que se encuentran las víctimas de violencia de género es bien distinta a la pensada por el legislador en el momento de diseñar el contenido del art. 416 LECRIM, ya que las relaciones familiares y/o de pareja en las que se incardina la violencia de género no responden a esos principios de solidaridad familiar, afecto y apoyo mutuo, sino que, muy al contrario, se encuentran presididas por un ambiente de dominación, agresividad, control, desprecio, humillación y negación de la libertad, personalidad y derechos de la víctima.⁵⁴ Siendo esto así, y como veíamos diciendo, resulta difícil compartir que el espíritu y finalidad de la dispensa del art. 416 LECrim sea de aplicación a la realidad de la violencia de género.⁵⁵ Pese a ello, tradicionalmente, se ha permitido que las víctimas se acojan a la mencionada dispensa porque así resulta de aplicar el régimen previsto para los testigos.

A modo ejemplificativo, solamente el pasado año (a fecha de hoy, nos referimos al año 2020), de las 145.731 mujeres que denunciaron haber sido víctimas de violencia de género, un total de 14.932 se acogieron a la dispensa contemplada en

⁵¹ STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 160/2010 de 5 marzo (RJ 2010\4057).

⁵² *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, elaborada por la Unidad de coordinación de violencia sobre la mujer de la fiscalía general del Estado, de diciembre de 2020, p. 18.

⁵³ CASTILLEJO MANZANARES, R., *La mujer como víctima*, en K. Etxebarria Estankona, I. Ordeñana Gezuraga y G. Otazua Zabala (dir.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 613-646, en p. 626.

⁵⁴ Memoria elevada al Gobierno de S.M. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2020, Capítulo VI, 3. Derechos procesal Penal, 3.1. Modificación del art. 416 LECrim, p. 1320.

⁵⁵ Memoria elevada al Gobierno de S.M. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2020, Capítulo VI, 3. Derechos procesal Penal, 3.1. Modificación del art. 416 LECrim, p. 1320.

el art. 416 LECrim, o, dicho en otros términos, 10'25 mujeres de cada 100 decidieron no declarar en contra del presunto agresor.⁵⁶

Así las cosas, la dificultad es palpable en tanto en ocasiones la víctima, que a su vez es cónyuge o pareja sentimental del agresor se acoge a la citada dispensa a declarar privando al Tribunal si no de un “testimonio privilegiado”, sí de una declaración en primera persona sobre los hechos⁵⁷. De ello se hacen eco algunos autores, quienes entienden que es un tema complejo, porque desde principios del año 2000 se implantó la opción de acogerse a la dispensa de declarar de algunas víctimas que antes lo que hacían era cambiar en juicio su inicial declaración inculpatoria en la instrucción para evitar la condena de su agresor.⁵⁸

Por lo expuesto, y para evitar las eventuales situaciones de impunidad que puedan derivar de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, surge la necesidad de llevar a cabo las modificaciones legales oportunas.⁵⁹ Aunque se han planteado propuestas de reforma legislativa⁶⁰, a día de hoy, continua habiendo un vacío legal, aunque no jurisprudencial.

En efecto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el acuerdo del Pleno de fecha de 24 de abril de 2013, precisó el alcance del art. 416 LECrim, estableciendo que la dispensa se exceptuaba en dos supuestos:

⁵⁶ Observatorio contra la violencia doméstica y de género. *Informe anual sobre violencia de género. Año 2020*. p. 7.

⁵⁷ PARRILLA VERGARA, J., "La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: alevosía y agravante de género" en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara, (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 29 y ss., en p. 56.

⁵⁸ MAGRO SERVET, V., *Análisis de la doctrina jurisprudencial reciente en violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9278, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018 p. 6.

⁵⁹ Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso + Senado, Eje 3: Perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas, en p. 32.

⁶⁰ Por ejemplo, el Informe del grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ de 2010, sobre los problemas de interpretación y aplicación que presenta la LO 1/2004, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pp. 26 y 27, planteó que la reforma podría incardinarse en dos sentidos:

- 1) Principalmente, la reforma legislativa debería establecer que dicha dispensa no resultará de aplicación a los testigos que sean víctimas y/o perjudicados por el delito que se persiga.
- 2) Como propuesta alternativa, debería contemplarse, expresamente, en la legislación procesal, la posibilidad de introducir, mediante su lectura, la declaración que prestase, durante la instrucción de la causa, la víctima o perjudicado de un delito que, cuando es llamado como testigo al juicio oral, decide acogerse, en este momento, a la dispensa de prestar declaración del referido art. 416 LECrim. Esta alternativa permitiría valorar la declaración inicial como medio de prueba, con el alcance y virtualidad que resulte procedente en cada caso, en función de su contenido y el resto de las pruebas practicadas.

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

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

Sin embargo, pocos años después, el Alto Tribunal dio un giro de 180 grados con ocasión del Acuerdo plenario de la Sala Segunda de fecha de 23 de enero de 2018, en el que se establece:

"a) El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.⁶¹

b) No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición."

En este último Acuerdo se aclaró la posibilidad de acogerse a la dispensa, previo desistimiento del ejercicio de la acusación particular. En la práctica resultó muy esclarecedora, pero como solución de política criminal fue objeto de múltiples críticas al no solucionar, ni avanzar en el propósito de erradicar la violencia machista.⁶²

Sin embargo, y como ya aventuraron algunos autores⁶³, la interpretación jurisprudencial del citado precepto se ha visto, de nuevo, modificada. El Alto Tribunal, mediante la STS 389/2020, de 10 de julio, rescata la decisión adoptada en el Acuerdo plenario de 2013 y entiende que el denunciante, víctima de los hechos, que está

⁶¹ En este sentido ya se pronunció con anterioridad el Alto Tribunal en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 733/2017 de 15 noviembre (RJ 2017\5016), en la que se estableció que: "tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la Ley de enjuiciamiento criminal. Y también que tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario."

⁶² RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N., *La dispensa de la obligación general a declarar como testigo*, en Diario La Ley, nº 9557, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

⁶³ Rodríguez Gutiérrez, N., apuntó que: "tendiendo presente la evolución que ha seguido el precepto, así como las líneas políticas que existen actualmente y los discursos marcados, no podemos descartar que la misma pueda ser objeto de reforma en un futuro no muy lejano".

personado en el proceso como acusación particular, al dejar de ostentar tal posición, no recobra un derecho del que carecía con anterioridad, por haber renunciado al mismo al constituirse como acusación particular.⁶⁴

Así las cosas, la nueva postura está clara y su consecuencia también: quien se persona como acusación particular en un proceso por violencia de género pierde con esa actuación, de forma irreversible, su derecho a no declarar contra el acusado y tendrá, por tanto, obligación de testificar sobre lo ocurrido en el acto del juicio oral, aunque en el momento de celebrarse el mismo su intención, voluntad o sentimientos sean contrarios a hacerlo.⁶⁵

La argumentación que sostiene el cambio de interpretación del art. 416 LECrim, atiende a los siguientes motivos:

1. Considera el Tribunal que el denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, de modo que su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición, sin que exista fundamento para que renazca un derecho que había sido renunciado. No obstante, lo cierto es que no hay razones plausibles para derivar de una personación como acusación particular en un momento dado la renuncia definitiva e irrevocable a acogerse a la dispensa,⁶⁶ en la medida en que no estamos en presencia de un derecho único para todo el proceso, sino que la dispensa nace cada vez que el testigo es llamado a declarar, es decir, puede hacerse uso (o no) *in actu* del citado derecho.⁶⁷

2. Otros de los motivos por los que entiende el Alto Tribunal que no procede la "recuperación" de la dispensa contemplada en el art. 416 LECrim, sostiene que, cuando la víctima decide denunciar a su agresor es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado. Sin embargo, entendemos que esta afirmación debe ser matizada, en el sentido de que es, cuanto menos, desproporcionado presumir la resolución de conflicto emocional que subyace en casos de violencia de género en base a la mera interposición de denuncia.

⁶⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 389/2020, de 10 de julio (RJ 2020\2672)

⁶⁵ HERRERO ÁLVAREZ, S., *El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio*, en Diario La Ley, nº 9698, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

⁶⁶ Voto particular que formula el excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García al que se acoge el excmo. Sr. Magistrado D. Pablo Llarena Conde

⁶⁷ Voto particular que formula el excmo. Sr. Magistrado D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

3. Asimismo, continua diciendo el TS que, impidiendo que la víctima se acoja (tras haber abandonado la condición de acusación particular) a la dispensa, se evitará que pueda ser coaccionada por el agresor en su actuación posterior al prestar testimonio. No obstante, consideramos que en la práctica en nada garantiza el cese de las presiones que trata de evitar, pues quien coacciona para obligar a invocar la dispensa, igualmente estará dispuesto a coaccionar para que la declaración del cónyuge tenga un concreto contenido, que le sea favorable.⁶⁸

4. Finalmente, argumenta el Alto Tribunal que permitir acogerse, o no, a la dispensa, a voluntad de la persona concernida, supondría aceptar la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad. Es cierto que es fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización,⁶⁹ así como que se trata de delitos públicos perseguibles de oficio.

No obstante, consideramos que los cambios de postura que pueda adoptar la víctima no deben ser calificados de "fraudulentos", pues no hemos de olvidar las características (dominación, desprecio, negación de la personalidad de la víctima, etc.) propias del ambiente que rodea los delitos de violencia de género, causantes de que, la víctima, más allá de perdonar al agresor, se culpa de su propia agresión, e, inmersa en lo que se conoce como "el ciclo de la violencia"⁷⁰, se mueve en una situación permanente de agresión-denuncia-arrepentimiento-agresión.⁷¹ Por este motivo, cuando la víctima decide abandonar su condición de acusación particular, no se aprecia nada en sí contradictorio; sólo un cambio de opinión o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar.⁷²

En relación con los argumentos recién expuestos, extraemos dos conclusiones:

⁶⁸ Voto particular que formula el excmo. Sr. Magistrado D. Andrés Palomo del Arco

⁶⁹ Voto particular que formula el excmo. Sr. Magistrado D. Antonio del Moral García al que se acoge el excmo. Sr. Magistrado D. Pablo Llarena Conde

⁷⁰ Como indica HERRERO ÁLVAREZ, S., en *El ajetreo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio*, en Diario La Ley, nº 9698, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020: "la violencia de género es una violencia peculiar y distinta, de entre cuyos rasgos destacamos que, generalmente, responde a un ciclo, bien descrito en la literatura científica, que comienza con una fase de acumulación de tensiones, culmina explosivamente con actos de maltrato o agresión, y es seguida de otra fase de reconciliación, o «luna de miel», tras la cual, antes o después, se iniciará un nuevo ciclo de violencia."

⁷¹ Informe del grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ de 2010, sobre los problemas de interpretación y aplicación que presenta la LO 1/2004, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 24.

⁷² CASTILLEJO MANZANARES, R., *Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9713, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

1. El legislador ha tenido ocasiones especialmente relevantes para limitar la dispensa y no lo ha hecho, circunstancia que no puede pasarse por alto a la hora de abordar la interpretación del artículo 416.⁷³ En efecto, el legislador cuenta con ciertos márgenes —bastantes amplios dada la muy genérica formulación del art. 24 CE y su casi global remisión al legislador— si se plantea una reforma de este régimen para establecer limitaciones o modulaciones. Pero los órganos jurisdiccionales no pueden erigirse en legislador introduciendo excepciones donde la ley no las prevé y afectando así, sin previa *interpositio legislatoris* a la generalidad con que el derecho está consagrado a nivel constitucional: está permitido su desarrollo legal, también con limitaciones; pero no su limitación con la única base de criterios jurisprudenciales no anclados directamente en la ley sino en consideraciones de política criminal más o menos atendibles, pero no explícitamente asumidas por el legislador.⁷⁴

2. El TS muestra su plena confianza en la labor de asesoramiento, de acuerdo con las previsiones del Estatuto de la Víctima del Delito, llevada a cabo por las Oficinas de atención a las Víctimas a efectos de evitar que las víctimas que se vean privadas de acogerse a la exención del deber de declarar sean perseguidas por un delito de falso testimonio. De este modo, dan por sentado que las víctimas conocen, desde un primer momento, los contornos de su posición procesal.

Sin embargo, parte de la doctrina ha desvelado su pesimismo sobre la confianza que la sentencia presta a las referidas oficinas, pues la realidad es que únicamente existen en algunas de las grandes ciudades de nuestro país, pero no en los partidos judiciales de pueblo (de modo que podría llegar a producirse un agravio comparativo entre aquellas víctimas únicamente por el hecho de tener fijado su domicilio en un determinado lugar), por lo que auguran que esa asistencia previa no va a ser posible prestarla en la mayor parte de los casos. A todo ello, hemos de tener en cuenta que, el elevado número de asuntos que se realizan diariamente en un servicio de guardia en los juzgados, haría inviable, so pena de que la jornada se extendiera durante las 24 horas del día, que esa asistencia previa se prestara a todas y a cada una de las perjudicadas.⁷⁵

⁷³ Voto particular que formula el excmo. Sr. Magistrado D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

⁷⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9713, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

⁷⁵ LÓPEZ CHACÓN, M. J., *Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9729, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Y, si bien la experiencia nos muestra que son pocas las ocasiones en las que las víctimas hacen uso de ese derecho en sede policial⁷⁶, lo cierto es que, por el contrario, una vez incoado ya el procedimiento penal, al ser instruidas de nuevo en sede judicial de los derechos que les asisten, aquí las víctimas sí es mucho más frecuente que acepten el ofrecimiento que se les realiza de nombramiento de un Letrado, constituyéndose ya desde ese momento en acusación particular con la indiscutible e irremediable consecuencia de que a partir de entonces estará obligada a declarar, sin posibilidad alguna de acogerse nunca más a la dispensa.

En definitiva, lo deseable en estos supuestos no es el obligar a la víctima a declarar, no permitiéndola acogerse a la dispensa del art. 416 LECrim, sino que las Administraciones competentes en esta materia, incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su propia voluntad. Por ello, la atención directa a la víctima desde el mismo momento de su comparecencia en comisaría o comandancia de la guardia civil, o JI o JVM, en su caso, requiere de una ayuda psicológica y asistencia para, por un lado, evitar que más tarde pueda tomar decisiones mediatizadas por su propia situación de víctima,⁷⁷ y, por otro lado, para trasladar a la víctima el conocimiento pleno que necesita para comprender el alcance de la decisión que tiene que adoptar, de modo que la interpretación que ahora se abre pueda conseguir la finalidad protectora pretendida (y no genere mayor desasosiego que tranquilidad).⁷⁸

⁷⁶ Tal vez ello sea debido, como señalan autores tales como López Chacón, M. J., a que rara vez la mujer que acude a una Comisaría lo hace de manera tranquila, relajada y con estabilidad emocional suficiente como para decidir concienzudamente y sin vacilaciones sobre esta cuestión tan trascendental que, para su futuro procesal, e incluso familiar, resulta ser aceptar o solicitar asistencia letrada.

⁷⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9713, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

⁷⁸ LÓPEZ CHACÓN, M. J., *Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9729, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

VI. VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

1. Criterios para medir la credibilidad de la declaración de la víctima

La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo⁷⁹ y la del Tribunal Constitucional⁸⁰, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada.⁸¹ Asimismo en consonancia con lo expuesto por el Tribunal Supremo⁸² y el Tribunal Constitucional⁸³, la declaración de la víctima no es prueba indiciaria, sino prueba directa.

Precisamente por ser la declaración de la víctima la única prueba de cargo de la que dispone el Tribunal, la jurisprudencia ha reconocido la situación de riesgo a la que se ve sometido el derecho a la presunción de inocencia, en el sentido de que basta con formular y sostener personalmente la acusación en el juicio oral para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado. Por este motivo, se entiende que la palabra de un solo testigo, aunque es susceptible en abstracto para alcanzar una convicción subjetiva, hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera "creencia". Por tanto, es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios.⁸⁴

Así pues, ante la posibilidad de que el Tribunal avale su convicción en la declaración de la víctima, deberá redoblar el esfuerzo de motivación fáctica⁸⁵. Por ello, el Alto Tribunal ha venido sosteniendo que, para conceder credibilidad a la

⁷⁹ Véanse las SSTS núm 339/2007, de 30 de abril (RJ 2007\3860), núm. 187/2012, de 20 de marzo (RJ 2012\5308), núm. 688/2012, de 27 de septiembre (RJ 2012, 9456), núm. 788/2012, de 24 de octubre (RJ 2012\10173), núm. 469/2013, de 5 de junio (RJ 2013\7642), núm. 553/2014, de 30 de junio (RJ 2014\3524).

⁸⁰ Véanse las SSTC núm. 229/1991, de 28 de noviembre (RTC 1991\229), núm.64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 64) y núm. 195/2002, de 28 de octubre (RTC 2002, 195).

⁸¹ STS (Sala Segunda, de lo Penal), núm. 938/2016, de 15 de Diciembre (RJ 2016\5902)

⁸² STS (Sala de lo Penal), núm. 706/2000, de 26 abril (RJ 2000\3737), STS (Sala de lo Penal), núm. 313/2002, de 22 febrero (RJ 2002\3665)

⁸³ STC (Sala Primera), núm. 201/1989, de 30 noviembre (RTC 1989\201), STC (Sala Primera), núm. 229/1991 de 28 noviembre (RTC 1991\229).

⁸⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 653/2016 de 15 julio (RJ 2016\3410).

⁸⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm 764/2017, de 27 denoviembre (RJ 2017\5315), SAP de Barcelona (Sección 22ª), núm. 164/2018 de 22 febrero (JUR 2018\159626).

referida declaración deben concurrir las siguientes tres notas, denominadas por la jurisprudencia "triple test": ausencia de incredibilidad subjetiva (o inexistencia de elementos espurios), verosimilitud en los hechos y persistencia en la incriminación.

1) *Ausencia de incredibilidad subjetiva* (o inexistencia de elementos espurios)

*Alude a la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes.*⁸⁶

2) *Verosimilitud en los hechos*

En cuanto a este criterio debemos entender que la verosimilitud del testimonio supone:

a) Que la declaración de la víctima sea lógica en sí misma (coherencia interna), lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.⁸⁷

b) Que la declaración de la víctima se encuentre rodeada de corroboraciones periféricas obrantes en el proceso (coherencia externa). Esto significa que el propio hecho de la existencia del delito debe estar apoyado en algún dato añadido de carácter objetivo que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, avalen la pura manifestación subjetiva de la víctima.⁸⁸

Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: parte de lesiones; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima (testigos de referencia); periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante, como el informe psicológico que intenta medir la credibilidad de la víctima.⁸⁹

⁸⁶ GONZALO RODRÍGUEZ, M^a T., *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*. Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, N^o 51, 2020, págs. 99-138 en p. 126.

⁸⁷ BERISO ROS, V. y GARCÍA CALVO, T., *La valoración del testimonio de la víctima de violencia de género en los casos de patología mental y discapacidad*, ISSN 1133-7400, Vol. 29, N^o. Extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Extraordinario XXVIII Congreso 2019: Ética, innovación y transparencia en salud), págs. 201-209 en p. 204.

⁸⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1^a), núm. 493/2017 de 29 junio (RJ 2017\3675).

⁸⁹ BERISO ROS, V. y GARCÍA CALVO, T., *La valoración del testimonio... cit.*, p. 204.

No obstante, que la declaración de la víctima se encuentre rodeada de corroboraciones periféricas es una afirmación que debe ser matizado, pues no hemos de olvidar las singulares circunstancias en las que se perpetran los delitos relacionados con la violencia de género, circunscritos a la intimidad de la pareja y ajenos a la mirada de terceros, factores que hacen especialmente dificultoso que se pueda recurrir a elementos corroboradores externos y periféricos de ese relato fáctico de la víctima. De este modo, hay que tener en cuenta que esos elementos corroboradores sólo tienen sentido como dato de refuerzo de lo declarado por la víctima, no pudiendo suplir la fuerza probatoria que tal declaración tiene.⁹⁰

3) *Persistencia en la incriminación*

Este parámetro de valoración de la declaración del testigo-víctima hace referencia al contenido de la propia declaración, que deberá ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.⁹¹ Por tanto, se trata de una persistencia material en la incriminación, no es un aspecto formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones. En este sentido, es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.⁹²

No obstante, conviene recordar que, dadas las características que rodean los delitos en los que se presenta la declaración de la víctima como única prueba de cargo, las víctimas tienden a no recordar lo sucedido, a narrar su versión de manera muy sucinta e, incluso, en ocasiones, deciden no declarar. En cualquier caso, se trata de un mecanismo de defensa para evitar sufrir el daño psíquico que supone exponer verbalmente los hechos objeto de enjuiciamiento. Por ello, en la medida en que para la víctima declarar en fase de juicio oral supone un esfuerzo (e incluso un sacrificio, si se nos permite la expresión), el juez o tribunal deberá hilar fino para no considerar tales circunstancias constitutivas de contradicciones o ambigüedades.

Como bien se ha expuesto al inicio, el "triple test" está integrado por tres "notas" o "parámetros" (que no "requisitos") cuya finalidad es valorar el grado de credibilidad que merece la declaración de la víctima. Ahora bien, la referida

⁹⁰ GONZÁLEZ MONJE, A., La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, ISSN-e 2525-510X, Vol. 6, N.º. 3, 2020, págs. 1627-1660 en p. 1641.

⁹¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 119/2019 de 6 marzo (RJ 2019\868), STS (Sala de lo Penal), de 28 septiembre 1988 (RJ 1988\7070), STS (Sala de lo Penal), núm. 679/1992 de 26 marzo (RJ 1992\2482).

⁹² GONZALO RODRÍGUEZ, Mª T., *La declaración de la víctima... cit.*, p. 128.

declaración no goza de credibilidad automática, tan siquiera, en aquellos supuestos en que responda satisfactoriamente a los parámetros que componen el "triple test", pues no se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino que se trata de orientaciones que ayudan a acertar en el juicio, puntos de contraste que no se pueden soslayar. Eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar crédito al testimonio "por imperativo legal", ni tampoco a la inversa.⁹³

En este sentido, no es necesario que todos y cada uno de los parámetros concurren con la misma intensidad para poder dar crédito a la testifical de la víctima cuando sea la única prueba de cargo⁹⁴. Además, no hemos de olvidar que estamos ante delitos que vinculan a sujetos que, normalmente, están o han estado unidos por una relación de afectividad, por ello, el juez debe ponderar el conflicto emocional que subyace, pues es probable que en la víctima se aprecie tanto un sentimiento de ira o venganza, como un sentimiento de miedo o culpabilidad. Lo determinante es, pues, que la idoneidad de su declaración no se vea afectada.⁹⁵ Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones.⁹⁶ En caso contrario, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en muchos supuestos en los que se han producido hechos graves, como ocurre en los casos de agresiones sexuales.⁹⁷

Por este motivo, ante un eventual escenario de contradicción en las declaraciones, hemos de tener presente que quien figura en un proceso como víctima de violencia de género ostenta la posición privilegiada de testigo directo respecto de los hechos que le afectan. Ahora bien, esto no implica, ni mucho menos, que la declaración de la víctima goce de una concesión automática de veracidad, pues, en todo caso, en su testimonio deberán concurrir los tres parámetros recién expuestos.⁹⁸

⁹³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 29/2017, de 24 de enero (RJ 2017\289)

⁹⁴ En base a lo expuesto en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 125/2017 de 27 febrero. RJ 2017\1638: "La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre".

⁹⁵ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio. (RTC 2020\87).

⁹⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección Unica), núm. 1056/2003 de 14 noviembre. (RJ 2003\8315)

⁹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 119/2019 de 6 marzo. (RJ 2019\868)

⁹⁸ STC (Pleno), núm. 87/2020, de 20 de julio. (RTC 2020\87).

2. Nueva tendencia jurisprudencial en el análisis de la valoración de la declaración de la víctima

Además de los tres clásicos parámetros jurisprudenciales descritos en el apartado anterior, el TS recientemente ha elaborado una suerte de *checklist* que comprende criterios adicionales para medir la credibilidad y verosimilitud de la declaración de la víctima a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Los presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal son los siguientes:

- 1.- Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.- Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.- Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.- "Lenguaje gestual" de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los "gestos" con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.⁹⁹
- 5.- Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 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 como lo que le perjudica."¹⁰⁰

⁹⁹ Algunos autores (tales como Herrero Alonso, C, en *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables. guía de buenas prácticas*) entienden que esa gestualidad excede a la formación de los juzgadores, indicando que es preciso que los operadores jurídicos sepan que no existe ningún indicador conductual, no verbal, que en y por sí mismo (o en una combinación prefijada con otros), del que se pueda inferir con mínimas garantías que alguien está mintiendo o diciendo la verdad. También se ha puesto de relieve (en este caso por González Monje, A, en *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*) que, no solamente en el parámetro referido al lenguaje gestual de convicción, sino también en gran parte del resto de factores referenciados, entran en juego múltiples circunstancias como la propia personalidad de la víctima, su edad, sus habilidades sociales, e incluso su nivel intelectual, la mayor parte de ellos de apreciación más que subjetiva.

¹⁰⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 119/2019 de 6 marzo. (RJ 2019\868).

El Alto Tribunal, en la sentencia que recoge los citados parámetros, no determina si resultan de aplicación respecto de todo tipo de víctimas o, si por el contrario, se predicen únicamente respecto de las víctimas de violencia de género. De ser así, entendemos que los referidos parámetros colocarían a las víctimas de violencia de género en una situación de desventaja respecto de las demás, ya que más que facilitar el proceso valorativo de la declaración de la víctima, lo dificultarían.

Pues bien, en base a la aplicación que los citados parámetros han tenido en diferentes resoluciones dictadas con posterioridad¹⁰¹ a la STS 119/2019, de 6 de marzo, cabe afirmar que, si bien inicialmente fueron de aplicación al ámbito de la violencia de género, han extendido su radio de acción a otras figuras delictivas, generalizando su aplicación, por tanto, al testimonio de cualquier víctima cualesquiera que sean los delitos objeto de enjuiciamiento.¹⁰²

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que la víctima puede padecer una situación de temor o "revictimización" por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial. Tales factores son:

- 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.
- 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."¹⁰³

¹⁰¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 458/2019, de 9 de octubre (RJ 2019\4049), donde se hace aplicación de los mencionados criterios para avalar la declaración de las víctimas en un proceso por delitos de atentado a la autoridad, lesiones y desórdenes públicos. en el mismo sentido, se aplican en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 495/2019, de 17 de octubre (RJ 2019\4080), en un proceso por delito continuado de abuso sexual y contra la salud pública.

¹⁰² GONZÁLEZ MONJE, A., *La declaración de la víctima... cit.*, p. 1651.

¹⁰³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 119/2019 de 6 marzo. (RJ 2019\868)

VII. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 24.2 CE¹⁰⁴ consagra el derecho fundamental a la presunción de inocencia, consistente en que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en un proceso.¹⁰⁵

También se encuentra recogido en textos internacionales¹⁰⁶, de entre los cuales destacamos la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone que el derecho a la presunción de inocencia supone que todo acusado será considerado inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la ley¹⁰⁷, es decir, tras haberse celebrado un proceso justo. Este último aspecto pone de relieve que el derecho fundamental (y humano) a la presunción de inocencia actúa en la segunda fase del proceso penal.

En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, todo proceso penal, consta de dos fases claramente diferenciadas:

- 1) La primera de ellas es la fase de investigación, consistente en la obtención por parte del Juez de Instrucción de indicios de delito y de autor.
- 2) Por su parte, la segunda fase, que recibe el nombre de juicio oral, tiene la finalidad de transformar los indicios en pruebas de cargo sólidas contra el acusado¹⁰⁸, siendo este el momento en que entra en juego el derecho a la presunción de inocencia, ya que, en caso de que el juez o Tribunal presente

¹⁰⁴ Art. 24.2 CE: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. 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"

¹⁰⁵ BARONA VILAR, S., *La prueba (I)*, con J. Montero Aroca, J. L. Gómez Colomer, I. Esparza Leibar y J. F. Etxeberria Guridi, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 380 y ss. en p. 382.

¹⁰⁶ Véanse los arts. 6.2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales: "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada." y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley."

¹⁰⁷ Artículo 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948 (Paris): "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."

¹⁰⁸ No obstante, como señala Barona Vilar, S., la exigencia de práctica de la prueba en el juicio oral tiene sus excepciones, tanto cuando se pueda proceder a anticipar la prueba, con las mismas garantías legales y constitucionales que la prueba en el juicio oral e igualmente cuando se concede valor probatorio a las diligencias de investigación.

dudas sobre su participación en los hechos (aún existiendo los mencionados indicios), deberá aplicar el principio *in dubio pro reo*¹⁰⁹ y, en conjunta aplicación con el derecho a la presunción de inocencia, deberá absolver al acusado, pues el juzgador deberá valorar racionalmente el contenido incriminatorio de las pruebas practicadas de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, de modo que será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto que el Tribunal alcance una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que pueda declararlos probados, excluyendo sobre los mismos la existencia de dudas que puedan calificarse como razonables.¹¹⁰

Una vez practicadas y reproducidas las pruebas en fase de juicio oral, la presunción de inocencia quedará desvirtuada siempre que se cumplan los siguientes tres requisitos:

- 1) La práctica de la prueba deberá realizarse con *todas las garantías*, es decir, la culpabilidad del encausado deberá ser declarada por un tribunal, que habrá de deducir la participación inequívoca del investigado en los hechos, tras un proceso celebrado con todas las garantías (inmediación, contradicción, publicidad y oralidad esencialmente).¹¹¹
- 2) Deberá tener lugar una *actividad probatoria de cargo*, esto es, de contenido incriminatorio, es decir, de su interpretación, que no valoración, resulte su culpabilidad, derivada de la comprobación de los hechos subsumidos en el supuesto normativo delictivo, así como de la certeza de la participación del encausado en los mismos.¹¹²
- 3) La actividad probatoria, además de ser de cargo, deberá ser *suficiente*. La suficiencia probatoria no se refiere a la cantidad de pruebas incriminatorias, sino a la entidad y cualidad que deben revestir los medios de prueba que se practiquen, lo que conecta con el requisito de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del inculpaado.¹¹³

¹⁰⁹ La citada autora, continua diciendo que la regla de juicio *in dubio pro reo* afecta a la valoración de la prueba (es decir, es de carácter subjetivo, pues depende del ánimo del juzgador) en cuanto supone que ha habido prueba, pero no ha sido suficiente para despejar la duda o incerteza del juzgador acerca de los hechos criminales imputados y de la responsabilidad del acusado.

¹¹⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 125/2017, de 27 de febrero.

¹¹¹ BARONA VILAR, S., "La prueba (I)", cit. p. 383.

¹¹² BARONA VILAR, S., "La prueba (I)", cit. p. 384.

¹¹³ BARONA VILAR, S., "La prueba (I)", cit. p. 384.

Así pues, cuando la declaración de la víctima como prueba se haya practicado con todas las garantías, sea de contenido incriminatorio y suficiente, nada impide que pueda fundamentar la destrucción de la presunción de inocencia, una vez apreciadas por el tribunal, según su conciencia, las pruebas practicadas en juicio conforme a las reglas de la sana crítica.¹¹⁴ No obstante, cuando así fuere, insistimos de nuevo en que, al realizar el correspondiente juicio de credibilidad, el juzgador habrá de "redoblar su esfuerzo de motivación fáctica cuyas exigencias se acrecientan"¹¹⁵.

VIII. APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR RAZÓN DE GÉNERO

El artículo 22.4 del Código Penal¹¹⁶ contempla una circunstancia agravante cuando el autor del delito lo haya cometido por razones de género, entre otras. La inclusión de esta modalidad de agravante fue introducida por la *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (en adelante, LO 1/2015).

Así pues, además de la recién mencionada *LO 1/2015*, nuestro ordenamiento jurídico ya contaba con la *LO 1/2004*, por lo que nuestro sistema presenta un "mecanismo doble" para erradicar "*la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad*¹¹⁷ *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*".¹¹⁸

Este mecanismo doble se compone, de un lado, de la existencia de una agravación genérica, y, de otro lado, de la redacción de determinadas conductas desde una perspectiva de género¹¹⁹. Mediante la introducción de tipos-género específicos en materia de violencia de género, el legislador puso el acento en el plus

¹¹⁴ GONZÁLEZ MONJE, A., *La declaración de la víctima... cit.*, p. 1643.

¹¹⁵ STS (Sala Segunda, de lo Penal), núm. 938/2016, de 15 de Diciembre (RJ 2016\5902)

¹¹⁶ Art. 22.4 del código Penal: "Son circunstancias agravantes: 4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad."

¹¹⁷ Hemos de recordar que el artículo 14 la Constitución Española consagra el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos, cuyo ámbito de aplicación va más allá del meramente formal, es decir, la igualdad ha de darse tanto en las relaciones entre ciudadano-Estado como en el ámbito social, esto es, en las relaciones entre ciudadano-ciudadano. Por este motivo, la ley opta por adoptar respuestas desiguales ante situaciones desiguales, primando el principio de prioridad para favorecer a los de peor situación para garantizar la corrección.

¹¹⁸ Artículo 1 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

de gravedad que se confiere a cualquier acto ejecutado en base a móviles que encuentran su fundamento en la idea de discriminación¹²⁰.

Conviene determinar, en primer lugar, la diferencia entre los términos "género" y "sexo". El primer de ellos atiende "*los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres*"¹²¹, mientras que el segundo se corresponde con las características biológicas y fisiológicas inherentes al ser humano. Por este motivo, el término "género" puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.¹²²

Sin embargo, la doctrina española no se muestra unánime con relación a la inclusión de la agravante de género por entender que no existe una efectiva diferenciación entre el sexo y el género. Algunos autores, consideran que la distinción planteada y que se reproduce en la discriminación por razón del sexo femenino y por razón de género no expone diferencias sustanciales entre ambos conceptos, puesto que los términos género y sexo no se distinguen por su diferente significado, uno al que se le atribuye un componente valorativo social –el género– y al otro al que se le atribuye una simple característica biológica –el sexo–.¹²³

En este sentido, la violencia ejercida por razón de sexo no sería, por lo tanto, una cuestión meramente biológica, sino que comportaría unas valoraciones culturales e históricas que giran alrededor de un determinado sexo al que se le atribuyen determinados cometidos de manera subordinada. Así pues, la incorporación de la agravante de discriminación por razón de género no reconoce una forma de discriminación diferente a la prevista en la agravante de discriminación por el sexo de la víctima (resulta difícil imaginar supuestos violencia sobre la mujer que plasmen una conducta discriminatoria por razón del sexo al margen del género)¹²⁴, aunque sí sería

¹¹⁹ Por imperativo de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (véanse los artículos 36 a 41 del referido cuerpo legal), se han modificado los artículos 148 (delito de lesiones), 153 (delito de maltrato), 171 (delito de amenazas), 172 (delito de coacciones) y 620 (delito de vejaciones leves) del Código Penal.

¹²⁰ MUÑOZ CUESTA, J. (1997). *Las Circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancias agravante.*, ed. Aranzadi, 1997, pp. 107-124, en p. 107.

¹²¹ Artículo 3.c) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

¹²² Apartado XXII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²³ RUEDA MARTÍN, M. A., "Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica" en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 21, 2019, en p. 25.

¹²⁴ JERICÓ OJER, L., "Perspectiva de género, violencia de género, violencia sexual y derecho penal", en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y derecho penal*.

posible reconocer cierto valor simbólico desde el punto de vista de la tutela de la dignidad de la mujer.¹²⁵

Siguiendo esta línea, es de especial importancia visibilizar el reproche a través del uso de terminología que exprese realmente el porqué del mayor reproche. Porque cuando se agrede sexualmente a una mujer, se la mutila o se obliga a contraer matrimonio de manera forzosa, al margen de la lesión a bienes jurídicos fundamentales como la libertad, la integridad o la dignidad, lo que se expresa es una determinada concepción de la mujer como sujeto no merecedor de los mismos derechos, como objeto de dominación y de sumisión. Esto genera que el hecho deba estar más desvalorado, siendo la agravante de discriminación por razón de género el vehículo que permite expresar y recoger todo el reproche.¹²⁶

También resulta ser motivo de cierta controversia la delimitación del campo de aplicación de la agravante de discriminación por razón de género, en el sentido de si se restringe a los casos de violencia ejercida en el marco de una relación de pareja o ex-pareja (es decir, según el restrictivo concepto de violencia de género establecido por la *LO 1/2004*) o, por el contrario, es posible aplicarla a todos los supuestos en los que la violencia se ejerza sobre una mujer por el hecho de serlo al margen de la mencionada relación, alineándose más bien con la tesis recogida en el Convenio de Estambul acerca del concepto de violencia sobre la mujer.¹²⁷

En caso de entender que se aplica a los casos en que exista o haya existido una relación de análoga afectividad, implicaría que sólo podría ser aplicable la agravante de discriminación por razón de género, pero tampoco en todos los casos, dado que, para evitar incurrir en la prohibición del *non bis in ídem* se excluirá en aquellos tipos penales que lleven incorporada el componente propio de la violencia de género.¹²⁸ Por el contrario, en aquellos casos al margen de una relación de afectividad

¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 281 y ss., en p. 314.

¹²⁵ RUEDA MARTÍN, M. A., *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razón de género como circunstancia agravante genérica*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (ISSN 1695-0194), 2019. p. 26.

¹²⁶ JERICÓ OJER, L., "Perspectiva de género, violencia de género, violencia sexual y derecho penal", en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 281 y ss., en p. 314.

¹²⁷ JERICÓ OJER, L., "Perspectiva de género, violencia de género, violencia sexual y derecho penal", en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara, (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 281 y ss., en p. 312.

¹²⁸ Como expone la SAP de León, Sección 3ª, núm. 35/2016, de 1 de febrero de 2016: "No se podrá aplicar en los delitos recogidos en los artículos 153, 171, 172 y 173,2º del Código Penal ,

actual o pasada, en los que se ejerciera violencia sobre la mujer por el hecho de serlo (por ejemplo, en matrimonios forzados), sería de aplicación la agravante de discriminación por razón de sexo.¹²⁹

Sobre esta polémica cuestión se pronunció el Alto Tribunal, posicionándose a favor del primer planteamiento:

*“La agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya vienen contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior”.*¹³⁰

Como vemos, para la aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razón de género, el TS exige dos requisitos: a) uno de tipo subjetivo, consistente en la discriminación basada en el ánimo de dominación del hombre y, b) uno de tipo objetivo, en el sentido de que los hechos deben producirse dentro del marco de una relación de pareja, ya sea actual o pasada.

Sin embargo, ambas consideraciones han tenido un escaso recorrido en la jurisprudencia de la Sala Segunda. Tal vez sea debido a la dificultad de probar el elemento subjetivo requerido para su aplicación, ya que para apreciar el motivo discriminatorio se requiere de un estudio minucioso que permita deducir de los actos externos que el hecho se comete por ese motivo de género.¹³¹

En definitiva, para la aplicación de la circunstancia agravante por razón de género debía quedar fehacientemente acreditado que el autor cometió el ilícito por razones de género, o, lo que es lo mismo, que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental”.¹³²

porque se vulneraría el principio non bis in idem, pero lo cierto es que su incorporación al elenco legal y taxativo de circunstancias agravantes supone el reconocimiento por parte del legislador de la sustantividad e independencia de ese elemento subjetivo del injusto, que, en algunas infracciones penales debe operar como un elemento del tipo, y en otras como una circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal.”

¹²⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*, RECPC 20-27, ISSN 1695-0194, 2018, en p. 19.

¹³⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 420/2018, de 25 septiembre (RJ 2018\4156).

¹³¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLO, S. E. B., *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*, RECPC 20-27, ISSN 1695-0194, 2018, en pp. 15 y 16.

¹³² SAP Badajoz (Sección Primera), núm. 5/2018, de 5 de febrero de 2018 (ARP 2018\11).

Sin embargo, en el año 2019, se produjo un cambio de tendencia jurisprudencial por partida doble: por un lado, se establece una presunción *iuris et de iure* en lo que se refiere a la concurrencia del elemento subjetivo. El Alto Tribunal estableció que:

*"Bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos."*¹³³

Así pues, es suficiente con que el autor conozca que la situación a la que somete a la víctima es discriminatoria, no siendo necesaria la concurrencia de un dolo específico de querer discriminar.

Por otro lado, el TS deja la puerta abierta a aplicar la agravante de discriminación por razón de género fuera del marco de la relación de pareja siempre y cuando exista una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal.¹³⁴

Algunos autores entienden que es perfectamente asumible la tesis que plantea el TS por lo que respecta a la aplicación de la agravante de discriminación por razón de género a aquellos casos de violencia machista al margen de los producidos en el marco de una relación de afectividad presente o pasada¹³⁵, en cuanto que la LO 1/2015 acota determinados tipos penales a supuestos en los que la mujer mantiene o ha mantenido con el agresor una relación de pareja, pero, en cambio, cuando describe la agravante, no efectúa esa restringida delimitación.¹³⁶

En definitiva, tras el último pronunciamiento del Alto Tribunal, la circunstancia agravante de discriminación por razón de género se aplicará con independencia de que concurra el elemento subjetivo, es decir, no será preciso acreditar que, en efecto, el agresor actuó con la intención de someter y dominar a la víctima. En cuanto a su alcance, extravasa las relaciones de pareja, siempre y cuando, como hemos dicho, exista una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima.

¹³³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 99/2019, de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019\826).

¹³⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 99/2019, de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019\826).

¹³⁵ JERICÓ OJER, L., "Perspectiva de género, violencia de género, violencia sexual y derecho penal", en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 281 y ss., en p. 313.

¹³⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 99/2019, de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019\826).

CONCLUSIONES

1ª.— El legislador español ha optado por una definición de "violencia de género", en principio, correcta, aunque doblemente limitada: por un lado, es necesario que los actos violentos y/o discriminatorios contra la mujer se hayan producido en el seno de una relación de pareja (de manera que, el resto de actos que tengan lugar al margen de la referida relación, no serán analizados desde una perspectiva de género), y, por otro lado, se acota el campo de acción típico solamente a algunos de los delitos que enumera la definición de la LO 1/2004. Por este motivo, y para poder afirmar que, en efecto, contamos con una ley de protección "integral", sería conveniente modificar la actual redacción del precepto y adoptar una definición de "violencia de género" más amplia, similar a la propuesta por el Convenio de Estambul, de modo que queden comprendidos todos los actos violentos producidos contra la mujer.

2ª.— El principio internacional de diligencia debida y la exigencia interna de realizar una investigación penal suficiente y eficaz se encuentran íntimamente ligados en tanto en cuanto ambos tienen por finalidad la adopción de medidas necesarias por parte del Estado para proveer una protección efectiva y eliminar toda falta de compromiso institucional que pueda dar lugar a situaciones de impunidad. En la práctica, estas exigencias se traducen en la necesidad de hacer uso de las herramientas de investigación oportunas ante toda sospecha fundada de delito y en evitar demoras injustificadas que puedan frustrar el resultado de la investigación. Sin embargo, y como ha quedado plasmado en el dictamen elaborado por el Comité de la CEDAW, en España todavía queda un largo camino por recorrer hasta alcanzar una completa y efectiva aplicación de ambos principios, aunque, confiamos en que, tras el reciente pronunciamiento del TC (STC 87/2020, de 20 de julio), se logre alcanzar el mencionado objetivo con mayor celeridad.

3ª.— La posición procesal que ocupa la víctima en los supuestos de violencia de género es, en la mayor parte de los casos, la de víctima-testigo. Es una realidad un tanto contradictoria en la medida en que el concepto "testigo", en términos generales, alude a aquella persona ajena al proceso (un tercero) cuyo conocimiento sobre los hechos se limita a una mera percepción sensorial (porque los ha visto y/u oído). En cambio, el conocimiento de la víctima va más allá porque es ella misma quien narra su vivencia personal de unos hechos respecto de los que ha sufrido un rol de persecución. Por ello, es conveniente que su testimonio reciba un tratamiento diferenciado (que no privilegiado).

4ª.— En consecuencia, la participación de la víctima en el proceso penal está regulada por las normas que rigen la prueba testifical, motivo por el que resulta aplicable la dispensa del deber de declarar (art. 416 LECrim). En aquellos casos en que la víctima decide hacer uso de esta exención, el tribunal se ve privado de una declaración en primera persona sobre los hechos, de modo que puede suceder que la acusación se debilite hasta el punto de que proceda el archivo de la causa o la absolución del presunto agresor. Las eventuales situaciones de impunidad que puedan producirse a causa de la utilización de esta dispensa, han dado lugar a distintas interpretaciones jurisprudenciales acerca de su aplicación. De acuerdo con la más reciente de ellas, toda víctima que haya ostentado la posición de acusación particular (independientemente de que la mantenga a lo largo del proceso o renuncie a ella) perderá, definitivamente, la posibilidad de acogerse a la dispensa de declarar.

Entiende el TS que, al no existir la posibilidad de acogerse de nuevo a la dispensa del deber de declarar, se evitarán las posibles coacciones que el agresor pueda ejercer sobre la víctima para conseguir que ésta no declare en la fase de juicio oral. Por tanto, es evidente que la finalidad perseguida por el nuevo criterio jurisprudencial del TS es conceder mayor protección a la víctima. Sin embargo, consideramos que esta interpretación puede comportar efectos no deseados para la víctima en cuanto que el conflicto emocional no puede entenderse resuelto por la mera interposición de la denuncia, por lo que, en caso de continuar latente, la colocaría en una compleja tesitura, ya que se vería obligada a declarar, aún en contra de su voluntad. Asimismo, hemos de tener presente la realidad del funcionamiento de la justicia, (lenta, colapsada y con escasos recursos), realidad que imposibilitará, en muchos casos, que las víctimas sean debidamente informadas sobre los contornos de su situación procesal a efectos de evitar incurrir en un posible delito de falso testimonio u obstrucción a la justicia.

5ª.— Con el fin de poder conceder credibilidad a la declaración de la víctima de violencia de género, el tribunal deberá valorarla con arreglo a los tres parámetros clásicos, o "triple test", como así lo ha acuñado la jurisprudencia. Al aludido "triple test", recientemente se le ha adicionado un nuevo listado de criterios. Algunos criterios atienden al contenido y postura adoptada por la víctima durante la exposición de su declaración, mientras que otros describen los factores proclives a que la víctima sufra un episodio de temor o de "revictimización".

Entendemos que, aunque en algunos de los nuevos parámetros inciden circunstancias tales como la personalidad o el grado de madurez de la víctima (a

efectos, por ejemplo, de apreciar seguridad expositiva ante el tribunal o lenguaje gestual durante la exposición de la declaración), en la práctica, pueden ser una buena guía para el tribunal a la hora de valorar con mayor precisión el crédito que merece su testimonio. Pese a ello, continúa existiendo cierta tendencia a valorar la declaración de la víctima tomando en consideración, únicamente, los tres parámetros clásicos.

6ª.— La declaración de la víctima es una prueba de cargo, incluso aunque sea la única, suficiente para enervar la presunción de inocencia de la que dispone todo acusado, siempre y cuando haya sido practicada con todas las garantías, sea de contenido incriminatorio y suficiente. No obstante, no hemos de olvidar que el testimonio de la víctima, tras haber sido valorado por el tribunal de acuerdo con los criterios referenciados en el apartado anterior, permite que el juzgador alcance una convicción subjetiva, por lo que es preciso que el tribunal explique exhaustivamente por qué la citada declaración es objetiva y creíble. Ello implica el deber de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica.

Por tanto, la declaración de la víctima, al igual que cualquier otra prueba, está sometida a un riguroso proceso valorativo, de tal manera que no goza de una concesión "automática" de credibilidad, ni mucho menos, deja vacía de contenido la presunción de inocencia.

7ª.— En relación con el último cambio jurisprudencial sobre la aplicación de la circunstancia agravante por razón de género (art. 22.4 CP), consideramos muy positivo el hecho de que el TS haya dejado la puerta abierta a poder aplicarla fuera del ámbito de la relación de pareja (siempre y cuando exista una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima), ya que es una interpretación garantista para las víctimas y que se aproxima al concepto de "violencia contra la mujer" recogido en diferentes textos internacionales. Sin embargo, puede resultar desproporcionado presumir que, cuando el agresor comete un acto violento y/o discriminatorio contra la mujer, lo hace siempre con ánimo discriminatorio. Es evidente que se trata de un elemento subjetivo difícil de probar y que precisa de un minucioso examen, no obstante, para garantizar una correcta aplicación de la referida circunstancia agravante, creemos conveniente recuperar el criterio que se venía aplicando hasta el año 2019, que exigía que debía quedar fehacientemente acreditado que el varón actuó por razones de género.

BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, S., *La prueba (I)*, con J. Montero Aroca, J. L. Gómez Colomer, I. Esparza Leibar y J. F. Etxeberría Guridi, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 380 y ss.

BERISO ROS, V. y GARCÍA CALVO, T., *La valoración del testimonio de la víctima de violencia de género en los casos de patología mental y discapacidad*, ISSN 1133-7400, Vol. 29, Nº. Extra 1, 2019 (Ejemplar dedicado a: Extraordinario XXVIII Congreso 2019: Ética, innovación y transparencia en salud), págs. 201-209.

CARMONA CUENCA, E., *Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Igualdad de Género*, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 42, 2018.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *La mujer como víctima*, en K. Etxebarria Estankona, I. Ordeñana Gezuraga y G. Otazua Zabala (dir.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 613-646.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Nueva doctrina jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9713, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

DEL CARPIO DELGADO, J. *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad Hoc*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, ed. Tirant Lo Blanch, 2021.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y ORTS BERENGUER, E., *Introducción al Derecho Penal: Parte General*, ed. Tirant Lo Blanch, 2020.

GONZÁLEZ MONJE, A., *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, ISSN-e 2525-510X, Vol. 6, Nº. 3, 2020, págs. 1627-1660.

GONZALO RODRÍGUEZ, M^a T., *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*. Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, Nº 51, 2020, págs. 99-138.

HERRERO ÁLVAREZ, S., *El ajeteo jurisprudencial sobre la dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: la Sentencia 389/2020 de 10 de julio*, en Diario La Ley, nº 9698, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

JERICÓ OJER, L., *Perspectiva de género, violencia de género, violencia sexual y derecho penal*, en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 281 y ss.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *La orden europea de protección aplicada a las víctimas de violencia de género*, en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 524 y ss.

LÓPEZ CHACÓN, M. J., *Reflexiones sobre la STS 389/2020, de 10 de julio, en cuanto a la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de un delito de violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9729, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

LOUSADA AROCHENA, J. F., *El caso González Carreño contra España*, AequAlitaS 2015 (nº 37), pp. 6-15, ISSN: 1575-3379.

MAGRO SERVET, V., *Análisis de la doctrina jurisprudencial reciente en violencia de género*, en Diario La Ley, nº 9278, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

MANERO SALVADOR, A., *España ante la debida diligencia en violencia de género. Anuario español de derecho internacional*, vol. 35, 2019.

MAQUEDA ABREU, M^a. L., *La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004*. en CERVILLA GARZÓN, M. D. / FUENTES RODRÍGUEZ, F., *Mujer, violencia y Derecho*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006.

MAQUEDA ABREU, M.^a L., *La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, núm. 08-02, 2006.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)*, RECPC 20-27, ISSN 1695-0194, 2018.

MUÑOZ CUESTA, J. (1997). *Las Circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995, Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancias agravante.*, ed. Aranzadi, 1997, pp. 107-124.

PARRILLA VERGARA, J., *La perspectiva de género en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: alevosía y agravante de género*, en A. Monge Fernández (dir.) y J. Parrilla Vergara (coord.), *Mujer y derecho penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, ed. José María Bosch Editor, 2019, pp. 29 y ss.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, N., *La dispensa de la obligación general a declarar como testigo*, en Diario La Ley, nº 9557, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

RUEDA MARTÍN, M.A., *Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 21, 2019.

VÁZQUEZ RAMOS, J. A., *Los diferentes conceptos de violencia de género en la legislación estatal y autonómica*, en L. M. Puente Aba (dir.) y J. A. Ramos Vázquez y E. M. Souto García (coord.), *La respuesta penal a la violencia de género: lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, 2010, ISBN 978-84-9836-644-0.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España, de 29 de julio de 2017.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación nº 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012 de 15 de agosto de 2014.

Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso + Senado, Eje 3: Perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas.

Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, elaborada por la Unidad de coordinación de violencia sobre la mujer de la fiscalía general del Estado, de diciembre de 2020.

Informe del grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ de 2010, sobre los problemas de interpretación y aplicación que presenta la LO 1/2004, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La violencia contra las mujeres. Elaborado por "Emakunde": instituto vasco de la mujer, 2009.

Memoria elevada al Gobierno de S.M. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2020, Capítulo VI, 3. Derechos procesal Penal, 3.1. Modificación del art. 416 LECrim.

Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Informe anual sobre violencia de género. Año 2020.

Reflexiones y propuestas de reforma de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, así como otras normas relacionadas en materia de violencia de género con motivo de la celebración del décimo aniversario de la entrada en vigor de la norma, 2015.

WOLTERS KLUWER (GUÍAS JURÍDICAS), *Ofendido*. Recuperado de: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMzEwMztlUouLM_DxblwMDC0Mjl0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAIP6d_TUAAAA=WKE#:~:text=El%20ofendido%20es%20en%20Derecho,conducta%20t%C3%ADpica%20del%20sujeto%20activo.&text=En%20este%20caso%20la%20acci%C3%B3n%20penal%20ser%20ejercitada%20por%20el%20Ministerio%20Fiscal.

WOLTERS KLUWER (GUÍAS JURÍDICAS), *Prueba de testigos (proceso penal)*. Recuperado de: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAKNDczMLU7Wy1KLizPw8WyMDAawsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqACeJ0ig1AAAAWKE#l19>

JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos humanos

STEDH (Sección 3ª) Caso Opuz contra Turquía. Sentencia de 9 junio 2009 (JUR 2009\265558).

STEDH (Sección 4ª) Caso E.S. y otros contra Eslovaquia. Sentencia de 15 septiembre 2009. (JUR 2009\388504)

STEDH (Sección 1ª) Caso Talpis contra Italia. Sentencia de 2 marzo 2017 (TEDH 2017\46)

Tribunal Constitucional

STC (Sala Primera), núm. 201/1989, de 30 noviembre (RTC 1989\201)

STC (Sala Primera), núm. 229/1991, de 28 de noviembre (RTC 1991\229)

STC (Sala Primera), núm.64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994\64)

STC núm. 195/2002, de 28 de octubre (RTC 2002\195)

STC (Pleno), núm. 179/2004, de 21 de octubre (RTC 2004\179)

STC (Sala Primera), núm. 12/2006, de 16 de enero (RTC 2006\12)
STC (Sala Primera), núm. 176/2006, de 5 de junio (RTC 2006\176)
STC (Sala Segunda), núm. 107/2008, de 22 de septiembre. (RTC 2008\107)
STC (Sala Segunda) núm. 94/2010, de 15 de noviembre (RTC 2010\94)
STC (Sala Segunda) núm. 106/2011, de 20 de junio (RTC 2011\106)
STC (Sala Segunda) núm. 87/2020, de 20 de julio de 2020 (RTC 2020\87)

Tribunal Supremo

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013

Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018

STS (Sala de lo Penal), de 28 septiembre 1988 (RJ 1988\7070)

STS (Sala de lo Penal), núm. 679/1992, de 26 marzo (RJ 1992\2482)

STS (Sala de lo Penal), núm. 706/2000, de 26 abril (RJ 2000\3737)

STS (Sala de lo Penal), núm. 313/2002, de 22 febrero (RJ 2002\3665)

STS (Sala de lo Civil, Sección Única), núm. 1056/2003, de 14 noviembre (RJ 2003\8315)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 339/2007, de 30 de abril (RJ 2007\3860)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 160/2010, de 5 marzo (RJ 2010\4057)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 187/2012, de 20 de marzo (RJ 2012\5308)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 688/2012, de 27 de septiembre (RJ 2012\9456)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 788/2012, de 24 de octubre (RJ 2012\10173)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 469/2013, de 5 de junio (RJ 2013\7642)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 553/2014, de 30 de junio (RJ 2014\3524)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 653/2016. de 15 julio (RJ 2016\3410)

STS (Sala de lo Penal), núm. 938/2016, de 15 de diciembre (RJ 2016\5902)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 29/2017, de 25 de enero (RJ 2017\289)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 125/2017, de 27 febrero (RJ 2017\1638)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 493/2017, de 29 junio (RJ 2017\3675)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 733/2017, de 15 noviembre (RJ 2017\5016)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 764/2017, de 27 noviembre (RJ 2017\5315)

STS (Sala de lo Penal, Sección1ª), núm. 282/2018, de 13 junio. (RJ 2018\3021)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 420/2018, de 25 septiembre (RJ 2018\4156)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 99/2019, de 26 de febrero de 2019 (RJ 2019\826)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 119/2019, de 6 marzo (RJ 2019\868)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 458/2019, de 9 de octubre (RJ 2019\4049)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 495/2019, de 17 de octubre (RJ 2019\4080)

STS (Sala de lo Penal, Sección Pleno) núm. 389/2020, de 10 de julio (RJ 2020\2672)

Audiencias Provinciales

SAP de León (Sección 3ª), núm. 35/2016, de 1 de febrero de 2016 (JUR 2016\39608).

SAP Badajoz (Sección Primera), núm. 5/2018, de 5 de febrero (ARP 2018\11).

SAP de Barcelona (Sección 22ª), núm. 164/2018 de 22 febrero (JUR 2018\159626).

NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín en 1995.

Constitución Española de 1978.

Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948 (París).

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY IN ENGLISH

I. INTRODUCTION

In the present Bachelor's Degree Final Project (TFG) we are going to talk about the statement of the victim as the only evidence of the charge in the criminal process.

We chose this topic because we had clear that our TFG would be about gender violence. Despite that, we had such a huge dilemma when the topics were published since we noticed that there were different topics related with gender violence. After making up our mind, we decided that choosing this one would be the perfect option since it was the less specific one so it would let us focus it from different perspectives.

As to TFG's structure, the reader will find the following points: 1) Gender violence concept; 2) International principle of due diligence and internal requirement to carry out a sufficient and effective criminal investigation; 3) Treatment of the figure that the victim occupies in the processes of gender violence, which is called "witness-part"; 4) Waiver from the duty to declare contemplated in the article 416 LECrim; 5) Assessment of the victim's statement; 6) Scope of the presumption of innocence of the accused; 7) Application of the aggravating circumstance due to gender.

Finally, regarding to the methodology used to prepare the work, firstly, we only used jurisprudence since we wanted to get a general vision of the topic chosen and to know which were the main controversial issues about gender violence. After having consulted the most relevant verdicts, we started using other sources such as manuals, scientists articles and databases.

II. GENDER VIOLENCE CONCEPT

The use of the concept "gender violence" as a manifestation of violence against women is very recent. In fact, it was not until the nineties when it began to be used, for the first time, in different international texts.

However, the aforementioned texts refer to another name: "violence against women", while the Spanish legislator decided to use the concept of "gender violence" instead. It is included in the LO 1/2004.

The main difference between the two terms is that "violence against women" punishes any violent or discriminatory act that occurs against a woman regardless of whether it takes place in the sphere of the couple relationship, unlike what happens with the concept of "gender violence", which requires that the acts have taken place within the framework of an affective relationship.

Therefore, the concept of "violence against women" is much broader and guarantees for women since they will be protected against any violent or discriminatory act, while the definition of "gender violence" does not include all acts, but excludes those acts that have occurred outside of a present or past relationship.

For this reason, it would be convenient to modify the concept of "gender violence" and give it a more generic character, such as that contained in international deals.

III. INTERNATIONAL PRINCIPAL OF DUE DILIGENCE AND INTERNAL REQUERIMENT TO CARRY OUT A SUFFICIENT AND EFFECTIVE CRIMINAL INVESTIGATION ON GENDER VIOLENCE

In accordance with art. 24 CE, everyone has the right to effective judicial protection, or, what is the same, access to jurisdiction. This faculty has been denominated by the jurisprudence as *ius ut procedatur*, whose notes are:

- 1) It does not grant its holders the right to a full substantiation of the criminal process.
- 2) It only enables the initiation of a criminal proceeding, but does not include a material right to the imposition of a punishment.
- 3) It is satisfied by the judicial resolution that agrees the early termination of the criminal process, without opening the plenary phase, when the legally foreseen reasons to agree to the dismissal concur.

This must be understood in the sense that there will be no violation of art. 24 CE in the event that the judge issues a reasoned resolution on the causes that prevent the processing of the complaint. A different matter would be if the process ends without having carried out a duly proposed diligence. In short, a sufficient and effective investigation must be carried out in all types of crime, although it is true that crimes of

gender violence, since they occur in an area of privacy, require greater attention and effort on the part of judicial bodies.

From an external point of view, the international principle of due diligence, closely related to the requirement to carry out a sufficient and effective criminal investigation, finds its precedent in the *Opuz v. Truquía* case.

In this ruling, the ECHR consolidates the positive obligations for the States, which must take the necessary measures to provide effective protection for those who suffer violence based on their gender, including criminal sanctions, civil remedies for all types of violence.

However, Spain does not fully comply with these obligations. Indeed, as a result of the *González Carreño* case against Spain, the CEDAW Committee drew up an opinion in which the merits of the case were examined. This opinion highlighted that Spain did not correctly apply the principle of due diligence.

From an internal point of view, *STC 87/2020, of July 20*, establishes the requirement to carry out a sufficient and effective criminal investigation. This means that the investigation carried out in the investigation phase allows the court to affirm, beyond a reasonable doubt, that the facts reported do not constitute a crime, especially when we are faced with an alleged assumption of gender violence. This pursues the purpose of avoiding anticipated provisional files.

The legal argumentation focuses on the need for the investigation carried out in the preliminary investigation phase to allow the court to affirm, beyond all reasonable doubt, that the denounced facts do not constitute a crime, especially when we are faced with an alleged violence of genre.

In this sense, the Constitutional Court establishes that the reinforced one will be understood as duly fulfilled as long as, while the well-founded suspicion of a crime subsists, other investigation procedures are carried out that reflect delving into the facts discarding or confirming that initial suspicion, so the duty Diligence will require an abundance of investigation where reasonable possibilities of inquiry into the apparently criminal facts have not been exhausted.

To sum up, the aforementioned requirement is intended, on the one hand, to use all the necessary tools when there is a suspicion of crime, and, on the other hand, to remove unjustified delays that may harm the process.

IV. TREATMENT OF THE WITNESS-PART FIGURE IN CRIMES OF GENDER VIOLENCE

The common characteristic of most crimes of gender violence is that they are committed in an area of privacy, so it is difficult to obtain peripheral elements of corroboration. This is the reason why the figure called "witness-part" arises. It is a figure typical of crimes of gender violence. It is special because the knowledge of the person who occupies this procedural position goes beyond that which a mere witness could have, since the "witness-part", in addition to knowing the facts, has experienced them in the first person.

Therefore, the "witness-party" gathers characteristic notes of both the "offended" and the "witness." Although it may be somewhat contradictory, the victim's statement is governed by the regime provided for witnesses.

V. THE WAIVER OF THE DUTY TO DECLARE OF ARTICLE 416 LECRIM

As we have said, victims participate in criminal proceedings as witnesses. Consequently, the waiver of the duty to declare (art. 416 LECrim) is applicable. This exception to the duty to testify was born to solve the conflict in which the witnesses / relatives of the alleged perpetrator of a criminal act were placed by forcing them to testify under oath to tell the truth against them against the duty to collaborate with justice and the bond of solidarity and familiarity that unites him with the accused.

As we can see, this waiver is intended for relatives who assume the condition of witness in the strict sense, as third parties, which cannot be predicated on that person who, although they have direct or indirect information about the action to be held, also has assumed a role of persecution.

Despite being complex to be able to affirm that the spirit can be preached with respect to the victim of gender violence, given that the applicable regime is that provided for witnesses, this exemption has traditionally been applied.

Its application has led to situations of impunity in favor of the alleged aggressor, since, sometimes, the victims decide to avail themselves of the exemption in the oral trial phase.

It may have been the difficulty of the issue that has led to different jurisprudential interpretations of the possibility that the victim of gender-based violence

avails itself of the exemption from testifying. The jurisprudential trajectory on the application of the waiver contemplated in article 416 LECrim is considerably long.

We have to go back to 2013, when the Second Chamber of the Supreme Court, in the Plenary Agreement of April 24, established that the waiver would not be applicable in two cases:

- 1) When the denounced events had occurred after the dissolution of the affective relationship.
- 2) When the victim has appeared as a private prosecutor in the process.

However, in 2018, the aforementioned Chamber drew up a new Plenary Agreement, dated January 23. There was a jurisprudential change of 180 degrees with respect to what was established in 2013, since it established:

- 1) The acceptance of the exemption from the duty to testify in the oral trial phase prevented the rescue of the previous statements that the victim had made.
- 2) That victim who, having occupied the procedural position of private prosecution, has ceased in it, may avail himself of the dispensation.

The jurisprudential swings do not end here. Two years later, in STS 389/2020, of July 10, the Supreme Court has recovered the content established by the Plenary Agreement of April 24, 2013. This means that all victims who have held the status of private prosecution during The criminal process, even if it renounces to hold such position, will not be able to benefit from the waiver contemplated in article 416 LECrim.

The Supreme Court understands that the fact of holding the position of private prosecution supposes a "waiver" of the right contemplated in the aforementioned precept, so it is not possible to "recover" it.

In addition, the court considers that the emotional conflict between the victim and the aggressor ceases to exist from the moment the victim proceeds to file the complaint. He goes on to say that the exclusion of the possibility of "recovering" the right to a dispensation to testify will guarantee that the victims are coerced by the aggressor to give favorable testimony in the oral trial phase. The court also understands that it is not possible to leave the continuation of the criminal process to the discretion of the victim, so it is not possible for her to be able to avail herself of the

dispensation whenever she wishes, since this would involve fraudulently activating the mechanism of the administration of justice.

Based on the above, we draw two conclusions: On the one hand, it is evident that the Spanish legislator has had multiple times to modify the wording of article 416 LECrim and he has not done it. For this reason, jurisdictional bodies cannot establish themselves as legislators by introducing exceptions where the law does not provide for them. On the other hand, the Supreme Court fully relies on the advisory work, in accordance with the provisions of the Statute of the Victim of Crime, which is carried out by the Offices of Attention to Victims. It takes for granted that the victims know, from the outset, the contours of their procedural position.

However, part of the doctrine shows its pessimism in this regard, since the aforementioned offices only exist in large cities and, in addition, due to the high volume of cases that the courts hear daily, it is very complex to provide the proper assistance. For this reason, some authors state that it is not correct to assume that the victims know what the effects of not being able to make use of the exemption from the duty to testify may become, or, what is the same, it is possible that the victims are unaware that they may be charged with a crime of false testimony or obstruction of justice if they give a false version of events or decide not to testify, respectively.

In short, what is desirable in these cases is not forcing the victim to make a statement, not allowing her to benefit from the waiver of art. 416 LECrim, but rather that the competent Administrations in this matter increase the material and human measures of attention to the victim to avoid that they are protected in this right for reasons other than their own will, and, on the other hand, to transfer the victim the full knowledge she needs to understand the scope of the decision she has to make.

VI. ASSESSMENT OF VICTIM'S STATEMENT

The victim's statement, as the jurisprudence of this Supreme Court and that of the Constitutional Court has recognized several times, can be considered enough evidence to undermine the presumption of innocence, even if it was the only evidence available.

Precisely because of the victim's statement is the only prosecution evidence available to the Court, jurisprudence has recognized the risk situation to which the right to the presumption of innocence is subjected. For this reason, it is understood that the

word of a single witness, although it is susceptible in abstract to reach a subjective conviction, makes it impossible to support a conviction on the basis of simple "belief".

Therefore, it is necessary to explain why it is objectively and rationally credible; and why this testimony can be followed by a certainty with sufficient solidity so as not to falter before other contradictory means of evidence.

Thus, given the possibility that the Court endorses his conviction in the victim's statement, the effort of factual motivation must be redoubled. In order to grant credibility to the testimony of the victim-witness, it will be necessary to pay attention to the following three notes, called by jurisprudence "triple test": absence of subjective disbelief (or absence of spurious elements), credibility in the facts and persistence in the incrimination.

1) Absence of subjective incredibility.

It refers to the non-existence of spurious motives that could result either from the victim's fanciful or fabulous tendencies, as a possible motive behind his statements, or from the previous accused-victim relationships, denoting motives of hatred or resentment, revenge or enmity, and creating a state of uncertainty and founded suspicion incompatible with the formation of an incriminating conviction on firm grounds.

2) Verisimilitude in the facts.

Regarding this standard, we must understand that the plausibility of the testimony supposes: On one hand, that the victim's statement is logical in itself (internal coherence). On the other hand, it is convenient that her statement is surrounded by peripheral corroborations in the process (external coherence).

However, it is important to remember that crimes of gender violence are characterized by the fact that they are committed in the strictest scope of privacy, so it is not always possible to obtain external corroborating data. Therefore, these corroborating elements only make sense as data to reinforce what was declared by the victim.

3) Persistence in incrimination

This standard of assessment of the witness-victim's statement refers to the content of the statement itself, which must be prolonged in time, plural, without

ambiguities or contradictions. Therefore, it is a material persistence in the incrimination, it is not a formal aspect of repetition of a record or lesson learned, but in its substantial constancy of the various statements. In this sense, it is valuable to specify and specify the facts with precision, narrating them with the particularities and details that any person in the same circumstances would be able to relate.

The statement does not have automatic credibility, even in those cases in which it satisfactorily responds to the standards that make up the "triple test", since this is not defining a validity or usability budget, but rather guidelines that help to get the judgment right.

Furthermore, it is not necessary that each and every one of the parameters concur with the same intensity to be able to give credence to the victim's testimony when it is the only evidence of the charge. That is, the concurrence of some circumstance of resentment, revenge or any other ethical reason is only a wake-up call to make a careful filter of their statements. Otherwise, in no case could the victim's statement be assessed. The determining factor, then, is that the suitability of her statement is not affected.

In addition, a recent verdict, *STS 119/2019, of March 6*, has added new standards to the "triple test" to measure how much credibility the victim's statement deserves, such as the security in the declaration, the specification in the account of the events that have happened, the "gestural language" of conviction, expository seriousness that distances the Court's belief from a figurative, fabled, or not very credible story, descriptive expressiveness in the account of the events that occurred, absence of contradictions, absence of gaps in the exposition account that could lead to doubts of its credibility, integrity in the statement, a full account of the facts must be given off and not fractioned and, finally, the Court must count both what benefits her and her position as well as what hurts her.

The judgment also sets out a list of criteria that the Court must take into account in the event that the victim suffers a situation of fear.

VII. CONCEPT AND SCOPE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

Article 24.2 CE establishes the fundamental right to the presumption of innocence, which consists in that every person accused of a crime has the right to be presumed innocent as long as his guilt is not proven in a process.

The presumption of innocence displays its effects in the second phase of the criminal process, that is, in the oral trial phase (the first failure is called the "investigation phase"). The purpose of the oral trial is to transform the incidents into solid evidence against the alleged perpetrator of the events. Otherwise, if the court has doubts about the alleged perpetrator's participation in the facts, even if there are indications, it must apply the principle *in dubio pro reo* and must acquit the accused.

In order for the presumption of innocence to be disproved, the following three requirements must be met:

1) The taking of evidence must be carried out with all the guarantees, that is, the guilt of the accused must be declared by a court.

2) A probative activity must take place, that is, of incriminating content, that is, of its interpretation.

3) Evidence activity, in addition to being a position, must be sufficient, which has nothing to do with the amount of incriminating evidence, but to the entity and quality.

Therefore, when the statement of the victim as evidence has been practiced with all the guarantees, is incriminating and sufficient, nothing prevents it from being able to justify the destruction of the presumption of innocence.

VIII. APPLICATION OF THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE DUE TO GENDER.

Article 22.4 of the Penal Code establishes an aggravating circumstance when the perpetrator of the crime has committed it for reasons of gender, among others. The inclusion of this aggravating modality was introduced by Organic Law 1/2015.

In addition, our legal system already had LO 1/2004, so it presents a "double mechanism" to eradicate violent and discriminatory acts against women. This double mechanism consists, on the one hand, of the existence of a generic aggravation, and, on the other hand, of the writing of certain behaviors from a gender perspective.

As regards the aggravating circumstance contemplated in article 22.4 CP, this includes, among other reasons, "sex" and "gender". How can we differentiate one term from another? The difference between these two words consists in the fact that "gender" attends to the socially constructed roles, behaviors or activities and attributions that a

specific society considers appropriate to women or men, while "sex" corresponds to the biological and physiological characteristics inherent to the human being.

Although the doctrine is not unanimous in relation to the inclusion of the aggravating factor of gender because it understands that there is no effective differentiation between "sex" and "gender", since it is difficult to imagine alleged violence against women that embody discriminatory behavior on the basis of sex regardless of gender, it is true that the aggravation of discrimination due to gender is the best way to express and collect all the reproach and the devaluation of the fact. Therefore, it allows to recognize a certain symbolic value from the point of view of the protection of the dignity of women.

In order to apply the aggravating circumstance of discrimination due to gender, the Supreme Court demanded two requirements:

- a) Subjective element: they consist of discrimination based on the domination of the man.
- b) Objective element: attend to the fact that the facts must occur within the scope of a relationship, whether current or past.

However, both considerations had little use in the jurisprudence of the Second Chamber. Perhaps it is due to the difficulty of proving the subjective element required for its application.

Indeed, in *STS 99/2019, of February 26*, the Supreme Court establishes that in order to apply the aggravating circumstance due to gender, it is enough for the author to know that the situation to which the victim is subjected is discriminatory, not being necessary the concurrence of a specific intent of wanting to discriminate. Besides, it contemplates the possibility of applying the aggravating factor of discrimination on grounds of gender outside the framework of the couple relationship as long as there is an asymmetry in the relationship between the male-perpetrator and the female-victim.

To sum up, after this judgment, the aforementioned aggravating circumstance may be applied without the need to prove the subjective element and regardless of whether the events have occurred within a current or past relationship.