



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA  
SALAMANCA

**TRABAJO FIN DE TÍTULO  
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

Curso 2018/2020

**ANÁLISIS DEL TESTIMONIO DE LA  
VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO  
COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO,  
DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA  
ABOGADA DEFENSORA. ESPECIAL  
REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL  
TRIBUNAL SUPREMO 119/2019, DE 6  
DE MARZO.**

Sofía Conde Iglesias

Tutora: Marta del Pozo Pérez

Noviembre

2019

**TRABAJO FIN DE TÍTULO  
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

**ANÁLISIS DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA  
DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO ÚNICA  
PRUEBA DE CARGO, DESDE EL PUNTO DE  
VISTA DE LA ABOGADA DEFENSORA. ESPECIAL  
REFERENCIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO 119/2019, DE 6 DE MARZO.**

**ANALYSIS OF THE TESTIMONY OF THE  
VICTIMS OF GENDER-BASED VIOLENCE AS  
THE ONLY EVIDENCE, FROM THE POINT OF  
VIEW OF THE DEFENSE LAWYER. PARTICULAR  
REFERENCE TO THE SENTENCE OF THE  
SUPREME COURT 11/2019, 6TH OF MARCH.**

**Nombre de la estudiante: Sofía Conde Iglesias  
e-mail de la estudiante: sofiaconde@usal.es**

**Tutora: Marta del Pozo Pérez**

## **RESUMEN (15 líneas)**

El objeto del trabajo es el análisis desde la posición de la abogada de la defensa de la declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo. Al respecto, es jurisprudencia reiterada y asentada que para la motivación de la sentencia de este tipo de prueba es necesario analizar los presupuestos generales: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud en el testimonio y persistencia en la incriminación. En la actualidad el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de marzo de 2019, ha tomado una nueva postura al respecto, enunciando unos nuevos parámetros para valorar la verosimilitud del testimonio de la víctima del delito y unos contra-criterios para el supuesto de las víctimas de violencia de género. La finalidad del mismo es desarrollar la defensa del acusado analizando el testimonio de la víctima de violencia de género desde los nuevos parámetros marcados por el TS, los cuales han sido objeto de críticas debido a su alto componente subjetivo y por suponer un intento de unificación de doctrina por parte del Alto Tribunal, tasando la valoración de la prueba en este tipo de proceso penal. Como consecuencia de su aplicación nos encontramos ante una grave situación de inseguridad jurídica que pone en peligro los principios de presunción de inocencia y de libre valoración de la prueba.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia de género, declaración, víctima, defensa

## **ABSTRACT**

The purpose of this study is the analysis from the position of the defense lawyer of the gender-based violence victims' testimony as the only evidence. Thereon, it is settled case law that the grounds to the sentence in this type of evidence it is necessary to analyse the general premises: the lack of subjective disbelief, the credibility of the testimony and the persistence in the accusation. Currently, the Supreme Court, in a Sentence of 6 March 2019, has adopted a new position in this respect, introducing new parameters to assess the credibility of the gender-based violence victim's testimony and settling certain contra-criteria for the gender-based violence victims. The aim of this criteria is to develop the defendant defense analysing the gender-based violence victim's testimony from the new parameters settled by the Supreme Court, which have been criticised due to their subjective interpretation and the fact that they mean an attempt of unification of doctrine by the Supreme Court, rating the evaluation of the evidence in this kind of criminal proceedings. As a result of its application we found ourselves at a serious situation of legal uncertainty which endangers the principle of the presumption of innocence and the rule of the free assessment of evidence.

**KEYWORDS:** Gender violence, testimony, victim, defense.

# ÍNDICE

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<b>I. INTRODUCCIÓN.</b> .....	<b>1</b>
<b>II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO “VIOLENCIA DE GÉNERO” Y CONTROVERSIAS QUE SUSCITA.</b> .....	<b>2</b>
A) CONCEPTO “VIOLENCIA DE GÉNERO” .....	2
B) DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. AGRESIONES MUTUAS.....	3
C) PAREJAS DE ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD A LA CONYUGAL. ....	8
<b>III. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 119/19, DE 6 DE MARZO.</b> .....	<b>13</b>
A) LA DISPENSA DE DECLARAR EN CONTRA DE PARIENTE EN EL JUICIO ORAL. ....	15
B) PRESUPUESTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. ....	22
C) FACTORES DEL PROCESO VALORATIVO DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL SENTENCIADOR. ....	29
<b>IV. LA DEFENSA DEL ACUSADO EN ASUNTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.</b> .....	<b>34</b>
A) FUNDAMENTACIÓN EN LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E INDUBIO PRO REO. ....	34
B) DESVIRTUAR LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA. ....	36
<b>V. CONCLUSIONES</b> .....	<b>37</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>41</b>

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

**Art.:** Artículo.

**AP:** Audiencia Provincial

**CE:** Constitución Española.

**CP:** Código Penal

**F.J:** Fundamento jurídico

**LECrim:** Ley de Enjuiciamiento Criminal

**LO:** Ley Orgánica

**LOMPICVG:** Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

**Núm.:** Número

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial

**TC:** Tribunal Constitucional.

**TS:** Tribunal Supremo

## I. INTRODUCCIÓN.

*“Nunca llegarás a comprender a una persona hasta que no veas las cosas desde su punto de vista”.*

ATTICUS FINCH (Gregory Peck) en Matar a un ruiseñor (1992).

Desde el principio quería enfocar mi trabajo de fin de máster al estudio de la violencia de género. El tema objeto de análisis es la declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo desde el punto de vista de la abogada defensora, haciendo un análisis de la última línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo al respecto, con especial énfasis en la Sentencia núm. 119/19, de 6 de marzo.

Me gustaría destacar que orientar el estudio me ha supuesto un gran esfuerzo, pues en un principio valoraba el trabajo desde un enfoque social, incluso destruyendo la presunción de inocencia, que se apartaba del análisis jurídico de la cuestión. Me surgían muchas dudas de cómo desvirtuar la declaración de la víctima de violencia de género, sobre la que ya pesa incredulidad sobre su declaración, pues nadie duda de la versión de la víctima de un delito de robo ni ésta se encuentra con las mismas dificultades para probar la comisión del delito. Una vez que focalicé el trabajo comprendí que esa no era la orientación que debía tener el mismo, partiendo de que todo acusado tiene derecho a la mejor defensa posible y como Estado de Derecho que es España debe sustentarse en la presunción de inocencia del acusado.

Asimismo, este trabajo responde a la pregunta más típica que se les realiza a los abogados, ¿y tú defenderías a un maltratador, asesino o violador? Sin embargo, quien realiza esta pregunta está obviando la presunción de inocencia, siendo fundamental para el abogado de la defensa poder confiar en su cliente, haciendo valer todas las circunstancias que puedan beneficiarle.

El objetivo principal del trabajo es articular la defensa del acusado por un delito de violencia de género respecto de la declaración de la víctima del mismo como única prueba de cargo, utilizando como patrón tanto los parámetros marcados reiteradamente por el Tribunal Supremo, los cuales son doctrina asentada y pacífica entre los órganos jurisdiccionales, referidos a la ausencia de incredulidad subjetiva, persistencia en la incriminación y verosimilitud del testimonio; como los nuevamente pautados por el mismo en la sentencia objeto de análisis y las consecuencias que se derivaban.

Para estructurarlo he considerado necesario, en primer lugar, realizar la conceptualización del término de violencia de género y los principales problemas que de él pudieran emanar: la vulneración del principio de igualdad y no discriminación, haciendo referencia a la existencia del elemento de dominación y sumisión recogido en el art. 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de

Género; y el concepto que manejan los órganos jurisdiccionales de parejas de análoga relación a la conyugal.

En segundo lugar, se analiza la declaración de la víctima de violencia de género desde los parámetros marcados por el TS y los nuevos enunciados en su Sentencia de 6 de marzo de 2019, referentes a la verosimilitud del testimonio de la víctima y los “contrafactores” para las víctimas de violencia de género. Del análisis del mismo se deduce que la nueva postura adoptada por el Tribunal Supremo, haciendo valer su perspectiva de género, crea una grave inseguridad jurídica tanto para la postura de la acusación como para la defensa. Además de incidir gravemente en el principio de libre valoración de la prueba que ostenta cada órgano sentenciador.

Por último, desarrollaré cómo se articula la defensa del acusado, atendiendo tanto a los principios rectores del derecho procesal penal de presunción de inocencia e in dubio pro reo como a desvirtuar la declaración de la víctima, de tal manera que se introduzcan al tribunal las dudas necesarias como para no llegar a la convicción de que el acusado sea condenado.

Para elaborarlo he analizado distintas fuentes bibliográficas como libros doctrinales, revistas jurídico-penales, jurisprudencia de Tribunales, especialmente del Tribunal Supremo, Constitucional, y Audiencias Provinciales; así como informes institucionales.

## **II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL TÉRMINO “VIOLENCIA DE GÉNERO” Y CONTROVERSIAS QUE SUSCITA.**

### **A) CONCEPTO “VIOLENCIA DE GÉNERO”**

En primer lugar, será necesario para poder ahondar en el asunto saber qué es lo que comprende el término “violencia de género”. Al respecto, la ONU lo ha definido como:

“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”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 113 de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín en 1995.

Por su parte, el Consejo de Europa lo ha definido en 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) como: “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”<sup>2</sup>.

Asimismo, nuestro legislador mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define por primera vez el concepto de violencia de género, entendiéndolo como:

“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. (...) 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”<sup>3</sup>.

Es esencial comprender el significado de la misma, pues es diferente a la violencia doméstica, la cual es ejercida dentro del ámbito familiar por cualquiera de los miembros del mismo. En este caso no se alude al género, sino a la convivencia y vulnerabilidad<sup>4</sup>; y, en consecuencia, la mujer también podrá ser autora del mismo. No sucede así en los delitos de violencia de género, en los cuales se tiene en cuenta la relación entre hombre y mujer, siendo siempre la mujer víctima del delito y el hombre el autor del mismo.

## B) DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. AGRESIONES MUTUAS.

La doctrina y jurisprudencia se ha mostrado dividida respecto de la implantación de la Ley Integral. Así, se percibe como injusta por determinado sector de la sociedad, por no respetar el principio de igualdad, reconocido en el art. 14 CE<sup>5</sup>, considerando injustificada la diferencia de sanción penal cuando el hombre realiza el delito respecto de la mujer. El TC al respecto ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad por afectar el principio constitucional de igualdad y no discriminación, manifestando en la Sentencia núm. 59/2008, de 14 de mayo,:

“Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos

---

<sup>2</sup> Art. 3 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.

<sup>3</sup> Art. 1 de la LOMPICVG.

<sup>4</sup> DE LA CUESTA AGUADO, M.<sup>a</sup> P., “Machismo y Violencia. El Concepto de Violencia de Género”. *Violencia de Género y Justicia*, CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir), Universidad Santiago de Compostela, Servizo de publicaciones e intercambio científico, 2013, p. 58.

<sup>5</sup> Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”



agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”<sup>6</sup>.

Por ello, el análisis se centró en la concurrencia o no en la acción del presunto autor de discriminar y dominar a la mujer. De este modo, la jurisprudencia procedía al análisis del contexto de desigualdad, dominación y discriminación, no percibiéndolo en el caso de las lesiones leves mutuas. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales consideraban que no existía la especial protección por violencia de género del art. 153 CP, sino que estábamos ante un delito de lesiones leves del art. 147.2 CP cuando de los hechos no se desprendiera la situación de desigualdad ni de subyugación dentro de la pareja. Son ejemplos de ello:

- SAP de Pontevedra 218/2017, de 29 de diciembre<sup>7</sup>, considera que las lesiones leves recíprocas de los miembros se deben a una riña mutuamente, originándose unos resultados lesivos leves y similares para ambos, siendo agresores y agredidos ambos; y, por tanto, no se puede entender que dichos hechos estén presididos por cualquier idea de dominación o subyugación.

- SAP de Barcelona núm. 670/2017, de 31 julio<sup>8</sup>, que dispone que la plus punición del art.153 CP no puede tener lugar cuando en las agresiones mutuas no exista el contexto de dominación contemplado por el legislador, pues no tiene sentido, ya que el bien jurídico protegido, la preservación del ámbito familiar o la paz familiar, presidido por el respeto mutuo y la igualdad, no estaría en peligro siempre que los miembros estén en igualdad de condiciones y mantengan una pelea con posiciones activas en las dos partes.

- SAP de Girona núm. 595/2013, de 26 de septiembre, dispone que:

“Los casos en los que se trata de una pelea entre los dos miembros de la pareja con agresiones mutuas, adoptando ambos un posicionamiento activo en la pelea, hechos que nada tienen que ver con actos realizados por el hombre sobre la mujer en el marco de una situación de dominio discriminatoria para la mujer, por lo que castigar conductas como la declarada probada por la vía del art. 153.1 y 2 del Código Penal , con la plus punición que este precepto contiene, resultaría contrario a la voluntad del legislador, puesto que la referida conducta no lesionó el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger. Para dar mayor seguridad jurídica a esta declaración, que entendemos supone un avance interpretativo de esta Sección en la aplicación del art. 153 del Código Penal en los casos en los que la agresión entre los miembros de la pareja haya sido mutua, excepcionando por ello de su aplicación literal un caso muy concreto, hemos de entender que la apreciación por la Sala de esta pelea mutua que exonera al varón de la responsabilidad del art. 153 del Código Penal se producirá no sólo cuando la acusación pública se dirija contra ambos contendientes, sino también, cuando en la sentencia, como consecuencia o no del ejercicio de otra acusación particular, se recoja la participación activa de la mujer en la pelea, siempre que esa

---

<sup>6</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo, F.J Noveno. (RTC\2008\59)

<sup>7</sup> SAP Pontevedra (Sección 4ª) de 29 de diciembre de 2017 (JUR\2018\50862)

<sup>8</sup> SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 31 julio de 2017 (JUR\2019\185125)

participación no sea considerada como una excepcional legítima defensa, en cualquiera de sus grados.”<sup>9</sup>

- De igual manera ha sido reconocido por la SAP de Burgos núm. 159/2013, de 9 de abril<sup>10</sup>, o SAP de Madrid (Sección 27ª) núm. 1699/2010 de 23 noviembre<sup>11</sup>.

Asimismo, el TS se mostró de acuerdo con esta interpretación en las Sentencias núm. 654/2009, de 8 junio<sup>12</sup>, y núm. 1177/2009, de 24 de noviembre, en ésta última se establece que:

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

Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales.”<sup>13</sup>

Sorprendentemente, en el año 2018 el TS adopta una posición contraria al respecto y sienta jurisprudencia en la Sentencia de Pleno núm. 667/2018, de 20 de diciembre, manifestando que:

“En esta importante resolución de esta Sala se concluye que debe descartarse el ánimo o comportamiento machista o de dominación al señalar que:

"(...) No es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico.

Ese componente "machista" hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades.

Cuando el Tribunal Constitucional exige ese otro desvalor no está requiriendo reiteración, o un propósito específico, o una acreditada personalidad machista. Sencillamente está llamando a evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo.

(...) Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o excónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada”.<sup>14</sup>

Por su parte, el Senado también ha reconocido, en las Ponencias de estudio constituidas en el seno de las comisiones, como medida contra la violencia de género la

---

<sup>9</sup> SAP Girona (Sección) de 26 de septiembre de 2013 (ARP 2013\1273) F.J Noveno.

<sup>10</sup> SAP de Burgos (Sección 1ª) de 9 de abril de 2013 (ARP\2013\517)

<sup>11</sup> SAP de Madrid (Sección 27ª) de 23 de noviembre de 2010 (ARP\2012\289)

<sup>12</sup> STS de 8 junio de 2009 (RJ\2010\979).

<sup>13</sup> STS de 24 de noviembre de 2009 (RJ\2010\124), F.J Tercero.

<sup>14</sup> STS de 20 de diciembre de 2018 (RJ\2018\5819) F.J Tercero.

supresión de este contexto de discriminación contemplado en el art. 1 de la LOMIPCVG<sup>15</sup>.

Prueba de la controversia e importantes consecuencias que suscita la referida cuestión, la Sentencia goza de un voto particular del Magistrado D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, al que se adhieren los Magistrados. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Alberto Jorge Barreiro y la magistrada Dña. Carmen Lamela Diaz, considerando en el F.J Cuarto (el cual he decidido reproducir debida su importancia) que:

“Parece, pues, que queda claro que la justificación se encuentra en la mayor lesividad de una determinada conducta del varón en el marco de las relaciones de pareja, actual o pasada, que se caracteriza porque se encuadra en una pauta cultural identificada por la consideración de la inferioridad y sumisión de la mujer respecto del hombre en ese marco de relación. De esta forma, se justifica que la ley, en su previsión de carácter general contemple esos casos y les asocie una mayor pena, respondiendo a una mayor necesidad de prevención, como función relevante de aquella.

Sin embargo, esta justificación de carácter general que afecta a la legitimidad de la previsión legal, no puede trasladarse como algo implícito a cada caso concreto. Al menos por dos razones. La primera, porque, aunque pueda afirmarse que esa pauta cultural rechazable está todavía muy generalizada, no pueden excluirse casos en los que, por razones derivadas de la evolución de los valores sociales o de la formación intelectual del ciudadano, que pueden relacionarse, incluso, con el éxito de las actividades de formación en la materia que contempla la propia legislación (artículo 3 de la Ley de violencia de género), la mentalidad del varón, al menos del varón que es concretamente acusado, se haya modificado excluyendo de forma natural esos planteamientos, que quedarían, por lo tanto, muy alejados de los hechos que se le imputan.

Y, la segunda, de mayor peso en el ámbito penal, porque no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, ya actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer. Y la prohibición de esa presunción es aplicable tanto si se presume sin aceptar prueba en contrario, como si se trasladara al acusado la necesidad de probar que tal cosa no concurre, pues es evidente que la prueba del delito corresponde a la acusación, ya que el acusado se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley. Es más; si se admite, como se hace en la sentencia de la mayoría, que el acusado pruebe que no existe el elemento relativo a la dominación y tal prueba excluiría la aplicación del artículo 153.1 CP, se está también admitiendo implícitamente que ese es un elemento necesario del tipo. Y si es así, su concurrencia no puede presumirse en contra del reo.

En consecuencia, esa pauta cultural negativa o ese contexto de dominación en el que debe apreciarse que se ejecutan los hechos, necesita ser acreditado por la acusación y no puede presumirse en contra del reo por respeto a los principios de culpabilidad por el hecho concreto ejecutado y de presunción de inocencia.

Es cierto, como se dice en la sentencia de la mayoría, que ninguno de los apartados del artículo 153 CP incluye ni exige "entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer". Pero, si se prescinde de ese contexto,

---

<sup>15</sup> SENADO, Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, constituida en el seno de la Comisión de Igualdad. Como medida 242: “Evitar la acreditación, en los tipos delictivos relacionados con la violencia sobre la mujer, de una manifestación de «discriminación, desigualdad y relaciones de poder» (Art.1 LO 1/2004) o exigir como elemento integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo de discriminar, establecer o mantener una relación de poder sobre la mujer. Se trataría de incorporar en los artículos pertinentes del Código Penal la redacción «con cualquier fin» o «con independencia del fin perseguidos.»” (p. 101). Disponible en: [http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG\\_D\\_12\\_134\\_1163.PDF](http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_134_1163.PDF)

que en síntesis podríamos denominar contexto de dominación, la diferencia en el trato, en la aplicación de la ley, no quedaría justificada, vulnerándose con ello el artículo 14 de la Constitución. Es necesaria, por lo tanto, una interpretación del tipo penal que, en el momento de su aplicación, impida la vulneración de ese principio, exigiendo la constatación de los elementos que justifican el trato desigual.”

Dicha Sentencia, por las consecuencias constitucionales, procesales y penales, merece un comentario pormenorizado. En primer lugar, es inadmisibles considerar que toda violencia, dentro del ámbito de la pareja o ex pareja, ejercida contra la mujer por un varón es merecedora de aplicación de la plus punición de violencia de género. Es evidente que existen situaciones en las que las parejas conviven en un clima violento, pero no en todos los casos se debe a las creencias de desigualdad y discriminación ejercida contra la mujer, séase una pareja en la que la violencia es ejercida activamente por ambos miembros. Por lo que estimar que todos los hombres presentan un patrón machista por la frecuencia de estos casos, sin observar las circunstancias personales concretas implicará no objetivar la responsabilidad penal.

En segundo lugar, considero insostenible que en el proceso penal la carga probatoria se invierta. Es inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental de presunción de inocencia, sin el cual no podemos hablar de un Estado social, democrático y de Derecho. No puede esgrimir el Tribunal que el contexto de desigualdad y sumisión que emana de la LOMPICVG como del propio articulado del CP no quede acreditado por la acusación, debiendo probar en todo caso que no concurre la defensa. Por un lado, la defensa en el proceso penal no debe probar nada, pues toda persona es inocente hasta que se declare lo contrario; sin embargo, la función de la posición que ostentará en este trabajo como defensa sí consistirá en rebatir lo alegado por la acusación, introduciendo las dudas razonables y suficientes como para que el Tribunal no pueda llegar a la convicción de que los hechos que se enjuicien deban ser merecedores de sanción penal. Desde mi perspectiva, considero que la afirmación por la mayoría de la Sala respecto de entender implícito el contexto cultural machista como de dominación y sumisión, supone una vulneración, además del principio constitucional y derecho fundamental de presunción de inocencia (el cual desarrollaré más adelante), de los principios de legalidad en relación al principio de taxatividad y tipicidad, y culpabilidad que rigen en el proceso penal.

El principio de tipicidad y taxatividad, garantía que se deriva del principio de legalidad, implica que los hechos puedan subsumirse en el tipo delictivo y, por tanto, no puede presumirse en contra del reo un determinado elemento del tipo, siendo esta función de la acusación. Por su parte, el principio de culpabilidad consiste en la individualización de la responsabilidad penal, objetivándola conforme a las circunstancias personales del asunto; por ello resulta incomprensible entender que todo hombre que produzca lesiones a su pareja o ex pareja mujer debe entenderse violencia de género debido al contexto social, sin realizar un estudio del caso concreto ni contemplar si estamos ante una excepción.

Añade en el F.J Sexto del Voto particular que el contexto de dominación, subordinación y discriminación debe ser tratado como un elemento objetivo derivado de las características y circunstancias de los hechos realizados por el autor y no así de la intencionalidad del mismo:

“Aunque no es preciso para justificar el contenido de este voto particular, he de añadir que entiendo que ese elemento de contexto al que he venido haciendo referencia, expresado en síntesis, como contexto de dominación, no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito. No constituye un elemento subjetivo del injusto. No se trata, pues, de acreditar que el varón pretenda o desee dominar, humillar o subordinar a la mujer.

Entiendo, por el contrario, en coincidencia con lo que se argumentaba en el Auto de 31 de julio de 2013 (PROV 2013, 304385), Causa Especial 20663/2012, recogido después en la STS núm. 856/2014, de 26 de diciembre, que es un elemento del tipo objetivo, consistente en que la agresión tenga lugar dentro de un marco de relación caracterizado por esa dominación. Es decir, un marco en el que la mujer es situada como un ser inferior, subordinado al hombre e incapaz de tomar decisiones propias que hayan de ser respetadas como procedentes de un ser humano con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro. Son las circunstancias objetivas de la situación las que permitirán afirmar que ese contexto concurre en cada hecho concreto. No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer. Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada. Y que, sabiéndolo, decida ejecutar la conducta imputada. El precepto no exige una intención especial”.

De este modo estoy de acuerdo en la conclusión alcanzada en el voto particular de que tal decisión conllevará a una norma discriminatoria por razón de sexo, pues es inadmisibles que toda violencia de un hombre a una mujer pueda entrar dentro del concepto de violencia de género otorgado por el legislador, debiendo estar en todo caso al contexto en la actuación del presunto autor del delito. Asimismo, como se deduce del F.J Quinto del voto particular, cuando la agresión sea mutua y no exista dicho contexto deberá aplicarse el art. 153.2 CP referente a la violencia dentro del seno familiar en vez del art. 153.1 o 147.2 CP.

### C) PAREJAS DE ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD A LA CONYUGAL.

Seguidamente se nos plantea el problema de qué debe considerarse “parejas de análoga relación de afectividad a la conyugal”. El legislador no ha dotado de significado el concepto, pero la AP de Toledo, en la Sentencia núm. 12/2015, de 3 de marzo, lo ha entendido como:

“Aquellas situaciones que, trascendiendo los lazos de la amistad, del afecto y de la confianza, crean un vínculo de complicidad estable, duradero y con vocación de futuro, mucho más estrecho e íntimo, del que se generan obligaciones y derechos.

En el concepto de «análoga relación de afectividad» no cabe incluir de modo automático todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente aquéllas en las que concurra un componente de compromiso más o menos definitivo y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar, mostrando la realidad social que muchas relaciones de noviazgo carecen de las características necesarias para que puedan ser consideradas como relaciones de afectividad análogas a la marital. Debiendo, pues, concurrir los dos elementos que la integran: a) el objetivo, consistente en la relación de afectividad análoga a la matrimonial; y b) el subjetivo, que no consiste propiamente en el cariño o afecto, sino en la

conciencia de la subsistencia de dicha relación y de los específicos deberes de respeto que ha de conllevar<sup>16</sup>.”

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha entendido que la agravación de la conducta solo es aplicable al cónyuge y a quienes mantengan relaciones análogas a la matrimonial, pero no así a las relaciones de noviazgo:

“El precepto alude a las personas unidas al imputado por matrimonio o por una relación análoga al matrimonio, a diferencia de lo que ocurre en los tipos penales relativos a la violencia sobre la mujer y a la violencia doméstica, en los que se incluyen como sujetos pasivos a las personas que estén o hayan estado unidas al autor por una relación de afectividad análoga, aun sin convivencia, por lo que la doctrina y la jurisprudencia vienen limitando la aplicación de la dispensa a aquellas personas que mantienen una relación matrimonial con el imputado o una relación more uxorio (de análoga afectividad con convivencia) quedando pues, fuera de tal precepto las relaciones de noviazgo.

Esta posición había sido mantenida por la jurisprudencia, incluso con anterioridad a la reforma referida, al equiparar a la relación conyugal la de convivencia de hecho<sup>17</sup>”.

Desde mi punto de vista esta interpretación queda alejada de la realidad social y del espíritu de la Ley integral, ya que se trata de proteger la igualdad dentro de las relaciones afectivas. Encontrándonos en una sociedad en la cual las relaciones de afectividad toman diversas formas, no me parece razonable entender que toda relación de noviazgo quede excluida de la plus punición que se contempla para los delitos de violencia de género.

La jurisprudencia, sin embargo, no ha tomado una posición concreta al respecto. Por un lado, un sector ha considerado que el punto de inflexión no es la existencia de un proyecto de vida en común, sino que se trata de una relación de afectividad, personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad. Asimismo, debe tener vocación de estabilidad. Son ejemplos de esta interpretación menos restrictiva y, por tanto, consideraron análoga la relación de afectividad, las Sentencias:

- SAP de Vizcaya, Sección 6ª, núm. 31/2007, de 22 de enero<sup>18</sup>, en el Fundamento Jurídico Tercero, sirviéndose de apoyo en la SAP Ávila, Secc. 2ª, 202/2005, de 20 de diciembre<sup>19</sup>, entiende que: "El acomodo de situaciones semejantes a la descrita, en el presupuesto típico de ligamen por "...análoga (al matrimonio) relación de afectividad aun sin convivencia" es admitido por la doctrina mayoritaria siempre que esas situaciones gocen de cierta duración y vocación de permanencia, que traspasen lo meramente episódico y la relación de simple amistad, conclusión que es predicable de la que nos ocupa, pues se desarrolló durante seis meses y fue una relación sentimental, sin que a ello obste que no existieran "planes de futuro" pues, de ser así,82 pudo responder a múltiples causas, incluso ajenas a la voluntad de los interesados, como la realidad social pone de manifiesto, y no implica merma de la intensidad en la relación ni en la afectividad que la

---

<sup>16</sup> SAP de Toledo (Sección 2ª) de 3 de marzo de 2015 (JUR\2015\100259), F.J Tercero.

<sup>17</sup>. Circular de la Fiscalía General 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer. de Capítulo III.2.1.1 sobre relaciones de noviazgo. [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR\\_06\\_2011.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_06_2011.html).

<sup>18</sup> SAP de Vizcaya (Sección 6ª) de 22 de enero de 2007 (JUR\2007\121952)

<sup>19</sup> SAP Ávila (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2005 (JUR\2006\74599)

acompaña; en definitiva, se exige una relación con cierta intención de permanencia y quedando excluidas las relaciones de amistad y los encuentros esporádicos".

- SAP de Madrid, Sección 27ª, núm. 466/2007, de 11 de junio, entre otras, señala que determinar en qué supuestos la relación puede obtener tal calificación, por la existencia de circunstancias de hecho que permitan advertir ese plus que acredita la seriedad, estabilidad y vocación de permanencia de la relación, es una cuestión de hecho sujeta a la necesaria acreditación dentro del proceso penal.

- SAP de Córdoba de 12 de diciembre de 2007<sup>20</sup>, que, con cita del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de fecha 13 de mayo de 2005, sostiene que "El noviazgo, como estadio de relación personal, constituye una categoría definidora particularmente abierta y sometida a un alto grado de relatividad en cuanto a sus caracteres constitutivos..."

- SAP de Barcelona de 10 de enero de 2007<sup>21</sup>. Se trata de una relación de noviazgo, con sus correspondientes vínculos sentimentales entre las partes, de más de 2 años y medio de duración reconocida por el acusado y la víctima con independencia de si ha existido o no convivencia y/o relaciones sexuales.

- SAP de Granada, sección 2ª, núm. 175/2007, de 9 de marzo<sup>22</sup>, que consideró que una relación de noviazgo aun sin el propósito de compartir la vida en un futuro. Por el contrario, califica de excluibles una mera relación de amistad con algún escarceo amoroso esporádico o una relación sexual esporádica sin más implicaciones afectivas.

- SAP de Madrid, núm. 432/2007, de 31 de mayo<sup>23</sup>, siendo una relación de noviazgo durante más de 1 año, seria y estable en la que se presentaban ante los demás como novios.

- SAP de Madrid, Sección 27ª, núm. 466/2007, de 11 de junio<sup>24</sup>. Tratándose de una relación de afectividad de 1 mes y medio admitida por el acusado. Éste tenía las llaves del domicilio de la víctima y pernoctaba de vez en cuando en él. La familia de la víctima entendía que la relación existente entre ésta y el acusado era de noviazgo.

- SAP de Valencia, Sección 1ª, núm. 136/2007, de 29 de mayo<sup>25</sup>. Una relación de noviazgo estable de 1 año y medio de duración.

- SAP de Valencia, Sección 1ª, núm. 35/2008, de fecha 12 de febrero<sup>26</sup>. Una relación sentimental de una duración reconocida por el acusado de 1 mes y medio que fue de convivencia en tanto compartieron vivienda incluso con la hija menor de la víctima

- SAP de Vizcaya, Sección 6ª, núm. 31/2007, de 22 de enero<sup>27</sup>. Una relación sentimental con convivencia respecto de la que el grado de asimilación a la relación conyugal no venía medido tanto por la existencia o no de un proyecto de vida en común sino por la comprobación de que comparte con aquélla la naturaleza de la afectividad que

---

<sup>20</sup> SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 12 de diciembre de 2007 (JUR\2008\246162)

<sup>21</sup> SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 10 de enero de 2007 (JUR\2007\178898)

<sup>22</sup> SAP de Granada (Sección 2ª) de 9 de marzo de 2007 (JUR\2007\273454)

<sup>23</sup> SAP de Madrid (Sección 27ª) de 31 de mayo de 2007 (JUR\2007\259836)

<sup>24</sup> SAP de Madrid (Sección 27ª) de 11 de junio de 2007 (JUR 2007\259192)

<sup>25</sup> SAP de Valencia (Sección 1ª) de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007\260186)

<sup>26</sup> SAP de Valencia (Sección 1ª) de 12 de febrero de 2008 (JUR 2008\14590)

<sup>27</sup> SAP de Vizcaya (Sección 6ª) de 22 de enero de 2007 (JUR 2007\121952)

es donde la redacción legal pone el acento: a saber, la propia de una relación personal e íntima que traspassa con nitidez los límites de una simple relación de amistad por intensa que sea.

- SAP de Vizcaya, Sección 6ª, núm. 493/2007, de 14 de junio<sup>28</sup>. Una relación sentimental con convivencia limitada a los fines de semana paralelamente a otra relación matrimonial

- SAP de Madrid, Sección 27ª, núm. 907/2007, de 8 de noviembre<sup>29</sup>. En este caso se trataba de una relación sentimental de una duración reconocida por el acusado de 1 año, sin convivencia, pero con persistencia temporal en los encuentros personales y con viajes en común

Por otro lado, otro sector de la jurisprudencia exige la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que caracterizan a la relación matrimonial, salvo la convivencia. Para ello es necesario entender qué sentido hay que dar al concepto de continuidad y estabilidad. Por continuidad debe entenderse la habitualidad en el modo de desarrollar una vida en común, que viene a exteriorizar un proyecto de vida compartido, que es compatible con rupturas más o menos breves que no lleguen a oscurecer o desdibujar la existencia de un proyecto finalístico de vida en común; y, por otro lado, la estabilidad exige una cierta perdurabilidad en el tiempo.

Por el contrario, son ejemplos de interpretación restrictiva:

- La SAP de Cuenca, sección 1ª, de 2 de febrero de 2016<sup>30</sup>, en la que la relación tenía una duración de dos o tres meses, sin que se dé un mínimo de estabilidad, siendo más equiparable a una relación esporádica.

- SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 11 de mayo de 2015<sup>31</sup>. La relación consistió en salir unos cuantos fines de semana, no llegando a la permanencia que la haría calificable de “análoga al matrimonio” para aplicar el tipo penal del art. 171.4 CP: se califica la conducta como falta de vejaciones

- SAP de Tarragona de 17 de marzo de 2008<sup>32</sup>, reiterando el criterio ya mantenido por este Tribunal en anteriores sentencias (sentencias de 3 y 1 de octubre de 2007) relación de pareja calificada por los propios implicados como de noviazgo, durante 1 año y 6 meses

- SAP de Alicante, sección 1ª, núm. 101/2007, de 2 de febrero<sup>33</sup>, teniendo por objeto una relación de 15 días en la que víctima y acusado dormían en un cajero.

- SAP de Alicante, sección 1ª, núm. 99/2007, de 2 de febrero<sup>34</sup>, tratándose de una relación de pareja que está empezando.

- SAP de Asturias, sección 3ª, núm. 108/2007, de 15 de mayo<sup>35</sup>, considerando que estaba ante una relación de noviazgo respecto de la que no consta que

---

<sup>28</sup> SAP de Vizcaya (Sección 6ª) de 14 de junio de 2007 (JUR 2007\349269)

<sup>29</sup> SAP de Madrid (Sección 27ª) de 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008\40112)

<sup>30</sup> SAP de Cuenca (sección 1ª) de 2 de febrero de 2016 (JUR 2016\36473)

<sup>31</sup> SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 11 de mayo de 2015 (JUR 2015\138180)

<sup>32</sup> SAP de Tarragona (Sección 4ª) de 17 de marzo de 2008 (JUR 2008\142329)

<sup>33</sup> SAP de Alicante (Sección 1ª) de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007\250517)

<sup>34</sup> SAP de Alicante (Sección 1ª) de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007\250505)

<sup>35</sup> SAP de Asturias (Sección 3ª) de 15 de mayo de 2007 (JUR 2007\288400)



exista entre los sujetos un compromiso que permita asimilarla a la “comunidad de vida en intereses” característica del matrimonio o de la pareja de hecho more uxorio.

- SAP de Barcelona, Sección 20<sup>a</sup>, núm. 37/2007, de 9 de enero<sup>36</sup>, teniendo por objeto una relación afectiva de 3 meses a lo largo de la cual el acusado visitaba a la víctima con frecuencia en su casa y mantuvieron esporádicas relaciones sexuales.

- SAP de Valladolid, Sección 2<sup>a</sup>, núm. 83/2007, de 19 de abril<sup>37</sup>. En este caso era una relación sentimental respecto de la que no se acredita su intensidad y su grado de intimidad, confianza y compromiso.

- SAP de Madrid, Sección 27<sup>a</sup>, núm. 824/2007, de 11 de octubre<sup>38</sup>. Se trataba de una relación sentimental respecto de la que no se prueba la frecuencia con la que la víctima y el acusado se veían, la intensidad de la relación ni la existencia o no de proyecto en común

Ante esta situación, el TS en la Sentencia núm.510/2009, de 12 de mayo, dictaminó que:

“No resulta fácil, desde luego, dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación de aquellos preceptos. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia -ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos-, forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al art. 69 del Código Civil, la convivencia se presume y que el art. 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas.

Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los arts. 153 y 173 del CP situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical - vivir en compañía de otro u otros -. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones<sup>39</sup>.”

Me parece acertada la solución del Tribunal en tanto que no se valore la convivencia ni fidelidad, pues en la realidad social existen modelos de relaciones afectivas muy variados. Asimismo, pueden derivarse problemas de este criterio, pues nos

<sup>36</sup> SAP de Barcelona (Sección 20<sup>a</sup>) de 9 de enero de 2007 (JUR 2007\314370)

<sup>37</sup> SAP de Valladolid (Sección 2<sup>a</sup>) de 19 de abril de 2007 (JUR 2007\262307)

<sup>38</sup> SAP de Madrid (Sección 27<sup>a</sup>) de 11 de octubre de 2007 (JUR 2008\1349)

<sup>39</sup> STS de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009\4861), F.J Primero, III.

encontramos ante un criterio subjetivo del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, quien deberá decidir si estamos o no ante una relación de noviazgo merecedora de la agravación de violencia de género. De este modo podría quedar afectada la seguridad jurídica, pues si estamos ante un órgano jurisdiccional más conservador beneficiará a la defensa, pudiendo alegar que no nos encontramos ante una relación con connotaciones de estabilidad y compromiso. Por el contrario, el juzgado que tenga una mentalidad más abierta, entenderá la relación de noviazgo en un sentido más amplio y, por tanto, la acusación será la principal beneficiada.

Tampoco se contempla por el legislador la violencia de género no ejercida por las parejas pero que sí son fruto de la desigualdad estructural entre hombres y mujeres y de la creencia del presunto autor del delito de que las mujeres son seres inferiores en derechos, sirva de ejemplo un delito de agresión sexual por parte de un desconocido, en el cual se ve vulnerado y anulado el derecho a la libertad sexual y de decisión de la mujer. Es por ello que el legislador ha aplicado el concepto de “violencia de género” reducido al ámbito de las relaciones afectivas, mientras que como explicaremos más adelante, la nueva línea jurisprudencial del TS es encaminar el concepto de violencia de género en un sentido más amplio.

### **III. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 119/19, DE 6 DE MARZO.**

La declaración de la víctima del delito tendrá el mismo carácter que la de testigos y peritos, estando obligadas a comparecer, a declarar y a decir verdad<sup>40</sup>. Como ha entendido el TS en numerosas Sentencias, siendo jurisprudencia consolidada, la declaración de la víctima tendrá el valor de prueba testifical, en ningún caso privilegiada<sup>41</sup>, siempre que se preste con las debidas garantías, las cuales serán analizadas con posterioridad, y bajo los principios de publicidad, contradicción e inmediación.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M. “Denuncia y dispensa del deber de declarar”. en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir), *Violencia de Género y Justicia*, Universidad Santiago de Compostela, Servizo de publicaciones de publicaciones e intercambio científico, 2013, p. 554.

<sup>41</sup> STS de 20 de enero de 2015 (RJ 2015\454), F.J Primero: “en aquellos casos en los que la acción delictiva hubiera tenido lugar entre dos personas, sin ser percibida por nadie, habrá que atribuir especial relevancia probatoria al testimonio de la posible víctima, para evitar situaciones de impunidad. Esto, con el argumento de cierre de que nadie debe padecer el perjuicio de que hechos así transcurran en la clandestinidad. Pero es un modo de razonar que no puede admitirse, primero, por la elemental razón de que un sistema de enjuiciamiento fundado en la libre convicción del juzgador a partir de racional examen del cuadro probatorio es rigurosamente incompatible con la existencia de pruebas privilegiadas, como las que constelaron el proceso penal del ancien régime. En segundo término, porque en el “nadie” llamado a sufrir las consecuencias de que ciertos actos delictivos acontezcan en la clandestinidad, hay que incluir, en primerísimo término, al imputado, cuyo derecho a la presunción de inocencia no puede padecer por semejante causa. Y, en fin, porque en la vigente disciplina constitucional del proceso, la única forma legítima de evitar la impunidad pasa por despejar probatoriamente cualquier duda razonable acerca de la identidad del autor del delito.”

<sup>42</sup> GONZÁLEZ MONJE, A., “La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral: especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”,

El trabajo consistirá en el análisis de la STS núm. 119/2019, de 6 de marzo, que señala una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito; como así lo reconoció ya la STS de 13 de junio de 2018 en su F.J Tercero: “No quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito , para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración”

Es entendible que la declaración de la víctima será diferente puesto que es quién ha sufrido el supuesto delito, pero nada dice la sentencia de cómo se deben valorar esa experiencia vivida, sus gestos, etc. Dicha problemática, como veremos más adelante, ocurre con la Sentencia objeto de análisis, creando una situación de inseguridad jurídica puesto que se deja al criterio subjetivo del órgano jurisdiccional: ¿cómo deben entenderse esos gestos?, ¿Quién gesticula más miente o está nervioso?, ¿si llora significa que dice la verdad? Son respuestas que quedan bajo el principio de libre valoración de la prueba.

Asimismo, estableció por primera vez el TC en su Sentencia de Pleno 258/2007, de 18 de diciembre, seguida por muchas otras, que: "la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador".<sup>43</sup>

En el caso de los delitos de violencia de género, señala MARTIN DIZ<sup>44</sup> que hay que tener en cuenta los elementos que condicionan la disponibilidad probatoria:

a) En primer lugar, la clandestinidad. El tipo de delitos se da en el ámbito privado e interno de la relación de pareja. Por ello la declaración de la víctima en la mayoría de los casos es la única fuente de prueba de este delito.

b) En segundo lugar, conjunción con la relación de afectividad agresor-víctima. Los vínculos personales pueden condicionar la declaración de la víctima, más cuando existe la dispensa de declarar.

c) En tercer lugar, disponibilidad de pruebas de cargo, frecuentemente inexistencia de pruebas más objetivas que la declaración subjetiva de la víctima puesto que este tipo de delitos se dan en la clandestinidad.

d) En cuarto lugar, la aparente normalidad social del agresor.

---

en FIGUERUELO BURRIEZA, A, DEL POZO PÉREZ, M., LEÓN ALONSO, M.M (Dir) *Violencia de género e igualdad: una cuestión de derechos humanos*, Comares, 2013, p. 347.

<sup>43</sup> STC 258/2007, de 18 de diciembre, (RTC 2007\258) F.J Sexto.

<sup>44</sup> MARTIN DIZ, F. “Connotaciones procesales de las declaraciones de la víctima de violencia de género como víctima especialmente vulnerable”, en DEL POZO PEREZ, M., BUJOSA VADELL, L., GONZÁLEZ MONJE, A. (Dir) *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinarios*, Aranzadi, Navarra, 2019, p. 255.

e) En quinto lugar, aporte de elementos probatorios objetivos que faciliten la valoración y motivación de la prueba. Ayudan a la credibilidad y verosimilitud de la declaración de la víctima.

En este trabajo obviaremos que existan otros elementos probatorios, siendo la única prueba de cargo la declaración de la víctima de violencia de género. Por tanto, es el tribunal quién deberá valorar y motivar si la misma es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado<sup>45</sup>.

#### A) LA DISPENSA DE DECLARAR EN CONTRA DE PARIENTE EN EL JUICIO ORAL.

Se trata de un derecho fundamental de constitución legal, debido a que se sitúa en el art. 24.2 in fine de la CE, por el cual se reconoce que: “La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Asimismo, se reconoce en los arts. 416.1<sup>46</sup>, 418<sup>47</sup> y 707<sup>48</sup> de la LECrim.

---

<sup>45</sup> STS de 24 de marzo de 2004 (RJ 2004\2812), F.J Segundo: “por ello debe recordarse la oportuna reflexión de esta Sala --STS de 24 de Noviembre de 1987-- de que nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculcado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad, --en igual sentido SSTs 104/02 de 29 de Enero y 2035/02 de 4 de Diciembre--. Por ello es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia --SSTs 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003, entre otras, así como del Tribunal Constitucional, SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, entre otras muchas--”

<sup>46</sup> Art. 416.1 LECrim “Están dispensados de la obligación de declarar: 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.”

<sup>47</sup> Art. 418 LECrim: “Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416.

Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.”

<sup>48</sup> Art. 707 LECrim: “Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación.

Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección.”

La dispensa a no declarar contra un familiar es un derecho controvertido en la práctica, de hecho, ha tenido diversas líneas interpretativas respecto a su ratio<sup>49</sup>, entre ellas se entiende como:

1. Instrumento que busca la protección del acusado. Normalmente tiene lugar en países de *common law*, considerando, de acuerdo a la biblia, que los cónyuges son una misma persona y, por tanto, no pueden autoinculparse. Dicha tesis se abandonó en la década de los 2000 por el TS<sup>50</sup>. Parece ilógica esta razón puesto que dependerá de si la víctima hace uso de la dispensa o no y, por tanto, es a ésta a quien protege, pudiendo decidir libremente.

2. La protección de la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Que, como comenta VILLAMARÍN LÓPEZ, se debe a estudios empíricos en los que se concluye que los testigos parientes intentarán proteger o perjudicar a sus familiares dependiendo de la relación que tengan. Encontrándome de acuerdo con la autora, esta tesis no es trascendental pues para ello existe la valoración de la credibilidad de los testigos.

3. Mecanismo para evitar el delito de falso testimonio si se presiona a declarar a personas unidas por un mismo vínculo familiar<sup>51</sup>. Esta interpretación ha sido mantenida por nuestro TS en diversas Sentencias<sup>52</sup>, en las que ha manifestado que: “Sobre las razones de la existencia de este derecho ha sido pacífica la doctrina y la jurisprudencia al señalar que el fundamento de la dispensa no se encuentra en la garantía del acusado frene a las fuentes de prueba, sino de los propios testigos a quienes con tal dispensa se pretende excluir del principio general de la obligatoriedad de los testigos a declarar, para no obligarles a hacerlo en contra de su pariente, en razón a que no es posible someter al familiar del acusado a la difícil tesis de declarar la verdad de lo que conoce y que podría incriminarle, o faltar a la verdad y afrontar la posibilidad de ser perseguido por un delito de falso testimonio.”<sup>53</sup>

Desde mi punto de vista esta interpretación se acerca más al sentido de la dispensa, la protección de las relaciones familiares, pero no contempla todas las finalidades de la misma, pues se basa exclusivamente en el conflicto que se suscita entre el deber de decir verdad del testigo y no incurrir en un delito de falso testimonio para proteger las relaciones familiares.

---

<sup>49</sup>VILLAMARÍN LÓPEZ, M.<sup>a</sup> L. “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, Barcelona, 2012. p. 9-15.

<sup>50</sup> Muestra del cambio de criterio son la STS de 11 de abril de 1996 (RJ 1996\3698), en la que se mantiene que la dispensa a no declarar es para proteger al reo y la STS de 26 de marzo de 2009 (RJ\2009\2377), en su F.J Tercero, en la que ya ha abandonado esta tesis y entiende el fundamento en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución.

<sup>51</sup> Así lo han entendido autores como ESCOBAR JIMÉNEZ, R. “La facultad de no declarar contra determinados familiares”, *La Ley*, 2009, p. 2; MAGRO SERVET, V. “La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?”, *La Ley*, 2005, p. 1701.

<sup>52</sup> SSTS de 8 de abril de 2008 (RJ 2008\1726), 20 de enero de 2009 (RJ\2009\1383), 26 de enero de 2010 (RJ\2010\1270).

<sup>53</sup> STS 5 de marzo de 2010 (RJ\2010\4057) F.J. Segundo.

4. Excusa absoluta de naturaleza extrapenal basada en la inexigibilidad de otra conducta e incorpora una valoración por el legislador de la persecución eficaz del delito y el valor de respeto a la idea de solidaridad familiar, otorgando prevalencia a este último<sup>54</sup>.

La última línea interpretativa es la más seguida en la actualidad, y por ella se ha inclinado el TS en diversas Sentencias<sup>55</sup>, y para que sirva de ejemplo así lo manifiesta en la Sentencia núm. 134/2007, de 22 de febrero, en su F.J Primero: “La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculcado”. Igualmente ha sido respaldada por el TC en su Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre<sup>56</sup>.

Respecto a su ámbito de aplicación, la dispensa a declarar en contra de pariente en el juicio oral solo tiene lugar si los lazos familiares existían en el momento de comisión de los hechos que se enjuician; solo en esa ocasión se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen a testigo y acusado<sup>57</sup>. En esta línea ha manifestado el TS<sup>58</sup> que la exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto, exceptuando:

a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. Así, la dispensa a no declarar comprende las declaraciones sobre hechos en los que existiera el vínculo, aunque en dicha declaración ya se haya producido una situación de ruptura entre los integrantes de la pareja, estando, incluso, separados legalmente o divorciados<sup>59</sup>. Por tanto, de lo que

---

<sup>54</sup> YUGUEROS GARCÍA, A.J., “Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja”, *Aposta, revista de ciencias sociales* ISSN 1696-7348 núm. 79, octubre, noviembre y diciembre 2018, p. 146. <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/yugueros2.pdf> (22/10/19).

<sup>55</sup> Asimismo, STS 319/2009, de 23 de marzo (RJ 2009\3062), en el F.J Primero, III, B, la ya mencionada STS de 26 de marzo de 2009 (esta última referenciada en el número 50 del presente trabajo).

<sup>56</sup> STC 94/2010, de 15 de noviembre, (RTC 2010\94), F.J sexto: “El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías.”

<sup>57</sup> ETXEBARRIA GURIDI, J.F., “La prueba en el proceso de violencia de Género” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir) *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, p.368.

<sup>58</sup> Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013. <file:///C:/Users/Pc/Downloads/20130509%20Acuerdos%20Pleno%20TS%20Sala%202%20de%2024-04-2013.pdf>

<sup>59</sup> Conclusiones del XII Seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer - año 2016. Madrid (7 y 8 de noviembre de 2016), p. 13.

se trata es de preservar el derecho a la intimidad familiar y la protección de la familia, los cuales se regulan en los arts. 18 y 39.1 CE.

Respecto este criterio la doctrina se ha mostrado dividida. Por una parte, determinado sector ha considerado que es acertado dicha posición para proteger a otros miembros de la familia comunes y, por tanto, debe protegerse la intimidad familiar, como es el caso de VILLAMARÍN LÓPEZ. Por otra parte, se muestran en contra otros autores que consideran que el fundamento de la dispensa es el vínculo personal que provoca la colisión del deber de decir verdad y la inexigibilidad de colaboración en el proceso penal y, en consecuencia, no será de aplicación la dispensa a declarar contra un familiar en el juicio oral si los vínculos ya no existen<sup>60</sup>.

b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso. Parece obvio que si está personada como acusación particular no pueda acogerse a su derecho a no declarar, ya que serían posiciones contradictorias. Además, teniendo en cuenta cómo se producen este tipo de delitos en clandestinidad, la propia acusación necesitará la declaración de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia, pues es la única prueba de cargo.

Recientemente se ha especificado en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 23 de enero de 2018, respecto del alcance la dispensa a no declarar del art. 416 LECrim, que: en primer lugar, el acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar 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; en segundo lugar, 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.

De este modo, el TS en Sentencia 205/2018 de 25 abril, ha expuesto que, si la víctima se acoge a su derecho a no declarar estando personada como acusación particular, deviene el abandono de dicha posición procesal<sup>61</sup>. A su vez, el acogimiento a la dispensa a declarar en el juicio oral invalida absolutamente la capacidad probatoria de la prueba preconstituida<sup>62</sup>.

Por un lado, como exponíamos anteriormente, es razonable que devenga la retirada de la acusación particular cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar,

---

<http://web.icam.es/bucket/2016%20CONCLUSIONES%20DEFINITIVAS%20XII%20JORNADAS%20ESPECIALISTAS%20VIOLENCIA%20SOBRE%20LA%20MUJER.pdf> (20/09/19)

<sup>60</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, “La dispensa del deber de declarar por la concurrencia de los vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual”, *La Ley Penal*, núm. 68, 2010, p. 5.

<sup>61</sup> STS de 25 abril de 2018 (Roj: STS 1629/2018). En el F.J Tercero: “La situación es radicalmente diferente cuando esa persona, por las razones que sean (incluso por el deseo de no afrontar nuevamente la tensión de declarar en contra de su familiar), ha renunciado a esa pretensión desistiendo de su condición de acusación particular. No se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar): es un derecho renunciabile, nunca una obligación legal, sin perjuicio de las consecuencias que en ciertos casos pudiera arrastrar (v.gr. costas procesales)”.

<sup>62</sup> *Vid* nota 61, F.J. Quinto: “La facultad contemplada en el art. 416 LECrim implica no solo que se respete la voluntad de no declarar, haciendo decaer una obligación que subsiste para el resto de ciudadanos; sino también que no se hagan valer las posibles manifestaciones previas de la testigo contra su explícita opinión”.

pues el deseo de no declarar contra un pariente se hace extensible al deseo de no querer acusarle.

Por otro lado, el hecho de invalidar la prueba constituida cuando la víctima se acoga a su derecho a no declarar es razonable en virtud de los principios que rigen el proceso penal de inmediación y contradicción, los cuales expondremos a continuación.

Ambos extremos entiendo que beneficiarán a la posición procesal de la defensa, en garantía del principio de presunción de inocencia, ya que la actividad probatoria queda vacía de contenido y para la acusación particular supondrá la renuncia a la acusación.

Teniendo el debate planteado entre la dispensa de declarar y los principios de inmediación y contradicción que rigen el juicio oral, es necesario hacer referencia a qué valor se les da a las declaraciones anteriores a la de la vista oral si la víctima del delito decide acogerse a su derecho a no declarar contra un familiar en el acto del juicio oral.

Las declaraciones esgrimidas con anterioridad al juicio oral cuando la víctima se ha acogido a la dispensa de no declarar no pueden ser incorporadas al acervo probatorio a valorar por el Tribunal de Instancia. Por tanto, no sería de aplicación lo dispuesto en el art. 714 LECrim<sup>63</sup> y 730 del mismo cuerpo legal<sup>64</sup>. El hecho de traer las declaraciones sumariales de la víctima cuando ha decidido hacer uso de su derecho a la dispensa de declarar, por no querer incriminar a quien era su familiar, va en contra del derecho constitucional a la defensa del acusado, el cual se contempla como una de las garantías constitucionales del art. 24.2 CE<sup>65</sup>.

En definitiva, los principios de inmediación y contradicción, rectores del proceso penal, deben ser respetados en todo momento, no pudiendo hacer valer las declaraciones sumariales de la víctima si se acoge a su derecho a no declarar. El principio de inmediación consiste en la práctica de la prueba en presencia del juez sentenciador, y

---

<sup>63</sup> Art. 714 LECrim: “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.”

<sup>64</sup> Art. 730 LECrim: “Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.”

<sup>65</sup> STS de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\5805), F.J Tercero: “Por consiguiente, resulta meridianamente claro, con base en todos los anteriores argumentos, que no es admisible la utilización de declaraciones sumariales prestadas por quien posteriormente hace uso, en el acto del Juicio oral, de la dispensa que la Ley le otorga según las previsiones de los artículos 416.1 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni por la vía del artículo 714 (necesidad de aclaración de contradicciones) ni del 730 (imposibilidad de reproducción de la prueba) de ese mismo cuerpo legal, ya que no se dan los presupuestos legales (existencia de contradicciones o imposibilidad de práctica), de carácter excepcional e interpretación restrictiva, que justifiquen nada menos que el privar al acusado de la realización de las diligencias que le incriminan en presencia del propio Juzgador, con estricto cumplimiento de las garantías del procedimiento. Ya que, de llegarse a la conclusión contraria, es decir, a la de afirmar la posibilidad de acudir al material sumarial para sustentar el pronunciamiento condenatorio, estaríamos negando a la Defensa, paradójicamente como consecuencia de una decisión adoptada por quien, en principio, abriga el deseo de no incriminar al acusado, la posibilidad del interrogatorio, contradictorio y a presencia del Tribunal, de un testigo esencial y, por ende, impidiéndole disponer de opción tan básica, para las garantías del enjuiciamiento, como la de intentar evidenciar ante los Juzgadores, por medio de sus preguntas, los posibles datos que pudieran desacreditar la credibilidad de la versión ofrecida en la denuncia.”



en caso de no cumplirse determinará la nulidad de las actuaciones, tal y como reconoce el art. 137 LEC<sup>66</sup>. El principio de contradicción, como ha definido el TC “hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo”<sup>67</sup>

Se ha dejado constancia que la dispensa de no declarar, por un lado, afectará a las víctimas, puesto que su declaración, como testigo privilegiado y, frecuentemente, como única prueba de cargo deja vacío de contenida la actividad probatoria. Sin embargo, una de las críticas positivas de la dispensa de no declarar contra un pariente ha sido por la revictimización de las víctimas de violencia de género, puesto que muchas de ellas, en el caso de existir el deber de declarar contra su supuesto agresor, preferirían incurrir en un delito de desobediencia antes de declarar contra él<sup>68</sup>. Asimismo, con el fin de que las víctimas que declaren como testigos mientras, el CP dispone que los encubridores de su cónyuge o de relación de afectividad análoga están exentos de las penas impuestas<sup>69</sup>.

Como consecuencia de la dispensa a declarar de la víctima de violencia de género supone para la defensa un beneficio desde el punto de vista procesal, ya que deja vacía de contenido la prueba y, en consecuencia, deviene la retirada de la acusación. Así, la Fiscalía General del Estado ha manifestado que la retirada de la acusación en asuntos de violencia de género:

“En 2018 se ha recibido información sobre 69 retiradas de acusación a través de la Inspección Fiscal y de los Fiscales delegados. No obstante, en el sistema Fortuny constan anotadas un total de 1.492, de las que 1.348 aparecen justificadas porque la víctima se acogió a la dispensa del art. 416 LECrim.

De las examinadas por esta Unidad, en 23 de los casos (33,33 %) se fundaron en el derecho a la presunción de inocencia del acusado (24 CE), y de estas, en 4 ocasiones, el Fiscal consideró que la denuncia podía ser falsa, solicitando se dedujera testimonio contra la denunciante (5,7 % del total). En 32 de los casos (46,37 %), la retirada de acusación tuvo su origen en la falta de prueba derivada de que la víctima se acogió a la dispensa del art. 416 LECrim. Por último, en 14 casos la retirada se basó en otros motivos (20,28%)<sup>70</sup>”.

De todo lo expuesto se deduce la importancia procesal, tanto para quien ejerce la defensa como la acusación de la práctica de la prueba testifical de la víctima del delito

---

<sup>66</sup> Art. 137 LEC: “1. Los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente.

2. Las vistas y las comparencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a los Secretarios Judiciales respecto de aquellas actuaciones que hayan de realizarse únicamente ante ellos.

4. La infracción de lo dispuesto en los apartados anteriores determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones.”

<sup>67</sup> STC núm. 48/2008, de 11 de marzo (RTC 2008\48), F.J Tercero.

<sup>68</sup> ETXEBARRIA GURIDI, J.F, “la prueba...”, op, cit., p 377.

<sup>69</sup> Art. 454 CP.

<sup>70</sup> Memoria Fiscalía General del Estado de 2018, capítulo III, apartado 1.4, [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

de violencia de género, ya que las consecuencias tienen gran trascendencia. Por ello, parte de la doctrina ha entendido que la víctima de violencia de género no debería tener derecho a la dispensa a no declarar contra pariente, pues consideran que la paz familiar y las relaciones de solidaridad familiar están completamente quebradas<sup>71</sup>. En mi opinión, tal y como lo plantea la autora anteriormente referenciada respecto de los delitos de violencia de género (cito textualmente: “quien comete un hecho de esta naturaleza acaba necesariamente con los lazos de solidaridad y confianza que unen a los miembros de la familia y que son merecedores de protección legal, por lo que, a mi modo de ver, la aplicación del art. 416 LECrim a estos supuestos no puede fundarse en este motivo”) ni siquiera tiene en cuenta el principio de presunción de inocencia, dando por hecho que el acusado ha cometido un hecho de esta naturaleza, ni que la paz familiar y solidaridad familiar puede consistir en los vínculos con los hijos comunes.

De esta manera, se ha llegado a la conclusión de la necesidad de reformar la dispensa del deber de declarar contra un pariente en cuanto a las víctimas de violencia de género<sup>72</sup>. Como posibles soluciones, se ha propuesto<sup>73</sup>:

a) En primer lugar, la eliminación de la dispensa de la obligación de declarar a la víctima de violencia de género contra el presunto autor, pero permitiendo la no sujeción a juramento o promesa de decir la verdad.

b) En segundo lugar, optar por mantener la dispensa e incidir en la mejora del acompañamiento especializado a la víctima durante todo el procedimiento, poniendo de relieve que ese debe ser uno de los pilares esenciales debido a la especial vulnerabilidad de estas víctimas.

c) En tercer lugar, reconociendo únicamente la posibilidad de hacer uso de la dispensa en la fase policial, suprimiendo, por tanto, la dispensa de declarar contra pariente en la fase de instrucción y de enjuiciamiento.

d) Por último, se ha propuesto que sea prueba preconstituida la grabación de la declaración de la víctima en la denuncia, de tal manera que se eviten las distintas declaraciones de la víctima de violencia de género durante el procedimiento. Bajo la posición de la defensa, dicha declaración sería infranqueable. De este modo, ¿cómo podríamos comprobar las contradicciones en las que incurriera la víctima si únicamente existe esa declaración?, ¿cómo afectará esta solución a los principios de inmediación y contradicción, en cuanto a la libre valoración de la prueba por el órgano sentenciador? Sería contradictoria esta solución con la última doctrina del TS, la cual expondremos a continuación, en la Sentencia de 6 de marzo de 2019, puesto que no

---

<sup>71</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M.<sup>a</sup> L. “El derecho a los testigos...”, op, cit., p. 21.

<sup>72</sup> CONGRESO Y SENADO. *Documento refundido de medidas del pacto de estado en materia de violencia de género*, de 13 de mayo de 2019, Medida 142: “Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas.”, p.33. Disponible en: [http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento\\_Refundido\\_PEVG\\_2.pdf](http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf)

<sup>73</sup> BELTRÁN MONTOLIU, A. “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECRIM: evolución jurisprudencial”, *revista de derecho penal y criminología*, 3.<sup>a</sup> Época, n.º 19 (enero de 2018), p. 41.

podrán ponerse de manifiesto en el escenario del juicio oral determinados parámetros que comprende la valoración de la verosimilitud de la víctima.

## B) PRESUPUESTOS GENERALES DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.

Dada la especialidad de la prueba testifical de la víctima -sujeto pasivo del delito- y tratándose de la única prueba de cargo, el TS ha reconocido que en estas circunstancias el derecho a la presunción de inocencia se ve “amenazado”<sup>74</sup>, por lo que en la STS núm. 653/2016, de 15 de julio, se señaló la importancia de motivar por qué el órgano sentenciador concedía credibilidad a la declaración de la víctima: “la palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta “creérselo”, 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.”<sup>75</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, el Alto Tribunal, de forma reiterada, ha establecido los parámetros que faciliten la valoración de la declaración de la víctima y, en consecuencia, los que determinen que la misma pueda ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia contemplada en el artículo 24 CE<sup>76</sup>. Los presupuestos son:

- Ausencia de incredibilidad subjetiva. Se trata de valorar la sinceridad de la víctima en la declaración. Para ello se examinarán dos aspectos subjetivos: por una parte, las características físicas y psicorgánicas de la víctima, principalmente su grado de madurez intelectual y, en su caso, la incidencia de alguna enfermedad o trastorno mental que padezca la víctima. Por otra parte, se estudiarán las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatória asentada

---

<sup>74</sup> STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002\8626), F.J Primero, II: “También ha declarado esta Sala, en muchas ocasiones, que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador.

Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestra su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario”.

<sup>75</sup> STS 15 de julio de 2016 (RJ 2016\3410), F.J Quinto.

<sup>76</sup> STS de 10 de marzo del 2000 (RJ\2000\2210), F.J Segundo.

sobre bases firmes. Y aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones<sup>77</sup>.

Es evidente que este requisito es difícilmente conseguible en este tipo de delitos, más cuando por el legislador se han encaminado a la violencia de género ejercida en el ámbito de la pareja por el hombre a la mujer. ¿Cómo no va a existir una enemistad?, ¿un resentimiento? Por lo que la defensa siempre deberá hacer valer que la víctima tiene determinado interés en el proceso, pudiendo ser la custodia de los hijos, la venganza, fines económicos, el uso de la vivienda habitual, etc. Son ejemplos de la concurrencia en la declaración de la víctima de incredibilidad subjetiva:

a) SAP de Valencia núm. 321/2015, de 22 de julio, en el presente caso se encontraban inmersos en los trámites de divorcio<sup>78</sup>.

b) SAP de Madrid núm. 393/2014, de 26 junio, en el presente caso también se aprecia como móvil espurio la separación entre los intervinientes, conviviendo en una situación de conflicto y por la que ambos querían quedarse con la casa<sup>79</sup>.

c) STS 972/2009, de 15 de octubre, en el que aprecia cierta animosidad por parte de la testigo-víctima.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2009\786), F.J Primero.

<sup>78</sup> SAP de Valencia (Sección 1ª) núm. 321/2015, de 22 julio (ARP\2015\1169), en el F.J Segundo: “En el caso que nos ocupa, no concurren todos estos requisitos en el testimonio de la víctima, así, en primer lugar, no concurre el requisito de la ausencia de incredibilidad subjetiva, ya que se advierte la existencia de móviles espurios en su actuación derivados de los trámites del divorcio contencioso que se estaban iniciando en el momento de la interposición de la denuncia, hecho no discutido por ninguna de las partes, conviviendo la denunciante y el acusado en el domicilio conyugal, a pesar de la conflictividad existente entre ambos, realizando vidas independientes dentro de la misma vivienda, porque ninguno quería abandonar el domicilio familiar, y, por ello, se aprecia un posible motor impulsor de las declaraciones inculpatorias de la denunciante contra el acusado, tanto cuando interpuso una denuncia en fecha 16 de mayo de 2013, aprovechando que el acusado se encontraba de viaje en Milán, como cuando de interpuso una segunda denuncia en fecha 10 de junio de 2013, cual es conseguir que el acusado abandonara el domicilio familiar, ya que no podemos olvidar que la denunciante solicitó en ambas ocasiones una orden de protección, que le fue desestimada.

<sup>79</sup> SAP de Madrid (Sección 27ª) núm. 393/2014, de 26 junio (JUR\2014\247023), F.J Noveno: “se observa que la declaración de la testigo/ víctima -tal y como argumentó el Magistrado de instancia- no reúne los elementos anteriormente enumerados, como acertadamente argumenta el juzgador "a quo", existe una situación conflictiva entre el imputado y la perjudicada, que conviven en el mismo domicilio, durmiendo en habitaciones separadas, sin hablarse, habiéndose interpuesto por esta última una demanda de separación, así Dª. Benita en el acto del juicio reconoció que "le ha dicho a él que se fuera de casa y que él a ella también", por lo que como se razona en la sentencia no puede descartarse la presencia de un móvil espurio derivado de la situación de enfrentamiento entre ambos cónyuges, lo que cuestiona el elemento de la "ausencia de incredibilidad subjetiva" antes mencionado. Asimismo, la declaración de la mencionada testigo, adolece, sobre todo, del elemento de "corroboraciones periféricas objetivas", pues la misma, no está "rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso".

<sup>80</sup> STS 972/2009, de 15 de octubre (RJ 2009\5603), en el F.J Tercero: “En el caso presente, la sentencia fundamenta su convicción de que, efectivamente, el acusado agredió sexualmente a su esposa con violencia e intimidación, en el testimonio de ésta, que considera corroborado por datos periféricos que examinaremos en su momento.

Pero desde ya mismo es necesario subrayar que la propia sentencia consigna en el análisis de la declaración de la denunciante una serie de datos y consideraciones que, cuando menos, expresan de manera implícita pero muy clara, la duda de los juzgadores de instancia sobre la veracidad de la versión que aquélla ofrece. Así, la sentencia constata "que la denunciante tenía ya previsto separarse del procesado y marcharse del domicilio desde antes de la agresión". Recoge el testimonio de una amiga de la (supuesta) víctima que declaró que aquélla le manifestó "que el procesado era un cabrón", pero también "que nunca habían existido malos tratos físicos, pero sí psicológicos", sin ningún comentario aclaratorio sobre éstos. De la valoración

Asimismo, el alto Tribunal ha intervenido estableciendo que, aunque exista un resentimiento, normal en la víctima de violencia de género, no implica que la declaración de la víctima no pueda ser válida para constituirse como prueba de cargo<sup>81</sup>.

- Verosimilitud del testimonio. Igualmente se apoyará en dos aspectos: por una parte, el discurso debe estar dotado de lógica y coherencia; la declaración no puede ser contraria a las reglas de la lógica común, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido<sup>82</sup>. Sirva de ejemplo la SAP de Burgos 13/2010, en el que consta la falta de coherencia en las declaraciones sumariales, pues la denunciante no compareció en la vista del juicio oral<sup>83</sup>.

Por otra parte, ha de estar rodeado de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito se sustente en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Dicha exigencia deberá ponderarse en los delitos que no dejen rastro de su comisión, ya que no contrastar el dato corroborante no implica que se desvirtúe la declaración si la imposibilidad de la comprobación se debe a las circunstancias

---

probatoria, el Tribunal a quo apunta consideraciones especialmente significativas como "lo inverosímil de algunas escenas que narró la denunciante"; que "el comportamiento de la denunciante podría ser calificado como contradictorio y difícil de entender", en relación con su actitud con su marido al día siguiente de la agresión sexual, al que hizo muestras de gestos amorosos como sentarse en sus rodillas en presencia de otras personas. No menos significativo parece el testimonio de la testigo amiga de la denunciante que relata cómo ésta le dijo que se iba a separar y su marido no iba a ver más a sus hijos, de dónde no resulta inconsecuente deducir una patente animosidad contra el acusado."

<sup>81</sup>STS de 2 de abril de 2019 (RJ 2019\1238), F.J Segundo: "La existencia del maltrato no puede conllevar a dudar de que la víctima mienta o falte a la verdad.

En las relaciones de pareja cuando ha habido serios problemas entre ellos es obvio que la relación que mantengan no sea buena, y más aún cuando ha habido malos tratos. Pero ello no tiene por qué conllevar que en la declaración de la víctima se entienda que siempre y en cualquier circunstancia existe una duda acerca de su credibilidad por la existencia de los malos tratos le lleven a alterar su declaración, o, aunque el recurrente alegue su inexistencia y que ella le quiere perjudicar, no se entiendan las razones de ese alegato de resentimiento que se alega, lo que no quiere decir que la víctima mienta, sino que el resentimiento existe de cualquier modo, pero por esa existencia del maltrato, lo que no debe llevarnos a dudar de que lo que declara acerca de un hecho concreto sea incierto.

Es obvio que por el hecho de haber sido victimizada por el agresor la víctima no tenga una buena relación con éste, pero ello no debe hacernos llegar al ámbito de la duda respecto a si lo que está declarando la víctima en el plenario lo hace con móviles de resentimiento. De ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en los casos de violencia de género, ya que, como en el caso que nos ocupa, si se ha cometido un delito de amenaza es evidente que la posición de la víctima tiene que ser muy especial, pero ello no debe hacernos dudar de que su declaración se ajusta a la realidad de lo acontecido, no pudiéndose dudar de ello por el hecho de que existan problemas entre ellos.

No puede admitirse en estos casos que las presunciones que hagan dudar de la declaración de las víctimas operen contra éstas en la violencia de género, planteando que se utiliza el proceso penal como arma frente a quien le está Documento 11 causando lesiones y atacando su integridad física. Si fuera cierta esta presunción, siempre debería existir la duda de que cuando una víctima declara ante un juez penal por unos hechos graves que ha sufrido su declaración estaría revestida de odio o resentimiento hacia el acusado, lo que no es cierto y es función del juez penal apreciar del conjunto de la prueba si se dan los presupuestos que hagan dudar de la declaración de la víctima, pero no apelar directamente a que el hecho de haber sido victimizada una persona le produce y supone un resentimiento hacia el acusado al momento de declarar ante un juez penal en el plenario".

<sup>82</sup> STS de 16 de mayo de 2003 (RJ\2003\5286), F.J Segundo III.

<sup>83</sup> SAP de Burgos (Sección 1ª) de 16 de febrero (JUR 2010\156298)

concurrentes en el hecho<sup>84</sup>. En el caso de delitos de violencia de género, como ya adelantábamos, posiblemente no existan corroboraciones periféricas ya que tienen lugar en un ámbito privado.

En cuanto a las corroboraciones periféricas no haremos alusión porque el trabajo tiene como finalidad analizar la declaración de la víctima como única prueba de cargo, aunque esta actividad probatoria tiene una importancia crucial.

- Persistencia en la incriminación, prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones<sup>85</sup>. La cual debe valorarse desde tres parámetros:

a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable “no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones”<sup>86</sup>.

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con los detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo en el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Son ejemplos de las contradicciones en la testifical de la víctima del delito y, por tanto, consideraron la inexistencia de la prueba:

- SAP de Madrid de 16 de junio de 2014 en el cual la declarante incurre en multitud de contradicciones<sup>87</sup>.

- SAP de Madrid de 9 de enero de 2014 en la que el tribunal concluye que no concurre ni el requisito de persistencia en la incriminación ni el acompañamiento de las corroboraciones periféricas.<sup>88</sup>

- SAP de Guadalajara de 18 febrero, que estima que la declaración de la víctima no cumplía las reglas básicas de la lógica, no apreciando la concurrencia del requisito de verosimilitud por considerar el testimonio de la víctima como dubitativo y sin contundencia<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> STS de 19 de febrero de 2000 (RJ 2000\1141), en la que se citan la jurisprudencia asentada en las Sentencias: de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997.

<sup>85</sup> Vid nota 83.

<sup>86</sup> STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998\5590)

<sup>87</sup> SAP de Madrid (Sección 27ª), de 16 junio de 2014 (ARP\2014\1274), F.J Séptimo: “Del resumen de las declaraciones de la testigo/víctima Dª. Angelina , anteriormente expuesto, queda evidenciada la ausencia del elemento de la "persistencia en la declaración" que implica una "coherencia" (sin contradicciones) en el relato, pues, como pone de relieve la doctrina (CLIMENT DURAN), una declaración es coherente cuando no se da "ninguna contradicción interna entre diversas partes o aspectos de la misma (coherencia intrínseca o ausencia de contradicciones internas) o cuando guarde correspondencia o relación con otras declaraciones con las que, por sus propias características ha de estar lógicamente conectada (coherencia extrínseca o ausencia de contradicciones internas)".

<sup>88</sup> SAP de Madrid (Sección 27ª) de 9 enero de 2014 (JUR\2014\57003), F.J Séptimo.

<sup>89</sup> SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 18 febrero de 2004 (JUR\2004\83153), F.J Primero establece que: “Aplicando la totalidad de la doctrina expuesta y en la difícil tarea de valorar la credibilidad de las

- STS 972/2009, de 15 de octubre, que entiende que al haber tenido gestos cariñosos la mujer con el marido en presencia de testigos al día siguiente de la supuesta agresión sexual es una falta de persistencia en la incriminación.
- SAP de Madrid 335/2011, de 22 de septiembre, que recoge la falta de concreción y las múltiples contradicciones en las que incurrió la testigo-víctima en su declaración, reduciendo el testimonio de la víctima a lo absurdo<sup>90</sup>.

---

manifestaciones de la presunta ofendida esta Sala no ha llegado, a la vista de las mismas y de las restantes pruebas practicadas, a la debida convicción exigida para fundar un pronunciamiento condenatorio; albergando serias dudas de la veracidad de la versión de la denunciante de que la penetración se produjo contra su expresa voluntad y mediante el empleo por el procesado fuerza física eficaz y suficiente para doblegar su oposición, sin que tampoco concurriera la denominada «vis moralis» o intimidación, como inminencia de un mal lo suficientemente importante como para generar temor, aflicción, desconcierto e incertidumbre, esta última no alegada por la denunciante, que admitió que el acusado no la insultó ni amenazó, refiriendo el presunto acometimiento de que dijo haber sido objeto como empujón para tirarla al suelo, sujeción por los brazos e inmovilización con su cuerpo para quitarle por la fuerza la ropa y lograr la penetración, actuaciones que si se estimaran debidamente acreditadas bastarían para constituir el delito imputado, pero sobre las que esta Audiencia, ponderando en conciencia las pruebas practicadas, no ha alcanzado el grado de certeza necesario, puesto que, de un lado, resultó evidente en el plenario la falta de contundencia de las declaraciones de la denunciante, que afirmó no recordar gran número de las cuestiones que se le preguntaban; manifestándose dubitativa en extremos esenciales en relación con los cuales apuntó que «creía», que le «parecía», que «podía ser», que «le sonaba que», que «a lo mejor sí»; mutando en algunos puntos sus declaraciones precedentes, falta de concreción que intentó justificar mediante la invocación de que «estaba borracha», extremo este que quedó desvirtuado por las manifestaciones de varias de las personas que la acompañaron aquella noche antes del suceso y que volvieron a verla después, las cuales aseveraron categóricamente que no estaba ebria, que no había ingerido una cantidad de bebidas alcohólicas que justificase tal estado de embriaguez y que no detectaron síntomas de ello; siendo solo una de sus amigas la que refirió que podía tener lo que denominó «un puntillo», pero apuntando, como los demás testigos, que no estaba borracha, de manera que no podemos admitir que fuera el estado de etilismo lo que le impida recordar y dar mayores detalles de lo sucedido, sin que tampoco se haya aportado prueba alguna de que el problema de abuso de cocaína que en la actualidad padece o los episodios recientes de sobredosis que refirió pudieran ser la causa de tales imprecisiones o «lagunas de memoria»; habiéndose detectado, de otro lado, que en diversos extremos de su declaración la testigo faltó a la verdad (...)

la inveracidad de tales alegatos es un elemento más que, junto con la falta de contundencia de las declaraciones y las actuaciones del procesado y de la denunciante anteriores y posteriores al suceso, a las que se hará posterior alusión, introducen un elemento de duda sobre si la testigo pudo faltar a la verdad en otros puntos de su relato y en concreto sobre el consentimiento a la penetración, duda que evidentemente ha de ser resuelta en beneficio del acusado”.

<sup>90</sup> SAP de Madrid (Sección 6ª) de 22 de septiembre de 2011 (JUR\2011\356296), F.J Primero: “Pues bien, Carmela empezó relatando en el juicio oral los hechos que, según ella, habrían ocurrido de forma absolutamente ambigua y absurda, pues vino a decir que se encontró con Jesús Manuel, el procesado, en el bar, que se fue con él, y que cuando se dio cuenta estaba en el campo, donde Jesús Manuel la quería violar. Sólo ante la reiteración de las preguntas por el Ministerio Fiscal procedió Carmela a concretar algo más los hechos. Admite Carmela que accedió libremente a subir al vehículo de Jesús Manuel, pero que lo hizo únicamente para hablar con él, aunque vio las cosas un poco raras ya que para hablar no hacía falta subirse al vehículo. Versión absurda ya que, si sólo accedió a hablar con Jesús Manuel, y Carmela valoró que no era normal subirse al vehículo sólo para hablar, no se acierta a comprender por qué accedió voluntariamente a subir al vehículo. Manifiesta Carmela que, en principio, se subieron los dos en los asientos delanteros; lo que, por otra parte, es habitual cuando el vehículo es ocupado por sólo por dos personas adultas; pero afirma también Carmela que la supuesta agresión sexual tuvo lugar en el asiento trasero del vehículo. No se acierta a comprender la razón de que, si lo que Carmela pretendía hacer con Jesús Manuel era únicamente hablar, pasaran al asiento trasero del vehículo, más cuando, como la propia Carmela afirma en el juicio oral, ya se iniciaron los besos y actos de significado sexual cuando se encontraban en los asientos delanteros del vehículo. El que Carmela accediera a pasar al asiento trasero en tales condiciones es un hecho indiciario de que las relaciones sexuales se pudieran haber mantenido con el consentimiento de Carmela ya que las características de los automóviles hacen que sea más propio, por comodidad y espacio, que las relaciones sexuales puedan tener lugar en el asiento trasero que en los asientos delanteros. Carmela mantuvo en el juicio oral que no se acordaba de cómo pasaron al asiento trasero, que todo fue muy deprisa; sin embargo,

No obstante, no es necesaria la concurrencia de estos tres grandes parámetros, tal y como el TS en su Sentencia núm. 1046/2001, de 5 de junio, expuso:

“Hemos de hacer notar que tales elementos de orientación, no pretende la Sala 2ª del Tribunal Supremo elevarlos a la categoría de exigencias cuasi normativas, de necesaria observancia, de suerte que faltando alguna, el testimonio debe considerarse inveraz; y, por el contrario, concurriendo todas ellas se tiene la seguridad y garantía de la sinceridad, con obligación de atenerse a tal testimonio, por estar adornado de los dichos condicionamientos.

De entenderlo así, en los casos en que existiesen desavenencias graves de carácter previo entre ofensor y ofendido (que pueden actuar de móvil del delito), como frecuentemente ocurre en las separaciones matrimoniales enconadas, o en personas ostensiblemente enemistadas, sería imposible condenar al autor del delito, con el solo testimonio de la víctima, si éste tuvo la mala suerte de que su declaración no contase o contase con pocas corroboraciones objetivas.

Un testimonio en el que concurran las garantías, que el Tribunal Supremo recomienda observar, puede no responder a la realidad; y otro en el que no concurran, ser plenamente veraz. Con ello queremos significar, que el aspecto determinante o decisivo, para justificar la veracidad o inveracidad de un testimonio, dentro de nuestro derecho procesal (art. 741 LECrim), es la apreciación directa de la emisión del mp0'0p'ismo (firmeza, coherencia, actitud, catadura moral del deponente, detalles que aporta, etc.), y la íntima convicción que haya podido producir en el Tribunal, acerca del grado de sinceridad.<sup>91</sup>

No obstante, la STS 355/2015, de 28 de mayo advirtió que:

"Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar

---

consta que en su declaración en el Juzgado de Instrucción (folio 61), Carmela manifestó que pasaron al asiento trasero a petición de Jesús Manuel; lo que implica que Carmela accedió voluntaria y conscientemente al cambio de lugar. Conducta de Carmela que todavía se entiende menos si, como ella también afirma, Jesús Manuel la empezó a besar en los asientos delanteros, por lo que el cambio de lugar parecía que obedecía a la intención de mantener relaciones sexuales en un lugar más propicio para ello. Por otra parte, Carmela incurrió en graves y claras contradicciones en algunas de sus manifestaciones. Así, negó en el juicio oral haber mantenido relaciones sexuales anteriores con el procesado; haciendo una precisión absurda al decir que al menos que ella supiera, lo que implicaría la posibilidad de haber mantenido dichas relaciones sin que Carmela se hubiera dado cuenta; pero, como se puso de manifiesto con la lectura en el juicio oral de la declaración prestada por Carmela en el Juzgado de Instrucción (folios 60 y siguientes), en dicha declaración admitió haber mantenido con anterioridad relaciones sexuales con Jesús Manuel en diversas ocasiones. También negó en el juicio oral que hubiera hablado con la novia del procesado, mientras que en la declaración que prestó en el Juzgado de Instrucción, que se leyó igualmente en el juicio oral, vino a manifestar que la novia del procesado le había llamado por teléfono y le había amenazado para que dejara a su novio.

Bien es cierto que la existencia de daños en la ropa de Carmela y que ésta presentara lesiones son circunstancias que podrían valorarse como corroboradoras de la agresión sexual que se enjuicia, pero tales hechos objetivos no acreditan por sí solos lo que pudiera haber ocurrido entre el procesado y Carmela, en concreto, no acreditan que hubiera existido una agresión sexual; y la concurrencia de las circunstancias concurrentes en el testimonio de Carmela, que acaban de ser expuestas, hacen que este Tribunal no considere que dicho testimonio pueda servir como prueba suficiente y clara de la comisión por el procesado del grave delito que se le imputa ya que la versión de Carmela carece de lógica, incurriendo Carmela en graves y claras contradicciones, no describiendo con claridad y precisión suficiente lo que ocurriera.”

<sup>91</sup> STS de 5 junio de 2001 (RJ\2001\7187). Asimismo, STS de 30 abril de 2007 (RJ\2007\2017), F.J Tercero: “Inexistencia, por tanto, de corroboraciones de carácter objetivo frente a la que la alusión al argumento exclusivo de la persistencia en la declaración inculpativa por parte de la denunciante, no aparece como bastante para fundamentar una conclusión condenatoria pues, como ya antes dijimos, esa circunstancia es, tan sólo, un mero criterio orientativo, más tendente a rechazar las acusaciones exclusivamente apoyadas en la testifical, cuando tal persistencia no se produce, que a basar en ella, sin más, la credibilidad de quien se presenta como víctima.”



desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado.

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<sup>92</sup>.

La falta de concreción por el Alto Tribunal, cuando no concurren los tres presupuestos generales anteriormente descritos, para que la declaración de la víctima constituya o no prueba de cargo podría crear inseguridad jurídica, pues se atenderá al criterio subjetivo del órgano jurisdiccional para que la declaración de la víctima de violencia de género fuera o no válida. Sin embargo, al encontrarnos ante este tipo de casos no puede tasarse de forma absoluta la cuestión, y será el juzgado a quo, mediante el principio de libre valoración de la prueba en relación con los principios de inmediación y oralidad, quien, sopesando la concurrencia de los presupuestos generales, lo dictamine.

Es importante a este respecto hacer una breve referencia a la posibilidad de recurso, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la valoración del juez de primera instancia respecto de la prueba practicada con la debida inmediación, no podrá ser revisada o examinada por el tribunal ad quem por la imposibilidad de que la prueba pueda ser practicada de nuevo ante el Tribunal de segunda instancia. La redacción del art. 790.3 LECrim<sup>93</sup> imposibilita la repetición de la práctica de la prueba que se realizó en primera instancia, pues las pruebas admisibles en la segunda instancia están restringidas. De esta manera, no sólo no podrá ser revisada y/o modificada la valoración del juez a quo respecto de la prueba, sino que tampoco es posible proceder a la repetición de la práctica de la declaración de la víctima ante el juez de segunda instancia<sup>94</sup>.

Los altos tribunales también han considerado que la segunda instancia no es un nuevo juicio sino una revisión de los hechos y del derecho aplicable, salvo aquellos casos en los que la declaración de la víctima es la única prueba de cargo. Véase la Sentencia del TC 167/2002, de 18 de septiembre<sup>95</sup>, que establece que “Ateniéndonos a las circunstancias del caso actual, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha quedado expuesta antes en sus líneas esenciales, debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal

---

<sup>92</sup> STS de 28 de mayo de 2015 (RJ\2015\2491), F.J Cuarto.

<sup>93</sup> Art.790.3 LECrim: “En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables”.

<sup>94</sup> IBAÑEZ DÍAZ, P. “La declaración de la perjudicada en los procedimientos de Violencia de Género: una aproximación crítica desde el ejercicio de la abogacía”, *Journal of Feminist, Gender and Women Studies I: 63-71*, enero 2015, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, p. 6.

<sup>95</sup> Sentencia del TC 167/2002, de 18 de septiembre, (RTC\2002\167), F.J Undécimo.

había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción”<sup>96</sup>.

Por tanto, revisar en apelación la valoración que hizo el juzgado a quo de la declaración de la víctima solamente tendrá lugar si de la práctica de la prueba se desprende la vulneración de la presunción de inocencia<sup>97</sup>; en casación, será posible si se ha producido un error en la apreciación de la prueba o su valoración resulte ilógica. Indica la STS 255/2017, de 6 de abril, que:

“No son los integrantes del Tribunal de casación los llamados a alcanzar esa certeza más allá de toda duda razonable. Les corresponde en exclusiva comprobar si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia. Esto último reclama que su convicción sea "compartible" objetivamente, aunque pueda no ser "compartida" concretamente. Por eso no basta para anular una sentencia esgrimir alguna discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Solo debemos sopesar si en el iter discursivo recorrido por el Tribunal desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad se descubren quiebras lógicas, saltos en el vacío, algún déficit no asumible racionalmente, elementos exculpatórios de calidad indebidamente soslayados; o si el acervo probatorio, examinado en su globalidad y no sesgadamente (es decir, toda la prueba), no es concluyente, y, por tanto, es constitucionalmente insuficiente para sustentar una declaración de culpabilidad”<sup>98</sup>.

### C) FACTORES DEL PROCESO VALORATIVO DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL SENTENCIADOR.

Señala la STS de 6 de marzo de 2019, que son presupuestos que argumentan la verosimilitud y credibilidad del testimonio de la víctima y que, en caso de basarse en la declaración de la víctima como prueba de cargo, tendrán que ser tenidos en cuenta en el proceso valorativo del órgano sentenciador<sup>99</sup>:

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.

---

<sup>96</sup> Asimismo, esta postura ha sido reiterada en otras Sentencias del TC como: 208/2005, de 18 de julio (RTC 2005\208); 203/2005, de 18 de julio (RTC 2005\203); 202/2005, de 18 de julio (RTC 2005\202); 199/2005, de 18 de julio (RTC 2005\199); 186/2005, de 4 de julio (RTC 2005\186); 185/2005, de 4 de julio (RTC 2005\185); 181/2005, de 4 de julio (RTC 2005\181); 178/2005, de 4 de julio (RTC 2005\178); 170/2005, de 20 de junio. (RTC 2005\170)

<sup>97</sup> Art. 846 e) LECrim: “El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los motivos siguientes: e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

art. 849.2º LECrim: “Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”.

<sup>98</sup> STS 255/2017, de 6 de abril (RJ 2017\1668), J.F Décimo.

<sup>99</sup> STS de 6 de marzo de 2019 (RJ\2019\868), F.J Tercero.

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.
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.

El primer problema que surge con los factores anteriormente descritos es la denominación recibida por el TS como "presupuestos". Esto implica que el principio de libre valoración de la prueba quede sometido al análisis de la concurrencia o no de los mismos. De tal forma que el TS, obviando la prohibición de corregir el órgano de segunda instancia las valoraciones del órgano a quo, pueda entrar a valorar los criterios mencionados e imponer su criterio al resto de órganos jurisdiccionales. Parece que el TS ha optado por utilizar el mecanismo de unificación de doctrina propio del proceso civil y no penal, para que en caso de que la sentencia de primera instancia no aplique los nuevos factores en su motivación, una posible consecuencia sea la anulación en casación de la Sentencia<sup>100</sup>.

Por el tribunal se han enumerado estas circunstancias que merecen una especial atención, pues pueden ser determinantes para la valoración de la declaración de la víctima. Sin embargo, su percepción y valoración se dejan al libre criterio del juzgador, quien recibirá esta información de una manera diferente dependiendo de múltiples factores, como su personalidad, forma de pensar, e incluso su formación.

En segundo lugar, el TS tampoco aclara a qué tipo de víctimas se refiere: ¿son todo tipo de víctimas?, ¿solamente piensa en las víctimas de violencia de género? y, en este último caso ¿cuál es el concepto que utiliza? Pues como continúa insistiendo DEL POZO PÉREZ "si solo pudiese utilizarse en materia de violencia de género, en sentido amplio, coloca a estas víctimas en una situación de desigualdad manifiesta con el resto, puesto que estos presupuestos lejos de facilitar, como parece que se pretende, la interpretación de los tres criterios anteriores la complican o la dificultan". Estoy completamente de acuerdo con la autora, pero de igual manera procedería para la defensa del acusado, puesto que estos criterios son imprecisos y no benefician a ninguna de las

---

<sup>100</sup> DEL POZO PÉREZ, M. ponencia "Dificultades procesales de las víctimas de violencia sexual. especial referencia a menores, adolescentes y universitarias. reflexiones interdisciplinares", Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 30 de mayo de 2019, p- 33. Disponible en: [www.cej.es](http://www.cej.es)

posturas. Evidentemente, es la víctima quien debe probar la comisión del delito, pero la defensa también deberá saber cómo se conjugan estos criterios para ejercer su derecho de defensa. Tras la revisión de la jurisprudencia que ha derivado de la Sentencia objeto de análisis, y que desarrollaré con posterioridad, entiendo que los criterios mencionados son de aplicación para las declaraciones de víctimas por delitos muy graves como violencia de género o contra la libertad sexual.

Además, lo que no está teniendo en cuenta el TS es que la víctima de violencia de género normalmente ha preparado la declaración con un psicólogo o psicóloga, lo que nos llevaría a pensar que no estamos ante una declaración espontánea, sino que se mostrará segura narrando los hechos pues habrá sido ejercitado por la misma, mostrando convencimiento y contundencia en los aspectos en los que más necesite incidir. Ello puede suponer un perjuicio para el acusado, ya que la presunción de inocencia se verá comprometida. ¿Cómo recuerda la víctima de un presunto delito un episodio tan traumático?, ya que se exige por el Tribunal juzgador que la víctima sea contundente, precisa, no vacilante, cuando estos parámetros son completamente subjetivos de la persona, al igual que lo será la valoración por parte del Tribunal.

Sentado lo anterior, continua la STS 119/19 señalando la necesidad de que el órgano jurisdiccional sentenciador tenga en cuenta la situación de la víctima de violencia de género y las consecuencias psicológicas que puede padecer. Por lo tanto, en el proceso valorativo del Tribunal, el TS expone que deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

“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.”

De lo anterior se desprende la duda de si dichas circunstancias se oponen a los criterios sentados previamente, pues el Tribunal nada ha determinado al respecto. Estoy de acuerdo en que se deben valorar las especiales circunstancias de las víctimas de violencia de género, pero, en todo caso, será la acusación quien pruebe las presiones del entorno a las que esté sometida la víctima, pues, de no ser así, estaríamos ante una presunción en contra del reo y daría carta blanca para que cualquier contradicción, imprecisión, fabulación, etc. fuera justificada por la acusación como una consecuencia del miedo de la víctima.

Esta posición, ante la probabilidad de que la testigo-víctima incurriera en contradicciones en sus declaraciones o con las de otros testigos, fue adoptada también por

la AP de Sevilla<sup>101</sup> que afirmó que “Nada tiene de extraño que el testimonio de la víctima se muestre cambiante, confuso, inseguro en los detalles. Ése es precisamente un comportamiento normal en quien sufre un trastorno reactivo de personalidad vinculado al maltrato continuado. Lo verdaderamente sospechoso habría sido que un testigo, en tales condiciones anímicas y con tales precedentes biográficos, hubiese proporcionado desde un principio un testimonio perfectamente articulado y coherente”. Como se ha examinado las consecuencias que sufre la víctima de violencia de género no son tasadas, y se desconocen los efectos exactos que inciden en la salud de las víctimas de violencia de género. No obstante, las perjudicadas pueden presentar como consecuencias en la salud psíquica: depresión, ansiedad, trastornos del sueño, trastorno por estrés postraumático, abuso del alcohol, drogas o psicofármacos<sup>102</sup>. Este tipo de consecuencias sí serán de nuestro interés para poder valorar la declaración de la víctima.

Ante las contradicciones e incoherencias de la testigo-víctima respecto de las declaraciones sumariales, como veremos más adelante, puede solicitarse su aclaración, en virtud del art. 714 de la LECrim, al permitir que cualquiera de las partes pida la lectura de las mismas, siempre que la prestada por la testigo en el juicio oral no sea, en lo fundamental, conforme con la dada en la fase de instrucción. Así, el Tribunal podrá conceder más o menos credibilidad a lo declarado por la víctima en el acto del juicio frente a las declaraciones realizadas en fase de instrucción. Sin embargo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, por ejemplo, entiende que el Tribunal no está autorizado para dar más fiabilidad a las declaraciones sumariales. A pesar de ello, muchas sentencias sí lo hacen<sup>103</sup>.

Por tanto, en mi opinión el TS se ha extralimitado. Primeramente, por crear unos parámetros de valoración del todo innecesarios, pues la doctrina al respecto estaba asentada pacíficamente. En segundo lugar, ha intervenido en la libre valoración de la prueba, principio reconocido a cada órgano jurisdiccional que conoce de un procedimiento y disfruta del principio de inmediación, indicando qué circunstancias han de tenerse en cuenta. Este principio es recogido implícitamente en los arts. 741<sup>104</sup> y 973<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> SAP de Sevilla (Sección 4ª) de 6 de julio de 2004 (JUR 2004\257358)

<sup>102</sup> IBAÑEZ MARTINEZ Mª. L., “18 Respuestas a la violencia de género desde la sociología”, en DELGADO ÁLVAREZ, C., DEL POZO PÉREZ, M., RAMOS HERNÁNDEZ, P. e IBAÑEZ MARTÍNEZ, Mª. L. (Dir), *Ámbito rural, desigualdad y violencia de género*, Andavira editora S.L., Santiago de Compostela, 2018, p.27-29.

<sup>103</sup> SILBONY, R., SERRANO OCHOA, Mª. A. y REINA TORANZO, O., “La prueba y la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procesos de violencia de género”, *Revista la Toga del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, 2011,

<sup>104</sup> Art. 741 LECrim “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta”.

<sup>105</sup> Art. 973 LECrim: “El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.”

LECrim, en los que se otorga la capacidad al órgano jurisdiccional sentenciador de dictar sentencia según sus convicciones y de acuerdo a la prueba practicada, siempre que sean debidamente motivadas. Además, las circunstancias que son tenidas en cuenta son completamente subjetivas desde dos aspectos: por un lado, cada persona puede comportarse de una manera completamente diferente y la víctima puede mostrar múltiples características en su declaración; y, por otro lado, la valoración del órgano a quo dependerá de diversos factores como su formación, su forma de pensar, sus vivencias, etc. A su vez, algunos criterios son difícilmente valorables por el juzgador, quien carecerá de formación para interpretar, por ejemplo, la comunicación gestual, llevándose por las sensaciones que en el acto del juicio oral pueda comprobar, o bien deberá el juzgador asistirse de un experto en la materia, lo cual genera graves dificultades prácticas<sup>106</sup>. En tercer lugar, no establece quien es la víctima sobre la que recaen estos “presupuestos”, que como mencionamos si se utiliza el concepto de víctima de violencia de género supone una desigualdad para la acusación, pues los parámetros que valorará el tribunal son inciertos. Por todo ello, considero que estamos ante una nueva corriente del Alto Tribunal, la cual genera gran inseguridad jurídica.

Ejemplo de aplicación y seguimiento de la nueva doctrina ha sido la STS 254/2019, de 21 mayo, en la que el Tribunal llega a la convicción de condenar al acusado, resolviendo que la declaración de la víctima ha sido creíble y verosímil, y, en consecuencia, contundente; además, de contar con las corroboraciones periféricas de los informes médicos<sup>107</sup>. Así, la STS de 3 de junio de 2019 acoge los criterios reflejados por la Sentencia de referencia para valorar los factores del proceso valorativo del testimonio de la víctima, aunque en este caso la corroboración pericial fue crucial<sup>108</sup>. De igual modo lo hace la STS 391/19, de 24 de julio, al dictaminar que, pese al error en la determinación de la fecha del hecho y que los elementos de corroboración externa son débiles, la declaración de la víctima ha sido coherente, persistente y sin contradicciones, no

---

<sup>106</sup> DEL POZO PÉREZ, M. “Dificultades procesales...”, op, cit., p. 34.

<sup>107</sup> STS de 21 de mayo de 2019, señala el F.J Segundo: “Además, en la sentencia reciente de esta Sala del Tribunal Supremo 119/2019, de 6 de marzo que: “Es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. (...)”

Y también se añade como relevante que:

- 1.- Se aprecia en la declaración de la perjudicada una coherencia interna en su declaración.
- 2.- No vemos ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en la valoración de dicha declaración.
- 3.- Detalla claramente los hechos.
- 4.- Distingue las situaciones, los presentes, los motivos.
- 5.- Evidencia una falta de propósito de perjudicar al acusado.
- 6.- Discrimina los hechos que tenían lugar habitualmente de los que no.

Y estos presupuestos concurren en el presente caso y es detallado por el Tribunal al concluir su proceso de convicción sobre los hechos, ya que frente al alegato del recurrente de que fue una relación consentida, nada más lejos de la realidad, visto el resultado lesional y la convincente declaración de la víctima.” Rec. 2611/2018

<sup>108</sup> STS de 3 de junio de 2019 (RJ\2019\2158), F.J Segundo.

existiendo ningún indicio en sentido contrario y que no se ha advertido ningún móvil espurio<sup>109</sup>. También se reafirma el TS en la Sentencia 495/2019, de 17 de octubre, por la que, pese a ser pobre el testimonio de la víctima de agresión sexual menor de edad, aprecia el cumplimiento de los requisitos exigidos<sup>110</sup>, añadiendo que la credibilidad y verosimilitud de la declaración de la víctima se encuadran en la valoración de diversos parámetros tenidos en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. No obstante, otro ejemplo, el cual es favorable a la posición de la defensa, es la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sección 1ª), núm. 14/2019, de 13 marzo<sup>111</sup> que estima que la declaración de la víctima no cumple con los requisitos marcados por la Sentencia del TS 119/2019, al tratarse de un testimonio que califica de pobre, sin datos periféricos, sin datos de entorno o datos concretos del tiempo en el que ocurrieron los hechos denunciados.

Por tanto, lo primero que llama la atención es que en todas ellas el ponente es el mismo, el Magistrado Don Vicente Magro Servet. En segundo lugar, se aprecia de la argumentación de las Sentencias anteriormente mencionadas, que los criterios descritos por el Alto Tribunal están orientados a la valoración del testimonio de víctimas de delitos graves como violencia de género o contra la libertad sexual, tal y como lo expresa la Sentencia del TS de 3 de junio de 2019. Además, no tienen un gran desarrollo práctico, incluso describiendo estos parámetros como una opción para los órganos de primera instancia en los que podrían basar su juicio valorativo, optando por acogerse a los clásicos presupuestos de: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud en el testimonio de la víctima y falta de persistencia en la incriminación; limitándose a enunciar los factores propuestos por el TS en la Sentencia de 6 de marzo de 2019. Por lo tanto, la consecuencia directa es la inseguridad jurídica que esta nueva doctrina ha supuesto tanto para la posición de la víctima de violencia de género como para la defensa del acusado.

#### **IV. LA DEFENSA DEL ACUSADO EN ASUNTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

##### **A) FUNDAMENTACIÓN EN LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E INDUBIO PRO REO.**

---

<sup>109</sup> STS de 24 de julio de 2019 (RJ\2019\3336), F.J Segundo, apartado 8: “la sentencia ha realizado un notable esfuerzo de justificación, desmenuzando todas las circunstancias y datos disponibles para explicar por qué motivo ha apreciado positivamente el testimonio de la víctima. Su explicación es convincente y razonable.

Es cierto que ha habido un error en la determinación de la fecha del hecho, explicable por la tardanza en denunciar, pero que ha sido superado a partir de otros datos aportados por la testigo que han permitido concretar cronológicamente el hecho, y también es cierto que los elementos de corroboración externa son débiles. Pero lo determinante en este concreto caso es la declaración de la víctima ha sido coherente, persistente y sin contradicciones, que no ha habido ningún indicio en sentido contrario a la tesis acusatoria y que no se ha individualizado ningún hecho o circunstancia que permita sospechar o intuir que la víctima haya prestado su testimonio por motivos espurios o con la sola intención de perjudicar o de fabular un hecho inexistente.”

<sup>110</sup> STS de 17 de octubre de 2019 (RJ\2019\4080) F.J Segundo.

<sup>111</sup> STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 14/2019 de 13 marzo (ARP\2019\1199), F.J Tercero.

### a) La presunción de inocencia.

Se trata de un derecho fundamental reconocido en el 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”.

Estamos ante uno de los principios rectores del Derecho procesal penal. Se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas válidas, debiendo existir una mínima actividad probatoria ajustada a las garantías procesales mínimas<sup>112</sup>. Por tanto, este principio opera dentro de la valoración de la prueba por parte del órgano jurisdiccional, en el análisis de las diligencias; de tal forma que constata la existencia o no de verdaderas pruebas; por un lado, si cumplen las garantías procesales básicas y, por otro, si tales diligencias aportan objetivamente elementos incriminatorios<sup>113</sup>.

En los presuntos delitos que tienen lugar en el ámbito privado la dificultad probatoria es mayor y si la única prueba de cargo que existe es la declaración de la víctima, la presunción de inocencia es más fácil que se vea comprometida. En esta línea, el TS en la Sentencia núm. 578/2001, de 6 de abril, ha reconocido el grave riesgo que supone para la presunción de inocencia que la única prueba de cargo sea la declaración de la víctima:

“Como ha señalado reiteradamente esta Sala un grave riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo viene constituida por la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se incrementa si la víctima es quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado si se constituye en parte ejercitando la acusación particular, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa.”<sup>114</sup>.

### b) Principio in dubio pro reo.

A su vez, se hace necesario que por la defensa se alegue la combinación del anterior derecho como del principio de *in dubio pro reo*, operando este último con carácter subjetivo, valorando el convencimiento del órgano jurisdiccional sobre la inculpación de

---

<sup>112</sup> STC 123/2006, de 24 de abril, (RTC 2006\123) F.J. Quinto: “Como se recuerda en la citada Sentencia, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos.”

<sup>113</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. y Borges Blázquez, R. “Protocolo relativo a los derechos del agresor”, en *Protocolos sobre Violencia de Género*, GÓMEZ VILLORA, J.M. (Dir), *Protocolos sobre Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 288.

<sup>114</sup> STS de 6 de abril de 2001 (RJ 2001\2021) F.J Segundo.



la prueba al acusado. Por ello, en caso de duda razonable del órgano jurisdiccional sentenciador se debe declarar la inocencia del reo, puesto que es menos gravoso para el Estado la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente<sup>115</sup>.

Por tanto, la posición de la defensa, quien no tiene la carga de probar, debe introducir las dudas necesarias al Tribunal para que no pueda llegar a la convicción de declarar al acusado culpable. De este modo, será necesario que la defensa desvirtúe la declaración de la víctima introduciendo preguntas y hechos que hagan que la víctima incurra en contradicciones e imprecisiones.

## B) DESVIRTUAR LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.

La labor de la defensa del acusado tendrá dos vertientes: por una parte, consistirá en un ejercicio de análisis y, por otra parte, una labor comparativa.

Respecto de la primera fase, que tiene su fundamento en la protección del acusado en aras del principio de presunción de inocencia, se focaliza en la declaración de la víctima de violencia de género. Como ya expusimos, es necesario que la víctima del delito ratifique la denuncia en el acto del juicio oral, de tal forma que, si se acoge a su derecho a no declarar, el primer beneficiado es el acusado por quedar vacía de contenido la actividad probatoria. Pero, centrándonos en el supuesto de que la víctima de violencia de género comparezca y declare, el interrogatorio realizado por la defensa buscará poner de relieve que en la declaración de la testigo-víctima no se cumplen los parámetros impuestos por la jurisprudencia: existencia de incredulidad subjetiva, es decir, la posible existencia de móviles subjetivos de venganza, odio, celos, intereses de cualquier tipo, que fundaran la imputación más allá de los propios hechos<sup>116</sup>; y falta de persistencia en la incriminación. Asimismo, deberemos observar si el contenido del testimonio de la víctima es suficiente a efectos de la subsunción en el tipo delictivo que se imputa<sup>117</sup>. En el caso de que existan lagunas en la declaración de la víctima, la defensa no indagará más, pues ha conseguido el resultado esperado: dejar constancia de la falta de contundencia y concreción en los hechos del testimonio de la víctima.

En la segunda fase, se observarán las diferencias o las semejanzas en las versiones de ambos intervinientes. La defensa procurará no confirmar cualquier circunstancia vertida de contrario por la acusación, ya que conllevará un beneficio para la parte contraria, pues se da credibilidad a la víctima en ciertos aspectos de su testimonio; de tal manera que sería contradictorio decir que en ocasiones la declaración de la víctima es veraz y otras veces adolece de falsedades. Por lo tanto, lo que debe indagarse es la coincidencia o no de circunstancias contextuales, es decir, los detalles del entorno espacial y temporal en el que se ocasionan los supuestos hechos, como, por ejemplo, de

---

<sup>115</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E. y BORGES BLÁZQUEZ, R. “Protocolo relativo...”, op, cit., p. 289.

<sup>116</sup> ETXEBARRIA GURIDI, J.F, “la prueba...”, op, cit., p. 394.

<sup>117</sup>FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M<sup>a</sup> J., “La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica* núm. 28, año 2012, p. 30- 31.

dónde venían ambos, a donde iban, en qué lugar sucedieron los hechos, si hubo algún desencuentro entre ambos antes de los mismos, qué pasó después, quién se marchó antes, qué se comentó, etc.<sup>118</sup>.

Como ya mencionamos con anterioridad, también deberemos perseguir la falta de persistencia en la incriminación en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta con ambigüedades y contradicciones. En este caso debemos centrar el foco en las retractaciones o contradicciones de la testigo-víctima en sus declaraciones. Un método sería acudir a lo dispuesto en el art. 714 LEC y solicitar la lectura de las declaraciones sumariales y poder así explicar las incongruencias que por la testigo víctima estén teniendo lugar, para que queden expuestas al Tribunal y éste valore si se suscitan dudas razonables sobre la culpabilidad del acusado.

También es interesante observar el nivel de coherencia conductual de la víctima. Primero, respecto al mensaje verbal de la víctima de violencia de género, estudiando que fue lo que dijo en un primer momento y en la fase de plenario. Posteriormente se analizará la contradicción entre la conducta verbal y la conducta no verbal, conocida como la expresividad corporal y de la voz<sup>119</sup>. Las mismas deberán ser expuestas por la defensa del acusado, haciendo valer todas las incoherencias que residan en la declaración de la víctima violencia de género. Por ejemplo, si la víctima declara que el presunto autor de los hechos que se enjuician le empujó por el hombro y la testigo-víctima se señala la muñeca.

## V. CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El legislador al establecer el concepto de violencia de género en la LMPICVG confunde el término referido a la violencia de género con la violencia ejercida en el ámbito de las relaciones afectivas. De tal forma que protege únicamente una proporción de casos de violencia de género, quedando excluidas muchas situaciones en las que es evidente el motivo machista y la discriminación ejercida por el hombre hacia la mujer. Por lo tanto, nuestro legislador escogió un término restrictivo en comparación con el reconocido por el Convenio de Estambul.

**SEGUNDA.-** Es inadmisibles la posición adoptada por el TS respecto de considerar que toda violencia, dentro del ámbito de la pareja o ex pareja, ejercida contra la mujer por un varón es merecedora de aplicación de la plus punición de violencia de género. Es evidente que existen situaciones en las que las parejas conviven en un clima violento, pero no en todos los casos se debe a las creencias de desigualdad y discriminación ejercida contra la mujer. Por lo que estimar que todos los hombres

---

<sup>118</sup> Vid cita 112, p. 31-32.

<sup>119</sup> FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M<sup>a</sup> J., “La fuerza probatoria...”, op, cit., p. 33

presentan un patrón machista por la frecuencia de estos casos, sin observar las circunstancias personales concretas implicará no objetivar la responsabilidad penal.

Asimismo, esta posición conlleva a que la carga de la prueba en el proceso penal por delitos de violencia de género se invierta. Es inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental de presunción de inocencia, sin el cual no podemos hablar de un Estado social, democrático y de Derecho. No puede esgrimir el Tribunal que la no concurrencia del contexto de desigualdad y sumisión debe probarse por la defensa, ya que supone una vulneración de la presunción de inocencia. De igual modo, son vulnerados los principios de legalidad y culpabilidad, cuando el Alto Tribunal considera implícito en los varones el contexto cultural machista.

**TERCERA.-** Como consecuencia de la anterior conclusión, en las agresiones mutuas entre una pareja formada por hombre y mujer, si no existe el contexto de dominación y sumisión se deberá aplicar el art. 153.2 CP referente a la violencia dentro del seno familiar en vez del art. 153.1 o 147.2 CP.

**CUARTA.-** El concepto manejado por el TS respecto de las relaciones de análoga relación a la conyugal que quedan afectas a la plus punición de violencia de género me parece acertado en tanto que no se valore la convivencia ni fidelidad, pues en la realidad social existen modelos de relaciones afectivas muy variados. Asimismo, pueden derivarse problemas de este razonamiento, pues nos encontramos ante un criterio subjetivo del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, quien deberá decidir si estamos o no ante una relación de noviazgo merecedora de la agravación de violencia de género. De este modo podría quedar afectada la seguridad jurídica, pues si estamos ante un órgano jurisdiccional más conservador beneficiará a la defensa, pudiendo alegar que no nos encontramos ante una relación con connotaciones de estabilidad y compromiso; y, por el contrario, el juzgado que tenga una mentalidad más abierta, entenderá la relación de noviazgo en un sentido más amplio y, por tanto, la acusación será la principal beneficiada.

**QUINTA.-** Si la víctima de violencia de género se acoge a la dispensa del deber de declarar contra un pariente en el juicio oral supondrá para la defensa un beneficio desde el punto de vista procesal, ya que deja vacía de contenido la prueba y, en consecuencia, deviene en la retirada de la acusación. Como consecuencia de lo anterior se ha propuesto su modificación, no debiendo tener derecho las víctimas de violencia de género a la misma por considerar que la paz familiar y las relaciones de solidaridad familiar están completamente quebradas. En mi opinión, ni siquiera se tiene en cuenta el principio de presunción de inocencia, dando por sentado que el acusado ha cometido un hecho de esta naturaleza, ni tampoco que la paz y solidaridad familiares pueden consistir en los vínculos con los hijos comunes.

La propuesta para que la grabación de la declaración de la víctima en la denuncia sea prueba preconstituida me parece, desde la posición que ocupó en el presente trabajo, una vulneración de los derechos de la defensa, ya que resultaría infranqueable la misma. Los criterios asentados pacíficamente por la jurisprudencia, concretamente los

presupuestos de verosimilitud y persistencia en la incriminación, serían imposibles de probar, pues no se podrían contrastar las contradicciones en las que incurre la víctima si se toma por cierta la primera declaración de la misma. De igual modo, dicha posición sería contradictoria con los parámetros establecidos para la valoración de la verosimilitud de la víctima en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2019, sobre la que pivota el contenido de este trabajo.

**SEXTA.-** Los criterios asentados jurisprudencialmente de forma pacífica son la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud en el testimonio y la persistencia en la incriminación. El primer requisito es difícilmente conseguible en este tipo de delitos, más cuando por el legislador se ha enmarcado la violencia de género como la ejercida en el ámbito de la pareja por el hombre hacia la mujer. Es lógico que exista una enemistad y resentimiento de la víctima hacia el presunto autor del delito. Por tanto, la defensa, siempre que sea posible, hará valer que la víctima tiene determinado interés en el proceso, pudiendo ser desde la custodia de los hijos, hasta la venganza, pasando por fines económicos o el uso de la vivienda habitual.

Estos tres criterios no es necesario que concurran en su totalidad, sino que el órgano que conozca del procedimiento, en virtud del principio de libre valoración de la prueba, en relación a los principios de inmediación, contradicción y oralidad, dará una mayor importancia a determinados aspectos.

**SÉPTIMA.-** Los nuevos criterios enunciados en la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2019 son criticables por la extralimitación del Alto Tribunal en sus funciones. En primer lugar, son innecesarios porque los tres presupuestos generales, indicados anteriormente, estaban asentados pacíficamente en los distintos órganos jurisdiccionales.

A partir de esta nueva jurisprudencia el TS ha impuesto once nuevos factores de valoración sin indicar si son concurrentes o eliminan los reconocidos con anterioridad. Además, contempla unos contra-criterios para tener en cuenta las especiales circunstancias de las víctimas de violencia de género, sin indicar la función de los mismos; de tal forma que, si se oponen a los once nuevos factores, suponen una presunción en contra del reo, que da carta blanca para que cualquier contradicción, imprecisión o fabulación pueda ser justificada por la acusación como una consecuencia del miedo de la víctima. Por tanto, considero que se deben valorar las especiales circunstancias de las víctimas de violencia de género, pero en todo caso será la acusación quien pruebe las presiones a las que alude el Alto Tribunal.

**OCTAVA.-** Denominar “presupuestos” a los nuevos parámetros supone tasar la valoración de la prueba a la concurrencia o no de los mismos. De tal forma que el TS, obviando la prohibición de que el órgano de segunda instancia realice correcciones sobre las valoraciones probatorias del órgano a quo, podría entrar a valorar estos factores. Por tanto, si el TS pretende imponer su criterio al resto de órganos jurisdiccionales, tratándose de un intento de unificar doctrina propio del proceso civil, la consecuencia sería la anulación en casación de las sentencias de primera instancia que no apliquen los nuevos presupuestos.

**NOVENA.-** El TS ha intervenido en la libre valoración de la prueba del órgano de primera instancia al tasar las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta, las cuales generan un amplio margen de discrecionalidad, arbitrariedad y subjetividad; esta última se manifiesta en dos aspectos: por un lado, cada persona puede comportarse de una manera completamente diferente y, por otro lado, la valoración del órgano a quo dependerá de diversos factores como su formación, su forma de pensar, sus vivencias, etc.

Tiene especial relevancia el concepto de “lenguaje gestual de convicción”, caracterizado por la forma en que la víctima se expresa, acompañándose por los “gestos”, entendiéndose que los juzgadores no tienen formación al respecto y considero poco práctico que tenga que asistirse de un experto en la materia.

**DÉCIMA.-** El Tribunal Supremo no ha establecido quienes son los sujetos objeto de aplicación de los nuevos criterios. Pues en el caso de que sean las víctimas de violencia de género en sentido amplio, estaríamos ante una desigualdad respecto de otro tipo de víctimas. Por la jurisprudencia posterior a la sentencia analizada, deduzco que el órgano jurisdiccional está pensando en víctimas de delitos de violencia de género o contra la libertad sexual. Al ser los criterios enunciados inciertos y muy subjetivos, se crea una grave situación de inseguridad jurídica, no obteniendo beneficios ni la acusación, quien nuevamente experimentará un doble esfuerzo para demostrar su credibilidad, que era lo que trataba de evitar el TS con esta perspectiva de género; ni la defensa, quien no conocerá la forma de proceder y dependerá completamente del Tribunal a quo.

**ÚNDECIMA.-** La defensa del acusado evitara confirmar las circunstancias contextuales que detalle la víctima en su declaración, ya que de hacerlo se contribuye a la impresión de credibilidad de la declaración de la víctima de violencia de género.

**DUODÉCIMA.-** Ante las contradicciones o retrataciones de la testigo víctima, la defensa, para hacer constar la falta de persistencia en la incriminación, podrá solicitar la lectura de las declaraciones sumariales y poder así explicar las incongruencias en las que incurra la víctima.

Asimismo, es interesante para la defensa analizar la coherencia conductual de la víctima, especialmente la contradicción entre la conducta verbal y la conducta no verbal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA.

### Bibliografía citada:

BELTRÁN MONTOLIU, A. “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECRIM: evolución jurisprudencial”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 19 (enero de 2018), p. 41.

CASTILLEJO MANZANARES, R. y SERRANO MASIP, M. “Denuncia y dispensa del deber de declarar”. *Violencia de Género y Justicia*, Dr.: CASTILLEJO MANZANARES, R., Universidad Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones de publicaciones e intercambio científico, 2013.

DE LA CUESTA AGUADO, M.ª P., “Machismo y Violencia. El Concepto de Violencia de Género”. *Violencia de Género y Justicia*, CASTILLEJO MANZANARES, R., Universidad Santiago de Compostela, Servicio de publicaciones de publicaciones e intercambio científico, 2013.

DE LA FUENTE HONRUBIA, “La dispensa del deber de declarar por la concurrencia de los vínculos personales con el procesado. Perspectiva jurisprudencial actual”, *La Ley Penal*, núm. 68, 2010.

DEL POZO PÉREZ, M. Ponencia “Dificultades procesales de las víctimas de violencia sexual. especial referencia a menores, adolescentes y universitarias. reflexiones interdisciplinares”, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 30 de mayo de 2019, p- 33. Disponible en: [www.cej.es](http://www.cej.es)

ESCOBAR JIMÉNEZ, «La facultad de no declarar contra determinados familiares», *La Ley*, 2009.

ETXEARRIA GURIDI, J.F, “La prueba en el proceso de violencia de Género” en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, Mª J., “La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 28, 2012.

GONZÁLEZ MONJE, A., “La declaración del testigo-víctima de violencia de género en el juicio oral: especial referencia a la dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en FIGUERUELO BURRIEZA, A, DEL POZO PÉREZ, M., LEÓN ALONSO, M.M (Dir) *Violencia de género e igualdad: una cuestión de derechos humanos*, Comares, 2013.

IBAÑEZ DÍAZ, P. “La declaración de la perjudicada en los procedimientos de Violencia de Género: una aproximación crítica desde el ejercicio de la abogacía”, *Journal of Feminist, Gender and Women Studies 1: 63-71*, enero 2015, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

IBAÑEZ MARTINEZ Mª. L., “18 Respuestas a la violencia de género desde la sociología”, en DELGADO ÁLVAREZ, C., DEL POZO PÉREZ, M., RAMOS HERNÁNDEZ, P. e IBAÑEZ MARTÍNEZ, M.ª. L. (Dir), *Ámbito rural, desigualdad y violencia de género*, Andavira editora S.L., Santiago de Compostela, 2018.

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

MARTIN DIZ, F. “Connotaciones procesales de las declaraciones de la víctima de violencia de género como víctima especialmente vulnerable”, en DEL POZO PEREZ, M., BUJOSA VADELL, L., GONZÁLEZ MONJE, A. (Dir) *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables. Aspectos interdisciplinares*, Aranzadi, Navarra, 2019.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. y BORGES BLÁZQUEZ, R. “Protocolo relativo a los derechos del agresor”, en GÓMEZ VILLORA, J.M. (Dir), *Protocolos sobre Violencia de Género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SILBONY, R., SERRANO OCHOA, M<sup>a</sup>. A. y REINA TORANZO, O., “La prueba y la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procesos de violencia de género”, *Revista la Toga del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, 2011.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M.<sup>a</sup>. L. “El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, Barcelona, 2012.

YUGUEROS GARCÍA, A.J., “Las dispensas procesales en el contexto de la violencia de género en las relaciones de pareja o expareja”, *Aposta, revista de ciencias sociales* ISSN 1696-7348 núm. 79, octubre, noviembre y diciembre 2018.

**Jurisprudencia:** utilizando las bases de datos de Aranzadi y CENDOJ.

**Tribunal Supremo:**

STS de 11 de abril de 1996 (RJ 1996\3698)  
STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998\5590)  
STS de 19 de febrero de 2000 (RJ 2000\1141)  
STS de 10 de marzo del 2000 (RJ\2000\2210)  
STS de 6 de abril de 2001 (RJ 2001\2021)  
STS de 5 junio de 2001 (RJ\2001\7187)  
STS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002\8626)  
STS de 16 de mayo de 2003 (RJ\2003\5286)  
STS de 24 de marzo de 2004 (RJ 2004\2812)  
STS de 30 abril de 2007 (RJ\2007\2017)  
STS de 8 de abril de 2008 (RJ 2008\1726)  
STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 2009\786)  
STS 20 de enero de 2009 (RJ\2009\1383)  
STS de 23 de marzo de 2009 (RJ 2009\3062)  
STS de 26 de marzo de 2009 (RJ\2009\2377)  
STS de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009\4861)  
STS de 8 junio de 2009 (RJ\2010\979).  
STS de 15 de octubre de 2009 (RJ 2009\5603)

STS de 24 de noviembre de 2009 (RJ\2010\124)  
STS 26 de enero de 2010 (RJ\2010\1270)  
STS 5 de marzo de 2010 (RJ\2010\4057)  
STS de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\5805)  
STS de 20 de enero de 2015 (RJ 2015\454)  
STS de 28 de mayo de 2015 (RJ\2015\2491)  
STS 15 de julio de 2016 (RJ 2016\3410)  
STS de 6 de abril de 2017 (RJ 2017\1668)  
STS de 25 abril de 2018 (Roj: STS 1629/2018)  
STS de 20 de diciembre de 2018. RJ\2018\5819  
STS de 6 de marzo de 2019 (RJ\2019\868)  
STS de 2 de abril de 2019 (RJ 2019\1238)  
STS de 21 de mayo de 2019 (Rec. 2611/2018)  
STS de 3 de junio de 2019 (RJ\2019\2158)  
STS de 24 de julio de 2019 (RJ\2019\3336.)  
STS de 17 de octubre de 2019 (RJ\2019\4080)

#### **Tribunal Constitucional:**

STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC\2002\167)  
STC 170/2005, de 20 de junio (RTC\2005\170)  
STC 178/2005, de 4 de julio (RTC\2005\178)  
STC 181/2005, de 4 de julio (RTC\2005\181)  
STC 185/2005, de 4 de julio (RTC\2005\185)  
STC 186/2005, de 4 de julio (RTC\2005\186)  
STC 199/2005, de 18 de julio (RTC\2005\199)  
STC 202/2005, de 18 de julio (RTC\2005\202)  
STC 203/2005, de 18 de julio (RTC\2005\203)  
STC 208/2005, de 18 de julio (RTC\2005\208)  
STC 123/2006, de 24 de abril (RTC 2006\123)  
STC 258/2007, de 18 de diciembre (RTC 2007\258)  
STC 48/2008, de 11 de marzo (RTC 2008\48)  
STC 94/2010, de 15 de noviembre (RTC 2010\94)

#### **Tribunales Superiores de Justicia:**

STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª)  
Sentencia núm. 14/2019 de 13 marzo (ARP\2019\1199).

#### **Audiencias Provinciales:**

SAP de Alicante (Sección 1ª) de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007\250505)  
SAP de Alicante (Sección 1ª) de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007\250517)



SAP de Asturias (Sección 3ª) de 15 de mayo de 2007 (JUR 2007\288400)  
SAP de Ávila (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2005 (JUR\2006\74599)  
SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 9 de enero de 2007 (JUR 2007\314370)  
SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 10 de enero de 2007 (JUR\2007\178898)  
SAP de Barcelona (Sección 20ª) de 31 julio de 2017 (JUR\2019\185125)  
SAP de Burgos (Sección 1ª) de 16 de febrero de 2010 (JUR 2010\156298)  
SAP de Burgos (Sección 1ª) de 9 de abril de 2013 (ARP\2013\517)  
SAP de Córdoba (Sección 1ª) de 12 de diciembre de 2007 (JUR\2008\246162)  
SAP de Cuenca (sección 1ª) de 2 de febrero de 2016 (JUR 2016\36473)  
SAP Girona (Sección) de 26 de septiembre de 2013 (ARP 2013\1273)  
SAP de Granada (Sección 2ª) de 9 de marzo de 2007 (JUR\2007\273454)  
SAP de Guadalajara (Sección 1ª) de 18 febrero de 2004 ((JUR\2004\83153))  
SAP de Madrid (Sección 27ª) de 31 de mayo de 2007 (JUR\2007\259836)  
SAP de Madrid, Sección 27ª de 11 de junio de 2007 (JUR 2007\259192)  
SAP de Madrid (Sección 27ª) de 11 de octubre de 2007 (JUR 2008\1349)  
SAP de Madrid (Sección 27ª) de 8 de noviembre de 2007 (JUR 2008\40112)  
SAP de Madrid (Sección 27ª) de 23 noviembre de 2010 (ARP\2012\289)  
SAP de Madrid (Sección 6ª) de 22 de septiembre de 2011 (JUR\2011\356296),  
SAP de Madrid (Sección 27ª) de 9 enero de 2014 (JUR\2014\57003)  
SAP de Madrid (Sección 27ª) de 16 de junio de 2014 (ARP\2014\1274)  
SAP de Madrid (Sección 27ª) de 26 junio de 2014 (JUR\2014\247023)  
SAP de Pontevedra (Sección 4ª) de 29 de diciembre de 2017 (JUR\2018\50862)  
SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 11 de mayo de 2015 (JUR 2015\138180)  
SAP de Sevilla (Sección 4ª) de 6 de julio de 2004 (JUR 2004\257358)  
SAP de Tarragona (Sección 4ª) de 17 de marzo de 2008 (JUR 2008\142329)  
SAP de Toledo (Sección 2ª) de 3 de marzo de 2015 (JUR\2015\100259)  
SAP de Valencia (Sección 1ª) de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007\260186)  
SAP de Valencia (Sección 1ª) de 12 de febrero de 2008 (JUR 2008\14590)  
SAP de Valencia (Sección 1ª) de 22 julio de 2015 (ARP\2015\1169)  
SAP de Valladolid (Sección 2ª) de 19 de abril de 2007 (JUR 2007\262307)  
SAP de Vizcaya (Sección 6ª) de 22 de enero de 2007 (JUR\2007\121952)  
SAP de Vizcaya (Sección 6ª) de 14 de junio de 2007 (JUR 2007\349269)

### **Recursos electrónicos:**

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

<file:///C:/Users/Pc/Downloads/20130509%20Acuerdos%20Pleno%20TS%20Sala%20%20de%2024-04-2013.pdf>

Circular de la Fiscalía General 6/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

[https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR\\_06\\_2011.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CIR/CIR_06_2011.html).

Conclusiones del XII Seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer - año 2016. Madrid (7 y 8 de noviembre de 2016)

<http://web.icam.es/bucket/2016%20CONCLUSIONES%20DEFINITIVAS%20XII%20JORNADAS%20ESPECIALISTAS%20VIOLENCIA%20SOBRE%20LA%20MUJER.pdf>.

CONGRESO Y SENADO. *Documento refundido de medidas del pacto de estado en materia de violencia de género*, de 13 de mayo de 2019, Medida 142: “Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas.”

[http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento\\_Refundido\\_PEVG\\_2.pdf](http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf)

Memoria Fiscalía General del Estado de 2018.

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

SENADO. Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, constituida en el seno de la Comisión de Igualdad.

[http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG\\_D\\_12\\_134\\_1163.PDF](http://www.senado.es/legis12/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_12_134_1163.PDF)