

EL SILENCIO DE LAS VÍCTIMAS: UN ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL

ESTUDIOS

27



EL SILENCIO DE LAS VÍCTIMAS: UN ANÁLISIS JURÍDICO Y SOCIAL

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

SEVILLA, 2011

Equipo de investigación:

Mercedes Osuna Rodríguez. Profesora Titular de la Universidad de Córdoba y Directora de la Cátedra de Estudios de las Mujeres “Leonor de Guzmán”

Aurora Genovés García. Abogada, Secretaria de la Cátedra de Estudios de las Mujeres “Leonor de Guzmán” y vocal del Observatorio Andaluz de Violencia de Género

Borja Jiménez Muñoz. Fiscal Delegado de Violencia sobre la Mujer en la Fiscalía Provincial de Córdoba y Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba

Con la colaboración:

M^a Lourdes Gómez Muñoz. Licenciada en Derecho

Luis Rodríguez Osuna. Licenciado en Derecho y Administración de Empresas

Rocío Rubio Alegre. Licenciada en Psicopedagogía

© y Edición:

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER

C/ Doña María Coronel, 6. 41003 Sevilla

Impresión:

Tecnographic, S.L. (Sevilla)

I.S.B.N.: 978-84-7921-145-5

Depósito Legal: Se-9.070/2011

PRESENTACIÓN

El Instituto Andaluz de la Mujer como organismo que promueve la igualdad efectiva de mujeres y hombres, viene impulsando la actividad investigadora en materia de género, de acuerdo con el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres 2010-2013, en este marco se asienta el presente Estudio *El Silencio de las víctimas: Un análisis jurídico y social*, desarrollado por la Cátedra de Estudios de las Mujeres, de la Universidad de Córdoba, “Leonor de Guzmán”, con apoyo del Instituto Andaluz de la Mujer.

La *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, ha supuesto un importante avance legal, una respuesta firme y trascendental contra la violencia de género, que ha implicado el desarrollo y modificación de nuestro Ordenamiento Jurídico, inacabado, en la difícil tarea que tenemos por delante para la eliminación de la violencia de género, de ahí la necesidad de apoyar la iniciativa investigadora para la mejora del marco legislativo, interpretación y aplicación de la *Ley*, en aras a garantizar los derechos fundamentales vulnerados a las víctimas de la violencia de género.

Presentamos un trabajo muy novedoso, que plantea el análisis del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la dispensa de la obligación de declarar de la víctima de violencia de género contra su pareja, y su necesidad de revisión, sustentado, por un lado, en el estudio de sentencias de los Juzgados de lo Penal y de la Audiencia Provincial de Córdoba, durante los años 2010-2011, analizando especialmente las sentencias absolutorias. Y por otro lado, en las entrevistas a mujeres, para conocer las razones por las que muchas deciden abandonar el proceso judicial contra sus parejas maltratadoras, y consecuencias de esta decisión, que afectan entre otras, a su credibilidad. En este sentido, sin desvelar el análisis, se afirma con rotundidad, que “una sentencia absolutoria no es sinónimo de que estemos ante una denuncia falsa”.

Aunque el trabajo de campo del estudio es provincial, las conclusiones y propuestas se pueden extrapolar al ámbito andaluz y nacional, máxime si

tenemos en cuenta que nos encontramos en un momento en el que la modificación del precepto indicado está en pleno debate desde distintos sectores jurídicos y sociales, perfectamente contemplados en el trabajo.

El Estudio se ha elaborado por un equipo de investigación experto en materia de género y en los distintos ámbitos de la ciencia jurídica y social, que han puesto su conocimiento al objetivo de contribuir a una mejor comprensión de la situación jurídico-social de la mujer víctima-testigo de la violencia de género y proponen relevantes conclusiones multidireccionales.

En definitiva, estamos ante un trabajo de gran utilidad tanto para las personas profesionales expertas juristas en la materia, como para otras de los distintos ámbitos profesionales, que contribuirá a la comprensión, desde un enfoque de la víctima, de los obstáculos que deben superar para salir de la violencia de género, profundizar en el conocimiento de un fenómeno complejo, y para seguir avanzando en la mejora de la legislación teniendo en cuenta la protección de los derechos de las víctimas, atendiendo a su situación de mayor vulnerabilidad.

Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

ÍNDICE

1. VIOLENCIA DE GÉNERO	9
1.1. Diferentes pero no inferiores	11
1.2. Equidad y violencia son incompatibles	12
1.3. Causas y efectos de la violencia de género	15
1.4. El “perverso” ciclo de la violencia de género	16
1.5. Razones para un estudio	18
2. REGLAS GENERALES DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL	21
2.1. De la prueba tasada a la libre valoración de la prueba	23
2.2. Criterios generales de valoración	26
2.3. Especial referencia a la motivación de las sentencias	29
2.4. El principio de presunción de inocencia. La carga de la prueba ..	31
2.5. El principio de inmediación y la valoración de la prueba en la segunda instancia	33
3. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA DIRECTA O DE CARGO	39
4. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR DEL ART. 416 L.E.CR.	45
4.1. Aspectos principales de la dispensa	48
4.1.1. Deber de información	48
4.1.2. Valor de la declaración de la víctima en el Juzgado de Violencia sobre la mujer	49
4.1.3. La negativa a declarar en juicio	50
4.1.4. Personas que pueden beneficiarse de la dispensa	51
4.1.5. Requisitos necesarios para acogerse a la dispensa	52
5. LA PRUEBA INDICIARIA	53
5.1. Concepto y requisitos	55
5.2. Clases de indicios	55
5.3. Prueba indiciaria más frecuente	57
5.3.1. Prueba documental	57
5.3.1.1. La lectura de la denuncia y de las declaraciones ante la policía	57
5.3.1.2. Lectura de las declaraciones ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer	60
5.3.1.3. Parte de lesiones	61

5.3.2. La prueba testifical	62
5.3.3. Informes periciales	63
5.3.4. El interrogatorio del acusado	65
5.4. Valoración de la prueba indiciaria	67
6. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS	71
7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	75
A) De carácter general	77
B) De naturaleza jurídica	78
8. BIBLIOGRAFÍA	89
ANEXO 1. Tablas entrevistas	95
ANEXO 2. Tablas y gráficos sentencias	96

1. VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género representa el modo más brutal de la representación del poder de un sexo sobre otro. Sustentada por la sociedad patriarcal, la violencia psicológica y física ha sido aceptada durante mucho tiempo como una cuestión que pertenece al ámbito privado, de las relaciones personales y familiares. Tan frecuente ha sido un tipo u otro de violencia o ambos que ha llegado a normalizarse y naturalizarse. No hay país alguno en el mundo, a excepción de escasos matriarcados, en el que las mujeres no sufran violencia de un modo u otro. En la mayoría de los países ni siquiera se contabilizan las víctimas, porque lo que no se evidencia no existe. Quizá sea esa la razón última por la que durante tanto tiempo, esta lacra nos sacuda con tanta insistencia.

La misoginia se manifiesta de diferentes formas en las distintas sociedades. También se muestra más o menos sutil pero indudablemente siempre ha estado y está presente. Hay además un esquema invariable, a medida que las mujeres recobran libertades o derechos, la violencia se recrudece en otros ámbitos.

Abarca todos los ámbitos de las vidas de las mujeres: personal, familiar y laboral y por esta razón es tan difícil que afloren las conductas igualitarias. La razón patriarcal incluso puede aceptar de modo paternalista que las mujeres pretendamos la igualdad con los varones pero si en algún momento advierten “peligro” reaccionarán tal y como han aprendido a hacerlo: mostrando su supuesta superioridad con el sexo opuesto.

1.1. DIFERENTES PERO NO INFERIORES

La conceptualización del mundo en opuestos ha influido notoriamente en el concepto de hombre/mujer ya que se presentan como opuestos. Mientras que “opuesto” se relaciona con “enfrentarse”, “diferente” es sinónimo de “diverso”. Es obvio que si bien la diversidad se reconoce como símbolo de riqueza, lo “opuesto” está en un polo o en otro pero “enfrente de”.

La concepción patriarcal de hombres/mujeres se ha fundamentado en la oposición más que en la diversidad. Este modo simplista de representar el mundo en opuestos ha implicado establecer roles opuestos para hombres y mujeres. Asociando a los primeros con la cultura: “resultado o efecto de cultivar los conocimientos humanos”, y a las segundas con la naturaleza, que se relaciona con el instinto, la irreflexión, la espontaneidad o en definitiva con todo aquello que excluye la deliberación o el análisis. Consecuentemente los varones han sido identificados como “intelecto” mientras que a las mujeres se les ha investido con “los sentimientos”.

Esta errónea concepción de opuestos ha derivado en la injusticia social de considerar a los hombres superiores a las mujeres y por lo tanto, las relaciones entre ambos sexos se fundamentan en el poder de uno sobre otra y, en consecuencia en la desigualdad.

Si por el contrario, sentimientos e intelecto hubiesen sido considerados

como aspectos diferentes pero igualmente necesarios para el desarrollo de cualquier ser humano, las relaciones de pareja estarían fundamentadas en la igualdad dentro de la diversidad.

1.2. EQUIDAD Y VIOLENCIA SON INCOMPATIBLES

La violencia de género indica la desigualdad e inequidad existentes en las relaciones de pareja. En la mayoría de los países ni siquiera se le reconoce como tal y en España que sí está reconocida y penalizada, los asesinatos continúan con una periodicidad alarmante. La dificultad para erradicarla estriba en que ello conllevaría una transformación de las creencias antiguas y erróneas del conjunto de la sociedad. Implica también un cambio personal que daría lugar al cambio colectivo de la sociedad. De dentro hacia fuera. Justo lo contrario de lo que en este momento sucede. La transformación se induce desde fuera, mediante leyes, concienciación y formación. De este modo el cambio es mucho más lento y más dificultoso.

No por ello se pretende restar importancia ni a las leyes promulgadas ni al esfuerzo de no pocas organizaciones y colectivos para convencer al resto de la ciudadanía de que en una democracia, esta lacra no tiene cabida, y que mientras que exista, no podemos pensar que la democracia es auténtica.

El hecho que los cambios se impulsen de modo externo se refleja en las contradicciones a las que asistimos a diario. Leemos los asesinatos en la prensa pero pensamos que eso, no es real, que a las personas “normales” no nos ocurren “esas cosas”. Hasta hace muy poco, la violencia de género se consideraba un asunto privado, donde no era oportuno inmiscuirse. Aun hay quienes no han cambiado de opinión. Incluso quienes justifican veladamente al asesino: se habrá vuelto loco, se enteró de que iba a dejarlo, lo engañaba etc. Se trata de justificar lo injustificable, se intenta evitar decir “la mató porque era suya”. Dramática y conocida sentencia que aunque no se verbalice está presente en los actos de violencia.

El sentido de propiedad, posesión y superioridad canaliza aun frecuentemente las relaciones de pareja. De este modo, las mujeres han de plegarse en mayor o menor grado a las exigencias de sus propietarios, superiores y poseedores. En caso contrario se usa la violencia. Psíquica, física o ambas. La mayoría de las veces funciona. El terror y el convencimiento de ser culpables impiden a las mujeres reaccionar.

Si tratan de alejarse de sus agresores ellos no se dan por vencidos. Insisten, acorralan, acosan, intimidan y en muchas ocasiones, asesinan. Lo importante para los agresores es hacerle ver a la víctima que no se van a librar de ellos fácilmente y que no están dispuestos a que la relación se acabe cuando ellas decidan.

En este planteamiento social aflora de nuevo el sentido de superioridad, el que da poder para ser tolerante o bondadoso con un “ser inferior”, el que

puede otorgar mayor o menor libertad de acción. Ese poder conferido por la capacidad de raciocinio y no, por los sentimientos. Argumento que se contradice con las justificaciones esgrimidas de “pérdida de la razón”, “raptó de locura”, “se le fue la mano” etc.

De acuerdo con Esperanza Bosch Fiol¹ existen tres grandes ejes misóginos que son la inferioridad moral, inferioridad biológica e, inferioridad intelectual.

Estas hipotéticas inferioridades atribuidas por la cultura patriarcal a las mujeres han contribuido a fomentar una opinión adversa a las mujeres. La “inferioridad moral” deriva en definir a las mujeres como mentirosas, diestras en malas artes, baste recordar como ejemplos de esta inferioridad a Eva e incluso Pandora. La primera acarrió la despedida del paraíso para todos los seres humanos. La segunda, por su curiosidad, dejó escapar todos los males excepto la esperanza. A lo largo de la historia, estos mitos se han transmitido de generación en generación de tal modo que en pleno siglo XXI se le atribuye a las mujeres la maldad suficiente como para deducir que muchas mujeres cuando denuncian maltrato lo hacen con la intención de castigar a su pareja, de perseguir un divorcio rápido ventajoso para ellas o simplemente por venganza. De ahí, quizá, la extrema dificultad de poder demostrar que, como bien demuestran los estudios realizados desde distintos organismos, son muchas las mujeres maltratadas. También muchas las asesinadas.

Con respecto a la “inferioridad biológica” cabe decir brevemente que este supuesto la ha convertido en teoría, en un ser débil, incapacitado para llevar a cabo determinados trabajos, que necesita ser protegida por otro ser con más fuerza física y que por lo tanto está en una situación de vulnerabilidad. Este supuesto dominio físico es el que también se hace valer cuando el agresor determina someter a su víctima.

Por último, la sociedad patriarcal también insiste en la “inferioridad intelectual” con argumentos tan erróneos como en las dos afirmaciones anteriores. En efecto, durante siglos, las mujeres han permanecido ocultas, sin derecho a la educación y menospreciadas en su intelecto. Aquellas que podían cultivarlas o acceder a la universidad, encontraban serias dificultades para desarrollar una vida profesional. Muchas de ellas lo hicieron a la sombra de un varón, escribían con seudónimos o simplemente no publicaban sus escritos.

En definitiva, todas estas supuestas inferioridades basadas han permeado durante siglos a la sociedad, de tal modo que la inferioridad se ha establecido como un hecho incuestionable. Y esta inferioridad de facto es la que dificulta el camino para la democratización de las relaciones de pareja. El soporte para la violencia y la justificación para usarla, está servido.

¹ Bosch Fiol, Esperanza. *Violencia de género. Algunas cuestiones básicas*. Formación Alcalá, Jaén 2008.

Es necesario reconocer que ambos sexos se han nutrido de la misma cultura sexista por lo que conceptúa Izar a ambos sexos como opuestos ha dado lugar a un reparto de tareas para ambos que es lo que denomina roles de género ya que son construcciones sociales derivadas de un planteamiento ideológico. En este aspecto, los varones representan el imaginario de lo público y lo productivo. Las mujeres, en cambio, estarían asignadas al ámbito privado y reproductivo. En la vida cotidiana, la labor fundamental del varón consistiría en tener un empleo remunerado, en el caso de las mujeres dedicarían su tiempo de ocupación a cuidar de la familia y a proveer servicios para todas las personas que estén a su cargo. Los primeros, obtendrán una remuneración por su dedicación al trabajo. Ellas no. De aquí parte aun la primera brecha entre ambos. Quien posee el control económico, tiene el poder. Esto ocurre tanto en las familias como en los gobiernos. En una sociedad capitalista, el poder económico es el poder con mayúsculas. Y como consecuencia directa de ello, quien no tiene poder, quien no tiene una remuneración económica, no es reconocida como persona útil para una sociedad.

Solo cuando se ha promulgado la ley de dependencia, se ha reconocido en parte, el gran ahorro que ha supuesto para un país que el cuidado de personas dependientes lo hayan realizado mujeres, sin percibir nada a cambio.

A partir de esta primera brecha, y como en el efecto dominó, se van sucediendo una serie de consecuencias adversas a las mujeres. La desigualdad e inequidad que en siglos anteriores se manifestaba desde el nacimiento, y así continúa en algunos países aún, en España en concreto se diluye en un sexismo sutil hasta que las mujeres jóvenes deciden tener una relación de pareja. Ahí comienzan a constatar en la mayoría de los casos que la corresponsabilidad brilla por su ausencia con lo que las relaciones se vuelven a estructurar como antaño. Las mujeres casi triplican el tiempo que dedican a las tareas del hogar especialmente si tienen hijos e hijas. Aunque tengan también un trabajo remunerado, el trabajo de cuidados, les corresponde fundamentalmente a las mujeres por aquella patriarcal idea de que las mujeres estaban más implicadas en el ámbito privado, sin remuneración económica.

Es obvio que el avance ha sido innegable. Y que las mujeres han logrado hacerse presentes en una sociedad patriarcal, con su formación y su convencimiento de la necesidad de romper todas las barreras que las separan de la igualdad. Aún así, se observa una insistente resistencia en reconocer que existen unos derechos humanos innegables para todas las personas independientemente de su sexo.

Se han esgrimido argumentos de todo tipo para conseguir la visibilización y participación de las mujeres en la vida laboral remunerada del país. Se ha demostrado la pérdida económica que supone invertir en formación que posteriormente no va a ver sus frutos, total o parcialmente, en una carrera profesional. Se argumenta también que la maternidad no puede, ni debe ser un obstáculo para el desarrollo de una profesión.

Se han promulgado leyes para desarrollar todo un marco de protección contra un sistema patriarcal, sexista e injusto para más de la mitad de la población.

Y sin embargo, la brecha abierta en esa primaria asignación de roles como si de seres opuestos y no diversos se tratara, se van abriendo mas y mas grietas que derivan consecuentemente en violencia psicológica, bastante difícil de reconocer, y/o en violencia psicológica. De este modo la violencia ha sido durante mucho tiempo justificada, silenciada e incluso imputada a la propia víctima y aun hoy, a pesar de la concienciación de mas personas, de las leyes existentes, y de otras muchas cuestiones, las mujeres siguen siendo asesinadas a manos de su pareja o de su expareja, tardan cuatro años de media en denunciar si es que lo hacen y, la sociedad no muestra la reacción que seguramente tendría en caso de sucederle lo mismo a otro sector de la ciudadanía.

1.3. CAUSAS Y EFECTOS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Como se ha referido anteriormente la causa fundamental que genera la violencia de género es la condición de ser inferior atribuido a las mujeres con respecto a los hombres. Partiendo de este planteamiento, se normaliza una situación de inferioridad que si bien no está presente ni en todos hombres ni en todas las mujeres pero impregna a toda la sociedad en sus conductas, acciones y planteamientos. Esta permeabilización es la que permite normalizar y naturalizar la condición de inferioridad para las mujeres y la de superioridad para los varones. De este modo, aquellas que en un momento determinado de sus vidas determinen no continuar en su condición de inferior, se encontrarán con la barrera determinante del poder que el otro se ha conferido así mismo. En aras de mantener dicho poder, se usará, dependiendo del individuo, la persuasión, la coacción y la violencia física si necesario lo considerara.

La violencia ya sea psicológica o física es la punta del iceberg de todas aquellas situaciones cotidianas donde se considera a las mujeres como seres al servicio de otros. La última afirmación queda evidenciada en los distintos ámbitos donde mujeres y hombres conviven. Si pensamos en el ámbito familiar, tal y como demuestra el recién publicado informe del Instituto Nacional de Estadística, las mujeres dedican dos horas diarias más que los hombres en atender responsabilidades comunes. La conciliación, se considera aún un aspecto a conquistar por las mujeres y la corresponsabilidad no es un hecho que se de frecuentemente. Si pensamos en el ámbito laboral también podemos observar como el techo de cristal frena el desarrollo profesional de las mujeres, la pérdida económica que supone formar a las mujeres para después impedir su progreso, penalizar la maternidad y condenarlas a puestos de segundo orden. En el ámbito social, las mujeres también tienen características asignadas en las que prevalecen todos aquellos relacionados con los sentimientos dejando a los varones como a los seres regidos por la razón.

¿Evolución o involución? Las respuestas a esta pregunta son muy complejas ya que, la situación actual de las mujeres debe analizarse con una doble lectura. Para la totalidad de las mujeres, la puesta en marcha de leyes como la de igualdad, la integral y la de reproducción sexual, es una apuesta firme por garantizar la equidad de mujeres y hombres por lo que legalmente, todas las medidas determinadas en estas leyes favorecen que las mujeres sean propietarias de su propia persona, sean independientes y autónomas y no estén relegadas a una condición inferior. Por lo tanto, es obvio que este conjunto de leyes debe ser considerado como una apuesta valiente por dar un paso hacia delante para conseguir una sociedad verdaderamente democrática.

Muchas mujeres han percibido un cambio en sus vidas o al menos la posibilidad de realizarlo, han tomado conciencia de su propia valía, demandan los derechos que les pertenecen y no consideran que deban estar subordinadas a los varones. Hay otras muchas que no perciben que las leyes hayan acabado con su vida de sumisión al varón. Es más, están convencidas que “toda la vida ha sido así y así seguirá siendo”. En este determinismo, creen que como seres superiores que son los varones o al menos así se comportan, tienen derechos sobre ellas que las previene de comportarse con la autonomía de la que todo ser humano debe gozar.

De este modo no es infrecuente que encontremos a mujeres que a pesar de ser maltratadas, soporten la violencia por sentirse culpables de romper la familia, enviar a la cárcel al padre de sus hijos o porque le otorga, inconscientemente al agresor, el derecho que solo le corresponde a ella: tomar decisiones.

1.4. EL “PERVERSO” CICLO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Existen varios factores que producen una intensificación de la violencia de género: la presión económica, el poder público, la violencia sexual y las agresiones físicas. Esta serie de factores se van desarrollando durante la relación de convivencia de manera progresiva y circular. Al principio de la relación de dominio, la víctima no percibe que está siendo manipulada ya que participa de una cultura donde la supremacía del varón es aceptada. Por otra parte las manifestaciones del dominio comienzan a menudo de modo sutil y, se justifican a causa de los celos, de alcohol o droga o simplemente estrés. Es cuando estas manifestaciones se recrudecen, cuando las víctimas se paralizan y sólo con la ayuda externa, consiguen percibir la cruda realidad. Para ser consciente de que se es víctima de maltrato suelen pasar una media de cuatro años y es evidente que la dificultad en pedir ayuda es directamente proporcional al tiempo transcurrido en pedir ayuda. La dificultad del reconocimiento de ser víctima del maltrato, viene determinada en

gran medida porque el proceso de la violencia de género, no es lineal sino circular. Así, después de una agresión física o psicológica extrema, el agresor se muestra arrepentido y promete cambiar lo que hace que la víctima quede atrapada en un proceso destructor en el que cree al agresor e incluso se autoinculpa. De este modo, el ciclo violento se perpetúa y se agrava.

De ahí la importancia de reconocer los primeros signos de violencia para poder reaccionar antes de que estas víctimas naturalicen las agresiones físicas y psíquicas. No hay que olvidar que el ciclo tiene varias fases, que avanzan con menor o mayor rapidez según el comportamiento más o menos violento del agresor. Dicho ciclo ha sido investigado y definido por numerosos autores como Marie-France Hirigoyen² en el que constatan las diversas fases del fenómeno “tensión-agresión-remisión”.

En una primera fase, que podemos denominar “de dominio y acumulación de tensión”, se van produciendo pequeñas acciones violentas que la víctima asume, sin que se produzca abiertamente el conflicto. El objetivo fundamental de esta fase es aislar a la víctima de todas las personas que la quieran: familia, amistades, colegas, etc. En este primer estadio, la víctima más o menos sorprendida por esta reacción violenta reacciona tratando de no provocar la ira del agresor con lo que comienza a realizar menos actividades por su cuenta, comienza a abandonar las relaciones con el resto de las personas que quiere. De esta manera, y casi sin ser conscientes las víctimas se resignan a someterse a los abusos, aceptando la sumisión, sintiéndose más deprimidas y sobre todo, más dependientes. Todas las víctimas reconocen tener miedo durante esta fase.

Es en un segundo estadio en el que la violencia de género se produce de manera explícita, ya sea física, psíquica, sexual, el agresor explota y maltrata a la víctima. Este hecho violento produce tal sensación de confusión en la víctima que no le permite la posibilidad de reaccionar. La pasividad anterior de la víctima se convierte en confusión y en culpabilidad por “haber provocado al agresor”. La confusión genera tensión, estrés,... que producen en la víctima inmovilismo e incertidumbre. La inacción que da paso a la culpa, hace que la víctima considere que la situación violenta ha sido provocada por su conducta y como consecuencia, descarga al agresor de la responsabilidad³. El sujeto violento evita el estrés y el sufrimiento interior cuando convierte a la otra en la responsable de todos sus trastornos. Como la situación de maltrato se suele prolongar durante largos períodos –“hasta treinta y dos años”–, la resistencia del organismo se agota

² Hirigoyen, Marie-France. *Mujeres maltratadas*. Paidós, Barcelona, 2006.

³ E3: “No he denunciado porque el daño fue psíquico, y que por mi inseguridad, depresión y confianza en mí misma, no veía que mi marido fuera el agresor, yo me culpaba de todo, en el fondo no lo veo tan malo, sino que tiene un problema mental el cual debe solucionar. También por mi hijo y porque pienso que la vida me irá peor sin él”.

y se vuelve incapaz de evitar la emergencia, la víctima se desmoraliza y se anticipa a nuevos fracasos, lo cual duplica el estrés⁴.

La tercera fase, está protagonizada por el arrepentimiento del agresor tras la manifestación violenta a la que ha sometido a la víctima. El maltratador se muestra arrepentido por su actitud, pide perdón y promete cambiar, eludiendo las denuncias y el abandono de la relación. De hecho durante este período se muestra cariñoso e incluso permite que la víctima realice actividades libremente. Así la mujer, al percibir los cambios, piensa que la situación puede cambiar realmente y que si consigue no “enfadarlo de nuevo” se solucionará el problema, atribuyéndose la responsabilidad de lo ocurrido.

La cuarta fase, es en realidad la vuelta a la primera pero con un recrudecimiento de la violencia en cualquier manifestación ejercida sobre la víctima. De esta manera el agresor controla a su víctima y ella a su vez, se siente más dependiente y con menos energía para predecir el próximo golpe.

La frecuencia y peligrosidad de dicho ciclo aumenta con las reincidencias, hasta que la tercera fase, de arrepentimiento del agresor, desaparece.

1.5. RAZONES PARA UN ESTUDIO

Una parte de la respuesta a las cuestiones planteadas reside en el derecho penal, como instrumento encargado de preservar los bienes más preciados de la sociedad frente a las conductas inaceptables. En España, la sociedad ha percibido la insoportable presencia del maltrato y ha decidido, a través de la ley, dar una respuesta penal en serio, fundamentalmente a partir de las reformas del Código Penal de 2005 llevadas a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, que fue la primer norma que abordó una reforma profunda del Código Penal en orden a componer que acciones eran las merecedoras de reproche penal, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y la más conocida Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, lo que ha merecido el elogio de diversas organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas⁵. Junto a ello, la Ley 1/2004, definiéndose como

⁴ E11: “...tuve una gran inseguridad, malestar psicológico, falta de apoyos...”.

⁵ Vid al respecto “Handbook for legislation on violence against women” *Department of Economic and Social Affairs, Division of Advancement of Women, United Nations, New York, 2010* que pretende establecer un marco genérico de elementos que deben contener las leyes que se elaboren en cualquier país, y que en su apartado 3.1.2 indica expresamente que si bien es de alabar el hecho de que muchos países en los últimos diez años hayan publicado leyes en materia de violencia doméstica, es conveniente que ellas tengan una dimensión integral, poniendo de ejemplo a nuestra ley de 2004.

integral, incluye respuestas sociales, sanitarias, educativas etc... para lograr visibilizar el problema y erradicarlo de raíz.

Existen muchos estudios sobre distintos aspectos de la violencia sobre la mujer, pero una de las singularidades más evidentes de este fenómeno delictivo, es que la también llamada violencia de género se suele ejercer contra la mujer en la intimidad del domicilio, donde difícilmente existen testigos directos que puedan corroborar su testimonio, y cuando existen, es frecuente que sean los familiares más allegados de la víctima como los hijos, sus padres o vecinos, personas todas que pueden encontrarse en dificultades para testimoniar contra el agresor. Por ello, en la mayoría de los casos, es la declaración de la víctima la única y fundamental prueba con la que cuenta el tribunal para fundamentar una sentencia que puede ser condenatoria solo si la exposición de los hechos en el acto del juicio por la mujer se cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para que un único testimonio pueda enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La declaración de la mujer en la vista oral cobra, pues, una relevancia fundamental y sin este testimonio resulta difícil que se declaren probados los hechos en que se apoyan las acusaciones para dictar una sentencia condenatoria. Pero ese testimonio es igualmente clave durante la fase de instrucción, cuando se investiga el hecho, como también son relevantes otros aspectos de su presencia en la causa como la colaboración para aportar documentos, la disposición para acudir a las citas de las unidades de valoración, indicar testigos etc., por tanto, la forma de actuar de la víctima, su testimonio, las condiciones en que se presta y su forma de actuar ante el proceso en general son cuestiones de máximo interés que deben ser analizadas.

Los datos apuntan a que las víctimas en muchas ocasiones se retractan de sus denuncias y pretenden controlar el proceso para impedir la continuación de la causa contra su agresor. Las cifras que da el Observatorio Contra la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial no dejan dudas. Así se señala en los informes que constan en su página web que de las denuncias presentadas cada año, en un porcentaje que en los tres últimos años oscila entre el 9,80% y el 12,53% se renuncia por las víctimas al ejercicio de la acción penal, siendo este comportamiento una antesala de lo que sucede después.

Y en efecto, nuestro ordenamiento jurídico permite a la víctima acogerse su derecho a no declarar contra su agresor en determinadas ocasiones, precisamente cuando existe una relación de parentesco cercano, y concurren determinadas circunstancias que analizaremos, y que en todo caso, se ha justificado en la necesidad de proteger la intimidad familiar frente a la obligación de todos de denunciar y declarar, por lo que se denomina dispensa de una obligación legal, y se regula en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECr).

Debido al ejercicio de la referida dispensa por muchas mujeres víctimas de violencia de género, muchos de los procedimientos penales dirigidos contra hombres acusados de maltrato se ven abocados a terminar en un archivo durante su tramitación o en una sentencia absolutoria dado que la principal prueba de cargo –el testimonio de la mujer– se torna en silencio acogiéndose a la dispensa de modo que las acusaciones se encuentran sin pruebas con las que mantener cargos contra quien existen indicios de maltrato.

Las razones por las que se produce este silencio en muchas mujeres no se conocen de manera fehaciente pero no se nos escapa que pueden concurrir múltiples factores, desde el arrepentimiento, el temor al agresor, el deseo de reanudar una relación... en cualquier caso, es una circunstancia que llama la atención pues indudablemente se utiliza un mecanismo legal para algo para lo que no estaba pensado.

Y esta situación tan repetida nos ha movido a estudiarla, y aunque su análisis deba encararse desde el punto de vista legal, y hayan de buscarse soluciones dentro del ámbito jurídico como la valoración de la prueba preconstituida, la prueba indirecta o indiciaria o el alcance de la dispensa entre otras, este estudio pretende desvelar otros aspectos e intentar conocer las últimas razones sociales, psicológicas y familiares que conducen a que una víctima no mantenga su declaración en el momento más importante del procedimiento.

Para ello, hemos utilizado una metodología sencilla que combina la reflexión jurídica sobre la prueba y la dispensa, con el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional al respecto, al que se une un análisis social sobre la mujer víctima de violencia y con el fin de aportar datos concretos, un muestreo sobre sentencias de los Juzgados de lo Penal y la Audiencia Provincial de Córdoba durante el año 2010 y parte del 2011 y de entre ellas hemos revisado expresamente las absolutorias, extrayendo de cada una las circunstancias que han motivado la absolución para, con escrupuloso respeto a la intimidad de las víctimas, intentar aproximarnos a las causas que motivaron el silencio y sus consecuencias y proponer unas conclusiones multidireccionales.

Se trata de un estudio localizado en Córdoba, ámbito territorial de las y los autores, que puede extenderse al resto de Andalucía en un futuro, cuyas conclusiones pueden ser una herramienta eficaz para erradicar la violencia de género porque pretende afrontar, desde los aspectos legales, las causas de este silencio. Por eso se pretende analizar con un lenguaje asequible el concepto de prueba, sus clases, la naturaleza y valor del testimonio de la víctima para, seguidamente, desmenuzar el derecho a no declarar y todo ello, analizarlo con la jurisprudencia mencionada y las entrevistas realizadas por mujeres que voluntariamente y de forma anónima han querido responder a varias cuestiones, y formular unas conclusiones generales y jurídicas que confiemos resulten útiles.

2. REGLAS GENERALES DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

2.1. DE LA PRUEBA TASADA A LA LIBRE VALORACIÓN

El proceso penal tiene como última finalidad el descubrimiento de la verdad, la determinación de la culpabilidad del imputado, y en su caso, su condena, cuando quede acreditado su participación en el delito, mediante las pruebas practicadas conforme a derecho.

Para lograr la convicción de quien juzga, el sistema establece la aplicación de un conjunto de reglas que se llaman pruebas. La práctica de dichas pruebas y su valoración son los dos pilares sobre los que se asienta la sentencia, como resolución judicial que pone fin al proceso. En ese sentido, nuestras normas procesales articulan las clases de pruebas, su práctica, forma y tiempos en que ha de proponerse y su admisión por el tribunal, mientras que se ha dedicado menos detalle a regular su valoración, por una razón lógica, que no es otra que la consagración del principio de libre valoración de las pruebas recogido en el art. 741 de la LECr que indica que *“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.”*

Esto significa que es a la persona que juzga a quien corresponde, tras el juicio oral y una vez que en su presencia y con respeto a los principios de inmediación y contradicción, se ha practicado la prueba, valorarla conforme a los principios de la sana crítica y en conciencia y, de acuerdo con su íntima convicción, dictar la correspondiente resolución.

Las reflexiones sobre las ventajas o desventajas de tener un sistema de libre valoración de prueba frente al de una prueba legal o tasada son extensas en la doctrina y escapan del objeto de nuestro trabajo. En cualquier caso, el sistema de prueba legal o tasada, propio de los sistemas inquisitoriales, fue superado por la Ilustración, al entenderse que el sentido común debía presidir la actuación judicial y no el sometimiento a unas pruebas tasadas en busca de la verdad real, que incluso legitimaban la tortura como procedimiento para lograr ese fin⁶.

En síntesis, bajo el principio de la libre valoración de la prueba, o libre convicción judicial se ha presentado una alternativa a la institución de la prueba tasada, diseñada en términos de ausencia de reglas, aún a riesgo de que esta falta de normas encierre la imposibilidad de control a las partes de la identificación de las pruebas que justifican la convicción, adjetivada con frecuencia de íntima y personal o como en los últimos tiempos se califica, sensorial. De este modo, la convicción transcurre en el plano de los procesos

⁶ Vid Andrés Ibáñez, Perfecto en “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal” <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/perfec11.htm> fecha de consulta: 30/8/2011.

psíquicos, de forma que, a veces, las partes y en especial la víctima, no comprenden la razón de una decisión porque ésta se fundamenta en la convicción libre a la que llega quien juzga de que los hechos sucedieron de tal forma y por tanto, todo depende de la motivación que se articule. Sin embargo, la prueba legal o tasada tampoco implica la panacea, puesto que el sistema descansa en la obtención de una verdad formal mediante una valoración predeterminada que se da a unas pruebas pero que su grado de realización puede no ser suficiente para alcanzar la convicción del juzgador, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico⁷.

Como no podía ser de otro modo dado nuestro entorno social, nuestro sistema opta por la libre valoración de la prueba y así se recoge en numerosas resoluciones judiciales, como por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo, (en adelante STS) de 9 de Octubre de 1980, que de forma realmente extrema dice: *“en el sistema español de enjuiciar, las Audiencias, a tenor de lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Cr. gozan de la facultad de valorar las pruebas practicadas de modo libérrimo y sin más freno o cortapisa que el de su propia conciencia y excepcionalmente, del de la presencia de algún documento auténtico (...) por cuyo contenido hayan necesariamente de pasar”*. Resumiendo en pocas palabras la libertad de la que goza la persona que juzga para llevar a cabo esta valoración y que ha sido matizada y suavizada en sentencias posteriores.

Muchos autores critican abiertamente que esta doctrina se asiente en los principios de “inmediación” o “libre valoración de la prueba” que es la esencia de la libre convicción judicial. La discrecionalidad en las reglas de valoración y su ausencia de normas concretas, más allá de la mención de cuestiones tan abstractas como la razón y la lógica, impiden a las partes analizar su construcción para discutirla, pues siempre nos encontraremos con el muro de la conciencia individual, que nadie puede invadir por su propia definición, lo que supone una verdadera dificultad a la hora de ejercitar el derecho constitucional a los recursos, ya que el Tribunal superior tendrá muy en cuenta las reglas de valoración, o la ausencia de las mismas e impedirá que la decisión de la persona que juzga sea alterada, a excepción hecha de que la sentencia que se combate no haya respetado las cuestiones teóricas de los criterios de razonabilidad y lógica, fundamentalmente o exclusivamente cuando la sentencia sea absolutoria. De ahí, que autores como, Igartua señalen que la inmediación lleva a una dificultad de control porque las impresiones que obtiene quien juzga no pueden ser comunicadas, de modo que, en relación con la libre valoración, se crea lo que denomina una “zona opaca al control racional” que contradice profundamente la cultura de la motivación porque que en un proceso de valoración las intui-

⁷ Vid Gascón Abellán, Marina en *Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba* p. 29 y ss, Marcial Pons, Madrid 2010 .

ciones existan y tal vez sean inevitables no significan que puedan ser esgrimidas como excusas para la no motivación⁸. Y en el mismo sentido, Gascón Abellán critica con dureza el principio de valoración conjunta de la prueba cuando señala que es un “subterfugio formal que hace pasar por discurso justificatorio lo que no es en absoluto” añadiendo que se trata de “un expediente que propicia y encubre la ausencia de motivación⁹”.

Nuestros tribunales definen bien la esencia de la libre convicción judicial y así se establece en sentencias como la STC 198/2002, de 28 de octubre, cuya doctrina se recoge en la SAP de Córdoba, de 10 de junio de 2010 que reconoce *la imposibilidad por parte del tribunal ad quem de revisar la apreciación probatoria realizada por el juez a quo de aquellas pruebas de carácter personal que se practicaron en su presencia, bajo los principios de inmediación y contradicción, como la declaración del acusado y de los testigos*, lo que dada la estructura de la apelación penal en el procedimiento abreviado y, en especial las limitaciones a la práctica de la prueba en la segunda instancia que se deriva del art. 795.3 de la LECr. impide la “repetición” en la alzada de las pruebas practicadas en el juicio oral, lo que en la práctica supone vaciar de contenido de pruebas de carácter personal. En consecuencia, una de las primeras consecuencias de esta discrecionalidad judicial es la inevitable presencia de espacios abiertos a distintas interpretaciones valorativas sobre los mismos medios de prueba, y con ello, la introducción de elementos de inseguridad jurídica a las partes llamadas al proceso, pues el resultado final dependerá, en cierta medida, de la persona que juzga que afronte la valoración. El ordenamiento jurídico en este aspecto intenta equilibrar la balanza que tiene en un lado la libertad de la persona que juzga para valorar la prueba y en otro la seguridad jurídica de las partes llamadas al proceso exigiendo una motivación suficiente de la convicción y permitiendo el acceso a los recursos, aunque queda pendiente la definitiva instauración de la segunda instancia penal ordinaria en los procedimientos enjuiciados por la Audiencia Provincial.

En resumen, que el debate de la prueba se asienta sobre una libre decisión que debe ser explicada, para que los ciudadanos no perciban lo que Beccaria apuntaba al preguntarse “¿Cuántas veces vemos la suerte de un ciudadano trocarse en el paso que de su causa se hace a diversos tribunales...¹⁰

⁸ Igartúa Salaverría, Juan *Discrecionalidad técnica, motivación y control judicial*, Madrid, Cívitas, 1998, p 140.

⁹ Gascón Abellán, Marina en “La prueba judicial: valoración racional y motivación” pp. 16 y ss. en www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/.../Prueba.pdf. fecha consulta: 25/8/2011.

¹⁰ “¿Cuántas veces vemos la suerte de un ciudadano trocarse en el paso que de su causa se hace á diversos tribunales; y ser las vidas de las miserables víctimas de falsos raciocinios, o del actual fermento de los humores de un Juez, que toma por legítima interpretación la vaga resulta de toda aquella confusa serie de nociones, que le mueve la mente? ¿Cuántas veces

Esto nos sitúa en el entendimiento de que la prueba no pertenece al mundo de lo intangible, sino al de la razón y la lógica y el proceso de la valoración que realiza el Juez o la Jueza, tiene que apoyarse en la adquisición del conocimiento y discurrir por los cauces de la justificación y la motivación bastante, evitando las explicaciones oscuras que dificulten el normal entendimiento de lo que se dice (STS, 17 de Junio de 2011).

Por ello, para acceder a la verdad sobre unos hechos que se presentan como inciertos, estos han de ser asumidos por la persona que juzga como hipótesis y evaluar la eficacia explicativa de las pruebas presentadas por las partes en un proceso deductivo basado en la razón.

2.2. CRITERIOS GENERALES DE VALORACIÓN

Como hemos señalado, el llamado sistema de libre valoración de la prueba no significa de libre arbitrio, la valoración tiene sus reglas como reconoce, entre otras, la SAP Córdoba de 19 de enero de 1998 cuando dice: *“En el mismo sentido se afirma que la estimación en conciencia referida no ha de hacerse equivalente a la prevalencia de un insondable y cerrado criterio personal, e íntimo del Juzgador; sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas y directrices de rango objetivo, que aboque en una historicación de los hechos en adecuado ensamblaje con este acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores que ha sido posible concentrar en el proceso.”*

La valoración ha de versar en primer lugar sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral, aunque excepcionalmente el Tribunal pueda fundamentar su sentencia en actos de prueba instructora, anticipada o preconstituida. En segundo lugar, la prueba ha de ser obtenida lícitamente, respetando las garantías constitucionales y, por último, la valoración se ha de realizar según las normas de la lógica, las máximas de experiencia o de la sana crítica. La actuación judicial ha de estar regida por el principio de legalidad y evitar en cualquier caso la arbitrariedad, pues debe de ser el garante de la aplicación de los derechos constitucionales sobre los que transcurre el proceso. La vinculación de la persona que juzga a la ley no solo es una obligación jurídica, sino una obligación moral.

Además, como apuntamos arriba, nuestro sistema de garantías constitucionales exige que las resoluciones judiciales estén suficientemente motivadas. La persona que juzga debe de indicar los pasos que ha seguido en la elaboración de su decisión, exponiendo a las partes sus impresiones sobre la

vemos los mismos delitos diversamente castigados por los mismos Tribunales en diversos tiempos, por haber consultado, no la constante y fija voz de la Ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones”. En Beccaria, Cesare de los Delitos y las Penas, Ed. Tecnos, Madrid 1998.

prueba realizada y su valoración basada en criterios de razonabilidad, para evitar peligrosas certezas subjetivas, manteniendo todo el proceso deductivo dentro de los cauces de la objetividad. Algunos autores aluden a estos aspectos, como Mark Tushnet cuando indica que *“La imposibilidad de alcanzar una sola solución correcta a los problemas jurídicos no es debida a la indeterminación del lenguaje, sino también a la experiencia de los juristas (universitarios, abogados y jueces). Esta experiencia evidencia la dificultad de tratar los materiales jurídicos conforme a reglas, al tiempo que confirma los procesos psicológicos y sociológicos para la orientación de la interpretación jurídica.”*¹¹

En el mismo sentido Jiménez de Parga señala que *“El derecho que rige nuestra sociedad es el producto de un determinado modo de ser y de convivir. No se trata solo de establecer las relaciones entre el orden económico y el orden jurídico, como explicara Max Weber. Son todos los componentes de la personalidad del juzgador (culturales, religiosos, económicos, políticos) los que condicionan la interpretación del Derecho”*.¹²

Por último, la adecuada reflexión del precursor del galantismo, Luigi Ferrajoli cuando indica que *“en la argumentación jurídica y en la interpretación de la Ley, tanto doctrinal como jurisprudencial, son efectos inevitables, y que de hecho siempre han estado presentes, juicios de valor de tipo ético-político, que desmienten ese supuesto carácter descriptivo o ideológicamente neutral. Basta considerar los inevitables márgenes abiertos a lo opinable incluso en la interpretación de la Ley penal...”*¹³

Por lo tanto, ante el vacío de una regulación taxativa de los criterios de valoración de la prueba conviene recordar las reglas generales en las que se apoyan las decisiones judiciales:

La realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, en aplicación del art. 3.1 del Código civil¹⁴. Tratándose específicamente de la prueba que habitualmente se puede practicar en los delitos de violencia de género, la indicación que nos hace el Código civil sobre la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, adquiere su máxima trascendencia, pues estamos ante un delito que pese a no ser de reciente acuño, si lo es su trascendencia social, prueba de ello es que 1 número de denuncias presentadas en los últimos años (134.105 en 2010)¹⁵ han superado todas las

¹¹ Editorial del Diario ABC de 15 de septiembre de 2000 titulado *“Jueces con la mirada en el horizonte”*. Pág. 3.

¹² Editorial del Diario ABC de 15 de septiembre de 2000 titulado *“Jueces con la mirada en el horizonte”*.

¹³ Ferrajoli, Luigi *“Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia”* Editorial Trotta.

¹⁴ Art. 3.1 CC *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*.

¹⁵ Informe del Consejo General del Poder Judicial *“La justicia dato a dato”* Año 2010, pág. 70.

previsiones. La SAP Córdoba, de 3 de marzo de 2000, es a nuestro juicio, esclarecedora de lo que en el ámbito de estos delitos debía entenderse por dicha realidad social años antes de la definitiva evolución de la sensibilidad social hacia el fenómeno de la violencia sobre la mujer cuando señala:

“En efecto, son dos las bases argumentales en las que el Juzgador de instancia sustenta su resolución absolutoria, que en principio no pueden compartirse:

1. Un empleo rigorista del principio “in dubio pro reo” y
2. Una igualmente rigorista valoración de la prueba practicada, y se dice en principio, puesto que no puede olvidarse, a la hora de cualquier interpretación de las previsiones del art. 3.1 del Código civil, y en concreto de la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse...

Dicho en otros términos, la realidad social, en la actualidad, demanda una respuesta contundente a un problema como el de la violencia en el ámbito familiar, que se quiera o no, tradicionalmente ha sido enmascarado para no afrontarse, con una pretendida asepsia en el uso de los principios del ordenamiento punitivo como procesal. Y con ello no se quiere decir, puesto que sería contrario a toda lógica jurídica, y hasta contrario a los principios jurisdiccionales más sagrados, que deba de desterrarse el principio “in dubio pro reo” o simplemente invertir la carga de la prueba. No es eso, sino justamente lo contrario, lo que la realidad social demanda no es ni más ni menos que se valore el material probatorio aportado en la misma forma en que se efectúa cuando nos encontramos ante delitos comunes tales como el robo con violencia, donde nunca se pone en duda prima facie, ni se afirma que existen versiones contradictorias entre el autor de la sustracción y la víctima; es decir un sistema en que los valores y principios constitucionales queden perfectamente asumidos y adecuados a la realidad social del tiempo en que deba de ser aplicados.

2. La interpretación y análisis de los actos de las partes, recogido en el art. 1.281 del Código Civil¹⁶ que se refiere a las reglas de interpretación de los contratos.
3. Las reglas de la lógica, de los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia, o los hechos notorios, que deben de tenerse muy en cuenta tal como señala Muñoz Conde cuando dice: *“la persona que juzga debe apreciar según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, pero esta declaración no supone, o no puede suponer nunca en un Estado de derecho, la entronización de un arbitrio judicial que vaya contra las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos más*

¹⁶ Que indica “Para juzgar de la interpretación de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato”.

*elementales. Los jueces o los miembros de un jurado no sólo están vinculados a la ley, sino también a las leyes aún más inexorables de la naturaleza. Apreciar en conciencia las pruebas practicadas en un juicio no significa, desde luego, apreciarlas con un subjetivismo extremo, con el que muchas veces los hechos probados se convierten en una auténtica caja de sorpresas*¹⁷.

A todo lo anterior habrá que añadir los conocimientos científicos como el origen o desarrollo de las enfermedades, tales como el SIDA, la hepatitis C, las infecciones de orina que deberán de ser valoradas en su justo término, así como los partes de lesiones, las secuelas físicas, secuelas psicológicas etc., o las pruebas periciales de todo tipo, así como el análisis de la documentación que arrojan datos de interés como los listados de las llamadas telefónicas, los mensajes de texto o las conversaciones en Internet (correos electrónicos, redes sociales, entre otros). Y por último, no podemos olvidar el criterio racional, recogido en el art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando dice: que *“Las declaraciones de las Autoridades y funcionarios de Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional”* lo que viene a ser un trasunto de la razonabilidad de la libre valoración.

2.3. ESPECIAL REFERENCIA A LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

La obligación de motivar las sentencias, entendida como explicación racionalmente fundada de los argumentos por los que se ha llegado a una determinada valoración, es la lógica consecuencia de una concepción del proceso penal respetuosa con los derechos fundamentales del acusado y de la víctima y coherente con el principio de que todo el mundo es inocente mientras no se demuestre lo contrario, es decir, con el principio de presunción inocencia. Su consagración constitucional aparece en el art. 120.3 que dice: *“Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”*.

Como se apuntó arriba, la ley no sólo le exige a la persona que juzga que declare si el acusado es culpable o inocente, sino que le pide también que explique las razones por las que llega a una u otra conclusión.

Motivar, escribe Gianformaggio significa justificar y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control¹⁸.

¹⁷ Muñoz Conde, Francisco *“La búsqueda de la verdad en el procedo penal”*. Artículo de opinión, Diario EL PAIS de 28 de septiembre de 2003.

¹⁸ Gianformaggio, Op. Cit. pág. 136.

En el mismo sentido, Perfecto Andrés Ibáñez, apunta que la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio de la persona que juzga, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal¹⁹. Un control, que, como indica Bacigalupo, pretende controlar que el defecto de motivación tenga la consecuencia de producir indefensión, relevante a los efectos del art. 24 de la C. E. y de encarnar una forma de ejercicio arbitrario de un poder público²⁰. Entenderlo de otro modo, supone la aceptación práctica del hecho de que la persona que juzga pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional inequívocamente impuesto.

La exigencia de trasladar a los terceros los verdaderos motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de estos, retroactúan sobre la propia dinámica de formación de la motivación, y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes. La forma de motivar y su extensión forma parte de muchas sentencias del Tribunal Constitucional y Supremo, que señalan su alcance. En concreto, por más recientes, la STS de 25 de mayo de 2011 señala que *“el derecho a no ser condenado si no es en virtud de prueba de cargo –presunción de inocencia– y el derecho a la libertad personal, comprometido en toda sentencia penal y específicamente restringido al condenarse a pena privativa de libertad “avalan la necesidad de fortalecer el deber de exteriorizar los fundamentos de las decisiones judiciales hasta el punto de hacer imprescindible, en este caso, también una mínima explicitación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica”*. Dicho de otro modo, con palabras de la STC 139/2000, de 29 de mayo, *“los Tribunales deben hacer explícitos en la resolución los elementos de convicción que sustentan la declaración de los hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia”*.

Y en concreto, en la materia objeto de nuestro trabajo, el Consejo General del Poder Judicial, ha sintetizado los criterios generales en materia de violencia de género indicándose que en estos casos *“la motivación de las sentencias debe comprender particularmente, el análisis de dicha prueba, explicitando las razones por las cuales el/la juez/a otorga mayor crédito a la versión de una de las partes frente a la otra”* y añade lo que a nuestros

¹⁹ Perfecto Ibáñez “A cerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, Doxa 12, 1992, pág. 257–299.

²⁰ Bacigalupo, Enrique “La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal”, reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24.2 C.E.

efectos es esencial: “Asimismo, en aquellos casos, igualmente frecuentes, en los que la víctima se acoge a la dispensa de la obligación de declarar contra su marido o compañero, la motivación debería comprender expresamente la relevancia que otorga, absuelva o condene, al resto de las pruebas, en particular la de todas aquellas que pudieran constituir prueba indiciaria. La exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir “ la ratio decidendi” que ha determinado aquella, porque la motivación no está necesariamente reñida con la brevedad y concisión siendo necesario analizar en el caso concreto si una respuesta breve o incluso genérica es congruente con las cuestiones planteadas en el recurso y si expresa el criterio de la persona que juzga sobre las causas de impugnación que se alegaron²¹. Es decir, que el silencio de la víctima no puede ser un refugio para no explicar y valorar el resto de las pruebas.

2.4. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. LA CARGA DE LA PRUEBA

El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, dispone que: “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

El principio, recogido en la Constitución Española en el artículo 24, está dirigido a conservar el estado de inocencia de la persona durante todo el trámite procesal. La vigencia del principio determina que un procesado no puede ser considerado ni tratado como culpable mientras no exista una sentencia condenatoria que adquiera la calidad de cosa juzgada formal y material. Esto implica que únicamente la sentencia condenatoria firme es el instrumento idóneo capaz de vencer el estado de inocencia del procesado.

De este estatus de inocencia, se deriva el hecho de que la carga de la prueba no le corresponde al imputado sino al acusador, es decir, a la sociedad a través del Ministerio Fiscal o la víctima como acusador particular, entre otros.

²¹ Guía Práctica contra la violencia Doméstica y de Género, Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Servicio de Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, 2005.

Esta institución tiene tres significados:

- a) Como derecho fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se tiende a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.
- b) En la práctica de la actuación procesal, que parte de la idea de que el acusado es inocente mientras no recaiga sentencia condenatoria y esta adquiera firmeza, lo que debiera implicar una reducción de las medidas restrictivas de derechos, como la prisión preventiva.
- c) Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Sabido es, por tanto, que nuestro sistema prevé que las pruebas deben ser suministradas por la acusación, y que han de ser pruebas legítimas, de cargo, sujetas a la contradicción de las partes, puestas de manifiesto en el acto público de la vista oral, y deben de ser capaces de quebrar la presunción de inocencia para dejar el paso franco a la condena. Y en lo que al objeto de nuestro trabajo se refiere, la especialidad de la prueba en los delitos de violencia de género hace de esta materia la piedra angular del problema que analizamos.

A nadie se le escapa, que se trata de una modalidad delictiva que se comete con mucha frecuencia en la intimidad del domicilio familiar, en la que no suele haber testigos de los hechos, y cuando los hay, son los familiares de la víctima, en ocasiones los hijos menores de edad, también víctimas directas o indirectas del delito, por lo que la prueba recae exclusivamente sobre el testimonio de la mujer. Y la escasez o ausencia de otras pruebas objetivas conducen necesariamente a emplear una reglas de valoración específica en estos casos como veremos más adelante, pero que, a *sensu contrario* cuando no se cuenta con ese testimonio o cuando no concurren en él los requisitos que el Tribunal Supremo ha establecido para que, por sí solo, pueda enervar la presunción de inocencia, es muy probable que el proceso termine con una sentencia absolutoria, sino se ponen en valor otras pruebas que hasta ahora han sido consideradas menos eficaces, como las indirectas etc.

Constituye arraigada doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que la presunción de inocencia es una presunción “*iuris tantum*”, es decir que exige para ser desvirtuada, comprobar “*si ha existido prueba de cargo razonablemente suficiente, si esta prueba ha sido a través de medios obtenidos y aportados al proceso sin infracción constitucional u ordinaria, y si, en la ilación, que ha de exponer el Tribunal a quo, no se observa quebranto de pautas derivadas de la experiencia general, normas de la lógica o principios o reglas de otra ciencia*” (STS 9 de marzo de 2011, FJº 1).

En este sentido, indica Ferragioli que el principio de la libre convicción de la persona que juzga significa 1) la no presunción legal de culpabilidad 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa a refutarlas y el deber de la persona que juzga de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba, que siempre justifica la duda como hábito profesional de la persona que juzga, y conforme a ello permite la absolución.²²

La presunción de inocencia obliga a una actividad de las acusaciones, que es mucho más intensa en la fase de juicio oral que en la de investigación de delito. El tribunal que ha de dictar la sentencia tiene un papel pasivo en el proceso frente a la actividad probatoria de la acusación y está vinculado a ella, a diferencia de la persona que juzga instructor, cuyo cometido, por influencia del proceso inquisitorial, es la investigación, y la aportación de indicios racionales de criminalidad junto con las acusaciones. No es objeto de nuestro trabajo, al hilo del nuevo borrador de LECr. plantear la solución definitiva de esta anomalía en nuestro entorno y encargar la investigación al fiscal dejando al juez en el ámbito del respeto de las garantías y derechos fundamentales, pero sí conviene apuntar que la conjunción de ambos jueces en el mismo proceso aunque en distintas fases y tiempos del mismo no se corresponde con el concepto de juez que juzga y ejecuta lo juzgado, que consagra nuestra Constitución. Investigar un delito, traer al proceso los elementos que sirvan luego de pruebas en juicio oral debe ser misión de las acusaciones. No es este el problema de la violencia sobre la mujer, pero una ordenación del proceso, unido a otras conclusiones que apuntaremos en el ámbito de la valoración de la prueba podrían eliminar algunas disfunciones.

2.5. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA SEGUNDA INSTANCIA

La íntima valoración de la prueba que realiza la persona que juzga se apoya en la percepción directa y personal del mismo del Juicio Oral, pues la prueba que se despliega ante el mismo, como un espectador del proceso, es analizada bajo el prisma de esta situación de privilegio que otorga la inmediatez del Juzgador/a con las partes, que le permite apreciar detalles más allá de lo estrictamente objetivo, como la expresión, el comportamiento, la comunicación no verbal, las dudas o certezas, vacilaciones o gestos de quienes intervienen en el juicio.

La jurisprudencia ha elaborado una doctrina sobre esta cuestión. La STS de 21 de noviembre de 2003 señala: “La Sala de instancia opera normalmente

²² Ferragioli, Luigi “Derecho y razón: teoría del galantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid 1997, p. 45.

con intermediación, lo que representa un valor, cuando significa contacto directo con las fuentes personales de prueba. Pero la intermediación solo es un medio, no un método de adquisición de conocimiento, y de su empleo pueden obtenerse buenos y malos resultados. Por eso el tribunal sentenciador debe dar cuenta del uso que ha hecho de la intermediación y no ampararse en su mera concurrencia y en una hermética valoración “en conciencia”, para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber que fue lo sucedido en el juicio y porque se ha decidido en la manera que consta.” Nuestra audiencia provincial ha recogido esta doctrina en resoluciones como la SAP Córdoba de 29 de diciembre de 2009 que dice “...sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de intermediación, contradicción y oralidad, a que esa actividad se somete, conducen a que, por regla general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por la persona que juzga, en cuya presencia se practicaron, por lo mismo que es este juzgador y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de pruebas y de valorar correctamente su resultado apreciando personal y directamente, sobre todo en las pruebas personales, ya sea declaraciones de las partes o de testigos...”,²³. O como se establece en la sentencia dictada por la SAP

²³ Merece la pena, por su importancia, reproducir algunos párrafos más de la SAP Córdoba, Sección 1ª, rollo apelación nº 753/2009, 29-12-2009 (continuación) “...*De esta manera, el juicio revisorio en la segunda instancia supone ser especialmente cuidadoso a fin de que no implique sustituir la valoración realizada por el Juzgador de instancia, y más cuando se trata de testimonios que el juzgador ha aquilatado en cuanto al alcance y fiabilidad de determinadas declaraciones.*”

Por ello, para que el Tribunal de la segunda instancia pueda variar los hechos declarados en la primera, se precisa que, por quien se recurra, se acredite que así procede por concurrir alguno de los requisitos casos:

Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba.

Que al relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo.

Que haya sido desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

Consecuencia de lo anterior será la imposibilidad que tiene el Tribunal de apelación de valorar por sí mismo cualquier prueba sometida al principio de intermediación, esto es, las personales, de forma distinta a como lo ha hecho el juez que la presencié. (S.S.T.C. 197/2002, de 28 de Octubre; 198/2002, de 28 de Octubre; 200/2002, de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre; 230/2002, de 9 de diciembre; 41/2003, de 27 de febrero).

En definitiva, y puesto que el recurrente a lo largo del escrito de formalización del recurso, de forma reiterada, pretende establecer una “versión” de los hechos, “la suya” (lógicamente interesada), que sustituya la correcta valoración de los hechos, que en virtud del principio de intermediación y en base a lo que dispone el Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, efectúa el Juzgador, y por otra parte, es patente que en el presente caso la actividad probatoria contiene los requisitos exigidos tanto por el Tribunal Constitucional. como por el Tribunal Supremo para fundamentar una sentencia condenatoria (Sentencia del Tribunal

Córdoba, también de 29 de diciembre de 2009²⁴ cuando dice: “el control que en la apelación cabe hacer respecto de la valoración probatoria se extiende a un doble aspecto que incide, respectivamente, en la verificación de que existe una actividad probatoria practicada con pleno respeto a las normas, principios y garantías procesales; y otro que podemos denominar externo, que atiende a la racionalidad de las conclusiones que sostienen el fallo combatido, para comprobar si existe una relación lógica entre la información suministrada por las fuentes de prueba y aquellas conclusiones, debiendo el juzgador de instancia expresar el proceso psicológico seguido para obtener su convicción sobre los hechos...”

No puede analizarse la prueba en la segunda instancia sin aludir a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. En una primera fase, mantenía que una distinta valoración de la prueba realizada por el Tribunal de apelación en nada contradecía el principio de inmediación²⁵, y así se recoge entre otras en la Sentencia del T.C. de 28-6-99, que establece: “como consecuencia de la eventual falta de inmediación en la valoración de la prueba por el órgano de apelación, al considerar que no se lesionaba tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción en la segunda instancia penal, sin que nada pueda oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia, pues el Juez ad quem, tanto por lo que respeta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el

Constitucional de 28 de Julio de 1981), en el sentido de que existe prueba objetiva, no meros indicios o sospechas, la misma es válida y lícita, y por último es suficiente, o “mínimamente suficiente” (Sentencias del T.S. de 21 de junio de 1988 y 21 de noviembre de 1991, entre otras muchas) y a su vez, admitida la existencia de prueba de cargo, como antes se dijo, la valoración de la misma en modo alguno se presenta ilógica, absurda, o sin base fáctica; es claro que no se aprecian motivos para determinar que la valoración de tal prueba, en base a los preceptos citados, y a la inmediación con la que se practicó, deba considerarse “arbitraria, irracional o absurda” (Sentencia del T.C. 175/85); lo que en definitiva supone que debe ratificarse en su integridad, lo que comporta, a su vez, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada”.

²⁴ Sección: 2, Rollo 136/2009.

²⁵ Tribunal Constitucional, STC de 18-9-02 n° 167/202 “cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el TEDH ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de Apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas”.

Juez ad quo, y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez ad quo.”, mientras que en una segunda fase siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– el Tribunal Constitucional en Sentencia de 18-9-02 cambia su postura entendiendo que el Tribunal de Apelación no puede revisar ni corregir la valoración de las pruebas practicadas en la instancia, pues es preciso respetar los principios de inmediación y contradicción, y en cualquier caso es necesario un examen directo y personal del acusado diciendo: “cuando el Tribunal de apelación ha de conocer *tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el TEDH ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de Apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas.*”

A efectos prácticos esta nueva postura del Tribunal Constitucional obliga no solo a respetar, sino incluso a potenciar las garantías del acusado, con el fin de evitar nulidades. Sin perjuicio de las críticas que pudieran hacerse a la oportunidad de repetir un juicio, lo cierto es que el propio Tribunal Constitucional ha matizado su doctrina de modo que en la actualidad solo se exige la repetición de las pruebas respecto a las de carácter personal, pero no a las documentales, que pueden ser revisadas directamente por el tribunal de apelación, tampoco cuando la apelación se fundamente en discrepancia sobre conceptos o calificación jurídica o incluso, no es necesaria la reproducción de lo actuado, cuando el tribunal de apelación de una valoración distinta a la prueba indiciaria tal y como lo valoró quien juzgó (SSTC, 11 de abril de 2011, FJº 2, 29 de noviembre de 2010, 11 de septiembre de 2007).

De todo lo analizado, se deduce que para que se deje sin efecto una sentencia absolutoria es necesario que las pruebas personales sean examinadas de nuevo y que, por tanto, el tribunal” ad quem” las valore de otra manera, y/o que se aprecie que el tribunal “ a quo “ haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o resulte absurda la conclusión allí alcanzada, o bien, sea irracional o incongruente el fallo con relación a los hechos allí declarados probados, o bien si se prefiere y según los casos, el fallo dictado fuese arbitrario.

En consecuencia el Tribunal en segunda instancia sí puede analizar la argumentación de la sentencia apelada por si en la misma se apreciara un razonamiento absurdo, arbitrario, no fundamentado o ilógico, como se recoge en la SAP Córdoba de 29 de Diciembre 2009.²⁶

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 29-12-2009: “implantados por la

Y dando un paso más, la STS de 15 de Julio de 2010²⁷, se introduce en la propia esencia de la inmediación en un delito de malos tratos, avanzando un

mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, se han visto reafirmados y reforzados en resoluciones posteriores del mismo Tribunal, de forma que, incluso, en los supuestos en que se trate de apreciar pruebas objetivas junto con otras de carácter personal que dependen de los principios de inmediación y de contradicción, el Tribunal Constitucional, veda la posibilidad de revocar el criterio absolutorio de la primera instancia cuando no se han practicado las pruebas personales con arreglo a tales principios ante el tribunal “ad quem”.

Ante la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, existen distintas interpretaciones. La primera, entender que resulta factible revocar una sentencia absolutoria dictada en primera instancia practicando de nuevo en la segunda las pruebas personales que dependen de los principios de inmediación y de contradicción, lo que entraña graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables, creíbles y veraces que las de la primera, máxime si se ponderan el tiempo transcurrido desde la ejecución de los hechos y los prejuicios y preconditionamientos con que podrán volver a declarar unos testigos que ya depusieron en el juzgado; Sin olvidar que la repetición de pruebas, no será legalmente posible, a tenor de las restricciones que impone el art. 790.3 de la Ley Procesal Penal.

Cabe una segunda interpretación, por la cual, no cabe de ipso revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba depende en gran medida de los principios que inspiran a la jurisdicción penal, como son los de inmediación, oralidad y contradicción, limitándose así, el derecho a los recursos que puedan interponer tanto las partes perjudicadas como en su caso el Ministerio Fiscal. Esta última interpretación se considera por la gran mayoría de las Audiencias Provinciales, la más correcta ante la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional teniendo en cuenta los límites y principios de la revisión probatoria de las sentencias absolutorias dictadas en la primera instancia.

Desde este punto de vista, sólo podrá dejarse sin efecto la apreciación de las pruebas personales practicas en la instancia, cuando el razonamiento probatorio alcanzado por el juzgador “a quo” vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, o resulte absurda la conclusión allí alcanzada, o bien, sea irracional o incongruente el fallo con relación a los hechos allí declarados probados, o bien si se prefiere y según los casos, el fallo dictado fuese arbitrario.

En consecuencia el Tribunal en segunda instancia no puede sustituir la percepción del Juez de lo Penal sobre la prueba, al gozar el mismo de la innegable ventaja de la inmediación, pero sí puede analizar la argumentación de la sentencia apelada por si en la misma se apreciara un razonamiento absurdo, arbitrario, no fundamentado o ilógico. Aún así lo que radicalmente impide el Tribunal Constitucional, es que el Tribunal de apelación modificando el relato de hechos probados sin haber practicado prueba alguna en la segunda instancia, dicte una nueva sentencia esta vez condenatoria”.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15-7-10: “en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del

nuevo análisis en el que se cuestionan las bases sobre las que se levanta el muro en torno a la apreciación subjetiva de la persona que juzga, que impide al recurrente entrar en un coto privado de íntimas convicciones y percepción sensorial de cuanto sucede en el acto del juicio, reconduciendo la intermediación y sus matices al campo del que no debió salir nunca, es decir, al del análisis jurídico y la motivación de las sentencias. La sentencia resume en una frase esta nueva perspectiva cuando dice “*La intermediación no blindada a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior*” y añade que la intermediación no puede ser la excusa de la no motivación.

Entendemos que esta sentencia incide en las facultades de control de los Tribunales superiores, y obliga, por tanto al Tribunal sentenciador a motivar de forma objetiva su fundamentación y sus percepciones, que han de basarse en criterios de racionalidad y lógica, y sujetos, por lo tanto a análisis y crítica y a fin de huir de terrenos dudosos más propios de la intuición y del más allá, que habría que aceptarlos más como un acto de fe, que como un acto sujeto a la razón humana.

reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria –art. 9.3º–, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Consecuentemente el principio de intermediación ya no puede ser esgrimido para excusarse el Tribunal de justificar y motivar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria. Tampoco la intermediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena”.

3. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA DIRECTA O DE CARGO

La declaración de la víctima, también llamada agraviada, perjudicada o testigo, tiene el valor en el proceso de una prueba testifical, y como tal es tratada en el ordenamiento jurídico.

El testimonio de la víctima puede ser fundamental a efectos probatorios, sobre todo en los delitos de violencia sobre la mujer, pues su intervención puede ser reiterada en el procedimiento. Ha de relatar en distintos tiempos los hechos, concreta el delito, identifica al agresor, incluso comunica su percepción de la peligrosidad del denunciado. Su papel protagonista arranca con la presentación de la denuncia, momento en el que la policía puede recoger en el atestado una información completa y detallada de lo que sucedió. Posteriormente puede declarar en el Juzgado de instrucción o en el de violencia sobre la mujer, en su caso, y también es posible que hable con el médico/a forense, con los médicos/as de un centro de salud u hospital, o con otros profesionales y por último debe de declarar en el acto del juicio oral ante el/a Juez que dictará la sentencia en la que constituye su declaración final y fundamental por las consecuencias probatorias que otorga el principio de inmediación.

Como se ha indicado, en muchas ocasiones la declaración de la víctima es la única prueba con la que cuenta la acusación, por lo que su testimonio se ha convertido en prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia. Es decir, que la llamada prueba de cargo ha sido analizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con superación del viejo dogma "*testus unus, testus nullus*", se ha elevado a prueba de cargo suficiente para quebrar el principio de presunción de inocencia cuando se dan una serie de requisitos que el tribunal tiene que apreciar: la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

A estas alturas, forma parte de la jurisprudencia más arraiga la plena capacidad probatoria de la declaración de la víctima cuando concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo, e incluso en ocasiones, cuando no concorra alguno de ellos. Son muchas las sentencias que los desarrollan más ampliamente como la dictada por el Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 2.003 cuando los detalla de la siguiente forma:

“A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales.

En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

- a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (en el caso de menores), y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades, como el alcoholismo o la drogadicción.
- b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible

motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994).”

No podemos olvidar que la víctima de malos tratos, es fundamentalmente una mujer, que ha tardado algún tiempo en presentar la denuncia, (las estadísticas dicen que una media de diez años) por lo que es posible que esta situación le haya causado algún tipo de trastorno psicológico como depresión o ansiedad, o estrés postraumático. Estas consecuencias del delito, auténticas secuelas, no pueden volverse en contra de la víctima y desacreditarla, sino todo lo contrario, son daños psíquicos producidos a consecuencia del delito o constitutivos del delito en sí mismo (malos tratos psicológicos), lo que refuerza la credibilidad del testimonio y no lo contrario.

B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos.

Esto supone:

- a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.
- b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (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). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etc.

Ante la ausencia de pruebas directas objetivas, son las corroboraciones periféricas las pruebas que más relevancia valorativa comportan, pues aunque una a una por sí mismas no serían en ocasiones prueba suficiente, su conjunto puede llevar a la persona que juzga a la convicción de la existencia del delito por la valoración de la prueba indiciaria, entre estas corroboraciones periféricas no podemos olvidar la importancia de los partes de lesiones de todo tipo, testigos indirectos como por ejemplo: los que hablan por teléfono con la víctima tras la agresión, familiares que han oído a la víctima llorar y explicar lo sucedido, vecinos que oyen los gritos, mensajes de teléfono –SMS– o correos electrónicos, conversaciones en las redes sociales, los movimientos de las cuentas corrientes, fechas de notificación de resoluciones judiciales, nuevos acontecimientos, anuncio de ruptura, llamadas telefónicas a móviles entre agresor y víctima, tanto las realizadas como las perdidas, etc. las fechas, las horas en que se interpone la denuncia, la hora del parte de lesiones, la medicación que se administra a la víctima tras la agresión, etc. constituyen toda una suerte de pruebas que si bien una a una no alcanzarían a desvirtuar la presunción de inocencia, todas en su conjunto serán prueba suficiente.

- C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:
- 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» (Sentencia de 18 de junio de 1998).
 - 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 las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
 - c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan.”

Es frecuente que la víctima no recuerde bien cada episodio de violencia, por que haya pasado mucho tiempo, por que haya “borrado de su memoria” los hechos que le hacen daño, porque no los relate en la denuncia o, si no se le

pregunta por ellos expresamente, sin embargo es muy importante a efectos probatorios que cada agresión aparezca descrita individualmente, a ser posible ubicada en el tiempo y el espacio y diferenciadas entre si, a fin de que puedan ser refutadas por la defensa y evitar una indefensión en el imputado, para centrar los hechos objeto de la acusación, a veces es importante el apoyo de un psicólogo/a que ayudará a la víctima a recordar y a ordenar lo vivido, aunque, inevitablemente se enfrentará a un dolor añadido al revivirlo.

4. LA DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR DEL ART. 416 L.E.CR

Frente a lo anterior, la mujer víctima de violencia por parte de su pareja o ex pareja puede, en vez de declarar, negarse a prestar declaración contra su agresor en cualquier momento: cuando es citada por la policía a declarar, en su testimonio ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o de instrucción y en el acto del Juicio Oral, ejerciendo lo que se llama la dispensa a declarar, que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr). Ello sitúa a la declaración de la víctima como una pieza central en los problemas jurídicos de la llamada violencia de género y su interés trasciende a otros operadores que trabajan en el mundo de la psicología del testimonio, la sociología y por supuesto la mediación, que deben conocer los problemas que rodean a la llamada dispensa de declarar.

La posibilidad de que determinadas personas puedan acogerse al derecho a no declarar contra algunos parientes cercanos responde a la idea de salvaguardar la intimidad familiar y se fundamenta en el art. 24.2 de la CE que establece 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. La STS de 5 /3/ 2010 (Pte. Sr. Berdugo de la Torre) señala que es una facultad “cuyo fundamento está en la voluntad de la ley de dejar al interesado la solución del conflicto moral... entre su deber como ciudadano de comunicar los hechos delictivos para su persecución y testimoniar verazmente sobre ellos y su deber personal de lealtad y afecto hacia personas ligadas a él por vínculos familiares”.

El art. 416 de la LECr. establece que están dispensados 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.

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

Este artículo fue reformado por Ley 13/2009, de 3 de Noviembre que se limitó a añadir la frase “o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial” atendiendo así a la reclamación que hacía la doctrina y jurisprudencia de equiparación de las relaciones de hecho con convivencia al matrimonio²⁸ pero perdiendo una oportunidad de reformar profundamente el artículo, y resolver muchos de los problemas planteados²⁹ El art.

²⁸ Armenteros León, Miguel “Comentario a la STS de 22 de febrero de 2007” en *Diario de Jurisprudencia El Derecho* n° 2478, 21 de noviembre de 2007.

²⁹ Escobar Jiménez, Rafael “La facultad de no declarar contra determinados parientes en el proceso penal (art. 416.1 de la LECr)” en *Diario La Ley* n° 7301, 11 Diciembre de 2009 Ed. La Ley.

261 de la LECr completa el sistema de la dispensa en nuestro ordenamiento jurídico eximiendo también de la obligación de denunciar, entre otros, al cónyuge del delincuente. De este modo, atendiendo al tenor literal de ambos preceptos, no están obligados a denunciarse los cónyuges y pueden no declarar los cónyuges y personas unidas por análoga relación a la matrimonial contra sus maridos/mujeres o parejas de hecho con convivencia.

4.1. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA DISPENSA

Varias son las cuestiones de interés que suscita el derecho de la víctima de violencia de género a no declarar contra quien aparece como su agresor, que han sido debatidos con intensidad por la doctrina y jurisprudencia, y que, centrándolos en los aspectos eminentemente prácticos, pueden resumirse en los siguientes:

4.1.1. EL DEBER DE INFORMACIÓN

La dispensa de la obligación de declarar es un derecho que requiere indispensablemente un deber de información, que debe entenderse en un doble sentido:

- a) La información de este derecho no se puede dar por sabida, por lo que es una obligación que se debe cumplimentar de forma expresa en cualquier momento en el que la víctima prestase declaración
- b) La jurisprudencia, en los últimos tiempos venía entendiendo que la información debía hacerse independientemente de que se tratase de una declaración en fase policial o judicial. Así resulta de sentencias como la STS de 20 de febrero de 2008 que declara la nulidad de las declaraciones de una mujer testigo que podía beneficiarse del art. 416 y no fue advertida de ello, aunque es más problemática la consideración de si esa advertencia debe hacerse cuando la víctima demanda auxilio de la policía. Salvo este supuesto de petición de ayuda policial (STS 20 de febrero 2008) en todas las demás declaraciones policiales y judiciales se debe advertir a la víctima de su derecho a no denunciar, o no declarar, so pena de nulidad. (Por todas SSTS 10 de mayo de 2007), incluso cuando la propia víctima acude a denunciar (STS 5 de marzo de 2010) pareciendo así haberse superado la otra postura que venía entendiendo que la denuncia espontánea en la policía no exigía de la previa advertencia (entre otras, SSTS, 6 de abril de 2001, 27 de octubre de 2004, Auto TS de 29 de marzo 2006). Nos apresuramos a apuntar, que en ocasiones la línea entre lo que es una petición de auxilio policial y la comparecencia de una víctima a denunciar un hecho puede ser muy delgada, lo que puede confundir.

Todo esto, sin embargo, parece estar abierto porque la sentencia del

Tribunal Constitucional de 15 de Noviembre de 2010 (STC 94/2010, Pte. Sr. Conde Martín de Hijas) parece replantear de nuevo el alcance del deber de información en relación a la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se trató de un supuesto en el que la esposa de un individuo absuelto por un delito en el ámbito de la violencia sobre la mujer recurrió en amparo porque la sentencia de la Audiencia Provincial anulaba su testimonio, ya que no había sido informada del derecho a la dispensa por el Juez de lo Penal que juzgó el caso. El Tribunal Constitucional consideró que era un excesivo formalismo anular el testimonio de una mujer no divorciada contra su marido a la que no se informó de la dispensa por el tribunal sentenciador cuando la señora había tenido una conducta activa en todo el proceso: denuncia espontánea, declaraciones inculpativas contra su marido, interposición de recurso contra la sentencia absolutoria... y dice *“pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECr”* (FJº 6) añadiendo *“A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECr resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad”*. De este modo, esta sentencia parece entroncar con las resoluciones que discuten la sacrosanta obligatoriedad de la información en todas las fases y supuestos, aunque hay que indicar que una sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve un recurso de amparo lo que determina es si se ha violado un derecho fundamental concreto por un acto administrativo, resolución judicial etc.

4.1.2. EL VALOR DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Ello nos sitúa en el problema siguiente: la declaración espontánea ¿nace sin el derecho a la dispensa? Según la referida STC desde luego su no advertencia en ese caso concreto no genera la nulidad de lo declarado, pero otras resoluciones judiciales van en otro sentido, teniendo siempre en cuenta que hablamos de supuestos de hecho distintos. Si, según la STS de 5 de Marzo de 2010 (Pte. Sr. Berdugo de la Torre) es precisa la información a la víctima en toda fase del proceso y según la STC 15 de Noviembre de 2010 es un excesivo formalismo advertir de esta dispensa cuando se ejerce una actitud activa en la causa, no sabemos exactamente a qué atenarnos. Si acudimos a la doctrina, Rafael Escobar entiende que la denuncia espontánea en la policía

o en el juzgado no obliga a informar del 416 porque el denunciante no tiene la cualidad de testigo, y el pariente no tiene obligación de denunciar conforme al art. 261 de la LECr que sería el aplicable al caso³⁰ y Esteban Solaz entiende que la no información solo cabe en requerimientos espontáneos a la policía³¹. Como hemos indicado, numerosas sentencias parecen ir en esta dirección (SSTS de 27 de octubre 2004, 12 de julio de 2007).

4.1.3. LA NEGATIVA A DECLARAR EN JUICIO

La negativa a declarar en juicio no transforma el valor de la declaración que la víctima presta en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer o el de Instrucción. Sigue siendo una diligencia sumarial sin valor de prueba por lo que no se podrá acudir al art. 714 de la LECr para pedir su lectura, porque este precepto está previsto para poner en evidencia las contradicciones del testigo entre lo que dijo en el juzgado y lo que dice en el juicio y el silencio del que no declara no puede considerarse ni como afirmación ni negación de lo que dijo en la instrucción (SSTS, 129/2009, de 10 de diciembre y 26 de enero de 2010, Pte. Sr. Ramos Gancedo). Evidentemente, la contradicción entre lo que se dijo en juicio y lo declarado en el juzgado o la retractación en juicio del testimonio incriminador vertido en la declaración en el juzgado sí puede ser valorado a efectos probatorios y fundamentar una condena, como hace la STS de 9/7/ 2004, que confirma otra de la Audiencia Provincial de Asturias de 21/10/ 2003.

Tampoco la negativa a declarar en juicio permite leer las declaraciones sumariales en los términos previstos en el art. 730 de la LECr que lo autoriza cuando “*por causas independientes de la voluntad de aquellas* (las partes en el proceso) *no puedan ser reproducidas en el juicio oral*”, ya que no hay una imposibilidad de practicar la declaración, sino una negativa del testigo o perjudicado a hacerlo. Las STS de 14/5/2010, (Pte. Sr. Maza Martín) y, entre otras, las SSTS 17/12/1997 y 27/11/2000, fundamentan la negativa en la vulneración del principio de contradicción, porque en dichas declaraciones no se cita al abogado defensor y al acusado, y ello supone la violación de los art. 6.3 d) del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y con ello el derecho de defensa y el de presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución. Es más, la doctrina del Tribunal Supremo está muy perfilada en este punto, y se utilizan otros argumentos relevantes: el art. 416 está concebido para proteger al acusado, pero no para perjudicarlo, y por ello se permite a determinados parientes que no declaren contra él, pero ello no permite convalidar unas declaraciones prestadas en la fase de instrucción,

³⁰ Escobar, en “La facultad...” Cit.

³¹ Solaz Solaz, Esteban *Cuadernos Digitales de Formación* nº 49, 2008 Consejo General del Poder Judicial 2010.

sin contradicción y no ratificadas en el plenario, pues esta falta de ratificación no sirve para la convalidación, de no efectuarse con contradicción de las partes e intermediación del tribunal. La SAP Córdoba de 5/3/2010 (Pte. Sr. Magaña) analiza profusamente todo lo relativo a esta cuestión, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo e indica que solo podría procederse a leer las declaraciones sumariales de una víctima conforme al art. 730 de la LECr. cuando concurren tres requisitos: a) que no haya comparecido porque no se haya hallado y se hayan agotado sus posibilidades de búsqueda, incluso en el extranjero si allí residiere, b) que las declaraciones en instrucción hayan sido respetuosas con las normas procesales y garantías constitucionales y c) que las referidas declaraciones se hayan incorporado legalmente al proceso y se hayan reproducido en el acto de juicio oral en condiciones que hayan permitido a la defensa del acusado someterlas a contradicción. En cualquier otro supuesto, no concurriendo estos requisitos y circunstancias, no se puede equiparar la “imposibilidad” referida en el art. 730 de la LECr a los efectos de permitir la lectura de declaraciones anteriores *“ya que... se procederá a la declaración de nulidad si se interpone el correspondiente recurso”* (F.º 2). En el mismo sentido, la STS de 10 de febrero de 2009 dice literalmente que *“llamar a la negativa a declarar imposibilidad jurídica para justificar la aplicación del art. 730 LECr es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende”*. Como se verá más adelante, las reformas que se proponen chocan frontalmente con esta doctrina jurisprudencial.

4.1.4. PERSONAS QUE PUEDEN BENEFICIARSE DE LA DISPENSA

La reforma nace anticuada en cuanto a las personas que pueden beneficiarse de la dispensa. Si bien incluye a las parejas de hecho, nada dice de otras posible situaciones familiares, por ejemplo no concreta si incluye únicamente el parentesco por consanguinidad o, también, el de afinidad, pues limita la mención a “los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente”. Estando claro que los vínculos que genera la adopción se incluyen en la dispensa, repárese, además, que la L.O 21/1987, de 11 de noviembre, reformadora de algunos artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y la posterior LO 1/1996, de 15 de enero, recogen determinadas figuras de acogimiento familiar. En opinión de Escobar, de las diversas modalidades que pueden establecerse, el acogimiento familiar preordenado a la adopción, por los lazos afectivos que se llegan a crear, debiera incluirse en la dispensa (ver arts. 173 y 173 bis CC)³².

³² Escobar, en “La facultad...” Cit.

4.1.5. REQUISITOS NECESARIOS PARA ACOGERSE A LA DISPENSA

¿En qué situación ha de encontrarse la relación de pareja para poder acogerse a la dispensa?: La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha ofrecido, en este punto, soluciones contradictorias, si bien la tendencia mayoritaria supe-dita la dispensa a que la situación de pareja persista con convivencia al tiempo del juicio, pues sólo en esas condiciones tiene lugar la colisión entre el deber de declarar y los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado (STS 164/2008, de 8 de abril, con cita de la STS 134/2007, de 22/2; véase también la STS 39/2009, de 29/1 y 13/2009, de 20/1 y AATS 240/2009, de 29/1 y 374/2009, de 12/2). Sin embargo, la STS 292/2009, de 26/3 sostuvo que el testigo puede acogerse a la dispensa, aunque al tiempo del juicio oral hubiere cesado la convivencia, si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento. Esta doctrina ha sido reiterada por las SSTs 26 de marzo de 2009 y 14 de mayo de 2010, lo que convierte esta cuestión en otro ejemplo de evolución jurisprudencial.

5. LA PRUEBA INDICIARIA

5.1. CONCEPTO Y REQUISITOS

El análisis de la prueba indiciaria cierra nuestra reflexión. Después de estudiar la prueba y su valoración, sobre todo cuando es la víctima el único testigo, y comprobar que su silencio dificulta el ejercicio de la acción penal, debemos abordar otras alternativas que pueden permitir enervar la presunción de inocencia.

La prueba indirecta o circunstancial es aquella que demuestra unos hechos que no son los constitutivos del delito perseguido, pero de los que se puede inferir este, así como la participación del acusado.

Se construye sobre la base de una inferencia lógica, donde determinados hechos indirectos que se dan por probados conducen a una conclusión que acredita algún aspecto del objeto material del proceso penal.

Aunque es una prueba indirecta no por ello carece de importancia, ni fuerza bastante para sustentar una sentencia condenatoria. En los delitos de violencia de género, en los que la prueba directa o de cargo suele ser única y se centra exclusivamente en la declaración de la víctima, cuando ésta se acoge a la dispensa de declarar contra su pareja, la prueba directa o de cargo no existe, por ello los hechos han de ser probados de forma indirecta o indiciaria, y si esta prueba no adquiere en este momento toda su fuerza de convicción, la sentencia será irremediamente absolutoria.

Para que esta prueba despliegue todos sus efectos tiene que contar con tres elementos fundamentales según Juan Alberto Belloch Julbe a) una serie de hechos base o uno solo especialmente significativo o necesario, que constituirán los indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo o inductivo, que puede ser explícito o implícito; y, c) una conclusión, en cuya virtud una o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico³³.

La conclusión a la que se llega a partir de la prueba indiciaria debe someterse a ciertos requisitos para su validez. Así, la afirmación o enlace entre el hecho –base y el hecho – consecuencia, debe ajustarse a la reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional y se debe obtener lícitamente y con respeto a las garantías constitucionales.

5.2. CLASES DE INDICIOS

Existen varias clasificaciones de los indicios, una de ellas dividen los tipos

³³ Belloch Julbe, Juan Alberto, “La prueba indiciaria” En AA.VV. La sentencia penal, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pág. 38.

de indicios ya sean generales, para cualquier tipo de delito y específicos del delito de que se trate, en este caso de los delitos de violencia de género.

Otra clasificación por su relación con el delito nos indica de forma cronológica cuáles son los que nos podemos encontrar con mayor frecuencia, sería interesante conocer cuáles han sido los actos del acusado antes, mientras y tras cometer el delito, para ello, a veces, se pueden analizar las llamadas telefónicas (móvil o fijo) que se realizan antes y después, su duración, el destinatario, los mensajes de texto o sms; las llamadas entrantes, salientes, en espera o perdidas aportaran nuevos datos, complementadas con las declaraciones como testigos de los destinatarios de las mismas. Si el teléfono tiene cámara y se ha utilizado se podrán recuperar las fotos.

Los correos electrónicos, los mensajes en redes sociales también pueden aportar datos, incluso los movimientos de las tarjetas bancarias nos dirán los lugares en los que se han utilizado y para qué fines y los cajeros en los que se ha sacado dinero, así como las horas y la fecha.

Siguiendo esta pauta dividiremos los indicios en antecedentes, concomitantes y subsiguientes:

1. Indicios antecedentes:

Son indicios anteriores al delito, se refieren a:

La capacidad en abstracto de delinquir, tales como la existencia de denuncias anteriores por hechos similares –amenazas, lesiones, injurias, vejaciones etc.– informes médicos de lesiones o trastornos psicológicos de la víctima anteriores a los hechos, la existencia de alguna orden previa de alejamiento, especialmente si ha sido vulnerada y vuelve a existir convivencia o si la víctima ha solicitado en algún momento su retirada, lo que establece, según los últimos estudios, un alto índice de riesgo de que se produzca una posterior agresión. En este punto son también importantes las conclusiones del informe de la UVIVG si recogen características propias de este tipo de agresores: perfil narcisista, dificultad en el control de la ira etc.

La oportunidad para la comisión del delito, tales como la adquisición previa, o traslado de lugar para mejorar su acceso de instrumentos –cuchillos o navajas– o armas de fuego.

Interés en la desaparición de una persona, o en causarle algún tipo de daño que se deduce por amenazas previas.

No debemos de confundir estos indicios con el derecho penal de autor, pero no desechar un material probatorio que tiene una gran relevancia cuando, sobre todo, concurre con otros indicios.

2. Indicios concomitantes

Son los que resultan de la comisión del delito, se presentan simultáneamente con él, son los que indican la presencia del agresor en el lugar de los hechos y su participación en el delito. En este capítulo cobran una especial importancia los informes periciales, los partes de lesiones, manchas de

sangre, señales de golpes, rotura de los objetos del domicilio o puertas, los informes psicológicos ya sean de la UVIVG, como del SAVA o de psicólogos/as que intervienen a instancia de cargo y los atestados de la policía, en concreto los datos recogidos en la inspección ocular o en los reportajes fotográficos.

3. Indicios subsiguientes

Se presentan con posterioridad al delito, pueden ser acciones o palabras, de testigos indirectos ya sean de familiares o amigos y amigas, cambios de actitud significativos en el agresor o en la víctima, la descripción de la situación personal de la víctima y del denunciado cuando comparecen ante las fuerzas de seguridad.

4. Por su fuerza de convicción:

Son aquellos indicios que han de estar necesariamente en la causa, de tal forma que la ausencia de los mismos indica la inexistencia del delito o, en su caso, su falta de prueba bastante y suficiente para llegar a una sentencia condenatoria, por ejemplo en el caso de que la víctima denuncie unas lesiones, necesariamente la persona que juzga esperará el parte médico que así lo acredite, su inexistencia, en el mejor de los casos creará una duda suficiente para que la persona que juzga entienda que los hechos no están lo suficientemente probados y absolverá en aplicación del principio “in dubio pro reo”.

5.3. PRUEBA INDICIARIA MÁS FRECUENTE

Como se ha indicado, el delito de violencia de género se produce normalmente en el ámbito familiar, donde no existen testigos, o si los hay son personas que forman parte de la familia con las implicaciones personales que ello supone, y excepto que el hecho delictivo se concrete en alguna lesión de mayor o menor entidad, en el que podrá recogerse en el preceptivo parte de lesiones y ser aportado como prueba, es un delito que conlleva un escaso material probatorio, de ahí la relevancia que adquiere la declaración de la víctima siempre que cumpla los presupuestos requeridos por la jurisprudencia reiteradísima del Tribunal Supremo, y si la víctima no ratifica y sostiene su declaración en el acto del juicio oral, cobra una enorme importancia las pruebas circunstanciales o la prueba indiciaria, ya que será la única prueba con la que cuente el Tribunal.

5.3.1. PRUEBA DOCUMENTAL

5.3.1.1. La lectura de la denuncia y de las declaraciones ante la policía

La denuncia de la víctima, ya la haya formulado directamente en las dependencias policiales, ya la haya presentado una tercera persona como un familiar o un amigo o amiga, constituye la *noticia criminis*. Es la vía por la que el Juzgado conoce del delito y en la que se concretan los datos

fundamentales para conocer los hechos, siendo por lo general la manifestación de la víctima más cercana en el tiempo al suceso por lo que suele ser la manifestación más espontánea que sirve de base para valorar contradicciones posteriores. La denuncia constituye un documento cuya lectura en el acto del juicio podría tener la capacidad probatoria necesaria, pero los en España se rechaza esta posibilidad en base a la jurisprudencia, ya consolidada del Tribunal Supremo que establece que esta práctica vulnera los derechos de la defensa a un juicio con todas las garantías constitucionales, sin más limitaciones que las establecidas por la Ley, lo que conforman en nuestro ordenamiento jurídico un juicio justo.

Entre otras, se recoge en las sentencias siguientes:

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000:

“aunque la lectura de las declaraciones realizadas por tales testigos ante la policía no es opuesta al Convenio de Roma, sin embargo, su utilización como medio de prueba ha de respetar el derecho de defensa. De manera que como al negarse tales testigos a declarar ante el Tribunal competente impidieron al demandante que “las interrogara o hiciera que se las interrogara” sobre sus declaraciones, y no obstante, la sentencia se basó en dichas declaraciones, ha de concluirse que se declaró culpable al Sr. U. fundándose en testimonios frente a los cuales sus derechos de defensa están muy limitados, por lo tanto el demandante no contó con un proceso justo...”³⁴

En el mismo sentido la STS de la Sala 2^a, de 28 de abril de 2009, refiriéndose a un delito contra la libertad sexual, examina un supuesto análogo y establece que el testimonio de la víctima que dio lugar a la incoación de la causa “*No ha sido realizado con las precisas condiciones de intermediación y contradicción porque apoyándose en la dispensa de la obligación de declarar que está establecida en el número 1^a del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prefirió no declarar*” añadiéndose en la misma que “*Esta prueba no es apta para destruir la presunción de inocencia ya que la defensa del acusado no tiene la oportunidad de interrogar*”. Señala la tan meritada resolución que esta postura “*Cuenta con precedentes jurisprudenciales incluso de época preconstitucional en los que se estableció la improcedencia de leer la declaración sumarial en el acto del juicio oral, y la ilicitud de utilizarla para fundar la sentencia cuando personas incluidas en los casos de los art. 416 a 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,*

³⁴ Y continúa: “A los efectos de mayor clarificación para el futuro de lo que es doctrina jurisprudencial de esta sala, se debe de recalcar que se trata de una simple excepción a la regla general que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta sala establece para los supuestos excepcionales en que se permite la lectura de las declaraciones del testigo en el plenario si aquél no comparece a tal acto; pero nunca en los supuestos en que, como se señaló comparece al juicio oral y no se somete, acogiéndose a una dispensa legal, al derecho a no declarar contra el acusado”.

hacen uso en el juicio oral de su derecho a no declarar (sentencias de 13 de Noviembre de 1.885 y 26 de Noviembre de 1973).

Y por citar otras, la STS de 10 de noviembre de 2004, mencionada en más de una sentencia dictada por los Juzgados de lo Penal de Córdoba cuando señala textualmente en relación a la valoración de esta prueba lo siguiente: *“...respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando son su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas, siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. La misma doctrina ha entendido que en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias” que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías”, será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a las normas que rigen el juicio oral.”*

Esta misma tesis se recoge en sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal, como por ejemplo en la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba de 19 de abril de 2009 cuando dice: *“la jurisprudencia ha señalado igualmente que las diligencias sumariales y preprocesales son simples actos de investigación del delito e identificación del delincuente (art... 289 de la L.E.Cr), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad no es la fijación definitiva de los hechos para que trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionado los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio por el juzgador, por lo que para que tengan valor probatorio, además de haberse practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, deben tener entrada en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción”.*

Es decir, podemos concluir que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aplicada en los Juzgados de lo penal y de acuerdo con el art. 730 de la Ley Procesal Penal, las diligencias sumariales únicamente pueden ser leídas en el juicio oral cuando por causas independientes a la voluntad de las partes no puedan ser reproducida en él, lo que no ocurre en los casos en los que la denunciante –víctima– testigo se acoge voluntariamente a la dispensa de declarar contra su pareja en aplicación del Art. 416. 2 de la L. E. Crim.

Tras la denuncia de la víctima ya sea en sede policial o en un centro sanitario, le sucede la ratificación de la misma y la declaración de la víctima-denunciante ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer o de Instrucción en funciones de guardia. Esta declaración podrá ser ratificada o no, y por los mismos motivos ya expuestos, si no es ratificada y mantenida hasta el acto del juicio oral por la víctima, no se le otorgará el carácter suficiente para que la sentencia tenga por probados los hechos contenidos en la denuncia.

Así, podemos encontrarnos una gran cantidad de sentencias que recogen la situación que se crea en estos casos y como es resuelta por los distintos Juzgados de lo Penal de Córdoba como las siguientes:

Juzgado de lo Penal nº 1, de Córdoba de 9 de febrero de 2010 “De manera que, al haberse acogido el acusado y la supuesta víctima a su derecho constitucional a no declarar, las declaraciones prestadas en fase de instrucción resultan de todo punto insuficientes para fundamentar un pronunciamiento de culpabilidad, el cual exige en todo caso el pleno convencimiento judicial de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito y de que la persona acusada ha participado en el mismo. Y esa absoluta convicción judicial no se ha producido en el presente caso, pues existe una total y absoluta falta de pruebas de los hechos inicialmente denunciados, y dado que, tanto el Ministerio Fiscal, reprodujo sus calificaciones por vía de informe a los meros efectos formales, entrando en juego en tales caso el viejo principio “in dubio pro reo” procediendo, en consecuencia, acordar la libre absolución del acusado” o la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Córdoba de 10 de febrero de 2010 que dice que:

“El testimonio de la víctima siempre puede constituir prueba por sí mismo, incluso aunque la misma se retracte en el acto del juicio de su inicial denuncia, pero ello no impide que le sean aplicados los parámetros generales de valoración fijados más que de forma reiterada por la jurisprudencia”.

5.3.1.2. Lectura de las declaraciones ante el Juzgado de violencia sobre la mujer

Los mismos criterios jurisprudenciales ya expuestos se aplican a las manifestaciones de la víctima, los testigos, policías o familiares, cuyas declaraciones han de ser reproducidas en el juicio oral y no cabe dar paso a su lectura para que sean tenidas en cuenta como pruebas si los testigos comparecen en el juicio y rectifican su anterior declaración, pues la lectura de sus declaraciones solo podrá reproducirse cuando el testigo no comparezca a juicio por causas ajenas a su voluntad, aunque las contradicciones en ambas declaraciones podrá y deberá ser objeto de valoración por el Tribunal a los efectos probatorios pertinentes y así se recoge en sentencias como las que siguen:

La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Córdoba de 16 de marzo de 2010 analiza un caso en el que la víctima se acoge a la dispensa de declarar contra el denunciado, pero que cuenta con la prueba testifical de la policía que la asistió, resolviendo lo siguiente: “*En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que lo presenciaron. Pero solamente en casos excepcionales que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo.*”³⁵

³⁵ La sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Córdoba de 16/3/2010 (Continuación) ...En el caso actual no concurría ninguna circunstancia excepcional que impidiera practicar la prueba

“Ante la ausencia de circunstancias excepcionales que impidieran la práctica de la prueba en el juicio oral, el contenido de la declamación policial no puede ser valorada como prueba de cargo aunque comparezcan al acto del plenario los agentes que la presenciaron, pues no es posible sustituir la declaración del testigo directo por la de los testigos de referencia”.

5.3.1.3. El parte de lesiones

El parte de lesiones, por su condición de prueba documental, objetiva, suscrito por un facultativo o médico/a forense constituye una prueba de gran valor, que en algunas ocasiones es ratificado en el acto del juicio por el médico/a que lo emite y que alcanza su validez si no es impugnado por ninguna de las partes, pero el parte de lesiones solo prueba la lesión en sí misma, no quien la ha producido o la forma en que ha sucedido a excepción hecha de las manifestaciones de la víctima en este sentido que, a veces, sí se recogen en el mismo, pero esta prueba, al igual que las demás ha de ser ratificada en el acto del juicio oral por la persona que lo ha emitido y por la víctima para que alcance su plena validez probatoria en el delito de malos tratos que nos ocupa o será puesta en entredicho por el Tribunal, como en los casos recogidos en las sentencias como las siguientes:

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Córdoba, 8-3-10

“...La única prueba es un parte médico que constata que la señora presentaba unas lesiones pero desconocemos como se causaron porque la señora nunca prestó una declaración detallada de lo que pudo ocurrir en el domicilio. Como no se pudo practicar prueba testifical de la señora, que desde el inicio de la causa se acogió a la dispensa legal de no declarar contra su esposo (art. 416 LECr), nos encontramos con que ese parte médico no impugnado no es suficiente por sí mismo para estimar culpable al acusado.”

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2, de 24 de marzo de 2010

“Podiera señalarse que existe quizás alguna prueba objetiva que permitiera dar valor a estas declaraciones sumariales. Lesiones objetivas; sin embargo, estos datos no acreditan la autoría en sí mismos, por lo que si no existen otras pruebas que los complementen carecen de virtualidad para enervar la presunción de inocencia.”

testifical del modo previsto en la ley, pues el testigo compareció al llamamiento judicial para el acto del juicio oral y prestó declaración respondiendo al interrogatorio del Ministerio Fiscal y de la defensa bajo la intermediación del Tribunal. El testigo rectificó su versión policial, y comparecieron los agentes policiales que presenciaron su declaración en aquella sede para manifestar que efectivamente había declarado en un determinado sentido, en realidad, tal comparecencia no era precisa a estos efectos, pues el testigo no negó haber declarado lo que consta en el acta de declaración policial, aunque en el acto del juicio oral aclaró que su manifestación no respondía a la realidad y explico sentirse coaccionado por la situación.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba de 5 12 de abril de 2010
“La documental no aporta ninguna luz sobre la autoría de los delitos que hoy nos ocupan, dado que tanto el parte médico como posterior informe médico forense, lo que hacen es constatar la existencia de unas lesiones, y como dato objetivo, no negamos la importancia de dicha documental, si bien debe analizarse cada caso en concreto, siendo que en el presente supuesto entendamos que ello no puede constituir “per se” dato del que entender acreditada la comisión por el acusado del delito de lesiones en el ámbito familiar por el que viene el acusado.”

Sentencia Penal nº 2 de Córdoba de 13 de mayo de 2010

“En el caso de autos no puede decirse que haya existido esta mínima actividad probatoria o de cargo y no puede decirse que en el presente procedimiento hayan existido pruebas de las que pueda razonablemente deducirse la culpabilidad de todos los acusados, pues estos, en el acto del juicio oral se han acogido a su derecho a no declarar, lo que ha impedido, incluso que sus declaraciones sumariales pudieran ser sujetas a un mínimo principio de contradicción”.

En el mismo sentido, además, los demás testigos todos los familiares directos entre si se ha acogido a la dispensa de declarar establecida en el ART. 416 de la L.E.Crim, lo que también impide la valoración de tales pruebas y declaraciones prestadas en fase de instrucción.

Pudiera señalarse que existe quizás alguna prueba objetiva que permitiera dar valor a estas declaraciones sumariales lesiones objetivas; sin embargo, estos datos no acreditan la autoría en sí mismos, por lo que si no existen otras pruebas que los complementen carecen de virtualitas para enervar la presunción de inocencia.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba de 11/3/10, que en el análisis y valoración de la prueba establece:

“La documental no aporta ninguna luz. Los Agentes de la Guardia Civil no vieron la presunta agresión, y solo pudieron testificar lo que la denunciante les manifestó en un primer momento no ratificándose la misma dichas declaraciones ante el Juzgado”.

5.3.2. LA PRUEBA TESTIFICAL

Cuando el testigo no ha presenciado directamente los hechos denunciados sino que su apreciación de los mismos es indirecta, de forma que conozca lo sucedido porque se lo ha contado la víctima u otras personas, porque ha visto u oído las consecuencias de los hechos (ruidos, golpes, llanto, lesiones, etc.) ha de manifestar ante el Tribunal el conocimiento que tiene de los hechos y si ha declarado con anterioridad deberá ratificar su declaración en el acto del juicio oral. La valoración de esta prueba, al igual que las anteriores formará parte de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

Es frecuente que la víctima se encuentre sola en el momento de los hechos pero que tras la agresión llame por teléfono a algún familiar, a un centro de atención como al teléfono 016 ó 112, que hable con algún agente de las fuerzas del orden público etc. y que estos puedan aportar la información necesaria para dar credibilidad a la denuncia, formando parte de lo que el Tribunal Supremo llama corroboraciones periféricas.

A su vez, también será objeto de valoración las pruebas que debieron de haberse aportado y que no se han practicado en la vista oral, lo que puede conducir a una falta de credibilidad de los hechos denunciados, o en su caso a una sentencia absolutoria por una falta de pruebas, como en la sentencia siguiente:

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de 5/1/10: “La declaración de la víctima no ha sido corroborada por ninguna otra prueba, máxime cuando había otras personas que pudieron presentar los hechos, pues tal día se encontraban en la casa, según la declaración de la denunciante su madrina y el marido de ésta, pues a pesar de que Edeline dijo que el incidente del empujón se había producido en la habitación y no lo vio nadie, en una situación de agresividad y violencia, tal y como ella relata, algo se hubiera escuchado. Por otro lado, ni siquiera el marido de la madrina, el tal Paulo al que ella refiere como la persona a la que el acusado le dijo que la declarante era una puta, tampoco ha venido a ratificar dicho extremo, que hubiera sido indicativo de que se había producido una situación cuando menos, de violencia verbal hacia su compañera sentimental. Tampoco ha quedado acreditada la situación de violencia física por parte del acusado, tal y como se pretendía por la acusación particular con la aportación de la fotografía de la puerta de la vivienda en la que se aprecia unos daños al lado de la puerta, pues ni se ha practicado prueba testifical alguna de tal situación, que necesariamente tendría que haberse oído, al menos por algún vecino, dadas las horas en que supuestamente se produjeron los golpes, ni tampoco por las personas que se encontraban en el interior de la vivienda donde habitaban los implicados, ni tampoco a ellos se refieren los agentes en el atestado policial.”

5.3.3. LOS INFORMES PERICIALES

Los informes periciales constituyen otra de las pruebas fundamentales ya que por su carácter objetivo gozan de una gran credibilidad. Junto a los partes de lesiones físicas emitidos por los centros sanitarios de cualquier índole, destacan los informes de la U.V.I.V.G (Unidad de Valoración de Violencia de Género) o del S.A.V.A (Servicio de Atención a la Víctima) y los informes realizados por profesionales a instancia de parte, que recogen la situación de la víctima en su contexto familiar y social y los aspectos psicológicos del delito y sus secuelas.

Pero los informes, por si mismos no suelen ser prueba bastante para vencer el principio de inocencia, necesitan el aval de la declaración de la víctima

en el plenario además de su ratificación y aclaración por los peritos y suelen ser desestimados por el Tribunal cuando, como en los casos siguientes, no va acompañado de la declaración de la denunciante:

Sentencia del Juzgado de lo penal nº 1 de 12-2-10: “Consta en actuaciones un informe emitido por la UVIVG, que ha sido ratificado en el acto de la vista por sus emisoras, la médico forense y coordinadora de dicha unidad, así como la psicóloga, señora L. Rojas, en que concluyen, que la explorada presenta sintomatología ansioso depresiva grave, que los resultados de las exploración revelan cambios cognitivos específicos de una situación de violencia de género y rasgos de sobreadaptación a dicha actuación; que en el cuadro emocional que presenta es compatible con la información sustentada en la denuncia efectuada y que no se aprecian otras fuentes de malestar emocional que vengan impactando sobre la evaluada, En relación a este último extremo hay que decir que la señora I. Cañero dijo que cuando nació su hijo le dio depresión postparto y que, desde entonces, dicha enfermedad ha convivido siempre con ella.

En definitiva, a pesar de que existen indicios, no ha quedado probado, más allá de las posibles sospechas, insuficientes para desvirtuar la eficacia de la presunción de inocencia, la participación del acusado en los hechos enjuiciados, por lo que se procede su absolución”.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de 8/3/09: “La denunciante, que estaba personalmente citada como testigo, no compareció al juicio (ni alegó justa causa que se lo hubiera impedido). Ni siquiera quiso formular denuncia pues las diligencias se inician con el parte en que se describen solo lesiones que no constan cómo se causó la señora dado que no vino a juicio para manifestarlo, tampoco formuló denuncia ni quiso declarar durante la fase de instrucción donde consta, se acogió a la dispensa legal de declarar contra el que entonces era su esposo (Art. 416 LECR).

La única prueba es un parte médico que constata que la señora presentaba unas lesiones pero desconocemos como se causaron porque la señora nunca prestó una declaración detallada de lo que pudo ocurrir en el domicilio. Como no se pudo practicar prueba testifical de la señora, que desde el inicio de la causa se acogió a la dispensa legal de no declarar contra su esposo. (art. 416 lecr), nos encontramos con que ese parte medio no impugnado no es suficiente por sí mismo para estimar culpable al acusado.”

Sentencia del Juzgado de lo penal nº 2 de 24/3/08. “Pudiera señalarse que existe quizás alguna prueba objetiva que permitiera dar valor a estas declaraciones sumariales. Lesiones objetivas; sin embargo, estos datos no acreditan la autoría en sí mismos, por lo que si no existen otras pruebas que los complementen carecen de virtualidad para enervar la presunción de inocencia.”

5.3.4. EL INTERROGATORIO DEL ACUSADO

El acusado, si accede a someterse al interrogatorio (tiene derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo) deberá contestar a las preguntas de las partes y dar las explicaciones que estime convenientes para su defensa.

El análisis de sus respuestas, la forma en que conteste, la percepción que obtenga el Tribunal de lo manifestado también formará parte del material probatorio, y formará parte de la visión que de los hechos resulte finalmente en la sentencia, que conducirá a su absolución o condena.

El acusado puede acceder a contestar a las preguntas que se le formulen, si sus respuestas son inaceptables, ambiguas, equívocas, contradictorias, o deficientes, reforzará los indicios de culpabilidad.

En muchas ocasiones, el acusado tiene una posición activa, es decir, contesta las preguntas, pero mantiene una actitud poco participativa, así es frecuente que nos encontremos, entre otras, con alguna de estas actitudes:

Niega su participación en los hechos y no añade explicación.

No se explica por qué ha sido denunciado.

No da respuesta a preguntas sencillas que no lo comprometen.

No recuerda los hechos principales sin que conste que tenga problemas de memoria.

Da respuestas ambiguas y evasivas.

No colabora en la investigación.

En otras ocasiones, su participación es más activa y así cuando contesta a las preguntas más extensamente podrán ser objeto de un análisis más profundo y se podrán comprobar algunos aspectos como los siguientes:

La posible existencia de contradicciones entre todas y cada una de las declaraciones.

Las respuestas ilógicas o carentes de sentido.

Las respuestas que reconocen parte del delito pero no todo (una discusión previa, un conflicto anterior, la permanencia en el lugar de los hechos, la oportunidad para cometer el delito etc.) como se recoge en la siguiente resolución:

Sentencia del Juzgado de lo penal nº 4 de 19/1/10: “Pero es que además, el testimonio de la víctima, es corroborado en lo esencial no solo por las declaraciones del testigo que ha depuesto en el acto del juicio, sino incluso, por las propias declaraciones del acusado –quien si bien niega rotundamente haber insultado o amenazado a su ex mujer, posteriormente viene a reconocer en cada episodio relatado, cuanto menos su presencia en dicho lugar, aunque para otros fines como relata el mismo– siendo destacable asimismo, por su interrelación con los hechos relatados por R., los objetos que le fueron intervenidos al acusado en el momento de su detención, y que

constan detallados en los hechos probados (pistola automática de fogueo, caja de munición, bote de spray de defensa personal, grilletes, bolsa de plástico transparente conteniendo unos polvos blancos con la inscripción “cianuro potásico”).

La posición en el procedimiento del acusado viene acompañada de una serie de garantías constitucionales que tienen su reflejo en el derecho a no declararse culpable, a no declarar contra sí mismo, a no reconocer extremos que le perjudiquen, o no declarar si lo considera conveniente.

Mientras que los testigos –incluida la víctima-testigo-perjudicada– tienen la obligación de decir la verdad y así se les advierte desde el principio, ya la misma denuncia ante la autoridad correspondiente se encabeza advirtiendo de las consecuencias penales de una denuncia falsa, y más adelante se puede aplicar el art. 435 L.E.Cr. pudiendo dar lugar a la comisión de un delito por falso testimonio, el acusado (detenido, imputado, procesado, acusado), en cambio, desde el momento de su detención –art. 118 L.E.Cr.– puede ejercitar su derecho de defensa y así se le hará saber por la autoridad judicial o policial, y se pondrán en marcha todos los derechos que le asisten –art. 520 L.E.Cr.– por lo tanto no se le debe exhortar a decir la verdad, al contrario, se le informa de su derecho a no declararse culpable y no declarar contra sí mismo –art. 24.2 CE–.

En el acto de la vista oral, es frecuente que la prueba comience con el interrogatorio del acusado, aunque realmente no está establecido así en la L.E.Cr., siendo esta una prueba de la defensa, si quiere utilizarla, no es una prueba de la acusación ya que no se puede obligar a un acusado a declarar contra su voluntad. Hay autores que critican el orden en que se produce, pues creen que el hecho de que se interrogue en primer lugar al acusado para más tarde demostrar con testigos y peritos que ha mentado, obedece a la estructura del proceso inquisitorial, en cambio, si se plantean las pruebas primero por la acusación y el acusado es interrogado al final, se respetan más escrupulosamente sus derechos a la defensa y de esta forma la estructura es la propia del sistema acusatorio.

La realidad es que las defensas no utilizan esta posibilidad y el acusado sistemáticamente declara en primer lugar, lo que, realmente da cierta ventaja a la acusación, pues conociendo las respuestas del acusado, los siguientes interrogatorios se pueden dirigir para que se pongan de manifiesto posibles falsedades y contradicciones, sin que el acusado pueda replicarlas.

El borrador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe esta práctica e impedirá, si se aprueba finalmente esta reforma, que el acusado sea el primero en declarar en el juicio, lo que desde el punto de vista del procedimiento acusatorio es más correcto, pero esto supondrá una desventaja para la víctima que tendrá que iniciar las contestaciones a los interrogatorios y sostener su acusación en primer término, sabedora que en último lugar

declarará el acusado y que en el ejercicio de su derecho a la defensa negará cuanto diga como poco.

5.4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA

Como ya hemos dicho, la prueba indiciaria, a falta de la prueba directa o de cargo, cuando la víctima-testigo se acoge a la dispensa de declarar, será la única posible para evitar la impunidad del delito.

A pesar de que las pruebas circunstanciales, por sí mismas, pueden llevar al Juzgador a la convicción de la comisión del delito, en la violencia de género y a falta de la declaración de la víctima, los Tribunales suelen resolver a favor del acusado, absolviéndolo por falta de pruebas en aplicación del principio “in dubio pro reo”.

Muchas sentencias, entre otras, la del T.S. de 16-7-04 establece que: “Por otra parte, cuando se trata de de la prueba habitualmente conocida como indiciaria, para que la conclusión inculpativa pueda ser tenida por válida, según jurisprudencia asimismo muy conocida (por todas STC 21-5-94 t STS 2-2-98) es preciso que los hechos indicadores o hechos sean varios y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación, estén bien probatoriamente acreditados, mediante prueba de la llamada directa, y que la inferencia realizada a partir de aquellos sea racional, fundada en máximas de experiencias fiables, y cuente con motivación suficiente”, es decir, los indicios han de ser probados a su vez por una prueba directa a fin de que su relación con el hecho que se pretende probar esté basado en criterios racionales y lógicos.

Con todo, es realmente infrecuente en esta materia, encontrar sentencias condenatorias basadas solo en pruebas indirectas, los indicios se someten a examen para acabar perdiendo fuerza probatoria y el proceso se conduce irremediabilmente hacia la absolución del imputado. El entramado de circunstancias inculpativas se degrada a simples sospechas incapaces de conseguir el rango de prueba y por lo tanto de derribar el muro constitucional del principio de inocencia.

Sentencias como las que siguen hacen fracasar todo el sistema que se ha puesto en marcha desde el ámbito judicial, para proteger a la víctima de malos tratos y condenar al culpable. Declaraciones en la policía, en el Juzgado de Instrucción o de violencia sobre la mujer, las ordenes de protección, los equipos de especialistas de la UVIVG o del SAVA, los mecanismos de predicción del riesgo, y en definitiva, todas las medidas de ayuda y protección de la víctima caen en ese instante como un castillo de naipes cuando quitamos la pieza base que sustenta la estructura: la víctima, es decir, hemos construido todo el sistema sobre los frágiles hombros de la víctima y el sistema depende de su fortaleza, de su entereza, de sus apoyos para mantenerse en pie, y a la vez, la hacemos responsable de su propia

seguridad, de las consecuencias de su falta de ánimo para enfrentarse a un juicio y a su agresor.

Se le pregunta en juicio, delante del denunciado, su pareja, quizás el padre de sus hijos, si quiere declarar contra él, a veces recordándole que puede ir a la cárcel según la legislación vigente, en ese momento la denunciante es muy consciente de que el procedimiento depende de ella, y lo que es más grave, el agresor también es consciente de lo mismo, y culpabilizará a la víctima nuevamente del resultado del juicio, con el riesgo añadido que esto supone.

Pero, si la víctima ha presentado una denuncia, ha designado un abogado para su defensa, ha presentado pruebas, ha ido a realizar los exámenes psicológicos y físicos y ha dado instrucciones para presentar escrito de acusación ¿a qué viene nuevamente esta pregunta, que a veces, suena a exigencia? Si la denunciante con sus actos y con su reiteración ya ha dejado clara cuál es su intención en el proceso, la insistencia en la dispensa del art. 416 suena a veces como una sugerencia. Puesto que la dispensa está incluida en el capítulo X de la L.E. Cr. relativa a las declaraciones de los testigos le estamos dando una mayor relevancia al papel de la mujer como testigo que como víctima, y en este delito ambas posiciones son abiertamente contradictorias, pues como testigo está dispensada de declarar contra su pareja, pero como víctima tiene el derecho a ser protegida, a tener un juicio justo, a que se condene al culpable, en definitiva a que se aplique la ley, pero la Ley no es disponible para las partes, no puede la denunciante decidir sobre su aplicación, pues la víctima, con su denuncia, ha solicitado al Estado, a los poderes públicos, que la aplique, que utilice su fuerza y su imperio, que dicte una sentencia con arreglo a derecho y que la ejecute, y es responsabilidad del Estado llevar a buen puerto este cometido de rango constitucional, pero el Estado, lo público, la fuerza punitiva en los delitos de violencia de género ha vuelto a ser una cuestión privada, si dejamos al final del procedimiento que la solución esté en manos de quien ha solicitado ayuda.

No debe la víctima encontrarse en la disyuntiva de ostentar la condición de testigo cuando, como en el caso que nos encontramos, ambas posiciones pueden ser contradictorias entre sí, y la posición de testigo perjudicar a posición de víctima, cuando ambas concurren en la misma persona, por eso, desde mi punto de vista siempre ha de prevalecer la condición de víctima frente a la de testigo.

No hace muchos años y en relación al delito de agresión sexual nos encontramos con una figura similar y me estoy refiriendo al perdón del ofendido, posibilidad que se eliminó del código penal en su momento de forma muy acertada.

El juego de los indicios, de la prueba circunstancial, debería de ser reforzada en cualquier caso, cuando son varios los hechos indirectos que nos

conducen a la acreditación del delito, el art. 3 del código civil ya nos dice que las normas se interpretarán en el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, un empleo rigorista de la prueba indiciaria la vaciará de contenido probatorio irremediadamente, pero no debe utilizarse esta prueba de forma más estricta que en otro tipo de delitos, y pongamos por caso los delitos contra la salud pública en que encontrar en un domicilio una balanza de precisión, sustancias de las que se utilizan para el “corte” de la droga, dinero en metálico o joyas son indicios más que suficientes para acreditar el delito, por ello, en el caso de los delitos de violencia de género la existencia de una denuncia, un parte de lesiones y testigos circunstanciales deben de ser prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque la víctima no declare en juicio contra el agresor.

La realidad social del tiempo en que estas normas he de ser aplicadas nos indica que en un alto porcentaje la víctima no sostiene la acusación en el juicio oral, no declara contra su pareja o como vulgarmente se dice “retira la denuncia, los motivos por lo que está actitud, aparentemente tan contradictoria, se repite con frecuencia nos la muestran las propias víctimas cuando nos dan las explicaciones a esta actitud aparentemente tan contradictoria.

A falta de la declaración de la víctima, nada impide que el Tribunal pueda tener los hechos por probados en base a la prueba indiciaria, pero es prácticamente inexistente esta práctica y así podemos ver como en todos los Juzgados se han dictado sentencias en el mismo sentido, pues la prueba de indicios, por si misma, no ha alcanzado la altura suficiente para fundamentar una condena, así se recoge entre otras en las sentencias siguientes:

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de 12/4/10 “Tales dudas surgen de la prueba practicada: La documental no aporta ninguna luz sobre la autoría de los delitos que hoy nos ocupan, dado que tanto el parte médico como posterior informe médico forense, lo que hacen es constatar la existencia de unas lesiones, y como dato objetivo, no negamos la importancia de dicha documental, si bien debe analizarse cada caso en concreto, siendo que en el presente supuesto entendamos que ello no puede constituir “per se” dato del que entender acreditada la comisión por el acusado del delito de lesiones en el ámbito familiar por el que viene el acusado, debiendo destacarse además que la abundante prueba documental aportada por la defensa acredita la existencia de múltiples procesos entre el matrimonio, no solo denuncias en el ámbito penal que afectan incluso a los hijos menores habidos en común, también en el proceso civil (relativos a la custodia de los mismos), lo que ha motivado una clara situación de enfrentamiento entre ambas partes.

Y tales requisitos no están presentes en la declaración de la citada, por

cuanto hemos de hacer referencia al conflicto existente lógicamente agudizaba la mala relación existente entre ellos, y que suscitan importantes dudas en cuanto a su credibilidad para esta Juzgadora amen de las consideraciones ya efectuadas en cuanto a las características del testimonio de la denunciante que se torna impreciso) dada la ausencia de prueba.

Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de 13/5/10: “Pudiera señalarse que existe quizás alguna prueba objetiva que permitiera dar valor a estas declaraciones sumariales lesiones objetivas; sin embargo, estos datos no acreditan la autoría en sí mismos, por lo que si no existen otras pruebas que los complementen carecen de virtualitas para enervar la presunción de inocencia”.

Sin embargo en otro tipo de delitos la prueba indiciaria es una de las más frecuentes y valoradas por los tribunales y me refiero, por ejemplo a los delitos de tráfico de estupefacientes, como la sentencia siguiente dictada muy recientemente:

Sentencia del Tribunal Supremo de 22/3/11: “Ciertamente, preciso es acudir a la prueba indiciaria para alcanzar la inferencia acerca del destino que pretenda darse a la sustancia estupefaciente hallada en poder de una persona, en cuanto entraña un elemento subjetivo del delito que no es susceptible de ser probado de otra forma que no sea mediante la inducción de su existencia a partir de determinadas circunstancias objetivas que concurren en el hecho que se enjuicia. Y reiterada jurisprudencia de esta Sala viene induciendo el “fin de traficar” con la droga a partir de la cantidad de sustancia aprehendida, unido a otras circunstancias como pueden ser: las modalidades de la posesión, el lugar en que se encuentra, la existencia de material o instrumentos adecuados a ese fin, la capacidad adquisitiva del acusado en relación con el valor de la droga, la actitud adoptada al producirse la ocupación, su condición o no de consumidor de tales sustancias. Acreditada la posesión de la sustancia estupefaciente, acompañada de alguna de las circunstancias expresadas, permite alcanzar la deducción razonable, según los casos, de que la tenencia del estupefaciente está destinada al tráfico.

6. ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS

La recopilación de datos se ha realizado a través de entrevistas personales con las víctimas, como instrumento de investigación y transformación de la realidad, en profundidad y no dirigidas, desde la escucha activa. Ha sido necesario crear, por parte de la entrevistadora, las condiciones idóneas que permitan a las entrevistadas ponerse en una posición protagonista y sobre todo, ratificándoles el compromiso de confidencialidad de la información recogida (no se utiliza ningún tipo de instrumento de recogida de imágenes o sonido). Se desarrolló entre la investigadora y el colectivo informante (víctimas de violencia de género), con el objetivo de recopilar información sobre su situación, experiencia, y los motivos que les llevaron a no declarar contra sus agresores.

El diseño de las entrevistas ha sido elaborado previamente. En el guión incluimos datos sociodemográficos: edad, formación, situación laboral, nacionalidad, lugar de residencia,... y preguntas relacionadas con el objeto de la investigación: relación con el agresor, tiempo de duración del maltrato, quién presenta la denuncia, si pidió o no orden de protección, quién la acompañó a presentar la denuncia, cuándo decidió no mantener la acusación y qué ha pasado después.

Las entrevistas fueron realizadas a veintinueve mujeres de distintos municipios de Córdoba y provincia, con edades comprendidas entre 27 y 68 años. El rango de edad mayoritario en el que se sitúan las víctimas está comprendido entre los 31 y los 60 años, siendo la franja de edad de 41-50 la más numerosa con un 34,48%. Los malos tratos padecidos han sido tanto físicos como psicológicos continuados y el tiempo de duración del maltrato va desde 32 años hasta cuatro meses.

Otra de las cuestiones que se realizaron fue si presentaron denuncia, el 18,52% de las entrevistas no lo ha hecho y el 33,33% no ha contestado, en el resto de los casos, sí han presentado denuncia, siendo las propias víctimas las que la han presentado en compañía de familiares directos: hermanas, madre, hijos, padre o amistades, o profesionales (abogada), en dos casos sin la compañía de ninguna persona.

Los motivos que exponen para no denunciar a su agresor van desde: el miedo, la inseguridad o falta de autoestima, no creer en la justicia, motivos económicos, seguir queriendo al agresor (“no quiero hacerle daño o que vaya a la cárcel”), o por el entorno (“no denuncié por el qué dirán y porque mi familia me decía que era una deshonra”) o porque han sido amenazadas, coaccionadas o presionadas.

El 36,84% de las víctimas que denuncian no piden orden de protección y el 63,13% si la pide, y no se le ha concedido en el 15,79% de los casos.

El 10,34% de las entrevistadas ha continuado o continúa con el proceso y el 24,14% de ellas decidió no continuar con la denuncia, las razones expuestas son por motivos de mención: miedo, amenazas, coacciones, porque sigue

queriendo al agresor, porque se lo recomendó su abogado, y por engaño del agresor.

El 20,69% de las entrevistadas afirma que se produjo una ruptura definitiva con el agresor, y el 10,34% afirma que la sigue maltratando psicológicamente (“no cumple la orden de alojamiento”, “no pasa la manutención”, “él sigue maltratándome psicológicamente”).

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A) DE CARÁCTER GENERAL

1. Absolutoria no es sinónimo de “falsa”. Las personas no relacionadas con el derecho, pueden interpretar que una sentencia absolutoria que declara la inocencia del acusado significa la falsedad de la acusación en el caso de violencia de género. Pero esta ecuación es bastante más complicada ya que la mayoría de las veces, es la palabra de la víctima contra la del agresor, y otras muchas, la víctima no declara, por lo que una sentencia absolutoria significa que las pruebas practicadas en juicio no han sido suficientes para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia

2. En Córdoba durante 2010 y parte de 2011 en Córdoba, el 62% de las sentencias de los Juzgados de lo Penal fueron absolutorias, frente al 38% condenatorias³⁶ por lo que es significativo que las absolutorias dupliquen prácticamente a las condenatorias, lo cual viene siendo una tendencia consolidada desde 2005, a la vista de los datos de las memorias de la Fiscalía Provincial de Córdoba. A la vista de esto se puede vislumbrar que la prueba de este tipo de delitos en juicio puede resultar compleja por varias razones: la víctima y el agresor han convivido o aún conviven por lo que resulta difícil creer que la convivencia actual o anterior haya sido posible en un contexto de violencia normalizada, es evidente y se ha expuesto, la ausencia de testigos en muchas ocasiones, y no puede dejar de mencionarse que, desde el punto de vista social, no sucede como en otros delitos en los que parece estar más claro quién es quién. En el caso de violencia de género, en cambio, se cuestiona sistemáticamente la versión de la víctima ya que hasta hace muy poco, este tipo de violencia era considerada como asunto privado donde nadie debía intervenir. El salto cualitativo a ser considerada como asunto público se ha dado desde el punto de vista legal pero aún existen muchas evidencias de ser considerarse propio o “natural” de las relaciones de pareja. De ahí que destaquemos en el trabajo el esfuerzo del Tribunal Supremo no solo por definir cómo el único testimonio de la víctima puede enervar la presunción de inocencia, sino por, en ocasiones, invitar a los órganos judiciales a valorar con detalle las pruebas indirectas o indiciarias y motivar suficientemente la convicción sobre un hecho.

3. De todas las sentencias absolutorias, en el 64% de ellas la víctima no declara en juicio, lo que deviene en el análisis principal de este trabajo. Del análisis de las sentencias, hemos apreciado que unas veces no comparece y otras se acoge a su derecho de no declarar. El silencio pudiera deberse a diversas causas, de las que la conjunción entre las entrevistas realizadas y el análisis de las sentencias nos reflejan un panorama de causas: en ocasiones puede entenderse que en el ánimo de la mujer se represente la

³⁶ Vid nota 12.

idea de que tal vez no fue la agresión o agresiones tan graves como para reiterar la denuncia con todas las consecuencias que esa declaración puede acarrear: orden de alejamiento, otra serie de medidas e incluso prisión, en el mismo sentido se aprecia que la denunciante ha preferido olvidar la agresión en aras al mantenimiento de una convivencia, el bienestar de unos hijos o incluso su supervivencia económica, puede suceder que la víctima haya sufrido presiones directas o indirectas por el agresor o su entorno o puede que sea todo a la vez, es decir que la víctima que ha sufrido una agresión y que fue capaz de denunciar el hecho, por culpa de presiones, de la victimización secundaria que el proceso conlleva, o del temor al vacío de una nueva vida de perspectivas difíciles prefiera optar por continuar en la situación anterior ante la falta de capacidad propia y del sistema por dar una solución integral a su problema, lo que le hace no creer en la justicia como síntesis de lo expuestos

En otras ocasiones, sin embargo, hemos apreciado que las mujeres ratifican la denuncia y declaran, (representa el 37% de las absolutorias) y las razones de la absolución son por otros motivos que coinciden con los analizados en el trabajo, como la falta de concurrencia de los requisitos para estimar como suficiente la declaración de la víctima o porque se aprecien versiones contradictorias o en general, falta de pruebas por ausencia de valoración de testimonios de referencia, partes de lesiones, etc... lo que si nos llama la atención es que del total de las absolutorias un 35% de las que la víctima declara su declaración no cumple los tres requisitos exigidos, lo que nos sitúa en el asunto de la dificultad de la probanza de un delito que suele suceder en la intimidad, y como difícilmente en situaciones límite puede mantenerse tres veces la misma declaración sin que exista titubeo o contradicción alguna.

Debemos recordar que entre la primera declaración y la tercera transcurre el tiempo suficiente para que la víctima se sienta presionada por familiares, su pareja actual o expareja, por los familiares del agresor, por sus hijos, por el miedo a romper con todo y empezar a construir una nueva vida y desde luego, como no, por temor a represalias del propio agresor en el caso de que sea absuelto, cuestión bastante probable si analizamos estadísticamente las sentencias. Sin olvidar que una mujer maltratada es un ser muy vulnerable a la que el contexto tan específico de un juicio, puede convertirla en una persona más vulnerable aún.

B) DE NATURALEZA JURÍDICA

A nuestro juicio, los intentos de avanzar en la lucha contra la violencia sobre las mujeres, mediante la resolución de las cuestiones de derecho que dificultan la eficacia de la prueba, como es el derecho a la dispensa, es un objetivo imprescindible para ganar en eficacia y coincidimos en que el derecho a no declarar se ha convertido en no pocas ocasiones en una

fórmula de control del procedimiento por la víctima que bloquea la posibilidad de aportar ante los tribunales una prueba relevante para enervar la presunción de inocencia, como ocurre igualmente con muchas cuestiones de la orden de protección. Al análisis de todo ello se ha dedicado con interés nuestra doctrina científica³⁷. Así, Molina Gimeno, entre otros, califica de anacrónico el mantenimiento del art. 416 de la LECr afirmando que la referida dispensa se concreta en la atribución a la víctima del poder de controlar el proceso, dado que la mayoría de los delitos de violencia sobre la mujer se cometen en el ámbito de la intimidad cuando no suele haber otros testigos³⁸ siendo este uno de los argumentos principales contra el mantenimiento de la dispensa con la redacción actual.

Entre las soluciones expuestas, se ha de destacar por su importancia y procedencia, la que se realizó por el Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ en su informe de 20 abril 2006 referente a los problemas detectados en la aplicación de la LO 1/2004, de Medidas de Protección integral Contra la Violencia de Género y sugerencia de reformas legislativas. Respecto al art. 416 LECr, se indicaba entonces: “Cuando el pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECr previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima en el supuesto. Sin embargo, de que ostente la doble condición, se entiende que el precepto no nació para posibilitar la impunidad por el hecho contra el hecho contra el/la denunciante. Así:

A) Ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el 416 LECr. para los que, en determinados supuestos, se establece la dispensa legal al deber genérico de declarar. B) La víctima de la violencia de género, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, estos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima. C) Puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto. D) Hacer uso de los arts. 416 LECr y 707 LECr (que establece la obligación genérica de

³⁷ Entre otros, Magro Servet, Vicente en “La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 de la LECr): ¿es necesaria una reforma legal?” *Diario La Ley* Nº 6333, 5 Octubre de 2005, Ref D -223 o Ortega Calderón, J.L. “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”. *Diario La Ley* Nº 6280, Año XXVIII, 14 de noviembre de 2007.

³⁸ Molina Gimeno, Javier “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la L.O 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Boletín de Derecho de Familia* n° 73, El Derecho Editores, Noviembre 2007.

declarar de los testigos) podría suponer un auténtico fraude de ley. E) Así las cosas, para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección a las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 LECr. que esa dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de de las relaciones de parentesco que se citan en el precepto”.

En enero de 2011 se ha presentado un nuevo informe del Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género, compuesto de nuevo por acreditados juristas, que, ante la ausencia de reforma legislativa en estos casi cinco años, vuelve a plantear el problema proponiéndose ahora dos soluciones concretas, partiendo de lo anterior:

De nuevo se reitera la supresión del derecho a la dispensa de declarar mediante la reforma del art. 416 de la LECr para los que sean víctimas o perjudicados de un delito. Así, añadimos añadido yo, se pretende salvar el derecho de no declarar en supuestos que se pretenda no revelar, por ejemplo, conductas delictivas del cónyuge, pero no se podría utilizar cuando la víctima del delito sea el propio cónyuge. Pero el problema que se plantea a continuación es mayúsculo, ya que si se obliga a declarar a la víctima pariente, que suele mantener vínculos afectivos con el agresor o los ha mantenido, se puede facilitar un testimonio no veraz, y eso es una cuestión espinosa. En el propio informe se propone una solución, a nuestro mi juicio cuestionable, y es que dice que en el caso de que la víctima de violencia de género declarase en el acto de juicio a favor del acusado, retractándose de su declaración anterior en el juzgado, evidentemente inculminatoria, podría excluirse la persecución de un delito de falso testimonio por las declaraciones vertidas en juicio, porque si sucede al revés, y la víctima se retracta en juicio de la falsa declaración prestada anteriormente, sería de aplicación la excusa absolutoria prevista en el art. 462 del Código Penal por la que el legislador decide no perseguir a quien confiesa que mentido en su testimonio anterior. Pero la propuesta que analizamos analizo pretende no perseguir no al que se retracta de una mentira, sino al que falta a la verdad en juicio después de ser obligado a declarar, es decir al que dolosamente miente.

Ciertamente esta opción debe ser explicada, sobre todo para justificar lo que será una excusa absolutoria en sentido amplio³⁹. En el texto citado solo se razona que si la víctima que no quiere declarar en juicio es obligada a ello, y exonera al acusado de la infracción de la que viene acusado, la disfunción (sic) que se produce al incurrir en un delito de falso testimonio ha de excluir

³⁹ Luzón Cuesta, José María *Compendio de Derecho Penal, Parte General* p. 143 Ed. Dykinson 1998.

a esos testigos de ser perseguidos por el delito, con lo que la propuesta supera el ámbito de la excusa absolutoria ya existente, que premia la retracción, o sea, la verdad, antes de que se dicte sentencia, y se adentra en una espiral compleja, que, en una primera aproximación, pretende resolver la eliminación del derecho a la dispensa organizando sus consecuencias para lo que incluso obvian la persecución de delitos de naturaleza pública además de que obligaría a reformar también el art. 715 de la LECr. que señala que se procederá contra el testigo por falso testimonio solo cuando éste se vierta en juicio por los mismos hechos por los que declaró en el juzgado.

La cuestión puede complicarse más, ya que la reforma del art. 416 exige reformar el Código Penal. Y es que parece no contemplarse en la propuesta que el derecho a la dispensa puede ejercerse el juzgado de instrucción, como nos señala la jurisprudencia referida. Es decir, del tenor literal del informe puede deducirse que durante la instrucción de la causa la víctima puede no declarar contra su agresor, pero se le debe obligar en juicio oral a hacerlo. En este caso, si su testimonio es exculpatorio, y existiesen otros indicios contundentes de su autoría (otros testigos presenciales, parte de lesiones etc...) de modo que quedase en evidencia que ha faltado a la verdad en su testimonio, ¿se aplicaría también esa excusa absolutoria?

2. La segunda propuesta del informe en este punto también es compleja. Se propone de forma alternativa, caso de no prosperar la modificación anterior, añadir un párrafo al actual art. 730 de la LECr que diga “Podrán leerse, también a instancia de cualquiera de las partes, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos, víctimas o perjudicados por el delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el art. 416.1 de la LECr”.

Esto choca conscientemente con la jurisprudencia que antes se ha expuesto y es que el propio tenor literal del informe dice que la consolidada interpretación jurisprudencial del art. 716 de la LECr, que impide tener en cuenta sus declaraciones anteriores, “ha otorgado, de hecho, a la víctima, la disposición del propio proceso” (p. 24)⁴⁰. Como se ha expuesto en el apartado 2.3 de este trabajo, la jurisprudencia de forma clara no permite leer las declara-

⁴⁰ No es el único ejemplo de lo que es la función interpretativa de la jurisprudencia en esta materia, que en ocasiones es una auténtica superación jurisprudencial del tenor literal de la ley, como ocurre con la cuestión de las denuncias mutuas entre parejas, que si bien, de conformidad con el art. 153.1 y 2 del Código Penal son ambas conductas delictivas, existe una tendencia de la jurisprudencia de algunas de nuestras Audiencias y Juzgados de lo Penal que consideran que cuando la agresión es mutua no debe aplicarse este artículo que castiga con diferente pena según el autor sea el hombre o la mujer, sino que se debe considerar ambos hechos como falta de lesiones, ya que no existe la situación de dominación que exige el art. 1 de la LO 1/2004, para apreciar la existencia de un acto de violencia sobre la mujer.

ciones de una testigo presente en la vista que se acoge a su derecho a no declarar porque se realizaron sin la preceptiva contradicción y ello vulnera el art. 24 de la Constitución. Pero avancemos algo más. Sabido es, también, que el resto de las diligencias practicadas en la fase de instrucción no son pruebas, sino meras diligencias sumariales que sirven para formular acusación y abrir juicio oral contra una persona. Todo ello, puesto en relación, nos permite concluir que lo declarado en el juzgado por un testigo no es prueba de nada, salvo que lo ratifique en juicio, se lean sus declaraciones conforme al art. 730, cuando proceda, o, se haya practicado su declaración como prueba anticipada, es decir, que conforme a lo que dispone el art. 448 de la LECr, en su última versión dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, caso de que el testigo, al declarar en el juzgado, manifestase que no podrá asistir a juicio oral por hallarse fuera del territorio nacional o porque haya motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad, se podrá celebrar la declaración en el juzgado “asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes” mediante la citación de todas las partes y la posibilidad de preguntar y repreguntar, a fin de que esa declaración “congelada” pueda introducirse en juicio oral y hacer prueba de lo allí dicho.

Pues bien, la pretensión del grupo de expertos y expertas del Consejo consiste en proponer que se excepcione la regla general del art. 730; es decir, que aunque la víctima de violencia esté presente en la sala de vistas, y, por tanto, haya sido debidamente citada y comparezca, se puedan leer sus declaraciones prestadas en el juzgado, e introducirlas en el plenario como si no hubiese podido ser citada, y presumiblemente en contra de su voluntad, de tal manera que quedaría sin efecto el derecho a no declarar que ha ejercido, esto sin entrar a analizar ahora la más que previsible Cuestión de Inconstitucionalidad a la que se podría ver sometido el precepto en el primer juicio en el que se aplicase. Sin embargo, si lo que se pretende con la propuesta es permitir al tribunal tomar conocimiento de lo que se ha declarado en la instrucción independientemente de su presencia en la sala de vistas, entendemos entiendo que menos complejo resultaría incluir como uno de las posibilidades de prueba anticipada el supuesto en que se prevea que razonablemente que la víctima pudiera ser presionada o condicionada para variar su declaración, o que no pudiera prestar declaración en juicio con todas las garantías que se le exigen al testigo. En este caso, al ser anticipada la declaración en el juzgado, estarían citadas todas las partes, incluido el acusado, conocería la víctima la naturaleza y virtualidad del acto de la declaración, y se podría salvar el requisito que exige la jurisprudencia de la indispensable contradicción para poder valorar una prueba. En cualquier caso, nos apresuramos me apresuro a indicar que no se puede olvidar que esta solución está también lejos de resolver todos los problemas, porque para anticipar algo que puede repetirse debe estar muy justificada la razón. De este modo, en una reflexión abreviada, no vemos en el horizonte más

solución al control que la víctima ejerce del procedimiento a través del silencio, que, o se articule una posibilidad de prueba anticipada como la expuesta, o se incida en cuidar la práctica; esto es, se atienda en proponer en los escritos de acusación todas las pruebas que de forma indirecta pudieran acreditar el hecho, huyendo de considerar solo el testimonio de la perjudicada como la única prueba, lo que –nos consta– se ha debatido en las reuniones de fiscales especialistas en esta materia y se han dado indicaciones al respecto y también se combatan mediante los oportunos recursos las sentencias que no valoren adecuadamente las pruebas indirectas o la suma de otros indicios como cauce para enervar la presunción de inocencia y es que la jurisprudencia de nuestros Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales es muy diversa en orden a valorar, cuando la víctima no declara, otros elementos, como la declaración de policías o médicos/as, el examen de testigos no presenciales como los vecinos/as que oyen golpes, o la existencia de un parte de lesiones.

En ocasiones, se convence al juez o tribunal de la certeza del hecho con el testimonio de policías que ven los síntomas externos de una agresión (STS 12.7.2007), o con el conjunto de indicios que pueden sumar testigos que oyen gritos, policías a quienes la víctima les cuenta lo que pasó y parte médico que, analizado por un forense determina la compatibilidad de las heridas con golpes, pero en muchas otras, de las que tenemos sobrados ejemplos en nuestra actividad profesional⁴¹, cuando el silencio de la víctima está presente, parece que se alza un muro que no derriba ninguna otra prueba. Es cierto que en muchos asuntos no hay más prueba que su testimonio, pero en muchas otras parece, efectivamente, que cuando la víctima no declara, no sirven otras pruebas e indicios lo que en ocasiones escapa de la lógica que debe fundamentar cualquier resolución judicial. Pero, como decimos, eso depende del principio de libre valoración de la prueba que consagra nuestro ordenamiento jurídico en el art. 741 de la LECr.

3. Por otra parte no podemos olvidar que la función última del derecho penal es la restauración de la paz social mediante el castigo del culpable de la comisión del delito, lo que necesariamente pasa por la protección de la víctima, no en vano desde el art. 13 de la LECr ya se establece como prioridad la protección de los ofendidos o perjudicados por el delito y sus familiares, por lo que la solución a la dificultad probatoria de los hechos cuando la víctima se acoge a la dispensa del deber de declarar contra su agresor cuando este es su marido o pareja no puede volverse contra la

⁴¹ En las Memorias de la Fiscalía General del Estado referidas a la Fiscalía Provincial de Córdoba de los años 2011 y anteriores consta que la proporción de sentencia absolutorias viene siendo de casi el 75% de las acusaciones anuales, y en la mayoría de ellas el motivo esencial de la absolución es el hecho de acogerse la víctima a la dispensa de declarar.

misma y colocarla en una situación de mayor indefensión ante los hechos vividos o incluso convertirla en delincuente si no declara.

La solución no puede victimizar aún más a la mujer, sino que debe de dotarla de herramientas legales para que pueda presentar en juicio las pruebas en que basa su denuncia.

Realmente cuando la LECr en su art. 416 dispone la posibilidad de la dispensa de declarar entre parientes, lo que pretende es proteger la paz familiar y no introducir tensiones entre los miembros de una familia, que lógicamente se producirían si declaran unos contra otros, pero en el caso de que el pariente, en el caso que nos ocupa, el esposo, haya sido denunciado por su esposa o pareja por un delito de malos tratos, esta pretendida paz familiar no existe, por lo que, entonces, el art. 416 carece de sentido.

Y es que, cuando en el testigo concurre la condición de víctima se da un conflicto de intereses, y en este caso, el derecho debe de priorizar cuál de estos intereses en liza ostenta una situación más digna de protección, lo que indudablemente nos llevará a decidir por la situación de víctima frente a la de testigo, y así de esta manera no se podrá aplicar el citado art. 416 de la LECr, cuando el testigo sea también la víctima del delito, pues en estos casos, el papel, el estatus de víctima debe de conllevar inmediatamente toda una serie de derechos encaminados tanto a su protección como a que se enjuicie el delito denunciado de la forma más adecuada posible, llenando de contenido el mandato del art. 13 de la LECr, lo que desde el momento de la denuncia implicaría que no sería posible aplicar la dispensa en estos casos.

En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en sentencias como la de 26-1-2010 cuando dice “La Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1 de la LECr, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculado parentalmente pero de cuyos hechos no sean víctimas”, o en el mismo sentido la dictada el 14-5-de 2010 cuando establece “En algún caso, como los de las Sentencias nº 1062/1996, de 17 de diciembre y en la nº 331/1996, de 11 Abril, se ha proclamado el dudoso principio de que el precepto contenido en el art. 416.1 LECrim. está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo y de ello se desprende la ausencia de la obligación de declarar.

Desde luego, pese a la ausencia de desarrollo específico de la previsión constitucional de exoneración de la obligación genérica del artículo 118 de la Constitución, no es cuestionable la conciliación de aquella con los compromisos derivados de la Convención Europea de Derechos Humanos y por ello está consagrada por el Tribunal Europeo en diversas sentencias (Casos Kostovski, TEDH S, 20 Nov. 1989; caso Windisch, TEDH S, 27 Sep. 1990; caso Delta, TEDH S, 19 Dic. 1990; caso Isgró, TEDH S 19 Feb.

1991 y caso *Unterpertinger*, TEDH S, 24 Nov. 1986). El TEDH, en este último caso, para proteger a testigo evitándole problemas de conciencia, considera que un precepto que autorice al testigo a no declarar en determinados casos no infringe el art. 6.1 y 3 d) del Convenio.

Y, por lo que respecta al momento en que debe darse ese vínculo origen de la exoneración de la obligación de declarar, se ha reconocido especial trascendencia a las circunstancias del caso y al fundamento que en las mismas justifica la aplicación del artículo 416.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si, conforme a aquéllas, la solidaridad es el único fundamento, nada obsta la exigencia de colaboración mediante la prestación del testimonio si, al tiempo de reclamársela, no existe el vínculo que la justifica. Pero la ruptura de la afectividad subsiguiente al cese de la convivencia no puede impedir que el llamado como testigo se acoja a la exención si la declaración compromete la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

A estas consideraciones, sobre el momento a considerar, se acercan soluciones como la italiana, en la que, junto a la discutible solución de que la exención se excluya en la ley cuando la persona testigo es denunciante o víctima, el artículo 199 del código procesal extiende la exención de la obligación de declarar al cónyuge o asimilado que lo es o lo ha sido en referencia a los hechos ocurridos durante la convivencia.

O la francesa en la que, si bien la exención lo es solamente respecto a la obligación de prestar juramento (artículo 448 del Código Procesal Penal Francés⁴²), admitiendo, no obstante, que se exija declarar si ninguna de las partes se opone, aquella exención rige aun después de la extinción del vínculo, de cualquiera de los acusados en el mismo proceso”.

No deja de ser paradójico que precisamente la base de la dispensa de declarar contra el denunciado sea “los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar” o “el secreto familiar” o “la paz familiar”, cuando el objeto de la denuncia, es precisamente, la ausencia de esta solidaridad o paz familiar y que además sea preceptivo advertir a la víctima al comienzo de su declaración de la existencia de la posibilidad de que se acoja a esta dispensa y que se la obligue a manifestar en la sala, ante su agresor, que no olvidemos es o ha sido su marido o pareja sentimental, si decide en este último momento seguir adelante con el procedimiento (en el caso de que declare) con las consecuencias penales

⁴² Artículo 448 del Código procesal penal francés. “No se recibirán bajo juramento las declaraciones: 1º Del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente del procesado o de uno de los procesados presentes e implicados en el mismo asunto; 2º Del hijo, de la hija o de cualquier otro descendiente; 3º De los hermanos y hermanas; 4º De los parientes en los mismos grados; 5º Del esposo o de la esposa; esta prohibición subsistirá incluso después del divorcio”

que esto podría acarrear al denunciado, o por el contrario que con su silencio “salve” a su agresor en el último momento. Esta decisión, que, a veces se toma en un instante, y de cuya posibilidad la víctima esta ajena en muchas ocasiones hasta que es advertida por el Tribunal, produce en la víctima una reacción que pasa de la inicial incredulidad, en la que incluso solicita explicaciones en ese acto, para pasar a sopesar en muy poco tiempo su postura pues su decisión conllevará importantes y trascendentales consecuencias:

1. Si declara, el agresor puede ser condenado y la responsabilidad de la condena, a ojos de este, recaerá sobre la víctima, lo que la coloca en una situación nuevamente de riesgo, pues aunque está claro que es el Estado, el ius puniendo quien condena, el agresor responsabilizará a la víctima de la misma.

Pero si declara, el agresor también puede ser absuelto, y entonces ella caerá en el descrédito, cuando no en la sospecha de una denuncia falsa, pues popularmente se suele confundir una sentencia absolutoria por falta de pruebas con una denuncia falsa. La consecuencia es que la víctima vuelve a estar en peligro.

2. También puede no declarar, y entonces se producirá una absolución con toda probabilidad. Ahora el agresor sabe que la víctima no será capaz de volver a denunciarlo. Nuevamente tenemos a la víctima en una posición de riesgo.

Es conocido que a la víctima de este delito le cuesta mucho denunciar y que suele soportar durante una media de diez años esta situación de malos tratos, las campañas institucionales animan a la víctima a que de este paso, lanzando mensajes esperanzadores de apoyo, ofreciendo una expectativas, que a veces y a su pesar no se corresponden con la realidad, pero de lo que el sistema no se ha dado cuenta, es que, con la actual regulación, la mujer tiene que tomar la misma decisión dos veces, en ocasiones con un intervalo de meses o años entre la primera denuncia y su declaración ante el Tribunal, y si la primera declaración-denuncia se produce tras una agresión, la segunda es aún más difícil por el tiempo transcurrido.

La situación que se genera en ese momento es contradictoria e injusta para la víctima, que es animada a denunciar y luego cuando ya está ante el Tribunal, se le explica que tiene la posibilidad de no declarar contra el denunciado, o lo que es lo mismo, que puede con su silencio dejar sin efecto todo el camino recorrido: la denuncia, las declaraciones, las visitas a los abogados, las idas al Juzgado, al médico forense, las visitas al psicólogo etc. entonces, ¿para qué denunciar?

La solución a este conflicto nunca debe estar en manos de la víctima, es el Estado el que ha de aportarlas, el que tiene el ius puniendi, la fuerza del derecho y que tiene la obligación de ejercer sin cortapisas y con toda responsabilidad asumiendo las consecuencias. La víctima no puede, ni debe

asumir un riesgo añadido al que la ha conducido ante el Tribunal, ni debe de decidir si declara o no contra su agresor y en su presencia.

Si la mujer ha solicitado justicia, y la justicia, no olvidemos, es un servicio público, ésta no puede mirar para otro lado, debe desempeñar el papel que le corresponde y no debe dejar caer sobre los frágiles hombros de una víctima de malos tratos el peso del resultado del juicio, cuya responsabilidad es únicamente de la administración de justicia y debe de asumirla con todas sus consecuencias.

Acciones positivas:

Somos conscientes del avance que han supuesto las distintas leyes promulgadas, especialmente la ley integral, y el esfuerzo de las distintas administraciones por establecer una serie de procedimientos y estrategias para que las víctimas de maltrato denuncien, para que puedan hacerlo sin arriesgar su propia vida y puedan hacerlo además con la garantía del respeto y la comprensión que tales situaciones merecen.

A pesar de ello, el objetivo de este trabajo de investigación consistía en tratar de conocer la razón del silencio de las víctimas. Demostrar que son demasiadas las que callan. Investigar las razones por las que lo hacen. Pero es evidente que esto no bastaba para concluir el trabajo. Era necesario, además, aportar nuevas estrategias para que sean menos las que callen. En este sentido, creemos que hay aspectos que pueden mejorarse:

La formación en materia de género es fundamental para todos aquellos agentes que intervienen en el proceso, desde el inicio del mismo hasta la finalización. Esto incluye al ámbito jurídico también. Quienes juzgan, acusan y defienden, no deben estar condicionados por un sistema patriarcal donde las mujeres son consideradas inferiores a los hombres.

El seguimiento y apoyo a la víctima no debe acabar una vez denunciado el hecho, deben pautarse las estrategias necesarias para que las mujeres víctimas de violencia de género mantengan su acusación, sintiéndose apoyadas con atención psicológica si lo precisasen ya que en estas situaciones la autoestima suele resentirse.

Perseverar en la concienciación de toda la sociedad de que la violencia de género nos concierne a todas y todos. No es una cuestión privada y debe ponerse especial énfasis en los medios de comunicación.

8. BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS

- Armenteros León, Miguel “Comentario a la STS de 22 de febrero de 2007” en *Diario de Jurisprudencia El Derecho* n° 2478, 21 de noviembre de 2007.
- Bacigalupo, Enrique “La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal”, reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24.2 C.E. En: *Estudios de jurisprudencia*: revista COLEX. Madrid. – año I, n° 1, junio 1992; p. 47–54.
- Escobar Jiménez, Rafael “La facultad de no declarar contra determinados parientes en el proceso penal (art. 416.1 de la LECr.)” en *Diario La Ley* n° 7301, 11 Diciembre de 2009 Ed. La Ley.
- Magro Servet, Vicente en “La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 de la LECr): ¿es necesaria una reforma legal?” *Diario La Ley* N° 6333, 5 Octubre de 2005, Ref. D–223.
- Molina Gimeno, Javier “Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la L.O 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Boletín de Derecho de Familia* n° 73, El Derecho Editores, Noviembre 2007.
- Ortega Calderón, J.L “La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar”. *Diario La Ley* N° 6280, Año XXVIII, 14 de noviembre de 2007.
- Solaz Solaz, Esteban en *Cuadernos Digitales de Formación*. n° 49, 2008 Consejo General del Poder Judicial 2010.

LIBROS

- Beccaria, Cesare. *De los Delitos y las Penas*. Tecnos, Madrid 1998.
- Belloch Julbe, Juan Alberto. *La prueba indiciaria*. En AA.VV. La sentencia penal, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992.
- Bosch Fiol, Esperanza. *Violencia de género. Algunas cuestiones básicas*, Formación Alcalá, Jaén 2008.
- Consejo General del Poder Judicial. Guía Práctica contra la violencia Doméstica y de Género, Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Servicio de Publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- Department of Economic and Social Affairs, Division of Advancement of Women. *Handbook for legislation on violence against women*, United Nations, New York, 2010.
- Ferragioli, Luigi. *Derecho y razón: teoría del galantismo penal*. Trotta, Madrid 1997.
- Gascón Abellán, Marina. *Hechos en el Derecho: bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid 2010.
- Hirigoyen, Marie–France. *Mujeres maltratadas*. Paidós, Barcelona, 2006.
- Ibáñez, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. Doha 12, 1992.
- Igartúa Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control judicial*, Madrid, Cívitas, 1998.

Informe del Consejo General del Poder Judicial. *La justicia dato a dato*. Año 2010, pág. 7.

Luzón Cuesta, José. María Compendio de Derecho Penal, Parte General. Dykinson, 1998.

ARTÍCULOS DE PRENSA

Editorial del Diario ABC de 15 de septiembre de 2000 titulado “*Jueces con la mirada en el horizonte*”. Pág. 3.

Muñoz Conde, Francisco “*La búsqueda de la verdad en el procedo penal*” Artículo de opinión, Diario EL PAIS de 28 de septiembre de 2003.

Enlaces web.

Andrés Ibáñez, Perfecto en “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal” <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2011/perfec11.htm> Fecha de consulta: 30/8/2011.

Gascón Abellán, Marina en “La prueba judicial: valoración racional y motivación” págs.16 y sg. en www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/.../Prueba.pdf. Fecha consulta: 25/8/2011.

ANEXOS

ANEXO N° 1. TABLAS ENTREVISTAS

Tabla 1. Edad víctimas

Rango	Porcentaje
21-30	6,90%
31-40	27,59%
41-50	34,48%
51-60	24,14%
61-70	6,90%

Tabla 2. Relación con el agresor

SEPARADA/DIVORCIADA	68,97%
PAREJA DE HECHO CON CONVIVENCIA/MATRIMONIO	17,24%
PAREJA SIN CONVIVENCIA	3,45%
SIN DATOS	10,34%

Tabla 3. Persona que presenta la denuncia

VÍCTIMA	51,85%
NO DENUNCIA	18,52%
SIN DATOS	33,33%

Tabla 4. ¿Pidió orden de protección?

SÍ	63,16%
NO	36,84%

ANEXO N° 2. TABLAS Y GRÁFICOS SENTENCIAS

Tabla 1

	TOTAL SENTENCIAS 2010	TOTAL SENTENCIAS 2011	TOTAL
ABSOLUTORIAS	205	93	298
CONDENATORIAS	125	55	180
TOTAL	330	148	478

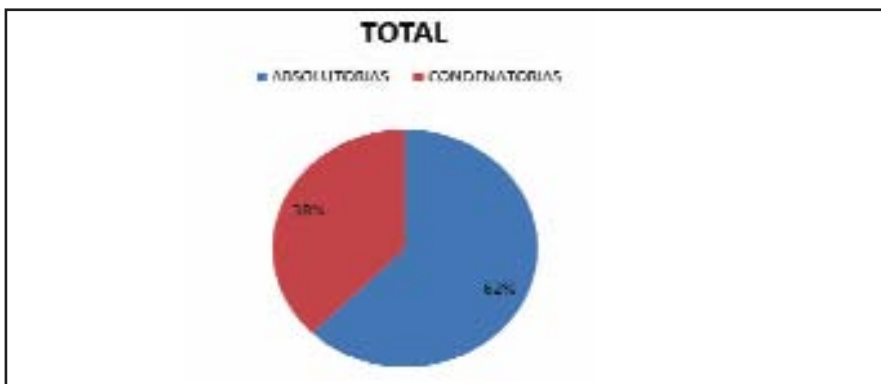
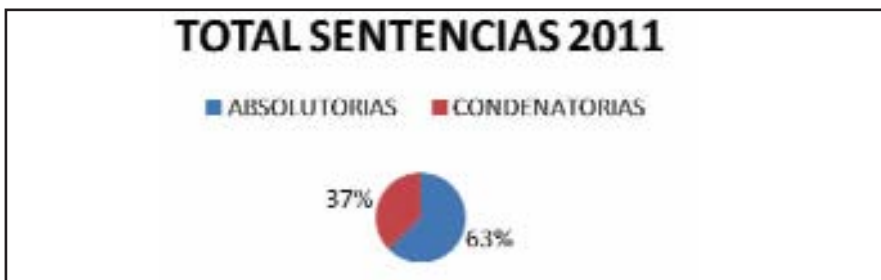
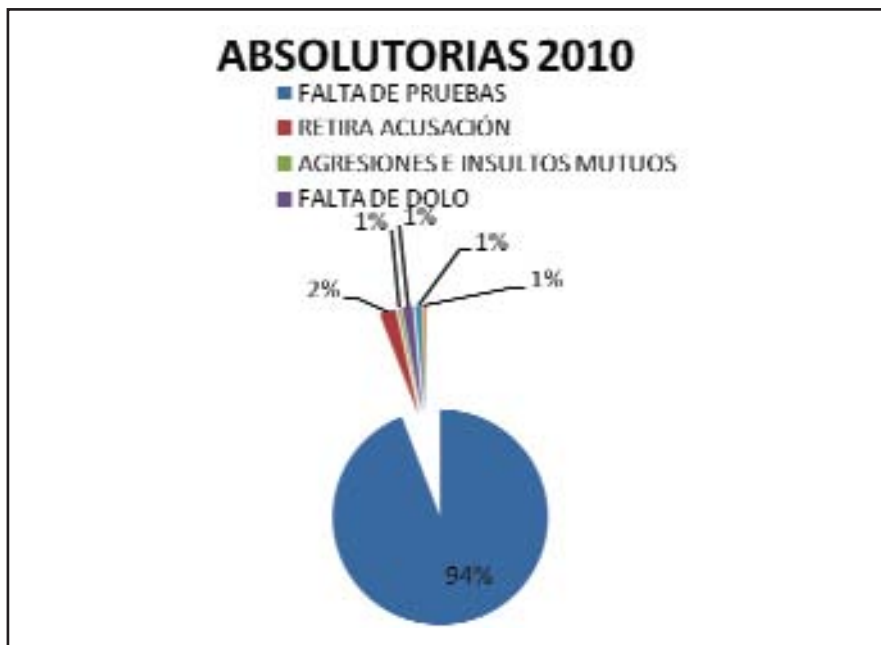


Tabla 2

	ABSOLUTORIAS 2010	ABSOLUTORIAS 2011	TOTAL
FALTA DE PRUEBAS	193	92	285
RETIRA ACUSACIÓN	5	1	6
AGRESIONES E INSULTOS MUTUOS	1	0	1
FALTA DE DOLO	3	0	3
ERROR DE PROHIBICIÓN INVENCIBLE	2	0	2
OTROS	1	0	1
TOTAL	205	93	298



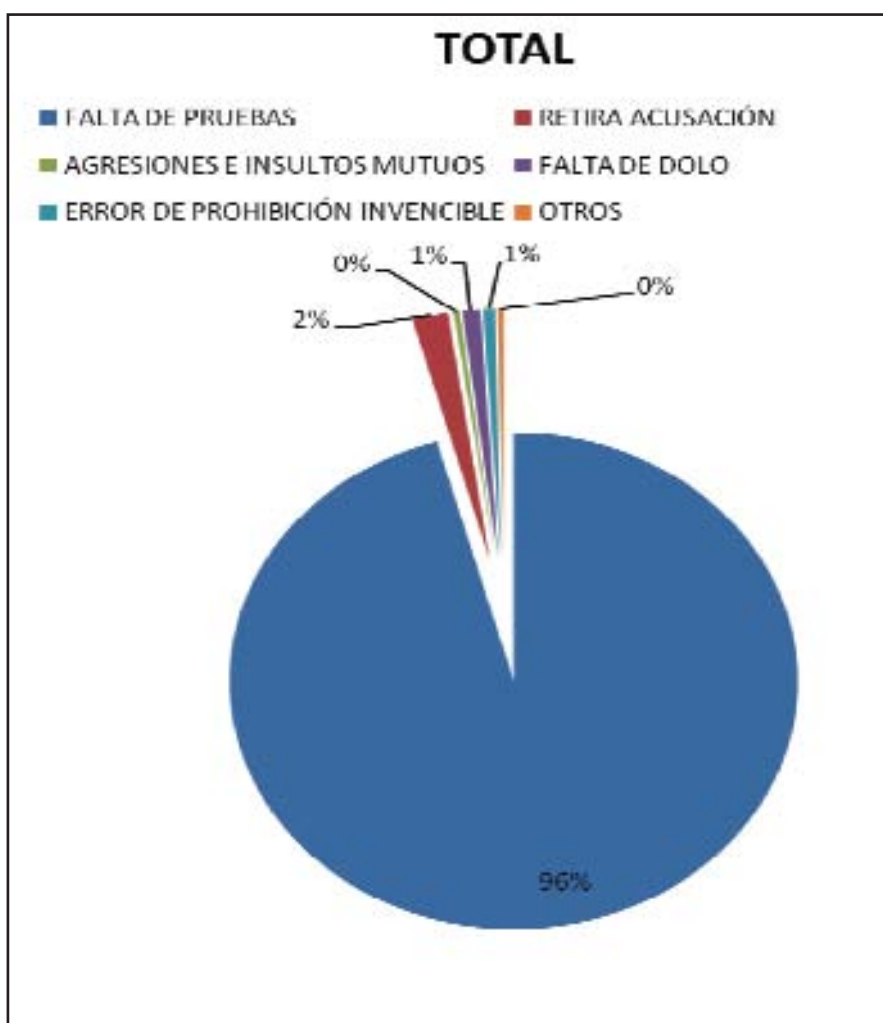
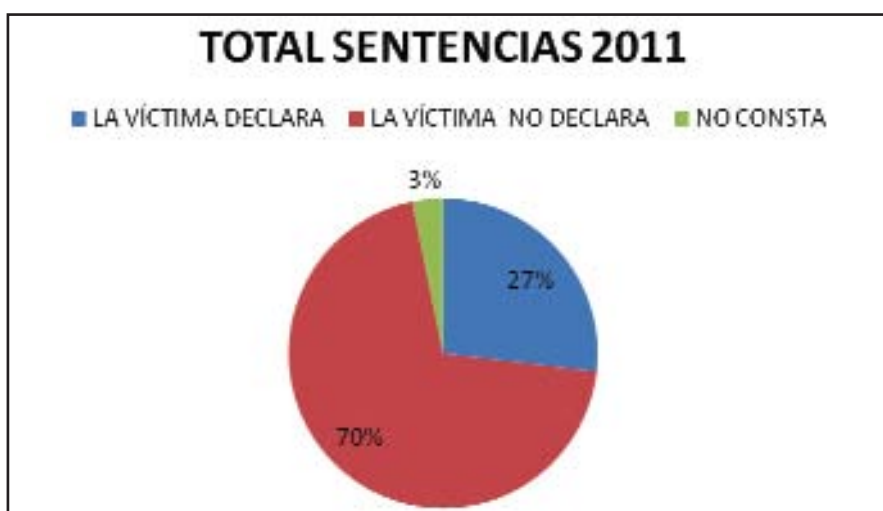
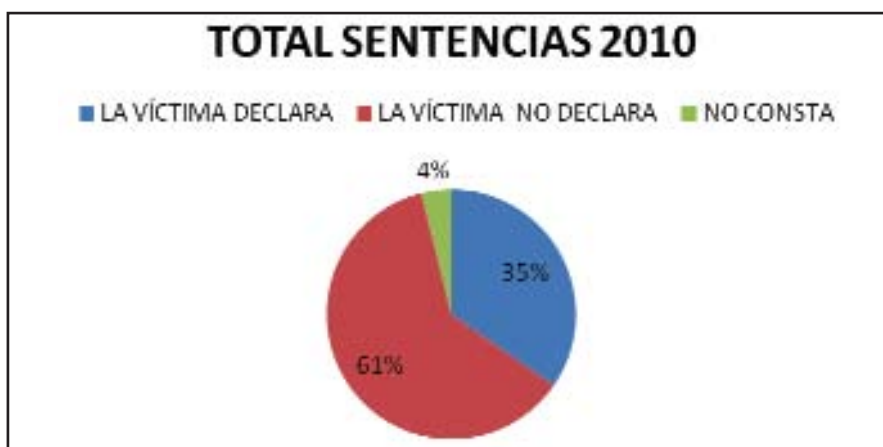


Tabla 3

	TOTAL SENTENCIAS 2010	TOTAL SENTENCIAS 2011	TOTAL
LA VÍCTIMA DECLARA	71	25	96
LA VÍCTIMA NO DECLARA	126	65	191
NO CONSTA	8	3	11
TOTAL	205	93	298



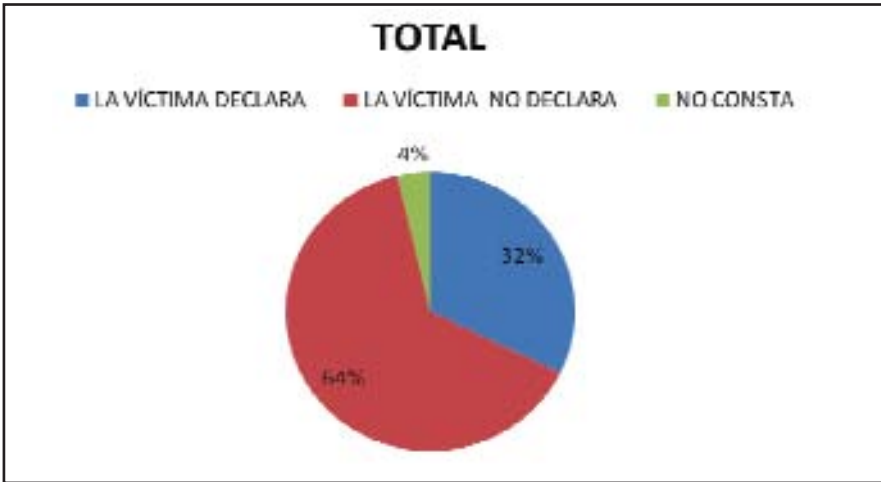


Tabla 4. Año 2010

Relación víctima/agresor	%
RELACIÓN VÍCTIMA/AGRESOR CÓNYUGES	28
EXCÓNYUGES	15
PAREJA SENTIMENTAL	31
EX PAREJA SENTIMENTAL	26



Tabla 5. Edad víctima

	%
21-30	26
31-40	30
41-50	29
51-60	10
61-70	2
71-80	2
Más de 80	1



Tabla 6. SENTENCIAS ABSOLUTORIAS DECLARANDO LA VÍCTIMA. AÑO 2010 (%)

FALTA DE CREDIBILIDAD	63
FALTA DE INTENCIONALIDAD	5
NO INCULPA AL AGRESOR	5
VERSIONES CONTRADICTORIAS	24
NO HAY PRUEBAS	3



	SENTENCIA	MOTIVO	DATOS DE INTERÉS
1	548/2009	Falta de Credibilidad	Inconsistencia en la declaración
2	13/2010	No hay pruebas	-
3	33/2010	Falta de intencionalidad agresor	Testimonio víctima impreciso.
4	66/2010	Falta de Credibilidad	Declaraciones contradictorias de la víctima y de los testigos
5	64/2010	Falta de Credibilidad	Motivos espúreos y falta de corroboración objetiva
6	44/2010	Falta de Credibilidad	Vaguedad e imprecisión declaración
7	33/2010	Falta de Credibilidad	No existen contradicciones en la declaración, las declaraciones de los testigos coinciden y el informe de U.I.V.G.
8	37/2010	Falta de Credibilidad	Declaración imprecisa y testigo no declara
9	73/2010	Versiones contradictorias	
10	133/2010	Falta de credibilidad	Contradicciones. Documental no determina autoría
11	172/2010	Versiones contradictorias	
12	126/2010	Falta de credibilidad Relación conflictiva entre las partes y falta de pruebas objetivas. Informe U.I.V.G. basado en percepción subjetiva de la víctima	
13	130/2010	Versiones contradictorias	

	SENTENCIA	MOTIVO	DATOS DE INTERÉS
14	146/2010	Falta de credibilidad Contradicciones y ambigüedad.	Falta de corroboración objetiva
15	171/2010	Falta de credibilidad	Inconsistencia
16	210/2010	Falta de credibilidad Lesiones por accidente, agresor no tenía intencionalidad	
17	251/2010	Versiones contradictorias	Prueba documental insuficiente
18	198/2010	Versiones contradictorias	Faltan elementos objetivos que corroboren la versión de la víctima y elemento intencional. Testigos de descargo
19	199/2010	Falta de credibilidad	Ánimo espúreo
20	205/2010	Falta de credibilidad	Duda sobre la existencia de los hechos
21	253/2010	Falta intencionalidad	Se tienen en cuenta las circunstancias personales y socioculturales del acusado
22	208/2010	Falta de credibilidad	Hechos confusos y contradictorios, discrepancias entre la acusación particular y pública. Consta informe U.I.V.G.
23	241/2010	Falta de credibilidad	Motivos espúreos. Los testigos se contradicen. Informe lesiones y U.I.V.G. no coinciden con lo descrito por la víctima
24	3010/2010	Víctima no recuerda realmente lo ocurrido	
25	233/2010	Falta de credibilidad Motivos espúreos. No corroboración objetiva ni ánimo doloso	

SENTENCIA	MOTIVO	DATOS DE INTERÉS
26	Falta de credibilidad Motivos espúreos.	Informe de lesiones
27	267/2010 Versiones contradictorias	Falta de credibilidad por actitud de la víctima
28	281/2010 La víctima no inculpa al acusado	
29	292/2010 Falta de credibilidad	Motivos espúreos
30	316/2010 Versiones contradictorias	
31	310/2010 Versiones contradictorias	Los informes no demuestran la autoría y la víctima se contradice y niega los hechos
32	316/2010 Falta de credibilidad	Falta de datos objetivos e imprecisiones. Informe U.I.V.G. rechazado por basarse en percepciones subjetivas de la víctima
33	330/2010 Versiones contradictorias	Falta de dolo
34	348/2010 Falta de credibilidad	Relación conflictiva entre las partes
35	382/2010 Falta de credibilidad	No hay testigos. Vaguedad en las declaraciones
36	361/2010 Falta de credibilidad	No corroboraciones periféricas, el informe de la U.I.G.V. no coincide con la declaración de la víctima. Actitud de la víctima
37	357/2010 Falta de credibilidad	Declaraciones contradictorias e imprecisas de la víctima y de los testigos
38	369/2010 Falta de credibilidad	Declaraciones contradictorias

ISBN: 978-84-7921-145-5



9 788479 211455



JUNTA DE ANDALUCIA