

# ESPECIFICIDADES PROBATORIAS EN LOS PROCESOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO

Ana Montesinos García

Personal Investigador. Universitat de Valencia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La declaración de la víctima. 2.1. Pautas Orientativas para valorar la declaración de la víctima. 2.2. La problemática de la dispensa de declarar. 2.3. El posible empleo de la videoconferencia. 3. La prueba testifical. 3.1. Los testigos de referencia. 3.2. Los testigos hijos menores. 4. La prueba pericial médica. 4.1. Los informes médicos. 4.2. La proposición de la prueba pericial respecto de la veracidad de la declaración de la víctima. 5. Otras pruebas. 5.1. La declaración del encausado. 5.2. La prueba indiciaria. 5.3. La Prueba documental. 6. Conclusiones.

## 1. Introducción

Numerosas estadísticas, estudios o memorias, elaboradas por distintos organismos, públicos y privados, han puesto de manifiesto que un número muy elevado de procesos penales incoados por hechos que presentan indicios racionales de ser constitutivos de violencia de género finalizan sin condena por falta de pruebas, fundamentalmente porque la víctima retira su denuncia o se acoge a su derecho a no declarar<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Las causas que explican la conducta de la mujer víctima de violencia de género son múltiples. La doctrina se ha referido a ellas subrayando, las distintas formas de dependencia respecto al agresor, el síndrome de la mujer maltratada, la victimización secundaria, etc. SERRANO MASIP, M., «La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, 29, 2001, p. 2. *Vid.* MAQUEDA ABREU, M.L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, octubre 2007, pp. 20-27.

Las pruebas que se practican en los procesos por violencia de género no presentan divergencias en cuanto a sus modalidades o valoración, respecto de las pruebas de otros procesos penales. Sin embargo, debemos reconocer que a la problemática general que plantea la prueba en cualquier proceso penal, se añaden los problemas concretos de este tipo de procesos y, por tanto, se requiere de soluciones específicas, a las que vamos a dedicar este estudio<sup>2</sup>.

No solo nos estamos refiriendo a las dificultades probatorias *estricto sensu* que pueden llegar a plantearse en estos procesos derivadas de las peculiaridades propias de este tipo de fenomenología delictiva, sino también a las complejidades que derivan de la necesidad de acreditación de determinados elementos integrantes de los diferentes tipos penales<sup>3</sup>.

En primer lugar, las dificultades probatorias en los procesos por violencia de género residen especialmente en que este tipo de delitos suelen producirse en un ámbito estrictamente privado, fundamentalmente en la intimidad del ámbito doméstico o familiar, con exclusión de terceros que no forman parte de la familia, por lo que la ausencia de testigos directos es la nota común. Esta realidad implica que los hechos violentos suelen tener lugar sin testigos, con la sola presencia del sujeto activo y pasivo, por lo que la declaración de la víctima se convierte en la principal prueba de cargo contra el agresor, cuando no la única. Además, la víctima en gran número de casos adopta una actitud pasiva u obstruccionista que pone numerosas trabas a la hora de averiguar la veracidad de lo ocurrido. Razones tales como, la relación de sumisión o de dependencia de la víctima frente al agresor, los lazos afectivos todavía existentes, el miedo a represalias, el perdón, etc. avalan este comportamiento de la víctima de violencia de género.

---

<sup>2</sup> FUENTES SORIANO, O., «Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer», *Investigación y prueba en el proceso penal*, (GONZÁLEZ CUELLAR, N., dir.), Colex, Madrid, 2006, p. 247.

Como señala SERRANO HOYO, G., cabría sostener que no son necesarias especialidades en los procesos penales por este tipo de delitos, pero las especificidades del complejo fenómeno de la violencia sobre la mujer desmienten tal afirmación y abogan por la necesidad de conocer cómo las peculiares circunstancias en que se encuentra la víctima inciden en algunas instituciones procesales. «Sobre las posibles conductas procesales de la mujer víctima de delitos de violencia de género», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXVIII, 2010, p. 120.

<sup>3</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., «Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género», *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género, Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, (DE HOYOS SANCHO, M., dir.), Lex nova, Valladolid, 2009, p. 451.

En segundo lugar y en lo que a la acreditación de determinados elementos del tipo penal se refiere, conviene señalar que la habitualidad en la violencia es un elemento normativo del tipo del artículo 173 CP que concurre cuando la víctima se encuentra sometida a un estado de violencia que permanece en el tiempo. No se exige un resultado lesivo, sino que lo que debe probarse es el clima de violencia sostenida en el ámbito familiar, que no siempre resulta sencillo<sup>4</sup>. Tampoco es fácil probar la violencia psíquica del artículo 153.1 CP que no deja huellas físicas detectables. Complicándose todavía más cuando el clima de violencia familiar se crea a través de omisiones. A todo ello debemos añadir, la dificultad que supone en algunos casos acreditar la relación de afectividad análoga a la matrimonial que puede resultar una ardua tarea en los supuestos de noviazgo<sup>5</sup>.

Por último, no conviene olvidar el marco procedimental en el que suelen desarrollarse gran parte de los procesos por violencia de género, esto es, los juicios rápidos, funcionalmente poco apropiados para llevar a cabo una investigación adecuada de los delitos de violencia de género, fundamentalmente en los casos de violencia prolongada en el tiempo. En este tipo de procesos, la parquedad probatoria es una constante. La obtención de elementos que corroboren la veracidad de la declaración de la víctima resulta clave para evitar precisamente que situaciones de maltrato habitual se califiquen por el juez como simples episodios violentos aislados<sup>6</sup>. La sencillez de la investigación que caracteriza los juicios rápidos redundan negativamente en la escasa obtención de fuentes de prueba, en un proceso en el que la complejidad probatoria es manifiesta<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Dada esta dificultad, el legislador ha proporcionado una serie de criterios que nos permiten apreciar dicha habitualidad, de modo que «se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores» (art. 173.3 CP).

<sup>5</sup> Para su constatación habrá que acudir a parámetros culturales y socialmente afectados. No olvidemos que la propia concepción de noviazgo ha sufrido profundas transformaciones al hilo de los cambios culturales experimentados en nuestra sociedad en las últimas décadas, con la aparición de nuevas manifestaciones como puede ser el conocido como cyber-noviazgo. MIRANDA ESTRAMPES, M., «Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género», cit., p. 452.

<sup>6</sup> Una ventaja de los juicios rápidos para estos tipos de delitos sí queremos, sin embargo, reflejar. La rapidez con la que se desarrollan evita, en algunas ocasiones, el cambio de actitud de la víctima que suele caracterizar este tipo de procesos cuando se prolongan en demasía.

<sup>7</sup> Presenta ventajas en ciertos supuestos, especialmente en los casos aislados de malos tratos ocasionales del art. 153 CP, pero su uso se ha revelado ineficaz en los delitos de violencia habitual y en la detección de la violencia psíquica. DEL POZO PÉREZ,

Si bien es cierto que en determinados casos de violencia de género la instrucción de la causa no reviste excesivas complicaciones, la investigación de delitos de malos tratos o lesiones psicológicas o violencia habitual conlleva una mayor complejidad, resultando para tales delitos inidóneas las diligencias urgentes del juicio rápido a la hora de recabar las pruebas que permitan fundamentar un eventual fallo condenatorio por parte del órgano enjuiciador. Por esta razón, en la Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género actualizada en el año 2013, se recomienda la conveniencia de transformar las diligencias urgentes en diligencias previas en casos de habitualidad.

Las pruebas con las que contamos en los procesos por violencia de género se reducen, por tanto, básicamente a la declaración de la víctima, por lo que a esta última vamos a dedicar la mayor parte de este trabajo. Sin embargo, también queremos hacer referencia, aunque de una manera más escueta, a otro tipo de pruebas que también pueden llegar a practicarse en este tipo de procesos, aunque no sea lo más habitual. Nos estamos refiriendo a otro tipo de declaraciones, como pueden ser las del propio acusado o las de otros testigos (de referencia o los hijos menores), a la prueba pericial, a la prueba documental o a la prueba indiciaria.

## 2. La declaración de la víctima

El testimonio de la víctima, incluso cuando es la única prueba, es apto para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Su declaración tiene naturaleza de prueba testifical y, como tal, puede convertirse en prueba de cargo suficiente. Lo que, sin embargo, no sucederá de manera automática sino que, al igual que el resto de pruebas, debe someterse a la valoración del tribunal enjuiciador.

---

M., «Ventajas e inconvenientes de los juicios rápidos para la lucha contra la violencia de género», *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género, Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, (DE HOYOS SANCHO, M., Dir.), Lex nova, Valladolid, 2009, pp. 617-668. La autora resalta como ventajas: la mayor rapidez, la mayor sensación de seguridad ciudadana respecto a esta concreta materia, el incremento de denuncias por delitos de violencia de género, el aumento de la confianza en la justicia y la mayor facilidad de protección de la víctima. Y como inconvenientes: el menor número de condenas, la no disminución de muertes, la potenciación del Derecho Procesal Penal represivo, la disminución de los derechos del imputado, aumento de la función policial, la conformidad premiada y los problemas en los supuestos de violencia psíquica y violencia habitual.

A la hora de proceder a valorar la declaración de las víctimas de violencia de género, deben tenerse presentes las especiales características y circunstancias que rodean a este tipo de víctimas y a la particular relación que les une con el agresor, para poder comprender su comportamiento durante el proceso. En los procesos por delitos de violencia de género resulta extremadamente común que la víctima no mantenga una actuación procesal uniforme durante la completa tramitación de los mismos; incluso que actúe de manera obstaculizadora, lo que ocurre cuando retira la denuncia, no comparece ante el llamamiento judicial, altera el contenido de la declaración en aras a lograr la absolución del agresor, etc. Entre las principales razones de tales conductas, destacamos: los lazos afectivos existentes entre víctima y agresor, la presión a la que se ve sometida la víctima, falta de apoyo económico, dependencia psicológica frente al agresor, temor a represalias, etc<sup>8</sup>. A ello debemos añadir, las especiales circunstancias que rodean a la mujer víctima de violencia de género que provocan que en gran número de ocasiones su declaración sea la única prueba de cargo.

## 2.1. *Pautas Orientativas para valorar de la declaración de la víctima*

Es doctrina jurisprudencial consolidada que la declaración de la víctima por sí misma puede resultar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado y fundamentar una sentencia condenatoria. Sin embargo, debemos tener en cuenta que cuando la única prueba incriminatoria con la que nos encontramos en un juicio sea la declaración de la víctima, que a su vez ha sido quien ha denunciado y es víctima del delito, la presunción de inocencia puede peligrar<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid. LARRAURI PUJÓAN, E., «¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?», *Las Mujeres y sistema penal (violencia doméstica)*, Euroeditores, Buenos Aires, 2008, pp. 95-132.

<sup>9</sup> En un alto porcentaje de procesos por violencia de género, es la víctima quien denuncia. A título informativo, en el año 2015, el 64,90% de las denuncias recibidas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer han provenido de atestado policial con denuncia de la víctima, a lo que debe añadirse un 4,05% de denuncias presentadas directamente por la víctima en el juzgado. «La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: datos anuales de 2015», Consejo General del Poder Judicial. Sección de Estadística Judicial, 2015, p. 1. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Datos-anuales-de-2015>

El problema del testimonio de la víctima radica en su credibilidad pues puede encontrarse teñido de cierta subjetividad, lo que debe ser valorado por el tribunal atendiendo a las circunstancias del caso. La habitual ausencia de otras pruebas exige una especial valoración. Por tales razones, la jurisprudencia ha configurado tres parámetros o pautas orientativas a tener en consideración por el juez a la hora de proceder a la valoración de la declaración de la víctima como prueba de cargo, sin la necesaria rigurosidad de que todos deban cumplirse. Se trata de criterios cuya concurrencia determina la credibilidad de la versión del declarante y su suficiencia incriminatoria, pero que no han de considerarse requisitos imprescindibles, de modo que tengan que concurrir todos unidos para que el Tribunal dé crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo<sup>10</sup>.

Siguiendo, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2011<sup>11</sup>, la valoración de la declaración de la víctima corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad, a la luz de las exigencias que los tres siguientes factores de razonabilidad valorativos representan:

- 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 psicorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) 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 fantásticas 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 inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado,

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 339/2007 de 30 abril, (RJ 2007\3860).

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 238/2011 de 21 marzo, (RJ 2011\2895)

no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones<sup>12</sup>.

- b) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone que la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, es decir, 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 y que la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso<sup>13</sup>.

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.

- c) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone, tanto la persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse, como en la concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades y por último, la coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes

Esta doctrina no puede aplicarse de manera rígida porque como ya hemos comentado, en los procesos por violencia de

---

<sup>12</sup> Ahora bien, es impensable que una persona que sufre malos tratos no tenga resentimiento frente al presunto autor de los mismos, pudiendo ser contrario a los sentimientos de la víctima el que se le exija la indiferencia respecto del presunto agresor, por todo lo cual, habría que centrar la ausencia de incredibilidad en la ausencia de móviles de enemistad ajenos a los hechos objeto de la declaración, es decir al delito que se persigue. «Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima», HURTADO YELO, J.J., Diario La Ley, N.º 7260, Sección Tribuna, 13 Oct. 2009, Año XXX, Ref. D-319, p. 5.

<sup>13</sup> Exigencia que, sin embargo, habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr) puesto que, como señala la Sentencia de 12 de julio de 1996 (RJ 1996, 5610), 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.

género son múltiples las ocasiones en las que, mayoritariamente, este último factor o pauta orientativa no se cumple. De hecho, es muy frecuente que la víctima se desdiga de sus declaraciones iniciales vertidas en fase de instrucción. La retractación de la víctima no debe erigirse automáticamente como un indicador de la falta de veracidad de sus declaraciones, sino que debemos ser conscientes de que puede responder a múltiples factores.

En los supuestos en los que la víctima se retracta o altera el contenido de su declaración inicial, el juez no está obligado a valorar únicamente la declaración de la víctima en el juicio oral. El juez ostenta la libertad de conceder mayor o menor credibilidad a la declaración que le parezca más veraz, es decir, ya sea la vertida en fase de instrucción o la depositada en fase de juicio oral<sup>14</sup>. En todo caso, para que las declaraciones de la víctima en fase de instrucción sean valoradas por el juez, en detrimento de las declaraciones —exculporias— prestadas en el juicio oral, tendrá que procederse a la efectiva lectura de las mismas el día del juicio para que, una vez realizada, la víctima pueda explicar las contradicciones entre las dos versiones. A la hora emitir su opinión, el juez tendrá que argumentar las razones que le han llevado a optar por una u otra versión de los hechos.

## 2.2. *La problemática de la dispensa de declarar*

La Ley de Enjuiciamiento Criminal impone al testigo la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial y declarar cuanto supiere (arts. 410 y 707), pero exime de este deber a determinadas personas unidas con el presunto autor del delito por una relación de parentesco o análoga (art. 416). Esta dispensa se reproduce en el artículo 707 de la LEcrim para la fase del juicio oral<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> *Vid.* en este sentido el artículo 714 de la LEcrim que señala expresamente: «Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe».

<sup>15</sup> La cobertura constitucional de la dispensa de declarar viene prevista en el artículo 24.2 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, calificándose, por tanto, la dispensa de este deber como un derecho fundamental. La Constitución deja en manos del legislador ordinario el alcance que debe proporcionarse a la misma.



Estos preceptos (416 y 707 LEcrim) han cobrado gran protagonismo en los últimos años, a raíz del creciente número de procedimientos incoados por delitos de violencia de género, en donde la víctima es asimismo testigo directo de los hechos. La Fiscalía General del Estado eleva a ratios significativas el número de retiradas de la acusación debidas a que la víctima de la violencia de género se acoge en el juicio oral a la mencionada dispensa<sup>16</sup>.

### 2.2.1. Finalidad, momento y deber de información del derecho a la dispensa

La dispensa del deber de declarar tiene como finalidad resolver el conflicto que puede tener el testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el imputado<sup>17</sup>. Son múltiples los interrogantes que suscita esta dispensa, sobre la que mucho se ha escrito, en los procesos por violencia de género y respecto de la cual, la jurisprudencia se ha mostrado excesivamente vacilante, especialmente la de las Audiencias Provinciales y no tanto la del Tribunal Supremo, a la hora de interpretar el artículo 416 LEcrim, o en su caso, el 707 LEcrim. Veamos a continuación cuales son las principales dudas que dichos preceptos plantean.

Ha de reconocerse que la aplicación del artículo 416.1 LEcrim produce serias anomalías en los procesos por delitos de violencia de género, en los que la víctima suele acogerse a esta dispensa por razones ajenas al fundamento de aquélla. A ello se une que la víctima, por norma general, es la única prueba de cargo, quedando prácticamente en su poder el resultado del proceso, pues su silencio conlleva en buen número de ocasiones, una sentencia absolutoria. Paradójicamente se encuentra en las manos de la persona que se acoge a la

---

<sup>16</sup> En su Memoria del año 2008 ya hizo constar que el 44% de las retiradas de acusación se deben precisamente a que la víctima de violencia de género se acogió en el plenario a la dispensa de declarar. En el año 2014 se produjo la mayor cantidad de retiradas —hasta el momento— de acusación motivadas por el derecho de dispensa de toda la serie estadística, 138 casos, el 56,79% de todos los retirados, consolidando una tendencia al alza desde 2008, cuando se identificó esta situación en 96 procedimientos. *Vid.* Memoria de la Fiscalía 2014. Volumen II. Estudios Estadísticos <https://www.fiscal.es/fiscal/> MARTÍNEZ MORA, G., «La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del artículo 416 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEcrim)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXIX, núm. 2176, marzo 2015, p. 7.

<sup>17</sup> Para un estudio más profundo sobre esta dispensa nos remitimos a mi trabajo, «La dispensa de declarar de las víctimas de violencia de género», *Revista Teoría y Derecho*, 2012, pp. 218-249.

dispensa de declarar, la condena del presunto agresor o el sobreseimiento del proceso (según la fase en la que actúe la dispensa). De modo que una interpretación lógica de dicho precepto, nos debería llevar a concluir que la razón de la existencia de la propia dispensa se sostiene cuando el testigo es un familiar del procesado en el que no concurre la condición de víctima<sup>18</sup>. Sin embargo, la posición jurisprudencial mayoritaria considera que la dispensa se aplica a todos los testigos sin distinción alguna y por tanto, también al que ha interpuesto la denuncia o al que a su vez es víctima del delito.

Una de las primeras cuestiones que protagoniza esta materia, es la relativa al momento en el que debe existir la relación matrimonial o análoga entre el testigo que se acoge a la dispensa y el pariente que está siendo investigado/acusado, es decir, si debe ser aquél en el que acontecen los actos de violencia de género o, sin embargo, aquél en el que la víctima debe declarar<sup>19</sup>. Ante la disparidad de criterios imperantes entre los diferentes órganos jurisdiccionales, el Tribunal Supremo (Sala Segunda) adoptó el Acuerdo del Pleno No Jurisdic-

---

<sup>18</sup> MOLINA GIMENO, Diario La Ley, núm. 6818, 12 Nov. 2007, Año XXVIII, Ref. D-240, p. 7.

Autores como MAGRO SERVET, consideran que la víctima de violencia de género no es el testigo al que se refiere el artículo 416 LECrim, por lo que no se le puede aplicar de forma literal la dicción contenida en este artículo ni en el artículo 707 LECrim. Además, manifiesta que se trata de un testigo privilegiado, lo que le distingue del resto de testigos unidos por una relación familiar con el acusado respecto de los que se ha instaurado de manera lógica una posibilidad de dispensa, pues son testigos que intervienen en el proceso penal como auténticos terceros extraños a los hechos que se enjuician en el acto. La víctima no interviene en el proceso como un tercero ajeno a los hechos, sino que su posición para declarar sobre ellos tiene ese carácter privilegiado, por cuanto ha sido la víctima de la propia agresión que está siendo objeto de enjuiciamiento. Por razones de sentido común, aunque la normativa no los distinga, no se podrá hacer uso de estos artículos, cuando el testigo sea a su vez víctima, pues no están pensados ni configurados para las mismas. «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la Violencia de Género la dispensa de «declarar contra» sus agresores, (art. 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?», Diario La Ley, núm. 6333, 2005, p. 1702.

<sup>19</sup> La gran mayoría de la jurisprudencia de nuestros Tribunales se decantaba por este último momento, es decir, el del día del juicio en el que se debe prestar el testimonio. Aunque el Tribunal Supremo ha matizado en su Sentencia núm. 292/2009 de 26 de marzo de 2009 que no se pueden establecer criterios apriorísticos y, por tanto, habrá que estar a las circunstancias concretas (RJ 2009\2377). En la mayoría de sus decisiones ha sostenido que, quien se acoge a la dispensa de declarar en virtud del artículo 416.1.º LECrim, cuando depone bien en sede policial o ante el Juzgado de Instrucción (en estos casos, Juzgado de violencia sobre la mujer), no podrá acogerse a tal derecho si en el acto del juicio oral este vínculo ya no existe. A título de ejemplo, entre muchas otras, destacamos la STS de 26 de enero de 2010 núm. 17/2010 (RJ 2010\1270).

cional de 24 de abril de 2013 que se pronunció en los siguientes términos: «La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso».

Por tanto, parece ser que se mantiene el derecho a no declarar contra el cónyuge o pareja de hecho imputado, aunque se haya disuelto el vínculo matrimonial o haya cesado la convivencia en el momento de prestar declaración, salvo para aquellos hechos posteriores al divorcio o al cese definitivo de la situación análoga de afectividad.

Sin embargo, tras dicho Acuerdo se volvió a plantear una nueva desavenencia en la compleja convivencia entre el derecho a la dispensa y el ejercicio de la acusación<sup>20</sup>. Partiendo del hecho de que la realidad ha demostrado que muchas víctimas, personadas como acusación, luego renuncian al ejercicio de la acción penal, surge la cuestión de si tales víctimas, pueden acogerse a su derecho a no declarar. Hasta el momento la postura mayoritaria de las Audiencias Provinciales parecía decantarse por no excluir a la víctima de este derecho cuando ha ejercido en algún momento la acusación, pero en el plenario renunciaba al ejercicio de la acción penal<sup>21</sup>. Pero este escenario se ha visto alterado con la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 449/ 2015, de 14 de julio de 2015, que ha venido a modificar el panorama hasta el momento existente<sup>22</sup>, al declarar que, en la medida en que la víctima ha ejercido la acusación particular (durante un año), aunque luego renunciara a la acción, se convierte en una persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar. Considera así el Alto Tribunal que el derecho a hacer

---

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «El dilema de la acusación: de nuevo a vueltas con la dispensa del deber de declarar en supuestos de violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 8727, Sección Tribunal, 22 de marzo de 2016, Ref. D-121, p. 1. Señala esta autora que lamentablemente no podemos congratularnos de la nueva línea jurisprudencial (STS n.º 449/ 2015, de 14 de julio de 2015) que, a su parecer, es limitadora del derecho a la dispensa.

<sup>21</sup> Vid., entre otras, SAP Girona (Secc. 4.ª) núm. 17/2015 de 14 enero (JUR 2015\121796).

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 449/2015 de 14 julio. (RJ 2015\3695).

uso de la dispensa decae con el ejercicio de la acusación particular. De modo que extiende lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 24 de abril de 2013 —que exime de la dispensa los supuestos en los que el testigo esté personado como acusación en el proceso—, a los supuestos en los que el testigo se hubiera presentado como acusación en algún momento del procedimiento, a pesar de que llegado el acto del juicio oral ya no ostente tal posición por haber renunciado a la misma.

En todo caso, cuando declara como testigo la víctima de un delito de violencia de género (o cualquiera de los familiares del artículo 416.1 LECrim), una de las garantías que deben ser observadas de manera previa a su testimonio, reside en la necesaria advertencia por parte del juez de su derecho a no declarar en contra del procesado con el que mantiene alguna relación de parentesco o análoga, así como acerca de que la ley, aun no prestando declaración como tal, le permite realizar las manifestaciones que considere oportunas; el secretario judicial consignará la contestación que diere a dicha advertencia. En consecuencia, si el testigo no conoce o no es informado de este derecho, su versión inculpativa carecerá, en principio, de virtualidad probatoria<sup>23</sup>. Este deber de información no sólo alcanza al juez sino también a la policía, tal y como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de abril de 2001, en donde manifiesta expresamente que la finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la policía de las obligaciones que se imponen expresamente al juez de instrucción<sup>24</sup>.

Nos preguntamos si este deber de instrucción debe realizarse bajo toda circunstancia o existen algunos supuestos en los que no resulta absolutamente necesario<sup>25</sup>. Al respecto, el propio Tribunal

---

<sup>23</sup> El TS ha manifestado que cuando el testigo sea menor de catorce años, no resulta preciso advertirle del contenido del artículo 416 LECrim. STS núm. 1061/2009, de 26 octubre (RJ 2010\112).

<sup>24</sup> STS núm. 662/2001 de 6 de abril de 2001 (RJ 2001\3350).

<sup>25</sup> La Circular 6/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, distingue los siguientes supuestos:

- a) La testigo no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el Plenario se acoge a la dispensa: carece de toda validez la declaración prestada en la instrucción.
- b) La testigo no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el Plenario, advertida del contenido del art. 707 de la LECr opta por declarar y ratifica: la falta de advertencia en la primera declaración no producirá ningún efecto.

Supremo ha declarado que en los casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, «el alcance de la exención de declarar se relativiza», en la medida en que con la presentación de una denuncia advierte claramente su voluntad de declarar<sup>26</sup>.

Debemos ser conscientes de los efectos perniciosos que para las propias víctimas de violencia de género podría representar el que, en el estado de ánimo en que generalmente se encuentran, y tras el esfuerzo realizado para llevar adelante su acción, se les invitase a reconsiderar como previa determinación a su declaración, la disyuntiva de tener que afrontar la ya de por sí penosa declaración o verse liberada de tal trámite<sup>27</sup>. Por lo que consideramos que, cuando la víctima denuncia libre y espontáneamente los hechos, no resulta imprescindible que se le deba instruir de su dispensa del deber de declarar contenido en el artículo 416 LECrim. Sin embargo, sí será necesaria dicha instrucción en un momento posterior cuando la denunciante sea llamada a declarar como testigo para ratificar su denuncia o declarar como tal<sup>28</sup>.

### 2.2.2. Valor de las declaraciones de la víctima en fase de instrucción

Nos preguntamos si el silencio de la víctima, ya sea en fase de instrucción o en el juicio oral, cuando se acoge a su dispensa de no declarar, debe respetarse en su totalidad, lo que implicará en la

- c) La testigo no fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y en el Plenario, advertida de su derecho, cambia la versión de los hechos: no podrá someterse a contradicción al amparo del art. 714 de la LECr lo dicho en juicio con lo manifestado previamente en instrucción, dado que la primera declaración es nula.
- d) La testigo fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y voluntariamente presta declaración y en el Plenario se acoge a su derecho a no declarar: no se podrá introducir aquella primera declaración en virtud del art. 730 o 714 de la LECr.
- e) La testigo fue advertida en la fase de instrucción de su derecho a no declarar y voluntariamente presta declaración y en el Plenario opta por declarar habiendo sido advertida de la posibilidad de no hacerlo, pero rectifica la primera declaración, que fue prestada con todas las garantías: se deberán someter a contradicción aquellas de conformidad con el artículo 714 de la LECr para que el Tribunal pueda ponderar la credibilidad que le merece cada una de ellas.

<sup>26</sup> STS núm. 625/2007 de 12 de julio.

<sup>27</sup> En este sentido, *Propuesta de Modificación legislativa de los arts. 416 y 418 LECrim*, Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas, Federación de Mujeres Progresistas.

<sup>28</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 625/2007 de 12 julio, (RJ 2007\5109)

mayoría de ocasiones el sobreseimiento provisional o archivo de las actuaciones o, incluso una sentencia absolutoria (dependiendo de la etapa procesal en la que nos encontremos) o si por el contrario, se debe aprovechar su declaración inicial prestada ante la policía o juez de instrucción, para instar la continuación del proceso y promover en su caso, el postulado de una sentencia que pueda condenar al presunto agresor. Esta segunda opción se fundamenta en el principio general de indisposición del *ius puniendi* del Estado, y la persecución de un delito considerado público, con el fin último de la búsqueda de la verdad material, aunque suponga mermar el contenido del derecho a la dispensa de la obligación de declarar prevista en el artículo 416 LECrim. Se trata de debatir si en estos supuestos nos encontramos ante una fuente de prueba lícita, que puede ser introducida en el plenario mediante su lectura y, por tanto, puede fundamentar un fallo condenatorio en virtud de los artículos 714 y 730 LECrim.

Respecto a las declaraciones efectuadas en sede policial, el debate se ha zanjado con el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, que ha manifestado que las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECrim. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron<sup>29</sup>.

Sin embargo, el valor probatorio de las declaraciones vertidas ante el juzgado de instrucción cuando con posterioridad en el plenario la víctima se acoge a su derecho a no declarar ha sido más polémico. Pese a los intentos de algunas Audiencias Provinciales<sup>30</sup> de

---

<sup>29</sup> Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

<sup>30</sup> SAP de Castellón núm. 150/2006 de 12 abril (JUR 2006\262747). Como ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 391/2006 de 17 octubre de 2006 (JUR 2007\76488), si bien el artículo 730 LECrim parece referirse a supuestos de imposibilidad material de práctica de la prueba, no es menos cierto que en aquel precepto tan sólo se habla de «imposibilidad», y pudieran entenderse comprendidos también los supuestos de imposibilidad por causas jurídicas como es el que nos ocupa. Si no se puede reproducir en juicio la decla-

incorporar las declaraciones sumariales de la víctima en el plenario cuando ésta se acoge a su derecho a no declarar, la postura del Tribunal Supremo ha sido reticente, declarando de forma tajante que «el uso de la dispensa implica que las declaraciones anteriores de quien legítima y voluntariamente hace uso de la misma no podrán integrar prueba de cargo»<sup>31</sup>.

Por un lado, el Tribunal Supremo ha manifestado de manera concluyente, que no está legitimada la incorporación al plenario de esta declaración testifical en fase de instrucción, por la vía del artículo 730 LECrim, porque este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio de que la práctica de la prueba debe hacerse en el juicio oral, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción, señalando expresamente que su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el juicio oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas o por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el juicio oral, como sucede en los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, en los que resulta imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el juicio es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del juicio oral (STS de 27 de enero de 2009)<sup>32</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Supremo tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial por la vía del artículo 714 LECrim cuando la víctima se acoge a la dispensa en el plenario. Como señala el Tribunal, este precepto se justifica para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Considera así, que cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace

---

ración sumarial es por causa ajena a la voluntad de las partes, pues depende del testigo. A buen seguro que las partes al acudir al juicio, tenían intención de interrogar a la testigo sobre las circunstancias que expuso en su denuncia y después en su declaración. Si no lo pudieron finalmente hacer fue por la utilización de la dispensa, pero ello no invalida la declaración anterior del sumario. El derecho de la testigo no alcanza a tanto.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2014 núm. 703/2014 de 29 octubre (RJ 2014\5422).

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 31/2009 de 27 de enero de 2009, (RJ 2009\1389).

uso de esa facultad y no declara, nada dice en el juicio y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario (STS de 10 de febrero de 2009)<sup>33</sup>.

A pesar de la postura que ha mostrado el Tribunal Supremo, parte de la doctrina así como alguna jurisprudencia menor se ha pronunciado a favor de la lectura de las declaraciones sumariales de la víctima en el juicio oral, al considerar que la disponibilidad del testigo pariente del artículo 416 LECrim para contestar o no a las preguntas que se le formulen en el acto del juicio, no alcanza a la posibilidad de hacer desaparecer sus declaraciones precedentes realizadas voluntariamente y previa instrucción de sus derechos. Entienden sus defensores, que dichas declaraciones, practicadas con las debidas garantías de contradicción y defensa del imputado, pueden constituir prueba de cargo si son debidamente introducidas en el debate del plenario si, no obstante la falta de intermediación del juzgador con respecto a la declaración sumarial, la misma ofrece mayor credibilidad, fundada en la propia verosimilitud objetiva de la misma, al estar corroborada por otras circunstancias periféricas y otros medios probatorios. Por lo que, estando la denuncia ya presentada, y partiendo de una declaración sumarial inculpativa, practicada con todas las garantías, la propia seriedad del proceso y la configuración del delito como delito público, hacen que no se pueda atribuir al testigo víctima una completa disponibilidad sobre el objeto del proceso como la que se produciría caso de que no se atribuyera relevancia probatoria alguna a la anterior declaración inculpativa cuya verosimilitud objetiva se imponga de forma concluyente con todo el resto del acervo probatorio<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 129/2009 de 10 de febrero de 2009, (RJ 2009\446).

<sup>34</sup> Son también diversos los autores que apoyan la incorporación en el juicio oral de estas declaraciones, afirmando que el artículo 730 LECrim no establece un numerus clausus de causas de imposibilidad y el empleo de la dispensa, en realidad, es otra más, no apareciendo excluida en aquél. ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «La facultad de no «declarar contra» determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1.º LECrim.)», *Diario La Ley*, N.º 7301, 11 Dic. 2009, Año XXX, Ref. D-383, p. 11. Admiten esta posibilidad, manifestando que si la víctima no declara en el juicio oral al acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim, se podrá hacer uso de su declaración mediante la lectura de la misma el día del juicio, siempre que en la declaración judicial de la instrucción se hayan cumplido los principios de contradicción y defensa. FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2009, p. 145.

Hay quien incluso ha propuesto la incorporación de la solución establecida en el artículo 46.5 de la Ley del Jurado en la LECrim. (Art. 46.5 LOTJ: El Ministerio Fiscal,



En todo caso, consideramos que para que se puedan incorporar las declaraciones sumariales al juicio oral, resulta imprescindible que se respete la garantía de contradicción (art. 24.1 CE y art. 6.1, 6.3 d. CEDH). De modo que solo entendemos viable que pudieran llegar a admitirse en estos supuestos los artículos 730 o 714 LECrim, si se permite al imputado, a través de su abogado, participar en la toma de declaración de la víctima, so pena de vulnerar el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, entre las que incluimos la de contradicción<sup>35</sup>.

### 2.3. *El posible empleo de la videoconferencia*

Una de las medidas que consideramos más eficaces a la hora de proteger a las mujeres víctimas de violencia de género que deben declarar en un proceso penal es la del empleo de la videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido<sup>36</sup>.

Es sabido por todos que la intervención de la víctima en el proceso penal conlleva en gran número de ocasiones una victimización secundaria. La utilización de la videoconferencia podría tratar de mermar el sufrimiento psicológico al que se somete la víctima, al evitar que tenga que enfrentarse ante su agresor a la hora de prestar su declaración el día del juicio. Además, el empleo de este recurso podría redundar en una disminución del número de retractaciones o acogimiento al derecho a no declarar que ostenta la víctima, al poder hacerlo desde otra sala distinta a la que se encuentra el autor del delito, evitando así posibles intimidaciones.

---

los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto). MIRANDA ESTRAMPES, M., «Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género», cit., p. 453.

<sup>35</sup> Una buena praxis exigiría que en los primeros momentos de la investigación se posibilitara la participación del letrado del investigado en la toma de declaración de la víctima, lo que permitiría, ante eventuales retracciones o cambios de versión, se pudiera dar lectura en el acto del juicio oral a dicha declaración sin merma de la garantía constitucional de contradicción. MIRANDA ESTRAMPES, M., «Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género», cit., p. 459.

<sup>36</sup> Sobre un estudio profundizado sobre el empleo de la videoconferencia en el proceso penal, *vid.* La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal, MONTESINOS GARCIA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Ante el temor a la confrontación pública y a las posibles represalias que teme sufrir la víctima, una de las demandas más comunes es la de declarar de modo que se evite el enfrentamiento directo con el imputado. Ante ello, PÉREZ-CRUZ MARTÍN y FERREIRO BAAMONDE, proponen las siguientes opciones: a) La declaración de la víctima en ausencia del imputado, estudiando para ello, los contados supuestos que la ley admite la celebración del juicio oral en ausencia del acusado, b) La remisión a las declaraciones sumariales, es decir, a las declaraciones efectuadas por la víctima en la fase de instrucción, en presencia habitual y únicamente del juez de instrucción y del secretario judicial, c) Los testimonios ocultos, es decir, declarar en condiciones que se imposibilite la confrontación visual con el imputado, ya sea mediante la colocación de biombos, cortinas, etc., así como medios distorsionadores de voz y otros que dificulten su reconocimiento y por último, d) Otros modos de proporcionar tranquilidad a la víctima durante la declaración, entre los que incluye, el empleo de la videoconferencia<sup>37</sup>. De entre todas estas opciones, en el caso de las víctimas de violencia de género, consideramos que la videoconferencia es la que más se ajusta a sus necesidades, por lo que siempre y cuando se cumplan los presupuestos necesarios y existan suficientes razones que motiven su empleo, somos partidarios de acudir a dicha tecnología.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el uso de la videoconferencia en sus artículos 306 LECrim (relativo a la intervención del fiscal); artículo 325 LECrim (referido a la fase de instrucción) y artículo 731 bis LECrim (para el juicio oral). Se permite así que el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, y por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en los que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial y, especialmente, cuando se trate de un menor, pueda acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. y FERREIRO BAAMONDE, X., «La protección de la víctima en la vista del juicio oral», *Investigación y prueba en el proceso penal* (GONZÁLEZ CUELLAR, N., dir.), Colex, Madrid, 2006, pp. 287-302.

<sup>38</sup> Asimismo la Ley Orgánica del Poder judicial en su artículo 229.3 de la LOPJ, prevé expresamente el recurso a la videoconferencia en diversas diligencias, tales como las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas. Además, los artículos 448 y 707 LECrim, prevén que el menor de edad testigo pueda declarar a través de cualquier medio técnico o audiovisual en aras a evitar la confrontación visual con el acusado.

De las tres razones que permiten la utilización de la videoconferencia, es decir, de los motivos de a) seguridad u orden público, b) oportunidad y, c) utilidad, es el último de ellos, el que justifica su empleo en los procesos por violencia de género. De lo que se trata es, en definitiva, de proteger a la víctima en el juicio oral, pues como ya hemos indicado, la intervención de la víctima en el proceso, el revivir el delito el día del juicio oral, enfrentarse frente a su agresor o familia, etc., puede ocasionar graves perturbaciones a la víctima de violencia de género. Y ello, sin mencionar la posible influencia que puede provocar la presencia del imputado en el juicio, pudiendo verse la víctima intimidada, entrar en pánico, arrepentirse de haber dado el paso de declarar, etc., afectando con ello a la veracidad de sus declaraciones. Este instrumento resulta así sumamente útil como arma para erradicar los tan comunes temores de dichas víctimas a la hora de declarar en contra de su agresor, amparándose en el artículo 416 LECrim.

La experiencia práctica nos ha demostrado el lógico miedo de las víctimas a reproducir su declaración en el juicio oral; problema que debe tratar de solucionarse mediante la utilización de mecanismos adecuados que permitan evitar el contacto y la proximidad física no sólo de la víctima y el acusado, sino también, con relación a familiares y amigos. Consideramos que la videoconferencia presenta claras ventajas, al permitir que no se produzca un contacto físico que podría resultar perjudicial y dañino, evitándose de este modo en gran medida la estigmatización de la víctima al no tener que comparecer físicamente ante su agresor, pudiendo incluso utilizarse un sistema de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido, es decir, de la sala virtual a la sala del juicio), de manera que pueda protegerse en mayor medida la espontánea declaración de la víctima.

### **3. La prueba testifical**

Como ya hemos mencionado, en los procesos incoados por delitos de violencia de género contamos con pocos testigos directos, a parte de la propia víctima. Las ocasiones en las que, por ejemplo, los vecinos escuchan gritos o viandantes presencian la agresión, no son tan comunes. De modo que, en muchos casos es el propio agente policial que acude al lugar de los hechos reclamado por la víctima o por un familiar o amigo, el que nos cuenta lo que la víctima le ha referido. En estas situaciones, tales testigos pueden adquirir una doble cualidad, pues por un lado, pueden reportar

su propia percepción de lo ocurrido de manera directa, al haber observado la actitud violenta del agresor, el estado de ansiedad de la víctima, las lesiones sufridas por esta última, desperfectos en la vivienda, etc.<sup>39</sup>, y por otro lado, son testigos de referencia que escuchan lo narrado por los vecinos, familiares o por la propia víctima.

Esta doble cualidad es también predicable, entre otros, del médico de urgencias que asiste a la víctima en el momento posterior a los hechos. Es testigo de las lesiones sufridas por la víctima y de su estado psicológico pero es testigo indirecto de la versión de los hechos acaecidos que la misma le traslada.

Veamos en este capítulo dos testigos que pueden serlo de los actos de violencia de género: los testigos de referencia y los testigos menores de edad hijos de la pareja o de alguno de ellos (víctima o agresor).

### 3.1. *Los testigos de referencia*

La clandestinidad con la que se comenten los delitos de violencia de género tiene como consecuencia que el material probatorio sea muy parco. De modo que la declaración de la víctima es en gran número de ocasiones, la única prueba de cargo. Pero también puede suceder que, aunque la víctima sea la única que ha presenciado los hechos delictivos directamente, le haya desvelado lo ocurrido a otras personas, generalmente amigos o familiares o incluso a los agentes que acuden al lugar de los hechos o reciben su declaración. Esta clase de testigos son de referencia en cuanto que la información que aportan queda limitada a lo que la víctima —u otra persona— les ha contado<sup>40</sup>.

A falta de prueba testifical directa, los testigos de referencia son admitidos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el artículo 710 LECrim, que proclama: «*Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado*». Con base en ello, el Tribunal Constitucional, entre

---

<sup>39</sup> Son testigos directos de las consecuencias del hecho delictivo, lesiones, nerviosismo o estado de ansiedad de la mujer, etc.

<sup>40</sup> ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «La facultad de no << declarar contra>>...», cit., p. 13.

otras, en su Sentencia de 25 de octubre de 1993<sup>41</sup>, ha admitido que la prueba testifical de referencia constituye uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia. Sin embargo, aunque sea un medio probatorio admisible y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

La denominada prueba testifical de referencia puede resultar conveniente para complementar la declaración de la víctima. De modo que la declaración del testigo de referencia puede actuar tanto en el contexto valorativo, como factor objetivo de corroboración de la declaración de la víctima, como integrar la afirmación base a partir de la cual construir una prueba indiciaria, a la que nos referimos a continuación<sup>42</sup>. El problema radica cuando se erige en la única prueba de cargo con la que contamos en el proceso pues la víctima no quiere declarar *ex artículo 416 LECrim*.

Ante la negativa a declarar de la víctima, la jurisprudencia de nuestros Tribunales tampoco ha adoptado una postura uniforme a la hora de pronunciarse sobre la admisión de este tipo de pruebas (de referencia). Entre otras, se ha permitido la prueba testifical de referencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2000, en donde la testigo se acogió a la dispensa de declarar en el juicio oral, admitiéndose como prueba inculpativa la testifical de referencia de la persona a la que contó lo que el agresor le había realizado<sup>43</sup>.

Sin embargo, mayor es la jurisprudencia asentada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, que proclama la imposibilidad de que los testigos de referencia puedan suplantar al autor de la declaración si el mismo se encuentra a disposición del Tribunal. Entre otras, destacamos las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 y de 10 de febrero de 2009, previamente mencionadas, que no admiten la valoración de los testimonios de referencia que declaren haber tomado conocimiento de los he-

---

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 303/1993 de 25 octubre, (RTC 1993/303).

<sup>42</sup> ORGA LARRÉS, J.C., «Problemas de prueba en las causas por delitos de violencia de género», *Iuris*, julio, 2008, p. 51.

<sup>43</sup> STS núm. 711/2000, de 19 abril (RJ 2000\3714).

chos a partir de las manifestaciones que hubieren realizado las personas eximidas de la obligación de declarar, en el supuesto en el que ciertamente decidieron no declarar personalmente en el ejercicio de este derecho, pues no consideran que cuando la víctima se acoge a la dispensa de no declarar, se trate de un supuesto de imposibilidad material que autorizaría el testigo de referencia<sup>44</sup>.

A pesar de que las reticencias hacia el testigo de referencia sean constantes en la jurisprudencia, consideramos que en el especial contexto de los delitos de violencia de género, este tipo de testigos puede aportar información muy valiosa. Además, entendemos que la declaración sumarial es una fuente lícita de conocimiento de la que se pueden haber extraído diversos datos o informaciones claves que podrán utilizarse a la hora de valorar lo acaecido. El mero hecho de que la víctima se acoja a su dispensa de declarar, en nada debe interferir en que a partir de dichas declaraciones iniciales, se citaron a unos testigos que pueden ser llamados a declarar el día del juicio<sup>45</sup>.

### 3.2. *Los testigos hijos menores*

El escenario privado e íntimo en el que se producen los delitos de violencia de género proporciona asimismo cierto protagonismo a los hijos que conviven con la víctima, con el agresor o con ambos, por lo que en ocasiones resulta necesario recurrir a la declaración testifical de los hijos menores —comunes o no— de la pareja.

---

<sup>44</sup> La doctrina también ha expresado pronunciamientos dispares, autores como CABRERA GÁRATE, han señalado que si no es lícito utilizar declaraciones sumariales para fundamentar la sentencia cuando la testigo se niega a declarar en el acto del juicio oral, menos lícito sería utilizar la testifical de referencia, relativa a lo que el testigo manifestó a terceros, para fundamentar la condena. «Apuntes sobre la dispensa del deber de declarar en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con la víctima de violencia de género», *Revista jurídica de Canarias*, número 2, 2006, p. 27. Mientras que autores como ORTEGA CALDERÓN, sí admiten estas testificales. «La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar», *Diario La Ley*, núm. 6820, 14 Nov. 2007, Año XXVIII, Ref. D-243, p. 11. Opinión esta última que compartimos por razones de justicia material que nos inclinan por la permisibilidad de los testimonios de referencia en estos supuestos.

<sup>45</sup> RODRIGUEZ LAINZ, «Dispensa de declarar contra pariente: (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)», *Diario La Ley*, núm. 7577, 25 Feb. 2011, Año XXXII, Ref. D-89, p. 56.

Los hijos pueden ser a su vez víctimas del delito, testigos directos de los hechos acaecidos y testigos de referencia de lo transmitido por la víctima. El interrogatorio a los mismos debe realizarse con suma cautela ante la posible victimización secundaria que puede llegar a producirse cuando el menor toma contacto con el sistema de justicia penal<sup>46</sup>. El daño psíquico al que puede exponerse puede producir consecuencias muy perversas en su proceso de formación<sup>47</sup>; lo que se acentúa enormemente en aquellos supuestos en los que el menor mantiene con el acusado una relación de parentesco. Además, tengamos en cuenta que en muchas ocasiones, los menores no son solo víctimas indirectas de la violencia intrafamiliar sino que también son víctimas directas.

En primer lugar, se debe plantear la necesidad real de obtener información del menor y la posibilidad de que pueda ser obtenida por otras fuentes probatorias ajenas al mismo. De modo que ante un riesgo elevado de victimización, mientras que la trascendencia de la información que pueda aportar no sea suficiente o pueda accederse a la misma por otras vías, debe prescindirse de su colaboración, especialmente en aquellos supuestos en los que la edad del menor sea muy temprana.

Tomada la decisión de la necesidad de recurrir al testimonio del menor, efectuada la ponderación de intereses correspondiente, el respeto del interés superior del menor exige una serie de medidas protectoras que mermen los riesgos derivados de la victimización

---

<sup>46</sup> No existe un mínimo de edad establecido en la ley para declarar en juicio, por tanto queda a discreción del tribunal solicitar la declaración de un menor cuando considere que puede proporcionar datos relevantes para la solución del conflicto, siempre y cuando tal intervención no le suponga un riesgo o trastorno.

<sup>47</sup> *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores víctimas», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005, pp. 265-299.

Tal y como señaló la Circular 3/2009, de 10 de noviembre, sobre Protección de los Menores Víctimas y Testigos, está comúnmente reconocido que los ritos procesales y la configuración de una sala de vistas no son el marco adecuado para que un menor de corta edad pueda testificar aportando información relevante sobre los hechos, tanto más si el niño-testigo es además víctima de hechos graves, pues no está en condiciones de testificar en el acto de la vista sobre hechos ocurridos años antes. Un menor de corta edad no puede asumir emocionalmente, conforme a los principios de la psicología evolutiva, los requerimientos de un interrogatorio contradictorio. En fin, está afectado profundamente en su desarrollo madurativo, de modo que es contraproducente obligarle en el juicio a reconstruir experiencias traumáticas ocurridas, desde su percepción temporal, en momentos muy lejanos.

secundaria, respetando al mismo tiempo los derechos y garantías procesales del investigado<sup>48</sup>.

En la práctica de nuestros Tribunales se ha considerado necesario evitar que el menor declare en reiteradas ocasiones a lo largo del proceso penal, justificado en la protección de su integridad psíquica y moral y en el intento de evitar su victimización secundaria, lo que viene avalado tanto por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, como por los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos de los menores de edad, especialmente por la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989<sup>49</sup>. Estas normas establecen claramente que debe primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, de manera que los poderes públicos deben protegerlo mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo<sup>50</sup>.

En este sentido, y a pesar de no haber contado con una jurisprudencia uniforme, se ha admitido en numerosas ocasiones la posibilidad de reproducir en el juicio la declaración del menor efectuada en fase sumarial. Dado el difícil equilibrio existente entre la protección del menor y la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en un proceso penal, se ha venido apelando una intervención

---

<sup>48</sup> Como han manifestado HERNÁNDEZ GARCÍA y MIRANDA ESTRAMPES, la cuestión del acceso de la información que pueden aportar los menores victimizados al proceso constituye uno de los problemas más agudos, pues junto a la indeclinable garantía efectiva de los derechos de defensa de la persona inculpada no puede renunciarse a la protección de la indemnidad moral y psíquica de los menores de corta edad, que presentan especiales tasas de vulnerabilidad. No puede desconocerse el derecho del inculcado a un proceso justo y equitativo pero tampoco puede despreocuparse de la protección efectiva de la salud física y psíquica de aquellos que intervienen en el mismo como víctimas especialmente vulnerables del delito. «¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (A propósito de la STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)», *Diario La Ley*, núm. 6335, Sección Doctrina, 7 de Octubre de 2005, Ref. D-225, p.1.

<sup>49</sup> En este sentido, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, en su artículo 24 proclama que «en las investigaciones penales, todas las tomas de declaración a las víctimas menores de edad puedan ser grabadas por medios audiovisuales y estas declaraciones grabadas puedan utilizarse como elementos de prueba en procesos penales».

<sup>50</sup> Esta línea está en consonancia con la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002 así como a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005, en el asunto Pupino.



legislativa que regulara expresamente esta posibilidad<sup>51</sup>. A dicho reclamo ha atendido la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima que ha reformado el artículo 730 LEcrim regulador de esta cuestión.

El nuevo artículo 730 LEcrim ha quedado redactado de la siguiente manera<sup>52</sup>: «Podrán también leerse **o reproducirse** a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, **y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección**». De modo que este precepto ya no se limita a contemplar la posibilidad de que sean leídas en el plenario las diligencias practicadas en el sumario que no puedan ser reproducidas en el juicio oral, sino que además, también podrán ser leídas o reproducidas las declaraciones de las víctimas menores en fase de instrucción (a pesar de que éstas sí puedan ser reproducidas en el juicio oral)<sup>53</sup>. En todo caso, pensamos que lo más prudente, de modo que la declaración del menor pueda someterse a debate de las partes ante el juez, será que se grabe la misma y posteriormente se reproduzca en el juicio oral, y no se limite a proceder a su mera lectura como, sin embargo, sí permite la nueva redacción del artículo 730 LEcrim.

Adviértase que este precepto señala que «podrán» leerse o reproducirse..., sin resultar imperativo proceder en tal sentido. Por tanto, tendrá que ser el juez quien determine una opción u otra sobre la

---

<sup>51</sup> Entre otros, MAGRO SERVET, V., «Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de instrucción en los delitos contra la libertad sexual», *Diario La Ley*, N.º 6972, Sección Doctrina, 20 de Junio de 2008, Año XXIX, Ref. D-193 y BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., «Valor de la declaración de la víctima menor de edad en la fase de instrucción del proceso penal español», *Diario La Ley*, n.º 7106, Sección Tribuna, 3 de Febrero de 2009, Año XXX, Ref. D-32.

<sup>52</sup> La negrita es mía y resalta lo que se ha incorporado con la reforma.

<sup>53</sup> De todas formas, la protección a ultranza del menor no debe desatender derechos constitucionales del imputado en un procedimiento penal como son, el derecho de defensa o el derecho a un proceso con todas las garantías. Resulta esencial que en la declaración del menor prestada en fase de investigación, se asegure la posibilidad de contradicción entre las partes, como principio esencial del proceso penal. En este sentido, se debe garantizar, tal y como prevé el artículo 448 LEcrim al que se remite el nuevo artículo 730 LEcrim, la presencia del abogado del acusado en el acto de recibir la declaración, de modo que pueda formular al menor las preguntas que se estimen oportunas, a través del experto si asistiere.

base de las peticiones de las partes. Para ello, será conveniente que, siempre en aras de la mayor efectividad de los derechos de defensa del acusado, tal decisión venga avalada por un dictamen pericial que desaconseje la declaración del menor en el juicio oral por ser susceptible de causarle graves perjuicios. Dicha declaración, en caso de practicarse, debe realizarse con el respeto de las previsiones necesarias para proteger al menor. En este sentido, la intervención de los menores de edad en el juicio oral en un proceso penal tiene un tratamiento específico, que básicamente puede resumirse en los siguientes condicionantes:

- a) Se permite la presencia de expertos (psicólogos u otros profesionales) en la declaración judicial de un menor así como del Ministerio Fiscal, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios. Además, con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible (art. 433.2 LECrim).
- b) Se permite que el juez acuerde la grabación de la declaración del menor; lo que, hasta el momento, no implicaba que fuera sustituida dicha diligencia por la declaración del menor en el plenario, permitiéndose que fuera reproducida el día del juicio, principalmente para contrastarla con la prestada en el juicio oral (art. 433.2 *in fine* LECrim).
- c) Se debe evitar la confrontación del menor con el acusado. Para tal fin, se regula en diversos preceptos de la LECrim la preceptiva declaración de los menores por videoconferencia o cualquier otro mecanismo que evite la confrontación visual con el acusado (arts. 488, 707 y 731bis LECrim)<sup>54</sup>.
- d) No se practicarán careos con menores, salvo que el juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés del menor (art. 455 LECrim).

---

<sup>54</sup> Ya no resulta preceptiva, sin embargo, la elaboración de un informe pericial que determine la necesidad de que la declaración del menor se preste evitando la confrontación visual con el acusado.

## 4. La prueba pericial médica

La violencia de género repercute seriamente en la salud de las víctimas, por lo que es elevada la probabilidad de que las mujeres víctimas de dicho maltrato acudan a los centros sanitarios, ya sea a los servicios de atención primaria o a los servicios de urgencia<sup>55</sup>. El informe médico en el que se constatan las lesiones de la víctima, dada la dificultad probatoria imperante en este tipo de delitos, puede resultar fundamental a la hora de corroborar la declaración de la víctima y disipar cualquier sombra de duda sobre lo manifestado por ésta. Además, cuando se incoa un proceso por violencia de género, será frecuente que se solicite al médico forense<sup>56</sup> que explore a la víctima y examine los posibles daños físicos o psíquicos que haya podido sufrir.

### 4.1. Los informes médicos

Los informes médicos pueden describir tanto las lesiones físicas como las psíquicas que presenta la víctima en el momento inmediato a los hechos o en un momento posterior —si las secuelas todavía perduran—<sup>57</sup>. En todo caso, los informes médicos que acreditan la efectiva existencia de unas lesiones, sin embargo no demuestran quien ha sido el autor de las mismas ni el modo en que han podido ser ocasionadas. De manera que debemos tener presente que únicamente objetivan la realidad del daño que se ha producido pero no el origen o causa del mismo.

Entendemos que un informe del médico que ha asistido a la víctima en los momentos posteriores a una agresión física, puede llegar

---

<sup>55</sup> Según la Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer de 2015 del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el 45% de las mujeres que han sufrido violencia física y/o sexual, o miedo, han recurrido a un servicio médico, legal o social para pedir ayuda. De éstos, el 29,2% ha acudido a su psicólogo y el 22,3% a un centro médico. En total, el 37,2% de las mujeres que han sufrido violencia física, y/o violencia sexual y/o miedo de su pareja o expareja han acudido a algún servicio médico o psicológico.

<sup>56</sup> Funcionario de Carrera que desempeña funciones de asistencia técnica a los juzgados, independientemente de su dependencia orgánica de los Institutos de Medicina Legal, Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

<sup>57</sup> Debemos tener en cuenta que cuanto más cercano al momento de la agresión sea el examen que se practica en la víctima, más certero podrá resultar el informe que se proponga como prueba pericial en el juicio, por ello resulta conveniente que a la mujer se le asista y se le explore con la mayor inmediatez posible.

a ser una prueba contundente que corrobore firmemente la versión de la víctima. Por ello, destacamos la conveniencia de que en los procesos por violencia de género, la exploración por parte del médico pueda practicarse de manera anticipada en aquellos casos en los que se entienda que si se lleva a cabo en un momento posterior, no se podrán apreciar las lesiones que contra ella se han ejercido<sup>58</sup>.

La violencia psíquica es más difícil de probar. Para ello, se solicitará un informe al médico forense que acredite la existencia de una relación de causalidad entre el menoscabo psíquico de la víctima y la conducta/s realizada/s por el agresor. La causación del menoscabo psíquico que exige el delito de violencia psíquica —ya sea ocasional del artículo 153.1 o habitual del artículo 173.2 CP—, requiere del concurso de peritos especializados que den fe de la lesión psíquica y corroboren la relación de causalidad existente entre dicha lesión y las conductas desarrolladas por el agresor. Esta lesión psíquica puede producirse a través de una sucesión de hechos que aisladamente considerados y descontextualizados pueden parecer insignificantes para alcanzar relevancia penal, pero que en conjunto pueden llegar a integrar el elemento típico del delito de violencia psíquica habitual<sup>59</sup>.

Para la acreditación del delito de maltrato psicológico, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer deben ser asistidos por las Unidades de valoración forense integral que, integradas por un equipo multidisciplinar de facultativos compuesto por médicos, forenses, psicólogos y trabajadores sociales, deben reconocer a la víctima y emitir el correspondiente informes.

El informe pericial que emite el médico no vincula directamente al juez a la hora de dictar sentencia, sino que podrá apreciarlo según las reglas de la sana crítica. De este modo, el análisis del informe médico corresponde al órgano sentenciador que debe proyectar su juicio valorativo sobre el contenido del dictamen y someterlo a una revisión crítica conforme a la naturaleza y características del dictamen y la materia sobre la que recae. Reiterada jurisprudencia del

---

<sup>58</sup> En todo caso, si la diligencia pericial practicada en el procedimiento preliminar no fuera reproducible como prueba en el acto de la vista oral, dadas sus circunstancias, podrá adquirir carácter de prueba preconstituida si habiéndose llevado a efecto con cumplimiento de todos sus requisitos y garantías no fuera impugnada o se aportara contrapuesta con tal intención, como sucede con un examen ginecológico en presuntos delitos de violación. MONTÓN REDONDO, A., «La prueba, 2», *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 329.

<sup>59</sup> LAGUNA PONTANILLA, G., *Los procesos ante los juzgados de violencia sobre la mujer*, Tesis doctoral (BANACLOCHE PALAO, dir.), Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 534.

Tribunal Supremo señala que no existen reglas legales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, ya que ha de tenerse en cuenta la libertad e independencia que asiste al Tribunal con relación a la apreciación del contenido de los informes periciales<sup>60</sup>

En el caso concreto de las agresiones sexuales, tal y como señala el Protocolo Común para la actuación sanitaria contra la violencia de género<sup>61</sup>, la toma de muestras resulta de vital importancia para el esclarecimiento de los hechos y debe llevarse a cabo lo más pronto posible. De no ser realizada dicha toma por el Médico Forense, se tendrá que asegurar la cadena de custodia para que las muestras obtenidas tengan valor jurídico, esto es, el responsable de la toma y el del transporte de la muestra hasta el servicio médico-forense del Juzgado de Guardia, deben plasmar documentalmente su identidad, la relación exacta de las muestras obtenidas y remitidas, quedando constancia de la persona a la que se realiza la entrega en las dependencias médico-forenses.

Resta por señalar, que los médicos que han explorado a la víctima pueden ser reclamados para declarar el día del juicio. Se les puede llamar para esclarecer hechos, contestar preguntas y repreguntas que se le formulen en relación con el informe que han emitido, etc., especialmente en aquellos casos en los que existe discrepancia entre las pericias realizadas.

#### *4.2. La proposición de la prueba pericial respecto de la veracidad de la declaración de la víctima*

Para valorar la verosimilitud o sinceridad de la declaración de la víctima, cada vez resulta más frecuente la proposición de la prueba

---

<sup>60</sup> STS de 1 de febrero (RJ 1982\368) y STS de 13 de julio de 1984 (RJ 1984\4673).

<sup>61</sup> El 23 de abril de 2007 se presentó el primer Protocolo Común para la actuación sanitaria ante la violencia de género por la Comisión contra la violencia de género del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (SNS) del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con el objetivo de proporcionar unas pautas de actuación homogéneas en los casos de violencia contra las mujeres, tanto en la atención y seguimiento, como en la prevención y diagnóstico temprano. La finalidad última de dicho Protocolo, es ofrecer orientaciones al personal sanitario del SNS para la atención integral —física, psicológica, emocional y social— a las mujeres que sufren violencia de género y que acuden a un centro sanitario. En el 2012 se presentó una nueva edición del Protocolo, cuyo último capítulo se refiere al parte de lesiones e informe médico que debe enviarse a los Juzgados.

pericial psicológica. Consiste en que un perito lleve a cabo un estudio de la víctima en el que analice sus rasgos psicológicos.

La prueba pericial psicológica es una prueba distinta a la declaración de la víctima, a la que no puede sustituir y que corresponde con exclusividad al juez y no al perito. De modo que es el tribunal quien debe determinar el grado de credibilidad del testimonio de la víctima realizado en su presencia, cuyo grado de verosimilitud, sobre la que recae la pericial psicológica, es un elemento más a tener en cuenta a la hora de proceder a dicha valoración.

Como ha declarado MAGRO SERVET, es necesario valorar, cuando se propone esta prueba, la necesidad de su práctica a fin de no elevar el padecimiento de la víctima en su obligación de declarar. Además, la pericial psicológica es un complemento que debe ser valorada de igual modo por el juez o tribunal penal que el resto de las pruebas, sin que sea decisiva o tenga el carácter de prueba tasada<sup>62</sup>. Como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de septiembre de 2003<sup>63</sup>, la credibilidad de un testigo no es un hecho científico aunque sí un instrumento de ayuda a la valoración de la prueba testifical que el tribunal debe percibir de forma inmediata, atento al contenido de la declaración, tanto en lo referente a lo relatado por el testigo, como a la seguridad de su afirmación, reacciones que provoca etc. En esa función no puede ser sustituido por un perito aunque los criterios que proporciona pueden ser tenidos en cuenta. De modo que, se trata de una herramienta que puede ser utilizada por el tribunal para conformar una convicción, pero sin llegar a sustituirle en esa función<sup>64</sup>.

Realizado el informe psicológico, en fase de juicio oral, podrá llamarse al perito para que las partes puedan interrogarle acerca de su contenido.

---

<sup>62</sup> MAGRO SERVET, V., «La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio)», *Diario La Ley*, N.º 7013, Sección Doctrina, 16 Sep. 2008, Año XXIX, Ref. D-260, p. 13.

<sup>63</sup> STS núm. 1165/2003 de 18 septiembre, (RJ 2003\6270).

<sup>64</sup> En este sentido, la sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2010 (RJ 2010, 3818) señaló que los estudios psicológicos sobre la veracidad de los testimonios de las víctimas cuando son favorables a ella no implican que haya de creer el Tribunal a la testigo, ni que no haya de hacerlo cuando el dictamen apunta a la fabulación, pues a los Jueces compete medir y valorar el alcance probatorio de los testigos como parte esencialísima de su función juzgadora. Pero es claro que ilustran científicamente acerca de determinados rasgos de la personalidad del testigo. Por lo tanto, lo relevante en esos estudios es la posible detección de la tendencia fabuladora, que es, en cuanto patología o rasgo perceptible para un experto, lo que tiene significación cuando existe y se diagnostica en la pericia.

## 5. Otras pruebas

Además de las pruebas de la declaración de la víctima, testifical y pericial, a las que hemos hecho referencia, también podemos encontrarnos con otros tipos de prueba en un proceso penal incoado por delitos de violencia de género, aunque no sean las más comunes. Nos estamos refiriendo a la declaración del acusado, a la prueba indiciaria y a la prueba documental, a las que vamos a dedicar este capítulo.

### 5.1. La declaración del encausado

La declaración del encausado también debe ser tenida en cuenta por el juez. Éste puede intervenir en el proceso manifestando lo que considere conveniente sobre los hechos y su posible participación en los mismos, defendiéndose, negando lo ocurrido o incluso conformándose. La práctica ha demostrado, sin embargo, que son múltiples las ocasiones en las que el propio acusado se niega a declarar, acogiéndose a su derecho a guardar silencio (arts. 118.1.g) y 520.2.a) LECrim).

En este último caso, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido la validez constitucional de la denominada doctrina *Murray* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)<sup>65</sup>. En principio, no puede ser usado el hecho de que el acusado haya guardado silencio como un indicio incriminatorio, sin embargo, el TEDH ha considerado que no se vulneran los artículos 6.1 y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a guardar silencio y derecho a no contribuir a su propia incriminación), cuando el tribunal realiza una inferencia contraria al silencio, si en función de las pruebas ya practicadas, cabe esperar del imputado una explicación<sup>66</sup>.

Consideramos que esta doctrina puede resultar aplicable a los casos de violencia de género, en los supuestos en los que frente a la contundencia de las pruebas incriminatorias, el acusado no proporcione ninguna explicación verosímil, por ejemplo, sobre el estado

<sup>65</sup> STEDH John Murray contra Reino Unido de 8 febrero 1996, (TEDH 1996\7).

<sup>66</sup> En esta línea, el TC ha manifestado en su sentencia núm. 202/2000 de 24 julio (RTC2000\202) que «puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación».

de ansiedad y lesiones que presentaba la víctima en el lugar de los hechos. Sin embargo, la eficacia operativa de la mencionada doctrina resulta más bien escasa, pues como señala MIRANDA ESTRAMPES, por un lado, nunca puede actuar a modo de inversión de la carga de la prueba, lo que sería contrario a las exigencias dimanantes del derecho fundamental a la presunción de inocencia y, por otro lado, presupone la concurrencia de un bagaje probatorio por sí mismo suficiente, autorizando únicamente al órgano sentenciador a robustecer la verosimilitud de la teoría del caso presentada por la acusación ante la ausencia de toda explicación fáctica alternativa por parte del propio acusado o ante la carencia de verosimilitud de su relato alternativo o coartada<sup>67</sup>.

También puede ocurrir, aunque no sea lo más frecuente, que abierto el juicio oral, el acusado admita su culpabilidad sobre el delito de violencia de género que se le imputa. Esta actuación no es una confesión, sino más bien un intento de conformidad, de ahí que se afirme que su intervención en este acto no es medio de prueba, aunque pueda tener eficacia probatoria<sup>68</sup>. Ante la ausencia de la mencionada conformidad, debe comenzar la primera prueba a practicar, que es el interrogatorio al acusado y en donde podrá adoptar las siguientes conductas: contestar de manera exculpatoria, negarse a contestar acogiéndose a su derecho a guardar silencio o aceptar los cargos de los que se le acusan.

Llama la atención que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la víctima- testigo, nuestra doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, sí conceda excepcionalmente cierto valor de prueba, a las declaraciones autoincriminatorias de los presuntos responsables de los hechos en fase sumarial del proceso, no ratificadas posteriormente en el juicio oral<sup>69</sup>. Respecto del silencio del acusado se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 diciembre de 2007<sup>70</sup>, declarando expresamente que «el silencio del acusado si puede entenderse como contradicción a los efectos del artículo 714 LECrim, pues en principio hay que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere se extiende a toda conducta que jurídicamente

---

<sup>67</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M., «Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género», cit., p. 464.

<sup>68</sup> BARONA VILAR, S., La prueba (II), *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 403.

<sup>69</sup> Vid., entre otras, STS núm. 1106/2005, de 30 septiembre de 2005 (RJ 2005\7157).

<sup>70</sup> STS núm. 1276/2006 (RJ 2007\387).



pueda ser considerada contraria a su referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculporatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una «contradicción» a los efectos del art. 714 LECrim». En un sentido similar, también se ha admitido la aplicación del artículo 730 LECrim para introducir las declaraciones sumariales del acusado en fase de plenario<sup>71</sup>. A raíz de tales interpretaciones, diversos autores han reclamado un traslado de esta doctrina jurisprudencial al caso de las víctimas-testigos de violencia de género<sup>72</sup>.

## 5.2. La prueba indiciaria

Siendo múltiples las ocasiones en las que la víctima de violencia de género permanece en silencio en fase de juicio oral y, por tanto, no contamos con otras pruebas de cargo, también podemos afirmar que nos encontramos ante un escenario en el que la prueba indiciaria o de presunciones puede resultar eficiente.

Al igual que ocurre con los testimonios de referencia, la prueba indiciaria suele resultar esencial en esta clase de procesos, en cuanto prueba indirecta, dirigida a acreditar la certeza de unos hechos o indicios, que por sí mismos no son constitutivos de delito, pero de los cuales puede inferirse la comisión del delito y la participación del acusado, por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trata de probar<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Como ocurre en la STS núm. 203/2007, de 13 marzo (RJ 2007\2139).

<sup>72</sup> ORTEGA CALDERÓN, considera que, *mutatis mutandi*, se trata de la misma posición del acusado que, autoinclinándose con asistencia de letrado en el atestado inicial, se retracta o simplemente se acoge con posterioridad a su derecho a no declarar. En tales hipótesis por definición, al igual que en el supuesto que se analiza, el acusado está a disposición del Tribunal, procediendo a ejercitar su derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a guardar silencio, consagrado en el art. 24 CE. Si la introducción de las declaraciones autoinclinatorias válidamente prestadas en el atestado se admite por los órganos jurisdiccionales, aunque implique vaciar de contenido un derecho fundamental con reconocimiento y formulación constitucional, debe admitirse la misma conclusión respecto de la dispensa a parientes de la obligación de declarar en tanto que derecho reconocido constitucionalmente pero remitido a su configuración legal ulterior. «La superación procesal del ejercicio por la víctima de violencia de género de la dispensa legal a declarar», cit., p. 11.

<sup>73</sup> LAGUNA PONTANILLA, G., *Los procesos ante los juzgados de violencia sobre la mujer*, cit., p. 595.

La prueba indiciaria, que adquiere protagonismo en este contexto de ausencia de declaración de la víctima, extiende su ámbito de eficacia a los supuestos en que exista aquella declaración como única prueba de cargo. Recordamos que una de las notas a considerar a la hora de valorar la verosimilitud del testimonio de la víctima es la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo; estas corroboraciones están constituidas, en un elevado número de ocasiones, por hechos que no son más que indicios<sup>74</sup>.

Este método probatorio ha sido aceptado constitucionalmente por nuestro Tribunal Constitucional, como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. De modo que, a falta de prueba directa de cargo, también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2.º) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3.º) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y 4.º) Que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común<sup>75</sup>.

En el propio artículo 386 LEC se describe el funcionamiento de este método probatorio del siguiente modo: «A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción».

Los indicios pueden obtenerse de fuentes de prueba ajenas a la declaración de la víctima. De modo que la combinación de la información proporcionada por amigos, familiares o vecinos, por los propios policías que acudieron al lugar de los hechos, entre otros, junto al parte médico acreditativo de las lesiones proporcionado por el médico que atendió en urgencias a la víctima en los instantes pos-

---

<sup>74</sup> EXTEBERRÍA GURIDI, J.F., «Particularidades probatorias en el proceso de violencia de género», *Los Juzgados de violencia sobre la mujer*, (ORDEÑANA GEZURAGA y ETXEBARRÍA ESTANKONA, dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 384.

<sup>75</sup> STC núm. 111/2008 de 22 septiembre (RTC 2008\111).

teriores al acontecimiento de los hechos y, posteriormente el informe del médico forense, pueden constituir la base indiciaria que permita conducir a la conclusión incriminatoria de que las lesiones han sido ocasionadas por el acusado, incluso a pesar de la falta de corroboración o del silencio de la víctima en fase de juicio oral<sup>76</sup>.

Se trata de una prueba que puede servir de suma ayuda en los casos de silencio de la víctima, debiendo el juez valorar todos los posibles indicios incriminatorios que se le puedan plantear. Dado que en los delitos de violencia de género, es frecuente que la víctima que ha denunciado los hechos, posteriormente se retracte de los mismos, resulta imprescindible que se lleve a cabo una buena investigación inicial que permita recabar adecuadamente las fuentes de prueba que aporten al proceso los indicios pertinentes.

### *5.3. La prueba documental*

Debido a la probable falta de colaboración efectiva por parte de la víctima de violencia de género a lo largo del procedimiento y a la privacidad del entorno donde la violencia se desarrolla, se hace preciso que se prepare y aporte al juicio oral toda la prueba que sea posible<sup>77</sup>. Así, además de las pruebas a las que hemos ido haciendo referencia a lo largo de este trabajo, será conveniente aportar la prueba documental que conste en manos de las partes.

Como prueba documental en los procesos incoados por hechos constitutivos de delitos de violencia de género, podemos encontrar una amplia variedad de documentos, tales como: las denuncias que la víctima haya podido interponer en contra de su agresor (aunque hayan sido archivadas) o sentencias anteriores; las fotografías aportadas por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuantes, por el médico que atiende a la víctima o incluso por la propia víctima y que evidencien las lesiones sufridas; los mensajes que el supuesto agresor haya enviado a la víctima amenazándola o insul-

---

<sup>76</sup> Ejemplo de prueba indiciaria en caso de silencio de la víctima de malos tratos puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 625/2007 de 12 julio (RJ 2007/5109). El Tribunal estimó que las declaraciones testificales que probaron la huida de la mujer del domicilio, las lesiones graves que presentaba, el pedido de auxilio en forma desesperada, el estado de pánico en el que se encontraba al abandonar precipitadamente el domicilio, etc., todas estas circunstancias constituyen indicios que han sido constatados por prueba testifical directa. Estos indicios autorizan a inferir la autoría de las lesiones de la víctima y, sobre esta base, inculpar al acusado.

<sup>77</sup> Conclusiones del Seminario de Fiscales Delegados celebrado en el 2005.

tándola a través de dispositivos móviles, electrónicos o tradicionales, grabaciones de imágenes o de voz, etc.

Algunas de estas pruebas documentales deben practicarse de manera anticipada al juicio oral durante la fase de instrucción. Esto es lo que ocurre, a título de ejemplo, con la lectura de los mensajes o *whats app* de un teléfono móvil o con los correos electrónicos que el presunto agresor ha enviado a la víctima amenazándole e insultándole<sup>78</sup>. El órgano judicial no esperará hasta el día del juicio oral, sino que procederá a su lectura en cuanto tenga conocimiento de los mismos, al mismo tiempo que oficiará a la compañía de teléfonos o servidor correspondiente para que compruebe la identidad del emisor de tales mensajes<sup>79</sup>.

Si los documentos fueron incorporados en fase de instrucción, se deben dar por reproducidos, con su precedente lectura, en el acto de la vista. Las partes también podrán aportar nuevos documentos hasta el momento del juicio oral, siempre y cuando claro ésta, sean admitidos por el juez.

## 6. Conclusiones

El vacío probatorio imperante en los procesos penales incoados por actos de violencia de género, que hemos demostrado a lo largo de este trabajo, se traduce ineludiblemente en un porcentaje muy elevado de sentencias absolutorias o archivos de la causa. Esta impunidad reclama soluciones de nuestro legislador.

El problema principal con el que nos encontramos reside en el elevado número de casos en los que la víctima se acoge en el juicio oral a su derecho a no declarar, lo que hace necesario que reflexionemos en primer lugar acerca del alcance del artículo 416 LECrim y la posibilidad de su reforma. Entendemos que la regulación de este precepto ha quedado desfasada en el tiempo. La realidad social presente difiere en gran medida de aquella existente cuando se pro-

---

<sup>78</sup> Cada vez resulta más frecuente que la declaración de la víctima sea corroborada por los mensajes recibidos vía whatsapp en su móvil por parte de su agresor; aportados como prueba documental a las actuaciones. Así se ha probado, a título de ejemplo, unos hechos constitutivos de un delito continuado de amenazas en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 909/2016 de 30 noviembre, (RJ 2016\6464).

<sup>79</sup> NAVARRO VILLANUEVA, C., «La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género», *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género, Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, (DE HOYOS SANCHO, M., Dir.), Lex nova, Valladolid, 2009, p. 478.

mulgó nuestra vetusta ley procesal penal, por lo que consideramos urgente que se acometa una reforma legal<sup>80</sup>. En este sentido, numerosas voces reclaman una pronta reforma del artículo 416 LECrim en el ámbito de los delitos de violencia de género, abogando por que la exención de declarar no se aplique cuando el testigo sea a su vez víctima del hecho delictivo, hubiera interpuesto la denuncia o se hubiera personado como acusación particular. Al respecto, uno de los primeros textos que manifestó públicamente la conveniencia de suprimir la dispensa de la obligación de declarar para las víctimas de violencia machista fue el *I Informe Anual del Observatorio Estatal de violencia contra la mujer* de julio de 2007. El último, ha sido la reciente propuesta de reforma formulada por el Observatorio contra la Violencia Doméstica de febrero de 2017. Sin embargo, como nos recuerda nuestro propio el Tribunal Supremo, las propuestas de corrección para restringir su alcance son vía *lege ferenda*, es decir, informes, recomendaciones, etc., pero no existe ninguna iniciativa legislativa que trate de solventar esta situación<sup>81</sup>.

En todo caso, conviene tener en cuenta los posibles efectos perniciosos que la supresión de las víctimas de violencia de género de esta exención puede llegar a conllevar, en el probable supuesto en el que decidan declarar contrariamente a lo vertido en sus declaraciones

---

<sup>80</sup> Tengamos en cuenta que las normas legales deben interpretarse conforme la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas (art. 3 Código Civil).

<sup>81</sup> Sentencia núm. 703/2014 de 29 octubre, (RJ 20145422).

Autores como ORTIZ PRADILLO, J.C., entienden que esta reforma no debe quedar limitada al enjuiciamiento de la violencia de género, sino que debería ampliarse a todos los delitos en donde el testigo que pretender hacer uso de la dispensa del art. 416 LECrim sea la víctima del delito o haya sido el

impulsor de la iniciación de la investigación de los hechos con su denuncia o que-rella. Y en apoyo de esta exégesis que negaría a la víctima la aplicación de la dispensa podría sostenerse como argumento el que el actual art. 433 LECrim, redactado por el apartado once de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, establece un status especial para la declaración del testigo que tenga la condición de víctima del delito, que podrá hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, cosa que no sucede con cualquier otro testigo. Esta diferenciación entre «testigo» y «testigo-víctima» que habilita ahora el art. 433 podría permitir la reinterpretación del art. 416 LECrim. En el sentido de que se refiere al testigo sobre el que pesa el deber de comunicar verazmente los hechos percibidos, salvo que el encausado sea un familiar, pero no se refiere a la víctima (testigo-víctima) que padeció tales hechos y que, en múltiples ocasiones, es quien motivó la persecución judicial de los mismos con su inicial denuncia. «Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima (1)», Diario La Ley, N.º 8697, Sección Doctrina, 8 de Febrero de 2016, Ref. D-55, p. 16.

iniciales, pudiendo en tal caso se acusadas por un delito de falso testimonio. Ejercer un paternalismo excesivo puede así reportar consecuencias nada deseables. De todos modos, la modificación legal que se propone no significa que de manera automática la víctima quede amenazada de ser seguida por delito de desobediencia o de falso testimonio, puesto que, además de que sería el juez en cada caso el que decidiera deducir el correspondiente testimonio, podrían serle aplicables circunstancias eximentes del tipo de estado de necesidad o miedo insuperable o introducirse una excusa absolutoria para esta conducta<sup>82</sup>.

Tal vez la mejor opción sería entonces la de respetar la decisión de la testigo-víctima que ejerce de manera responsable su derecho, pero apoyada por un sistema que proporciona a la víctima los recursos necesarios para salir de la situación de maltrato en la que se encuentra inmersa<sup>83</sup>. Hasta que se lleven a cabo tales reformas, tratar de paliar este problema de manera aislada por la vía punitiva es un error, que conlleva numerosos fracasos. Consideramos de extrema importancia la formación en la materia que deben recibir todos aquellos que intervienen en un proceso por delitos de violencia de género, en aras a que se elaboren estrategias para que las víctimas que llegan a dar un primer paso consigan mantener su denuncia, con el apoyo psicológico necesario, si lo necesitan. Compartimos con CASTILLEJO MANZANARES, que lo deseable no es obligarle a la víctima declarar, sino que las Administraciones competentes en esta materia incrementen las medidas materiales y humanas de atención a la víctima para evitar que se ampare en este derecho por cuestiones distintas a su voluntad<sup>84</sup>. Es necesaria la protección de la víctima durante el lapso de tiempo que sucede entre la comisión del hecho delictivo y su declaración en el juicio, ante la probabilidad de que sea sometida a coacciones, amenazas o presiones provenientes tanto del propio agresor como de aquellos que conforman el entorno personal y familiar de la pareja o expareja. La adopción de medias tanto procesales como extraprocesales dirigidas a proteger a la víctima resulta, por tanto, fundamental.

---

<sup>82</sup> SÁNCHEZ ALFONSO, J.C., «La dispensa de la obligación de declarar como testigo de la víctima- denunciante en los delitos de violencia de género. Una perspectiva para la reforma del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Diario La Ley*, n.º 8778, Sección Doctrina, 8 de junio de 2016, Ref. D-232, p. 10.

<sup>83</sup> Criminalizar la conducta de quien puede actuar paralizado por el miedo parece desproporcionado. NAVARRO VILLANUEVA, C., «La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género», cit., p. 482.

<sup>84</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., «La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, núm. 26, 2009, p. 138.

Resulta criticable la postura de muchos jueces que ante la ausencia de pruebas de cargo no indagan en las causas del silencio de la víctima y concluyen con una absolución del acusado. Si únicamente se cuenta con un testigo, presunta víctima de violencia de género, que bien se mantiene en silencio durante el juicio oral, bien se desdice de sus declaraciones iniciales vertidas en fase de instrucción, los jueces deben agudizar su ingenio e indagar acerca de las posibles causas de tal comportamiento. En los procesos por violencia de género, deviene esencial que se lleve a cabo una labor investigadora policial y judicial minuciosa, de modo que se aporten a la causa, todas las fuentes probatorias que puedan ser útiles en fase de juicio oral, como pueden ser la prueba documental consistente en partes médicos, testificales directas o de referencia, de agentes de la autoridad, familiares o vecinos, etc. En definitiva, recabar el acervo probatorio suficiente para contar con un material probatorio óptimo que sustente una acusación firme, a sabiendas de que puede suceder que la víctima no declare<sup>85</sup>.

El debate lleva ya unos años candente y muy poco se ha avanzado desde que se publicaron las primeras voces críticas en contra del difícil encaje de la dispensa de declarar en los procesos por violencia de género<sup>86</sup>. La reforma se está haciendo esperar en demasía. Ojalá nuestro legislador, aunque tarde, no desoiga estas propuestas de reforma.

---

<sup>85</sup> En este sentido, la LO 1/2004 prevé la articulación de protocolos de actuación que, entre otros objetivos, traten de garantizar la actividad probatoria en estos procesos.

<sup>86</sup> MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la Violencia de Género la dispensa de «declarar contra» sus agresores, (art. 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?», cit.

