



Ius et Praxis
ISSN: 0717-2877
ISSN: 0718-0012
Legal Publishing Chile

Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*

Martín Diz, Fernando

Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018

Legal Publishing Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19758439002>

Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*

Presumption of innocence in gender violence criminal proceedings

Fernando Martín Diz ¹ fmdiz@usal.es
Universidad de Salamanca, Spain

Resumen: La presunción de inocencia es un derecho fundamental reconocido a nivel universal. Diversos son los factores que pueden menoscabar este derecho de todo investigado y encausado. En los últimos tiempos la presión social ante determinados delitos condiciona el pleno respeto a la presunción de inocencia. Analizamos un supuesto específico del proceso penal en el cual la presunción de inocencia del encausado, por el tipo de delito de que se trata, violencia de género, queda directamente vinculada a la disponibilidad probatoria que, además, en estos específicos supuestos, presenta características propias.

Palabras clave: Prueba, presunción de inocencia, violencia de género, proceso penal.

Abstract: Presumption of innocence is a fundamental right recognized at a universal level. Various factors can undermine this right of all investigated and prosecuted. In recent times, the social pressure on certain crimes conditions the full respect for the presumption of innocence. We analyze a specific case of criminal proceedings in which the presumption of innocence of the accused, due to the type of crime in question, gender violence, is directly linked to the probatory availability that, in addition, in these specific assumptions, has its own characteristics.

Key words: Evidence, presumption of innocence, gender violence, criminal proceedings.

1. A modo de introducción: la tensión entre información y garantías procesales

Parafraseando la recordada canción del grupo musical español *Golpes Bajos*, son malos tiempos, no para la lírica, sino para la presunción de inocencia. Algo que cuesta entender cuando hablamos de un derecho humano y a su vez fundamental, constitucionalmente albergado en la totalidad de países democráticos, reconocido con las máximas garantías jurídicas no sólo a nivel nacional sino internacional. Más aún cuando se trata de una de las escasas instituciones jurídicas y procesales, que cualquier ciudadano común es capaz de invocar y desde su condición de lego, valorar y ponderar.

¿Qué puede estar menoscabando el derecho fundamental a la presunción de inocencia? posiblemente, entre otros factores de nuevo cuño, el entorno mediático de nuestra sociedad contemporánea. A nivel objetivo, determinados delitos son especialmente sensibles para la sociedad, bien por su dimensión, bien por su tipología, bien por afectar determinados bienes jurídicos e incluso, como es el caso particular que abordamos, por la condición de la víctima del hecho delictivo.

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018

Legal Publishing Chile

Recepción: 05 Agosto 2017

Aprobación: 08 Mayo 2018

Financiamiento

Fuente: Ministerio de Economía y Competitividad de España (Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016)

Nº de contrato: DER2015-67954-R

CC BY

Subjetivamente, adquieren gran repercusión y trascendencia social los delitos cometidos por determinadas personas, en función de su cargo, profesión, responsabilidades o relación con la víctima, o frente a determinadas víctimas, señaladamente aquellas conceptuadas como *especialmente vulnerables*. Si en un mismo delito, además, se acumulan ambas circunstancias, como puede ser el caso de la violencia de género, tanto en la parte objetiva (delitos que, por su tipología, socialmente están muy marcados) como en la subjetiva (singularmente en relación a la víctima de los mismos), el eco que producen es inmediatamente recogido en los medios de comunicación social y amplificado a la sociedad.

Lógicamente, no es nuestra posición condicionar, criticar o hacer un alegato contrario al derecho fundamental a la libertad de expresión y la libertad de prensa, que regula el art. 20 de la Constitución española y que abarca la información relacionada con un supuesto delito, pero sí es cierto que determinados contenidos, publicaciones, imágenes o juicios emitidos, cuando el asunto apenas está judicializado, cuando está pendiente una investigación judicial para la comprobación de la existencia de los hechos, de su carácter delictivo y de su autoría, puede condicionar, seriamente, la presunción de inocencia de quienes se vean afectados por una investigación judicial o sentados en el banquillo como encausados para un enjuiciamiento. El proceso judicial, investigando o enjuiciando, conlleva garantías tan relevantes como la presunción de inocencia, la exigencia de imparcialidad del juez o la defensa letrada, de las que no se goza en el “juicio mediático”, y que puede supeditar y coartar el futuro personal y procesal de esa persona.

La presión y el concepto social sobre un concreto delito puede incrementarse en función de comentarios, noticias, reportajes u opiniones, difundidos desde los medios de comunicación entre la sociedad, deparando un entorno de observancia y vigilancia generalizada sobre quienes profesionalmente (el personal jurisdicente) deben resolver delitos sensibles para la sociedad, complejos para su autor y acuciantes para la víctima y el ejercicio de sus derechos¹, sin perder de vista, ni un segundo, la presunción de inocencia de la persona a quien se atribuye la autoría del delito. Muchos juicios mediáticos son implacables y merman o incluso cercenan, de forma casi irrecuperable, la reputación de quien ha sido “señalado”, pese a un archivo de las diligencias iniciadas judicialmente o a una absolución judicial tras un proceso judicial con todas las garantías. Desgraciadamente entonces toma cuerpo el brocardo, asentado en la cultura latina, *difama que algo queda*.

Desde el derecho procesal, y muy particularmente, desde el catálogo de derechos procesales fundamentales que toda Constitución reconoce y protege con el máximo nivel posible, a través del acceso al amparo a los respectivos Tribunales Constitucionales o de Garantías Constitucionales, debe atenderse con el máximo rigor a la observancia del derecho a la presunción de inocencia, por muy execrable que sea el delito presuntamente cometido. Más aún cuando, y prosigo con mi alegato inicial en relación a la incuestionable incidencia que sobre ello ejercen los medios de comunicación social², el reflejo de todo

ello ha generado el concepto de “pena de telediarario”, antaño con un componente más jurídico y legal denominada “pena de banquillo”, y que temporalmente incluso se adelanta, a día de hoy, desde el juicio oral, en que efectivamente el todavía presunto inocente -hasta que haya sentencia de condena- aparece en la celebración de la vista ocupando el lugar reservado al actualmente denominado “encausado”, hasta el momento de la detención, casi retransmitida en directo y al segundo, del investigado por la comisión de un hecho delictivo. Conviene destacar desde ya, que el derecho a la presunción de inocencia abarca desde el momento en que se concreta la investigación judicial de una persona por su posible, presunta, participación en un hecho delictivo, y que, según jurisprudencia reiterada y consolidada además de normativa expresa al respecto, llega hasta el momento de la sentencia firme, es decir, aquella que ya no es recurrible a través de ningún medio de impugnación.

Lamentablemente muchos ciudadanos se ven gravemente perjudicados en el ejercicio y defensa de su presunción de inocencia por implacables juicios mediáticos³, llevados a cabo sin ningún tipo de garantía -de las que sí gozan en todo caso y sin cortapisas en el proceso judicial- y sobre todo, en muchos de los casos, sin conocer datos, hechos, indicios, testimonios, evidencias, pruebas, etc. Se condena, de antemano, antes siquiera de haber declarado ante el juez en la fase de investigación del proceso judicial, cuando todavía se está tratando de determinar si hay hechos, si revisten el carácter de delito y sin que aún, quizá, se haya determinado la posible participación y responsabilidad de la persona en cuestión en esos hechos. La mera circunstancia de declarar ante un juez, de comparecer ante la Fiscalía o de ser detenido, ya casi supone una condena social pública, con todo lujo de detalles, a través de los medios de comunicación⁴. Condicionantes todos ellos que entendemos hacen un flaco favor a la justicia y al justiciable. La presión popular agobia a los profesionales de la judicatura y la persecución personal derriba de forma casi implacable al, todavía en ese momento, investigado.

En muchos casos, distanciándose de las coordenadas del respeto a la legalidad y a los derechos fundamentales procesales⁵, ni siquiera se espera al juicio oral, a que al menos sobre la base de una atribución de posible responsabilidad en función de lo contrastado en la fase de instrucción se considere que hay elementos para enjuiciar (lo que antes suponía la pena de banquillo, el estar sentado en el banquillo de los acusados, con lo que ello dejaba en el bagaje del ciudadano aun cuando fuese declarado inocente con posterioridad).

Frente a todo ello, existen garantías procesales y derechos fundamentales que no deben ser olvidados, sin perjuicio del derecho a la libertad de información⁶. Situaciones procesales que se agrupan en torno al derecho fundamental a la presunción de inocencia y que tratan de equilibrar la débil posición del investigado (o encausado) quien, al menos a nivel social, se encuentra con todos los factores en su contra. Se otorga credibilidad casi automática a rumores, informaciones o especulaciones no suficientemente contrastadas ni avaladas con datos objetivos y veraces en relación a la comisión de un hecho delictivo, más que

a respetar escrupulosamente la presunción de inocencia, en tanto no haya una sentencia condenatoria, generando con ello una atmósfera a veces opresiva sobre el juzgador que menoscaba el ejercicio independiente de sus funciones jurisdiccionales, mediante una presión social y de medios de comunicación exacerbada en muchos casos sobre la propia persona del juzgador, siguiendo sus movimientos al minuto, sus entradas y salidas del juzgado y hasta los detalles más sagrados de su vida personal e íntima.

El presente trabajo pretende situar la exigible observancia al derecho a la presunción de inocencia, derecho fundamental constitucional al que todo ciudadano debe tener acceso en plenitud, en sus justos términos y de forma particularmente concreta en un ámbito delictivo de la máxima gravedad y trascendencia: la violencia de género. Además, para el refuerzo jurídico, aún más si cabe, del mismo, la Unión Europea, a nivel regional supranacional, ha aprobado la Directiva 2016/343, que los países miembros deben trasponer en los próximos dos años⁷, y que obliga a que tanto la Administración de Justicia como las Fuerzas y Cuerpos de seguridad “traten como inocentes” a todos los implicados en un proceso penal hasta que exista una culpabilidad firme. Desde el análisis general de la extensión del derecho a la presunción de inocencia se ahondará en cómo puede quedar condicionada la misma y la actividad probatoria en un fenómeno delictivo complejo, grave, delicado y mediático como es el de la violencia de género.

Finalmente, en este planteamiento introductorio del trabajo, hemos de recurrir a los datos disponibles en España, modelo que por su cercanía tomamos como ejemplo ilustrativo, y que pretendemos exponer de forma concreta sobre tres circunstancias vinculadas directamente al objeto de estudio:

a) De una parte los datos⁸ más globales y que nos señalan que en 2017 hubo 166.260 denuncias relativas a delitos de violencia de género en España (con un incremento del 16,4% interanual respecto a 2016), de las cuales la víctima se acogió a la dispensa legal de declarar como testigo, según habilita el art. 416 LECrim en 16.464 casos (descenso interanual de más de dos puntos porcentuales respecto a la misma situación en 2016), lo que supone un 10,41% del total. Las mujeres víctimas de violencia de género fueron 158.217 (incremento del 17,7%), de las que eran extranjeras 48.110, un 30,4%. Además, cabe destacar que algo más de un 69% de las denuncias presentadas lo fueron por la propia víctima, directamente en el juzgado o a través de atestados policiales. Las denuncias por intervención directa de la policía se sitúan en algo más del 15% de los casos. Sigue siendo muy bajo (sólo algo superior al 2% del total) el número de denuncias presentadas por familiares de la víctima. Los partes de lesiones recibidos directamente en el juzgado representaron algo más del 9% de las denuncias.

b) En segundo término, como referencia objetiva, y también ofrecida por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial (España) en su Informe de 2017, el número de sentencias de condena dictadas se eleva al 80,6% del total de personas enjuiciadas, considerando que del total de asuntos instruidos el 3,71%

derivó en un sobreseimiento libre, el 41,18% en un sobreseimiento provisional y el 2,35% en una sentencia absolutoria. Datos que pueden contrastarse en este momento en cuanto indican el alto número de condenas producidas, una vez sobrepasada la fase de instrucción, y el dato relevante de que casi el 50% de los asuntos instruidos en la materia no llegan a la fase de juicio oral. Los datos estadísticos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del CGPJ reflejan que, en el total del año, las sentencias dictadas fueron 49.165, de las que 33.146 fueron condenas y 16.019, absoluciones.

c) En último lugar, el dato extraído de la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado de España de 2016, relativo a lo que se conoce como “denuncias falsas”, y que la Fiscalía sitúa, respecto a 2015, en la incoación de 18 causas por denuncia falsa en materia de violencia de género, de las cuales 8 de ellas fueron archivadas o sobreseídas provisionalmente, 8 continúan en tramitación y en sólo dos casos dieron lugar a sentencia condenatoria (una de ellas con conformidad) lo que arroja el dato de que en relación al total de denuncias presentadas, sólo el 0,0015% fueron falsas⁹.

Con estos datos en la mano vamos a conjugar seguidamente los distintos elementos jurídicos en juego en relación al fenómeno de la violencia de género y los procesos penales subsiguientes, determinado, la aplicación de la presunción de inocencia a los presuntos agresores, circunstancia que como podemos contrastar de las estadísticas indicadas anteriormente, plantea una doble interpretación. De un lado el dato de que, al menos en España, casi la mitad de los procesos judiciales en materia de violencia de género no pasan a la fase de juicio oral, tras la pertinente instrucción por parte del juzgado -lo cual, considero, da fe del escrupuloso trabajo de los juzgados en la instrucción a fin de garantizar que existen indicios racionales de criminalidad frente al agresor que impliquen atribuirle la condición de encausado, y con ello el respeto a su presunción de inocencia-. Consecuencia de lo anterior es el otro dato a valorar. Mayoritariamente, una vez llegada la fase de juicio oral, se produce la condena del encausado, circunstancia esta que debe venir avalada por una actividad probatoria suficiente y de entidad frente al agresor, por tanto, de una prueba de cargo convincente y que supera y enerva la presunción de inocencia de que goza hasta la sentencia de condena. Por tanto, derecho a la presunción de inocencia, en su extensión y aplicación al investigado y encausado por delitos de violencia de género, y prueba (extensión, opciones y límites) son los dos ejes sobre los cuales articulamos nuestras valoraciones y reflexiones seguidamente.

2. El derecho fundamental a la presunción de inocencia en el contexto actual: la nueva directiva de la Unión Europea de 2016

El derecho fundamental a la presunción de inocencia goza, afortunadamente, de pleno reconocimiento nacional e internacional y de un fuerte e incontestable arraigo en el catálogo de garantías fundamentales

del justiciable. No sólo eso, sino que además la presunción de inocencia es un concepto procesal transversal y que se expande más allá de las fronteras jurídico-procesales, con fundamentos filosóficos, psicológicos e incluso culturales.

La presunción de inocencia, además de un derecho fundamental, supone una proyección objetiva, perfectamente delimitada por Picó y Junoy¹⁰, que opera como límite a la potestad legislativa y como criterio condicionante de las interpretaciones de las normas vigentes, desde un doble plano de eficacia. De una parte, en situaciones extraprocesales implicando el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos delictivos, y en otro sentido, estrictamente procesal y con influjo directo en el régimen probatorio, en cuanto que exige que toda condena deba ir precedida siempre de una actividad probatoria.

Con ello, la presunción de inocencia se ha configurado como regla de tratamiento¹¹ -primer supuesto anteriormente citado- y como regla de juicio -segunda circunstancia-. Se ha asentado por tanto, el hecho de que la presunción de inocencia impone que el investigado, y posteriormente encausado, disfrute de la condición de no culpable -inocente- hasta que no exista una condena judicial firme. No se detiene el influjo y pierde su efecto la presunción con la condena en instancia, en tanto pueda ser objeto de recurso, puesto que el condenado sigue manteniendo la presunción durante los recursos que se interpongan, admitan y hasta que se resuelvan. Además, es un derecho fundamental expansivo, en esta vertiente, y *erga omnes*. Es decir, todos los sujetos jurídicos y no jurídicos, han de respetar la presunción. Sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Medios de comunicación social, incluidos. De ahí al segundo parámetro: la presunción de inocencia determina la insoslayable necesidad del juzgador de motivar y justificar la condena sobre una actividad probatoria previa, legal (en tiempo, forma y ejecución) e indudable en sus resultados y apreciación para éste y dentro del marco de un proceso penal con todas las garantías y respetuoso con el derecho de defensa y el legítimo ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.

Respetar la presunción de inocencia es premisa indispensable para el funcionamiento adecuado y garantista de un proceso penal en un Estado democrático y de Derecho, en sintonía con las exigencias de los derechos humanos inherentes al ciudadano¹². Esta presunción se sustenta sobre una serie de requisitos que la caracterizan. A saber:

- a) Su propia naturaleza de presunción¹³ *iuris tantum*, y por tanto susceptible de ser desvirtuada a través de una legal y suficiente prueba de cargo¹⁴ que, a nuestro entender, no debe ser valorada en términos cuantitativos sino cualitativos.
- b) Su gestión y aplicación judicial dentro del entorno de imprescindibles garantías constitucionales y procesales que la legalidad exige, en relación con la actividad probatoria desarrollada a efectos de la determinación de la culpabilidad del encausado.
- c) La ausencia de la más mínima duda sobre la culpabilidad del encausado y en la certeza de que la íntima convicción del

juzgador¹⁵ para ello, no se asienta sobre meras sospechas, intuiciones o indicios no contrastados, sino que se sustenta exclusivamente sobre los resultados y valoración motivada de la prueba practicada en el proceso (fundamentalmente, pero no de forma exclusiva, en el acto del juicio oral¹⁶).

La determinación más concreta de la relación entre presunción de inocencia¹⁷ y culpabilidad nos la ofrece Taruffo, estableciendo que la presunción de inocencia, como derecho fundamental, implica una necesaria actividad probatoria, de carácter incriminatorio, obtenida y producida dentro de las exigencias constitucionales que permitan al juzgador llegar a la convicción de la constatación del hecho delictivo y de la participación del encausado en el mismo, llevando al juzgador al pleno convencimiento sobre la culpabilidad, sin ningún margen de duda¹⁸. Además, ha de ir acompañada la situación precedente de otras exigencias procesales tales como: la inexistencia de carga probatoria para el acusado en cuanto a demostrar su inocencia, la aplicación del principio *in dubio pro reo*¹⁹, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a guardar silencio sin que sea interpretado como elemento de culpabilidad o la no exigibilidad de prestar juramento en sus declaraciones.

Conceptualiza igualmente el derecho fundamental a la presunción de inocencia su irrevocabilidad por el ciudadano, quien no puede renunciar a su disfrute y ejercicio ni verlo quebrantado salvo con la sentencia condenatoria firme que declare su culpabilidad. Se trata de un derecho legal, reconocido e invocable con carácter universal, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11.1, donde se afirma desde hace décadas que *toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*, hasta el propio artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰, pasando por el más reciente instrumento normativo de calado procesal penal universal como es el Estatuto de Roma, que depara la creación y puesta en funcionamiento de la Corte Penal Internacional, donde también se acomoda el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia en el art. 66.1 al disponer que *se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable*.

A nivel regional europeo encontramos su plasmación normativa²¹ en el art. 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²² (*todo acusado se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente*), al igual que ocurre en el muy recurrido y utilizado Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), cuyo artículo 6.2 prevé que *toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*, siendo este precepto y la jurisprudencia emanada al respecto por el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, referencia imprescindible y apoyo insustituible en la interpretación y aplicación de este derecho fundamental.

Es doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la directa conexión entre presunción de inocencia y derecho a un juicio justo, del que ha de gozar todo investigado en un proceso penal. Es en este punto donde, directamente anudada a la cuestión central del presente trabajo, ha de observarse escrupulosamente el que la labor del juzgador no se vea condicionada por situaciones fácticas preestablecidas sobre la base de informaciones públicas, socialmente difundidas, sobre la comisión o participación en el hecho delictivo. La acusación ha de asumir el peso de la prueba de la culpabilidad y en caso de ser insuficiente su prueba de cargo, no cabe más opción jurisdiccional que la absolución²³. También ha consolidado el TEDH la exigencia de legalidad y aptitud de la prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, siendo en este caso el marco normativo procesal interno de cada Estado donde se determinarán y concretarán de forma específica dichas exigencias probatorias²⁴.

Particularmente, las Constituciones nacionales amparan igualmente el derecho a la presunción de inocencia, reconociéndola en su articulado como derecho fundamental procesal al que dotan de la máxima garantía y protección, con acceso, en caso de vulneración, a la más alta instancia jurisdiccional de protección de derechos fundamentales²⁵ y como derecho que no puede ser suprimido ni siquiera ante riesgos de orden público o seguridad, tal y como dispuso la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2000 en el asunto *Heaney and McGuinness vs. Irlanda*. En correlación a la determinación jurisprudencial²⁶ que el TEDH ha realizado respecto al derecho a la presunción de inocencia, en nuestro ámbito más cercano, y nacional, el Tribunal Constitucional español ha establecido doctrina interpretativa sobre su contenido, extensión y aplicación en el proceso penal, que podemos sintetizar de la siguiente forma:

En primer lugar, la carga de la actividad probatoria es exclusiva de la parte acusadora (sin que se hayan obtenido por coacción, fuerza o ilegalidad) y está absolutamente relevada de ella la parte acusada en relación a demostrar su inocencia o no responsabilidad con los hechos delictivos²⁷ (acogiéndose para ello a derechos como la no inculpación, el derecho al silencio, el derecho a no divulgar su estrategia de defensa o el derecho a ser informado de la acusación²⁸, que de no ser respetados podrían conducirnos a la nulidad de actuaciones por infracción de derechos fundamentales procesales). Cabe recordar, como matiz, a las extensiones anteriormente expuestas de la presunción de inocencia y en relación a la actividad o inactividad del encausado, que no es un derecho absoluto, tal y como dispuso la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 1996, en el asunto *Murray vs. UK*, por cuanto el tribunal podrá extraer conclusiones desfavorables en caso de silencio del encausado sin que tampoco de esa conducta se pueda concluir, en el otro extremo, que sea culpable por el mero hecho de guardar silencio, sino en aquellos casos en que “a la vista de otras pruebas

contra él, exijan una explicación por su parte, que esté en condiciones de dar y no ofrezca”.

En segundo término, no existe exigencia para la parte acusada de realizar una prueba de hechos negativos²⁹. Se reitera la exigencia incondicional, para una posible condena, de una actividad probatoria mínima o acervo probatorio suficiente³⁰, integrado tanto por piezas de convicción -como elemento integrante del cuerpo del delito- como del propio material probatorio que se genere durante el juicio oral y que pueda servir igualmente para fundamentar la condena (como puedan ser las declaraciones del encausado o de los testigos), unas y otras obtenidas y practicadas de forma legal y respetuosa con los derechos fundamentales del encausado, que serán objeto de libre valoración³¹ por el juez, tal y como dispone la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal española, en su artículo 741. Mantenimiento, finalmente, de la necesidad de absolver por el juez en caso de que haya dudas razonables sobre la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos del tipo³².

La novedad más relevante que en el contexto actual presenta el derecho a la presunción de inocencia, es el desarrollo y evolución, también en un ejercicio simultáneo de adaptación a la realidad procesal penal del siglo XXI, que ha emprendido la Unión Europea³³ de un tiempo a esta parte. De forma más remota en el tiempo, y como precedente indirecto de la situación actual, mediante la elaboración y propuesta de un Libro Verde, presentado en abril de 2006, y en el cual, tímidamente, trataba, en sintonía con sus políticas en materia de cooperación judicial penal, de abordar la armonización de la consideración de la presunción de inocencia, así como de los derechos que de ésta se derivan, en cuanto derecho fundamental y garantía procesal básica predicable y reconocible a cualquier imputado³⁴ o acuso, sin ningún tipo de cortapisa ni restricción, en los procesos penales o en otro tipo de procesos, no necesaria ni estrictamente jurisdiccionales y con independencia de la naturaleza o tipo del procedimiento, en los cuales pueda ser sancionado. Desde 2016 disponemos de una Directiva comunitaria³⁵, concretamente la Directiva 2016/343 del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal, determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, que sitúa las coordenadas actuales de la cuestión y el nuevo contexto³⁶ en que puede desenvolverse la presunción de inocencia, al menos desde los parámetros de la Unión Europea.

Inicialmente, al analizar la Directiva 2016/343/UE, hemos de precisar que se incardina la presunción de inocencia globalmente dentro de la finalidad de consolidar y reforzar el derecho a un juicio justo que persigue dicha norma comunitaria, y como una aplicación más de las políticas comunitarias en materia de cooperación judicial penal, aproximación de legislaciones penales y procesales penales, especialmente en relación con los derechos de los encausados y sospechosos en procesos penales, y consolidación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Para ello, evidentemente, la Unión Europea quiere asegurar que

sus Estados miembros disponen de unos estándares comunes en este caso en relación con determinados aspectos del derecho a la presunción de inocencia.

La Directiva se presenta como una norma que expande, como no puede ser de otra forma, la exigencia de respeto del derecho a la presunción de inocencia en toda la extensión temporal, y en todas sus fases, del proceso penal, llegando hasta el momento en que la resolución que cierra el procedimiento es firme. Así por ejemplo, contravendría, según la Directiva, la presunción de inocencia, cualquier “declaración pública”³⁷ de una autoridad pública o la resolución de una autoridad judicial que se refieran a un sospechoso o acusado como culpable mientras no haya sido probada, según las normas legales aplicables, su culpabilidad. Todo ello, además, como advierte la propia Directiva en sus Considerandos, sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el escrito de acusación, y sin perjuicio de las resoluciones judiciales como resultado de las cuales adquiere eficacia una condena suspendida, siempre y cuando se respete el derecho de defensa. Se entiende, asimismo, sin perjuicio de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en sospechas o pruebas de cargo, como las resoluciones relativas a la prisión preventiva, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable. Antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal, la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a dichas pruebas.

El ámbito temporal y subjetivo de aplicación del derecho de presunción de inocencia contemplado en la Directiva es definido³⁸ en su artículo 2º. Además, extraemos el aspecto objetivo de aplicación, según el Considerando 11 de la misma, que excluye los procedimientos civiles, también los administrativos, en particular a aquellos procedimientos administrativos que puedan dar lugar a sanciones, como los procedimientos en materia de competencia, comercio, servicios financieros, infracciones de tráfico, tributos o recargos tributarios, ni a las investigaciones que las autoridades administrativas efectúen en relación con tales procedimientos. Proclama el Considerando 12, que debe aplicarse temporalmente desde el momento en que una persona sea sospechosa o esté acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, y, por lo tanto, incluso antes de que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan comunicado a dicha persona, mediante notificación oficial u otra vía, su condición de sospechosa o acusada, y en cualquier fase del proceso penal hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si el sospechoso o acusado ha cometido la infracción penal.

Subjetivamente la Directiva es aplicable a personas físicas, si bien reconoce la necesidad de considerar la aplicación efectiva a las personas jurídicas a través de otras vías, algunas ya aplicables y otras, como

indica, que deberían desarrollarse para este caso particular en el futuro³⁹, si bien cabe apuntar que la propia Directiva en cierto modo ya ha sido una oportunidad perdida para abordar la situación⁴⁰. Ahora bien, un nuevo escenario se deja entrever desde el contexto de la nueva Directiva comunitaria al establecer una serie de obligaciones en cuanto a las referencias públicas⁴¹ realizadas sobre la posible culpabilidad de un sospechoso o acusado, determinando que no referirse a sospechosos o acusados como culpables no impide que las autoridades públicas puedan divulgar información sobre el proceso penal que les afecta cuando “sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal” (por ejemplo, para hacer un llamamiento a posibles víctimas aún no identificadas del autor del hecho delictivo⁴²), subrayando la Directiva que “en cualquier caso, la forma y contexto en que se divulgue la información” no debe generar la creencia de que la persona es culpable antes de que la misma se haya probado de acuerdo al procedimiento legal. Así, se exige que cuando se facilite información a medios de comunicación, no se haga mención de los sospechosos o acusados como culpables. Esta circunstancia es especialmente sensible, y requerirá del máximo celo profesional por parte de las autoridades y de la mayor exigencia de ética profesional a los medios de comunicación, para no menoscabar dicha presunción de inocencia, especialmente en la fase de instrucción, donde entiendo que en todo caso ha de prevalecer el derecho fundamental a la presunción de inocencia respecto al derecho a la información.

Señala la Directiva (artículo 5º), al hilo de la cuestión antedicha, situaciones que deberían evitarse por parte de las autoridades responsables⁴³ de la investigación y enjuiciamiento procesal penal, como pueden ser:

a) Abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad (por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas).

b) Cuando resulte viable, las autoridades competentes tampoco deben presentar a los sospechosos o acusados ante los órganos jurisdiccionales o el público vistiendo indumentaria de prisión, para evitar dar la impresión de que esas personas son culpables.

Otro de los aspectos nucleares del derecho a la presunción de inocencia se asocia a la necesaria carga de la prueba que enerve dicha presunción. En este sentido son referencia preceptiva los artículos 6º y 7º de la Directiva. En ellos, se mantiene la asignación de la carga de la prueba de la culpabilidad del sospechoso o acusado en la acusación, avisando que se considerará vulnerada la presunción de inocencia cuando carga de la prueba se traslade de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano

jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones⁴⁴ *de facto* o *de iure* relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado. Normativiza igualmente, en el apartado segundo del art. 6º de la Directiva, una de las expresiones específicas de la presunción de inocencia que se cristaliza en el tradicional brocardo *in dubio pro reo*⁴⁵, bajo la exigencia de que los Estados miembros garantizarán que cualquier duda sobre la culpabilidad beneficie siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto.

Expande las previsiones comunitarias sobre carga de la prueba al derecho a guardar silencio⁴⁶ y no declarar contra sí mismo⁴⁷, en el artículo 7º, ambos desde el común denominador de la protección frente a la autoinculpación, como aspecto insoslayable de la presunción de inocencia. Ambos derechos, guardar silencio y no declarar contra sí mismo, aplicables a los aspectos relacionados con la infracción penal de cuya comisión es sospechosa o acusada una persona y no, por ejemplo, a las cuestiones relacionadas con su identificación. El sospechoso o acusado, siempre según la terminología comunitaria europea, que difiere en este punto de la recientemente adoptada a nivel interno nacional español que alude a investigado y encausado, en el ejercicio del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, se ven protegidos frente a las actividades de las autoridades competentes en cuanto éstas no deben obligar a los sospechosos o acusados a facilitar información si éstos no desean hacerlo⁴⁸. Advierte además la Directiva, art. 7.5, que el legítimo ejercicio por el sospechoso o acusado del derecho a guardar silencio o del derecho a no declarar contra sí mismo no debe utilizarse en contra de un sospechoso o acusado y no debe considerarse por sí mismo como prueba de que el interesado haya cometido la infracción penal en cuestión. Ello debe entenderse sin perjuicio de las normas nacionales relativas a la valoración de la prueba por parte de los jueces o tribunales, siempre que se respete el derecho de defensa.

La presunción de inocencia, aún con su rango de derecho fundamental, no puede servir de obstáculo al desarrollo de la actividad de investigación procesal penal de las autoridades competentes, incluso respecto al propio sospechoso o acusado como fuente de prueba⁴⁹. A tal fin, tanto el art. 7.4 de la Directiva, como su Considerando 29, habilitan el que recaben las pruebas que puedan obtenerse legalmente del sospechoso o acusado mediante el ejercicio legítimo de poderes coercitivos, y que tengan una existencia independiente de la voluntad del sospechoso o acusado, como por ejemplo el material obtenido con arreglo a una orden judicial, el material respecto del que exista una obligación legal de retención o entrega a petición de la autoridad, como las muestras de aliento, sangre, orina y tejidos corporales para el análisis del ADN⁵⁰.

Finalmente se salvaguarda la efectividad del derecho, disponiendo la Directiva en su artículo 10, que se contemplen previsiones en el derecho interno de cada Estado miembro, para el caso de vulneración de la

presunción de inocencia -y sus ramificaciones en el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo-, vías efectivas de recurso, por tanto, de impugnación ante un órgano judicial de superior grado y diferente de aquel ante el que se haya podido producir la infracción del derecho fundamental. No es más, por tanto, que una expresión, como expone el Considerando 44 de la Directiva, del principio de eficacia del Derecho de la Unión que exige que los Estados miembros implanten vías de recurso adecuadas y eficaces en caso de vulneración de algún derecho otorgado a las personas físicas por el Derecho de la Unión. Toda vía de recurso eficaz, de la que se pueda disponer en caso de vulneración de alguno de los derechos establecidos en la presente Directiva, y que debe surtir, en la medida de lo posible, el efecto de situar a los sospechosos o acusados en la misma situación en que se hubiesen encontrado de no haberse producido tal vulneración, con miras a proteger el derecho a un juicio justo y el derecho de defensa.

En cualquier caso, no perdamos de vista la propia naturaleza de las Directivas comunitarias europeas en cuanto a sus efectos para los Estados miembros de la Unión. Es una norma de mínimos y que requiere de trasposición interna, con lo que cada Estado puede ampliar los derechos establecidos, en aras a ofrecer una mayor y mejor protección de los mismos, y nunca un contexto de protección inferior al previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en el CEDH, según la interpretación del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3. Singularidad de la presunción de inocencia en los casos de violencia de género

Legalmente no existe ninguna particularidad o especialidad en relación al investigado o encausado por un delito tipificable como de violencia de género. El derecho a la presunción de inocencia rige en toda su extensión, plenitud y eficacia, y además no sería aceptable, ni encontraría ningún tipo de acomodo constitucional, a nuestro parecer, cualquier operación legal o jurisprudencial que merme o menoscabe su aplicación, se trate del tipo de delito que se trate o de la condición de la víctima (incluso aunque pueda clasificarse a ésta como especialmente vulnerable).

Viene al caso, en estas disquisiciones iniciales, traer a colación las aseveraciones de Carnelutti⁵¹, en las cuales establecía, de forma muy gráfica, de una parte, que en el centro del proceso penal no están tanto el imputado o el testigo como el individuo... y que la exigencia técnica termina por resolverse en una exigencia moral: el respeto al imputado (investigado o encausado en la nueva terminología introducida en el proceso penal español desde 2015). En segundo término, en cuanto a que en el proceso penal “no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son inocentes”. Si la presunción de inocencia es puesta, paradójicamente, en tela de juicio ya de inicio en muchos tipos de delitos, más cuestionada es aún, en los delitos de violencia de género, donde, si se nos permite la

expresión, se invierte inapropiadamente hacia una inaceptable, procesal y constitucionalmente hablando, presunción de culpabilidad. Hemos de reiterar que el investigado o encausado, sea por el delito que sea, desde el más nimio al más atroz, es la persona a quien presuntamente -no está probado y ni siquiera condenado con todas las garantías- se atribuye responsabilidad en la producción de un hecho, también presuntamente delictivo por cuanto habrá de demostrarse igualmente su existencia y su tipicidad penal.

Procesalmente, y también con repercusión constitucional en derechos fundamentales como el derecho de defensa y la asistencia letrada, la propia presunción de inocencia o el derecho a un juicio justo y sin dilaciones, a un proceso público y con todas las garantías, la adquisición de la condición de investigado o encausado implica un estatus específico que otorga la condición de parte en el proceso, deparando una amalgama de derechos y obligaciones ante el órgano jurisdiccional y en el devenir procedimental, así como el pleno, incondicional y no restringible acceso a las garantías constitucionales antes reseñadas. Plural y diversa es la actividad procesal que confiere la condición de imputado (investigado, encausado) ya sea por actos expresos -resoluciones judiciales de atribución concreta de responsabilidad presunta en un hecho delictivo- como por la adopción de otras medidas procesales de las cuales se deriva tal adscripción -medidas cautelares personales, citaciones a declarar-.

Consideramos por tanto que, a nivel procesal, se establezca el mismo rango de importancia a la función de averiguar los hechos punibles (su existencia y tipicidad) y sus presuntos responsables como la protección de los derechos del imputado y el pleno respeto a su inocencia en tanto en cuanto no exista una sentencia firme de condena. Ello conlleva mantener intacta en cualquier actuación de investigación o enjuiciamiento la dignidad del imputado al tiempo que se compatibiliza con el simultáneo tratamiento a la víctima -evitando por ejemplo su victimización secundaria- de acuerdo a las exigencias legales de protección y tratamiento de la misma. En ciertas ocasiones puede que no haya procesalmente, como resultado final de un proceso judicial, mayor víctima que el propio investigado o encausado que posteriormente es declarado inocente y a quien se ha sometido a la “pena de banquillo”, o de cerrarse la actuación en la fase de instrucción a la “pena de telediarío”, por trascender una investigación penal sobre su persona a los medios de comunicación social (incluso, en algunos supuestos extremos, llegando a emitir en directo actos como una detención). Sólo la sentencia de condena firme aboca a su extinción a la presunción de inocencia, siempre que además sea consecuencia de un previo proceso judicial con todas las garantías, con una acusación previa de la que haya podido defenderse el condenado de forma contradictoria y tras una actividad probatoria suficiente y convincente para el órgano judicial enjuiciador.

La presunción de inocencia se anuda al supuesto fáctico de ostentar la condición de imputado o acusado⁵², o en la recientemente renombrada terminología procesal penal española la condición de investigado o encausado por un delito concreto y en un proceso penal abierto, siendo

además una situación reversible que depende en todo momento de la consideración, ya sea en la fase de investigación, en el juicio oral o en sede de recurso, de presunto responsable de la comisión de un hecho delictivo. Archivada una investigación judicial penal, absuelto por sentencia o revocada en impugnación una sentencia condenatoria, la presunción de inocencia pierde su efectividad por cuanto la persona afectada por una actuación procesal penal incriminatoria es absolutamente inocente, sin necesidad de presunción alguna de dicho estado.

Hechas estas consideraciones generales cabe preguntarse, en consonancia con el sesgo específico del presente trabajo, si existen algunas particularidades concretas e identificables en los supuestos de violencia de género y el disfrute de la presunción de inocencia por aquellos sujetos investigados o encausados por este tipo de delitos, respecto al régimen general de aplicación de este derecho fundamental, constitucionalmente reconocido de forma unánime y aplicable directamente en los procesos penales. La respuesta es clara, directa e incuestionable en el plano legal: no, no las hay, es más, si las hubiese, consideramos que serían directamente inconstitucionales e inadmisibles por vulneración del derecho a la igualdad así proclamado, no sólo como derecho constitucional, sino como derecho humano de reconocimiento universal⁵³. Si observamos, como notarios de la realidad en la cual nos desenvolvemos, un pero: socialmente, sí existe un cierto estigma en contra de los presuntos autores de delitos de violencia de género que, como ya avanzábamos, a nivel público, que no legal ni procesal, ostentan más bien una presunción de culpabilidad. Presunción de culpabilidad que muchas veces es alentada por los propios medios de comunicación y otros posibles factores sociológicos y que pueden condicionar, digo pueden, las decisiones judiciales en relación al imputado por delitos de esta naturaleza. No obstante, insistimos una vez más que la presunción de inocencia, y en asuntos de violencia de género también, no se ve mermada por la adopción de determinadas medidas judiciales -especialmente tendentes a la protección de la víctima- tal y como la propia jurisprudencia española ha ratificado en resoluciones como aquellas en que se establece una orden de protección (Sentencia⁵⁴ de la Audiencia Provincial de Baleares, España, de 11 de febrero de 2013).

Y no sólo las propias decisiones judiciales. Apenas hace unos días leía a un abogado penalista, omito la cita de la referencia para no condicionar la opinión al respecto, quien afirmaba que “no defendemos los hechos imputados a nuestros clientes (hechos que podemos aborrecer tanto o más que cualquier otra persona), ni siquiera personalmente a nuestros clientes (sobre los cuales podremos tener las más variadas opiniones). Lo que defendemos son los derechos fundamentales de las personas acusadas de cometer delitos, esencialmente el derecho a la defensa y el derecho a la presunción de inocencia, que son derechos que no pertenecen a nuestros clientes, sino que son patrimonio de toda la ciudadanía. Y ejercer con la pasión que merece la defensa de los derechos fundamentales de cualquier persona acusada es bueno, no sólo para el directamente interesado, sino para toda la sociedad”. Creo que no se puede ilustrar mejor la cuestión, más aún cuando proviene del profesional jurídico que más directamente

ha de asumir la pujanza y eficacia de la presunción de inocencia frente a posibles sensacionalismos y veleidades de los medios de comunicación o de las redes sociales, entorpeciendo la acción de la justicia en muchos de los asuntos de violencia de género.

La sensibilidad social sobre determinados asuntos, absolutamente legítima y lógica, implica en la actualidad que la mera atribución formal de la participación en determinados tipos de delitos de lugar desde el primer momento a un prejuicio social (como lo califica Nieva Fenoll⁵⁵) inamovible y a una implacable condena mediática. Cabe preguntarse entonces, insisto que a nivel sociológico que no jurídico legal, si los medios de comunicación son aliados o enemigos, por cuanto pueden arrojar luz al esclarecimiento de un delito -de violencia de género en nuestro caso- pero también pueden, y eso es lo grave, condicionar decisivamente con sus juicios paralelos la situación procesal de un inocente. Son absolutamente adecuadas en este punto las reflexiones de Andrés Ibáñez⁵⁶, determinando, en relación a la presunción de inocencia y las garantías del imputado en el proceso penal, que “el proceso penal no trata sólo con culpables, y que únicamente partiendo de una posición de neutralidad, de ausencia de *pre-juicios* (sic), es posible juzgar de manera imparcial”.

La línea divisoria, como destacábamos en los prolegómenos de este estudio, entre información y juicios paralelos⁵⁷ es muy tenue (titulares que no afirman pero que insinúan, causan indefensiones, pero no son perseguibles legalmente, por ejemplo). El empleo de diferentes términos procesales tiene connotaciones diversas y no es baladí. Desafortunadamente, en ocasiones se mezclan en ámbitos extrajudiciales y con connotaciones públicas los términos sospechoso, imputado, acusado, investigado o encausado, cuando procesalmente hablando, no son inocuos, ya que, cuanto menos, se refieren a estados procesales diferentes y vinculados a fases del proceso penal con trascendencia y circunstancias propias y no asimilables. Es más, las consecuencias de un juicio paralelo trascienden lo puramente procesal, siendo ya suficientemente grave esta primera vertiente por la afección a derechos como la libertad, y pueden ser irremediables e irreparables en situaciones reales, sociales y profesionales respecto del presunto inocente que se puede ver vetado posteriormente en el acceso a un trabajo o en la reestructuración de sus relaciones familiares o sociales.

Retomando, en conclusión, la base legal de nuestra afirmación, esto es el hecho indudable de que la presunción de inocencia no presenta ningún tipo de salvedad o particularidad en los supuestos de presuntos autores de delitos de violencia de género, automáticamente ello conlleva, haciendo una sintética recapitulación, el que la destrucción y reversión de la presunción de inocencia ha de pasar, también en casos de violencia de género, por la existencia de prueba de cargo, practicada en el juicio oral, con la inmediación del enjuiciador y cumpliendo todos los requisitos de publicidad, contradicción e igualdad. La prueba de los hechos impositivos (circunstancias eximentes, atenuantes, excusas absolutorias o errores de prohibición) corresponderán, lógicamente, a quien los alega, quien en

buena lid será el propio encausado, o si así lo aprecia en defensa de la legalidad el Ministerio Fiscal (Ministerio Público).

4. Prueba en procesos por violencia de género: dificultades

El presente apartado no pretende llevar a cabo una revisión y conceptualización de la teoría de la prueba en el proceso penal. El objetivo concreto del mismo es determinar las dificultades probatorias⁵⁸ especiales que concurren en los procesos de violencia de género⁵⁹, y a partir de ello, su vertebración con la finalidad de desmontar con dicha actividad probatoria la presunción de inocencia del encausado. Es decir, nos movemos ahora hacia el otro lado, adoptamos la visión de la víctima, fundamental pero no exclusivamente, en cuanto responsable de demostrar, y convencer al juzgador, de la existencia del hecho causante, de la tipicidad de la acción como delito de violencia de género, y de la responsabilidad criminal del encausado.

La prueba es una actividad de las partes -y en el proceso penal también a iniciativa del juzgador- dirigida a formar la convicción o convencimiento psicológico del juez o los miembros del tribunal, sobre la verdad o certeza de los hechos objeto del proceso y que se enmarca dentro del desarrollo del juicio oral, salvo los supuestos excepcionales, y legalmente previstos, de prueba anticipada y prueba preconstituida. Dicha actividad deberá acreditar, a efectos de la consideración de la existencia del delito y la responsabilidad del presunto inocente, tres situaciones fácticas:

1.- Existencia de una relación sentimental entre las partes, por cuanto el fenómeno de la violencia de género, y su concreción penal, viene condicionado a la existencia de una relación matrimonial o sentimental análoga al matrimonio (en el caso español según las menciones de los arts. 153 y 173 del Código Penal español). La prueba ha de recaer por tanto en demostrar la existencia de la “vinculación afectiva” mediante medios de prueba admitidos en derecho (confesión partes, testigos, documental, incluso determinados indicios -convivencia, etc.-), además concurrente o anterior al fenómeno delictivo. De no acreditarse, el juzgador, aplicando el principio “*in dubio pro reo*”, no podrá condenar bajo la tipificación específica de violencia de género (con las penas, agravantes y condicionantes particulares de este tipo de condena previstas en la norma penal material) y en su caso la opción, de apreciar la existencia del delito, sería la condena por lesiones “comunes” no cualificadas.

2.- Sujeto activo y pasivo del delito determinados por la norma penal (en el caso español el art. 153 del Código Penal español) que sitúan con exclusividad como único sujeto activo al varón y como sujeto pasivo a la mujer, introduciendo en nuestro caso un plus de protección a la mujer (mediante la polémica Ley Orgánica N° 1/2004, de 28 de diciembre) no por el mero hecho de que sea mujer el sujeto pasivo, sino en tanto que los ataques que ésta sufre se cometan en el ámbito de la pareja o ex pareja. Se trata de proteger a la mujer en esta específica relación afectiva, protegiéndose de ese modo la igualdad en la pareja. La norma, personalmente estimamos que es discordante, dejando fuera su aplicación

otros supuestos de violencia en el seno de la pareja, matrimonio o la relación afectiva análoga al matrimonio, en los cuales el sujeto activo sea una mujer, o bien se trate de parejas del mismo sexo. La propia esencia del derecho de igualdad que se pretende esgrimir como argumento, sería lesiva en estos casos frente al varón agredido o frente al sujeto pasivo agredido por una pareja de su mismo sexo.

3.- Causación del hecho, sus circunstancias y sus consecuencias, abarcando estas últimas tanto el ámbito penal como el ámbito de la responsabilidad civil, derivada del hecho delictivo, la regularización de las relaciones familiares y paternofiliales, económicas, laborales, etc.

Consideramos que hay cinco circunstancias que condicionan y determinan las particularidades de la prueba en los supuestos de delitos de violencia de género y su pertinente enjuiciamiento:

a) *Clandestinidad*: de forma prácticamente absoluta los episodios de violencia de género tienen lugar en la intimidad, en el ámbito privado, no público, de la relación de pareja, y de forma directa entre agresor y víctima.

b) *Concurrencia de relación de afectividad*: la situación relacional entre agresor y víctima también es particularmente singular, por cuanto viene sustentada sobre una relación de afectividad personal (con o sin convivencia).

c) *La disponibilidad de pruebas de cargo*: precisamente como consecuencia de la primera de las circunstancias aludidas -clandestinidad de la agresión-, frecuentemente no se dispone de un aparato probatorio suficiente, si no que habitualmente el delito se ha cometido con la sola presencia directa de agresor y víctima, en un espacio cerrado y privado, sin testigos, y convirtiendo con ello a la declaración de la víctima en juicio, como la prueba de cargo casi única (complementada en casos en que existan lesiones físicas o secuelas psicológicas con los respectivos informes forenses o periciales), y con los problemas, además, que a nivel legal, y en España, plantea la dispensa en favor de la víctima, otorgada en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a no declarar.

d) *Normalidad “aparente” del agresor*: generalmente también el agresor es una persona que socialmente presenta una apariencia de normalidad en su comportamiento y actitudes sociales y de relación con personas, ejerciendo sus conductas delictivas en el ámbito privado, íntimo e interno de la relación afectiva.

e) *Elementos probatorios objetivos*: tal y como hemos apuntado, en muchas ocasiones la prueba de cargo central recae sobre el testimonio de la víctima, con la dosis de subjetividad que este tipo de prueba acarrea. En fenómenos delictivos de esta naturaleza cobran especial importancia los casos en que haya disponibilidad de elementos probatorios “externos” a la agresión, y que además tengan carácter “objetivo”, como pueden ser partes documentales de asistencia sanitaria o psicológica a la víctima, informes de médicos-forenses o peritos, testigos ajenos al círculo de relación familiar o afectiva de la víctima y el agresor, etc.

Legalmente no existe ningún tipo de restricción en cuanto al material probatorio utilizable, siempre y cuando, evidentemente, se ajuste a las previsiones normativas que validen su procedencia, obtención y práctica,

muy especialmente en relación a no vulnerar ningún tipo de derecho fundamental en su consecución. Por tanto, en los procesos penales relativos al enjuiciamiento de delitos de violencia de género, todos los tipos de prueba admitidos y regulados por ley son viables. Es más, no parece admisible, ni justificable, que se adoptase una limitación que tasase y disminuyese, salvo que fuesen lesivos con derechos fundamentales, fuentes y medios de prueba en estos supuestos. Básicamente, sin que se trate con ello de una lista cerrada, entendemos que el acervo probatorio más habitual en procesos judiciales de este tipo vendrá encarnado por la práctica de las pruebas de interrogatorio del encausado, declaración de la víctima, testificales, documentales, informes forenses y/o periciales, registros y datos de ADN así como el recurso a la controvertida prueba indiciaria.

El primer recurso probatorio ha de ser el interrogatorio de encausado, el cual, obviamente, debe gozar del pleno respeto a los derechos fundamentales y procesales que le otorga la ley en tal condición y en aplicación de la presunción de inocencia. Muy especialmente ha de respetarse su derecho al silencio y a no decir verdad⁶⁰ (no se le exigirá juramento o promesa de decir verdad en su testimonio), como ejercicio legítimo del derecho de defensa, sin que dicha opción haya de menoscabar en modo alguno su posición procesal y, evidentemente, la consideración de su inocencia. Aquel autor de un delito de violencia de género, que decida guardar silencio no puede recibir un trato incriminatorio y de culpabilidad por parte del tribunal. Desde la otra perspectiva, diametralmente opuesta, como es la situación en que el encausado confiese la autoría de los hechos delictivos, mantenemos igualmente que, aún así, la presunción de inocencia no está desvirtuada ni ha de verse mermada, por cuanto el interrogatorio del acusado ha de realizarse en todo caso (si dicha confesión se hubiese producido en la fase de investigación) y con la finalidad, para el tribunal, de contrastar los hechos y adquirir el convencimiento, junto a la valoración del resto de pruebas que se practiquen, de la verdad de la confesión y de la existencia del delito (en analogía a lo dispuesto en el caso español, en el art. 406 LECrim, en relación a la confesión del investigado en la fase instructora).

Se trata además de un elemento de convicción para el tribunal del que podrá disponer prácticamente en todo caso, salvo rebeldía del encausado o la concurrencia de alguna circunstancia modificativa de la capacidad de obrar el mismo que, a juicio del tribunal, impida o haga vana su declaración. Dadas las circunstancias antedichas, de posible escasez de acervo probatorio suficiente y directo en supuestos de enjuiciamiento de delitos de violencia de género, ha de ser, por tanto, una prueba recurrente y habitual en este tipo de procesos penales junto a la segunda de las referencias que seguidamente pasamos a relatar, como es el caso de la declaración de la víctima.

El testimonio de la víctima constituye en muchas ocasiones, especialmente en virtud de la clandestinidad que caracteriza a este fenómeno criminal, la única prueba de cargo directa y disponible para enervar la presunción de inocencia del encausado. Bien es cierto que

no podemos olvidar el matiz de que la intervención de la víctima, especialmente en los momentos temporales más próximos al suceso criminal se puede ver muy influida por una sensación personal de desprotección y de miedo, así como de las consecuencias emocionales y psíquicas de la relación de afectividad mantenida con el agresor. Por ello es esencial, desde el primer momento, en la primera declaración en la fase de instrucción y posteriormente, sin bajar un ápice la guardia ni las garantías, en la fase de enjuiciamiento, garantizar la seguridad, a todos los niveles (no solo personal con la adopción por ejemplo de medidas cautelares personales frente al agresor como pueden ser la orden de alejamiento, sino familiar, parental, económico, laboral y social) de la víctima⁶¹. En ese sentido, toda la labor que asuman los profesionales jurídicos -jueces, fiscales, abogados, policía- que intervengan directamente con la víctima de violencia de género, ofreciéndole garantías en el ejercicio de sus derechos y asegurando un marco de protección personal, redundará en reducir drásticamente las posibilidades de que se niegue a colaborar, participar e, incluso, de que retire la denuncia y se aferre a la dispensa legal, factible en España y que abordaremos más adelante, de no declarar contra el agresor. Incluso, en los supuestos más extremos, su actitud puede desembocar incluso en una cierta obstrucción de la investigación del delito y de la acreditación de los hechos, negando, minimizando o justificando la propia agresión. Suele ocurrir, por ejemplo, que cuando la víctima, tras una agresión física, acude al tratamiento médico y sanitario de urgencia alegue que dichas lesiones son fortuitas, o las justifique en acontecimientos de lo más insospechado, y que en la declaración judicial instructora subsiguiente, continúe negando cualquier tipo de agresión.

En la práctica judicial se tiende a abrir el juicio oral para garantizar, además, que la declaración de la víctima se produzca tras una previa asistencia individualizada que depara un entorno de seguridad en sus testimonios, evitando además, archivos y sobreseimientos precipitados en la fase de instrucción, ante los devaneos y secuelas emocionales de la víctima tras el conflictivo y penoso episodio personal que ha vivido. La jurisprudencia española es constante en reconocer a la declaración de la víctima valor de prueba de cargo suficiente para dictar una sentencia condenatoria y, por tanto, enervar la presunción de inocencia, incluso aunque no existan otros medios de prueba, pero siempre que el juzgador, asimismo, aprecie certeza, seguridad y convicción en la declaración. Hemos de reconocer que el riesgo para el derecho a la presunción de inocencia es límite, cuando la única prueba de cargo es la declaración de la víctima puesto que como indicó la Sentencia del Tribunal Supremo (España) de 29 de diciembre de 1997 “el riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querella, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador” Así las cosas, y aun cuando la declaración de la víctima es idónea y factible para contrarrestar la presunción de inocencia, para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación

de la concurrencia de una serie de requisitos, como son: 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador-acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2) Verosimilitud, entendida e interpretada como la constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que avalen lo que no es propiamente un testimonio -declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al procedimiento- sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento; 3) Persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, determinando la única prueba enfrentada a la negativa del acusado.

Las declaraciones testificales, como elemento probatorio en procesos penales por violencia de género, son complejas. Ello se justifica, nuevamente, en que la agresión o el maltrato -especialmente el de tipo psicológico- tiene lugar, como hemos destacado y reiterado, en la clandestinidad -de forma privada, alejada de la presencia de otras personas- o bien por la circunstancia condicionante en este caso de que los posibles testigos sean menores (hijos), con lo que ello determina en la valoración del testimonio así como en el supremo interés de protección del interés del menor y una hipotética victimización indirecta o secundaria para ellos. Ante esta circunstancia, únicos testigos sean hijos menores -o sean únicamente menores, aún sin relación paterno filial con el agresor y/o la víctima-, deberá valorarse por parte de jueces, fiscales y policía, qué tipo de información se les puede facilitar a efectos de su declaración, así como evaluar, con carácter previo, si dicha declaración es prescindible o imprescindible, desde la trascendencia de la misma para la obtención de información sobre los hechos y la disponibilidad de otras fuentes y medios de prueba para acreditar, o no, la concurrencia del delito de violencia de género.

La citada ponderación, cuando el riesgo de victimización secundaria sea muy alto y la información que puedan aportar los testigos, especialmente en el caso de menores de edad como apuntamos -descartando en este punto el supuesto en que la víctima de violencia de género sea menor⁶²-, sea intrascendente o existan otras opciones probatorias a disposición del tribunal, deberá conducir a prescindir de dicha declaración, particularmente en los casos de menores comprendidos en edades muy tempranas y hasta la pre-adolescencia. Si, aun así, la ponderación efectuada conlleva que el conflicto de intereses (menor versus datos en el proceso penal por violencia de género) no plantea grandes objeciones y ha de procederse a la declaración, en todo caso, el interés superior del menor exige la articulación de medidas protectoras adecuadas como podrían ser la aplicación de la prueba preconstituida en su declaración en la fase de instrucción, el acceso restringido a su práctica, la adopción de medidas⁶³ de protección directa del menor frente al agresor

(evitar la confrontación visual y el contacto), así como un adecuado y especializado apoyo y asistencia psicológica.

Deseamos igualmente hacer un inciso respecto a los denominados “testigos de referencia”⁶⁴, justificado igualmente en el hecho de que con cierta frecuencia es un recurso probatorio que aparece y concurre en los procesos penales por violencia de género, una vez más debido al estereotipo de comisión del hecho delictivo en estos casos y en entornos cerrados, íntimos y ajenos al espacio público. El testigo de referencia, conceptuado por la etiqueta identificativa de disponer de información del hecho delictivo de forma indirecta, no inmediata ni presencia, sino fundamentalmente a través de su contacto con otro elemento de prueba (la víctima, un testigo directo, el encausado, un informe médico o pericial...) ha de ser entendido, a nuestro entender, como un complemento⁶⁵, de forma singular a las declaraciones de la propia víctima, para constatar su verosimilitud y credibilidad (y no sólo a este medio de prueba, sino a cualquier otro). Por sí mismos los testigos de referencia entendemos que no constituyen una prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia y para erigirse en única prueba de cargo contra el autor. Matizamos nuestra afirmación en el caso particular de los agentes de policía o de servicios sanitarios o médicos -preferentemente de carácter público- que prestasen atención directa a la víctima tras el suceso, encajando en la figura del testigo de referencia, y que dada su especialización y profesionalización, su intervención objetiva y sus conocimientos, pueden servir de base como prueba indiciaria.

En cuanto a la incidencia de la prueba documental en procesos penales por violencia de género, ésta se centra fundamentalmente, en tres posibles fuentes de prueba. Por una parte los documentos generados como consecuencia de una atención médica (lesiones causadas por la agresión), siendo decisiva para la apreciación del tipo penal -marcadamente en lesiones físicas- dado que implica la certeza de la realidad y existencia del resultado que exige el tipo penal -al menos en el caso español y a tenor de lo dispuesto en el art. 153 del Código Penal español-, así como su posible calificación por cuanto, por ejemplo, unas lesiones “leves” van vinculadas a que *“el resultado producido sane tras dispensar una primera asistencia facultativa, sin que sea necesaria la imposición de tratamiento médico”*. Además, como prueba documental, el parte de asistencia médica, ofrece datos directamente desde su contenido objetivo: fecha del reconocimiento, manifestaciones de la paciente que se recogen en el mismo. Por sí mismo consideramos que el parte de asistencia facultativa que recoge la lesión no es una prueba de cargo como tal, pero sí un indicio cara a la valoración conjunta de todo el acervo probatorio a disposición del tribunal, para determinar la agresión y su alcance.

También encajaría como segunda posible prueba documental el atestado elaborado por los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad (policía) que hayan prestado atención a la víctima, y del cual se puedan extraer datos objetivos (momento, lugar, forma de la agresión, etc.) que hayan podido ser determinados por los agentes actuantes. Nuevamente

ha de considerarse como un elemento probatorio de acompañamiento en el acervo compilado, pero no como una prueba de cargo por sí misma.

En tercer lugar, la prueba documental, considerada en un sentido muy amplio, implicaría en este tipo de procesos penales, la constatación de amenazas, precedentes de ejercicio de la violencia, o incluso la propia agresión, mediante la aportación de documentos o medios técnicos de reproducción de sonidos o imágenes. Así en el estado actual de la sociedad, desde amenazas por correo electrónico, mensajes cortos de teléfono móvil (SMS), o alusiones en chats, redes sociales (Facebook, Twitter), mensajes telefónicos y mensajería instantánea (Whatsapp, Telegram...), grabaciones en espacios públicos. Quedarían proscritas las grabaciones que hayan surgido deliberadamente, no espontáneamente y en las cuales el interlocutor desconocía la existencia y producción de la misma, por cuanto entendemos que vulnerarían el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y con ello la presunción de inocencia.

Idónea para probar la existencia de un delito de violencia de género, y por tanto desvirtuar la presunción de inocencia también lo es la prueba pericial. El dictamen de expertos que en estos casos podrá ir anudado, casi mayoritariamente, a la calificación y cuantificación de las lesiones (físicas y/o psicológicas) inferidas a la víctima. Su relevancia, en este punto, es indiscutible en cuanto aporta a los juzgadores conocimientos específicos en materia de tipo de lesión, alcance y secuelas de la misma, conllevando con ello elementos de calificación del tipo penal y de determinación de la responsabilidad civil derivada del delito en cuanto a las posibles indemnizaciones⁶⁶. Lógicamente, de existir dicho informe forense, ha de ser expuesto y ratificado en el juicio oral, en aplicación de los principios fundamentales procedimentales en materia penal de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad, y con ello constituir con todas las garantías legales una verdadera prueba pericial. Puede plantearse el dilema de si dicho informe forense procede de un organismo oficial⁶⁷, se aporte al acto del juicio como prueba documental, preconstituida -incluso si procede del extranjero- en cuyo caso, y de aceptarse en tal condición por el tribunal, se regiría por las disposiciones legales concernientes a este tipo de prueba, hurtando la posibilidad de su refrendo oral, y con ello a las interpelaciones de las partes y del propio juzgador. Igualmente nada impide, en términos legales, la aportación de parte de aquellos informes periciales (médicos, psicológicos, etc.) que consideren oportunos y que se someterán a su admisión por el tribunal en caso de considerarlos pertinentes y adecuados como elemento de prueba.

En el caso de agresiones físicas además la prueba pericial podría derivarse hacia la utilización y contraste de rastros de material genético⁶⁸ (ADN) del agresor en el víctima, circunscrita entonces por su propia naturaleza a supuestos de violencia de género⁶⁹ física, previa obtención de una muestra dubitada, generalmente en el lugar de los hechos o del cuerpo de la propia víctima, para disponer seguidamente de una muestra de contraste, indubitada, que provendrá del propio investigado -siguiendo en nuestro caso las exigencias que legalmente prevé⁷⁰ la Ley

de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 363- salvo que ya conste en la base de datos policial existente en España al efecto. Todo ello con las máximas garantías legales en su obtención, tal y como acreditan los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que son de aplicación, así como el aseguramiento de la cadena de custodia y la realización posterior del pertinente análisis e informe subsiguiente -con la recomendable comparecencia de los autores del mismo en el juicio oral, si bien en la práctica forense se remite el informe (documento) y en su caso, habitualmente por la defensa, se solicitan aclaraciones o un contranálisis-.

Quedaría, como colofón, la referencia la prueba indiciaria como elemento de prueba en procesos penales por violencia de género. En no pocas ocasiones, y ante la ausencia de la declaración de la víctima (o su retractación), generalmente, y dada la ya aludida “clandestinidad del suceso”, hay que acudir a una serie de indicios y con ello a la construcción de una prueba indiciaria, aceptada constitucionalmente como posible prueba de cargo siempre que concurren unos determinados requisitos y que sea concluyente. En el supuesto que nos ocupa, se llegaría a la elaboración y establecimiento de una prueba indiciaria sólida para el juzgador a partir de las evidencias obtenidas de otras fuentes de prueba, como podrían ser: testimonios de familiares, amigos o compañeros de profesión; manifestaciones de los agentes de policía que intervinieron en el supuesto delito -atestado-, atención médica prestada a la víctima -informes sanitarios o médicos-, existencia y constatación de denuncias previas -no falsas- con consiguientes consecuencias -como pueden ser por ejemplo la adopción de algún tipo de medida de alejamiento del agresor respecto de la víctima- o los propios antecedentes personales y penales del agresor.

La convicción judicial podría formarse, también en procesos por violencia de género, sobre la concurrencia acreditada de presunciones o indicios, pero para que estos puedan desvirtuar la presunción de inocencia deben cumplir determinadas exigencias constitucionales⁷¹. A saber: los indicios deben estar plenamente probados, de modo indubitado, por pruebas practicadas en el juicio oral, existencia de un juicio de inferencia razonable, esto es, que entre el indicio y el hecho presunto exista un enlace lógico, de manera que los primeros conduzcan necesariamente a los segundos, y finalmente la exigencia de que el órgano judicial explice el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la conclusión de que el encausado realizó la conducta tipificada.

Podríamos concluir, por tanto, que el principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, prueba de cargo que debe practicarse en juicio oral con todas las garantías legales y que solo excepcionalmente, y mediante previsión legal podría tener lugar *ex vista oral*. Prueba de cargo que además ha de ser específicamente valorada y motivada su convicción en la sentencia y en relación con los hechos y el autor a efectos de la apreciación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal aplicable. Además, cuando se trata de prueba indiciaria, para que resulte atendible la conclusión inculpativa, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean

una pluralidad, estén probatoriamente acreditados, mediante prueba directa, y viertan sobre el hecho principal u objeto de acusación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquellos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente⁷².

5. Particularidades de la declaración testifical de la víctima de violencia de género

Ciertamente la víctima de violencia de género, como hemos abordado en el apartado anterior, no gestiona en exclusividad el material probatorio destinado a demostrar la existencia del delito. Como anticipábamos, no existen limitaciones legales en cuanto a la prueba utilizable para desvirtuar la presunción de inocencia del encausado al igual, y esta es la cuestión central del presente epígrafe, que la víctima no dispone de facultades omnímodas que obstaculicen al resto de partes ejercer sus legítimos derechos y opciones procesales, como lo es para el encausado la presunción de inocencia que le resguarda de una condena sin prueba de cargo. Remarcábamos en los párrafos precedentes algunos condicionantes que verifican la particularidad de la prueba en los procesos penales por violencia de género, en particular los vinculados a la producción del hecho delictivo en situaciones de intimidad y, con ello, el situar en un abultado número de supuestos a la víctima y su testimonio como única prueba de cargo para desmontar la presunción de inocencia. Circunstancia que además redunda en su propia protección judicial amplia⁷³ como tal, como víctima⁷⁴.

Ocurre que, a mayores, la víctima, en el sistema procesal penal español y en su declaración testifical, dispone de una prebenda, en forma de dispensa, que la releva del deber⁷⁵ de declarar. Opción legal y legítima a la que puede acogerse libremente y que, de ser la única prueba de cargo existente, conduce al juzgador a ceñirse absolutamente a la presunción de inocencia del encausado y absolver en la sentencia, pues no dispone de otros recursos incriminatorios, demostrables, que le puedan conducir a otra valoración. De facto, y según avala el Estudio del Grupo de Expertos en Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial español, una buena parte de las sentencias absolutorias se debe al ejercicio de esta dispensa por la víctima, por la especial relevancia de su declaración, que cobra más importancia aún, con la mencionada y habitual carencia de otros medios de prueba. Sin perjuicio, claro está, que ante situaciones en que la víctima se acoge a la dispensa y no declara contra el presunto agresor, ello no va a impedir que, de disponer de otros elementos probatorios, se puedan utilizar estos para desmontar la presunción de inocencia.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal española determina en su art. 416 la dispensa de la obligación de declarar a los parientes del procesado⁷⁶ (sic) en línea directa, ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial..., debiendo el juez instructor advertir al testigo que no tiene obligación de declarar

en contra del “procesado”; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas. Dicho precepto ha de ser puesto en relación además con lo dispuesto en los arts. 261 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷⁷, configurando entre todos ellos una suerte de clausula procesal de inexigibilidad ante el conflicto en que se ve inmersa la víctima de violencia de género, en razón de su relación conyugal o de hecho análoga (marcada por la continuidad y la estabilidad previa en la relación), entre el deber de decir verdad -que pesa sobre todo testigo en el proceso penal- y el vínculo de familiaridad con el presunto agresor⁷⁸.

Por parte del juzgado o tribunal ha de cumplirse escrupulosamente con la advertencia expresa de que le asiste el derecho a no declarar (como ha recordado la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2001), puesto que en caso contrario dicha declaración vulneraría el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y viciaría indefectiblemente la prueba así obtenida. Ocurre, en la práctica forense, que víctimas que en su momento llevaron a cabo la correspondiente denuncia de un presunto delito de violencia de género, llegado el momento de declarar se niegan a ello en el acto del juicio oral (por motivos diversos: perdón, presiones, miedo...), generando con ello una especie de “renuncia tácita” a la condena, ya que de ser la única prueba de cargo inculpatoria dejan al juzgador en la tesitura de no disponer de prueba alguna y por tanto aplicando la presunción de inocencia que ampara al encausado, absolverle. Ha de tenerse en cuenta que la víctima, como testigo que es, se somete al régimen general de la prueba testifical y por ello deberá prestar juramento o promesa de decir verdad, siendo apercebido de las consecuencias de no atenerse a dicho juramento con la posibilidad de incurrir en delito de falso testimonio en causa criminal, de ahí que esta circunstancia también pese en la conciencia de la víctima-testigo como elemento de influencia para acogerse a la dispensa de declarar.

Ante la circunstancia anterior en que la víctima no ratifica su declaración en el juicio oral, pese a que sí lo hizo en la fase de investigación, entendemos que no podría admitirse como prueba documental la ratificación o lectura de sus declaraciones en la fase de instrucción, puesto que con ello se impide al juzgador una valoración directa e inmediata de dicha prueba, y de lo que la víctima expone, además de la posibilidad de someterla a contradicción. Sólo muy excepcionalmente cabría admitir este supuesto en situaciones de auténtica indisponibilidad de la declaración de la víctima en el juicio oral, no debidas al ejercicio de la dispensa por la víctima, como podrían ser las relativas a su fallecimiento, hallarse la víctima en paradero desconocido o cuando de contraste que es extremadamente dificultosa su comparecencia y declaración (por ejemplo por encontrarse fuera del país). Cabría también, ante algunas circunstancias (percepción de dudas o reticencias por la víctima para una declaración posterior en juicio, intención de ausentarse del país, etc.), que como forma de asegurar la disponibilidad probatoria de la declaración de la víctima se optase por llevar a cabo dicha declaración con todas las garantías para configurar prueba anticipada (presencia de letrados, grabación íntegra de la misma) y siempre con el escrupuloso respeto a

los derechos del investigado y la inexcusable presencia del letrado que le represente para garantizar la contradicción en dicha actividad.

Hemos de hacer una valoración también, por su característica de posible única prueba y en relación a la particularidad de la prueba testifical de la víctima de violencia de género en procesos penales⁷⁹, en cuanto a su correcta utilización, en esas situaciones, como única prueba de cargo que fundamente una posible sentencia condenatoria y con ello la suficiencia de la misma para enervar un derecho fundamental del encausado como es la presunción de inocencia. La no existencia de otras pruebas y la exclusividad de la declaración de la víctima como prueba de cargo en un proceso penal por violencia de género, y en cualquier otro tipo de delito, ha de relacionarse con la interpretación que se debe dar, al menos en el sistema procesal español, al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone el principio de libre valoración de la prueba por el juzgador. ¿Se exige un determinado y mínimo número de pruebas para una sentencia condenatoria? La respuesta es no. La Ley no lo exige ni nada impide que el juzgador, aplicando ese principio, pueda sostener una condena, si así motiva su convicción de forma suficiente y coherente en la sentencia en relación con el resultado de la práctica de la prueba de la declaración de la víctima del delito. En ese sentido será determinante la fundamentación y explicación del juzgador en la sentencia, por la cual otorga una mayor credibilidad a un testimonio (el de la víctima) frente al otro (el del encausado). *Sensu contrario* el juzgador podría determinar la absolución y las razones por las cuales no ha llegado a una convicción condenatoria, existiendo declaración testifical de la víctima en el plenario, sobre la base del contraste y acreditación de contradicciones en la declaración de la víctima, la existencia de un móvil espurio, de resentimiento, venganza respecto del encausado e incluso la ausencia o irrelevancia de otros datos que puedan corroborar la credibilidad de su versión.

Dicha dispensa se aplicará por analogía al caso de parejas de hecho y surge la duda de su aplicabilidad al excónyuge o expareja por cuanto la norma vincula la dispensa al momento de producción de los hechos, y si, por tanto ya no existiese la relación afectiva, no sería posible utilizar la opción legal de no declarar. Según Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, de 24 de abril de 2013, la dispensa si alcanzaría a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere la norma -nuestro caso- exceptuando la declaración respecto a hechos posteriores al cese de la situación de afecto y los supuestos en que el testigo se ha personado como acusación en el proceso. Más comprometida ha quedado aún esta situación tras el más reciente Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, de 23 de enero de 2018, en que ha establecido que “el acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida”, lo cual implica que pese a que la víctima, en su

momento, prestara declaración de forma libre, voluntaria y con todas las garantías, en una fase anterior al juicio oral y con carácter de prueba preconstituida, ésta devendría estéril si decide retractarse en el acto del juicio oral, acogiéndose a la dispensa legal a no declarar.

Todo ello ha conducido a que se cuestione la vigencia de dicha dispensa en estos casos, más aún cuando la declaración de la víctima puede ser la única prueba de cargo, y que se abogue por la supresión de la misma, situando a la víctima en la obligación de declarar en todo caso. La situación es compleja y requiere de un análisis que trasciende, a nuestro juicio, más allá de los términos estrictamente legales y técnico jurídicos de la cuestión. Nos referimos a que no sólo nos encontramos con dilucidar una cuestión de política criminal sino también directamente ligada a la seguridad de una víctima, de su situación personal, emocional y familiar. Sin entrar en todos estos importantes, elementos de juicio, personalmente nos centramos en la relación que puede tener el establecer la obligación de declarar, de la víctima de delitos de violencia de género con el derecho a la presunción de inocencia del agresor, tema que nos ocupa en este trabajo.

Cualitativamente nos encontramos con la tensión entre un derecho fundamental, la presunción de inocencia, y un derecho (declarar) que podría convertirse en obligación procesal (deber de declarar como testigo), interrelacionados entre sí, por cuanto la declaración testifical directamente va destinada a desvirtuar la eficacia del derecho fundamental (la presunción de inocencia), sin afectarla *apriorísticamente* por cuanto en último término es el juzgador en quien recae la responsabilidad de determinar, aplicando la libre valoración del resultado de la prueba, la credibilidad, verosimilitud y suficiencia de la misma para enervar el derecho fundamental. Tomando ese planteamiento consideramos que no habría objeciones al establecimiento de la obligación legal de declarar para la víctima, sin acogerse a dispensa alguna, ya que no menoscaba el derecho fundamental a la presunción de inocencia que permanece intacto hasta la sentencia de condena firme, aun cuando la declaración de la víctima se haya producido con anterioridad a dicho evento procesal. En un segundo plano entraría en juego la ya tradicional discusión sobre la prevalencia de la verdad formal o la verdad material en el proceso penal, sobre la cual, por las dimensiones a que ha de ajustarse este trabajo, no vamos a ahondar.

Ciertamente la obligatoriedad de la declaración, de la víctima de un delito de violencia de género, contribuiría de entrada, a lograr una mayor, que no total, aproximación del juzgador a la posible verdad material de los hechos acontecidos, al menos al obtener un testimonio directo que queda en su conciencia, experiencia y sabiduría jurídico-legal el manejar y aplicar al asunto, tomándolo como cierto para una condena, o como dudoso, discutible o falso y manteniendo la presunción de inocencia del agresor y con ello su absolución. Sería, creemos, un elemento de ayuda al juzgador, pero con no mayor relevancia que el que ya le proporciona la propia presunción de inocencia, que ha de aplicar a rajatabla cuando persista la duda de la culpabilidad del encausado, lo sea con declaración o sin declaración de la víctima como prueba única de cargo, o lo sea con la existencia y práctica de otras pruebas de todo tipo. De ahí

que consideramos que de establecerse dicha obligación no apreciamos, desde la teoría, una rebaja sustancialmente cuantitativa y cualitativa de la presunción de inocencia que limite o cercene su eficacia, y por ello concluimos que no existe objeción, al menos desde la vinculación que esta circunstancia pudiera tener con la presunción de inocencia, para establecer la obligación legal de que la víctima de violencia de género deba prestar declaración testifical.

6. Especificidad de la prueba en caso de violencia psicológica

Una forma silenciosa, pero igualmente devastadora para la víctima, de violencia de género es aquella vinculada a la que podríamos denominar como “violencia psicológica”, una violencia que no deja el rastro tan aparente de la agresión física -perceptible de forma directa a través de las lesiones causadas- y que por ello presenta una mayor dificultad probatoria para determinar la manifestación de la existencia de este tipo de maltrato. Sus consecuencias son sumamente graves para la víctima, derivando en trastornos psicológicos, desestructuración psíquica, agravamiento o causa de enfermedades físicas e, incluso, en los supuestos más aniquiladores, conduciendo al suicidio. Según las estadísticas, el 81% de las mujeres maltratadas han intentado o pensado suicidarse.

De este modo podemos acudir a la definición general que de la violencia ofrece la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificándola como: *“uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona, un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daño psicológico, trastorno del desarrollo o privaciones”*. Ciñéndonos al ámbito particular de este trabajo, Naciones Unidas, cataloga la violencia de género como cualquier acto o intención que origina daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a las mujeres, incluyendo las amenazas de dichos actos, la coerción o privación arbitraria de libertad tanto en el ámbito privado como público del desarrollo vital de las personas. A nivel regional europeo⁸⁰ se cataloga la violencia de género como: *“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*. No olvidemos que el fenómeno al que nos referimos, violencia de género, tiene un importante sesgo hacia el comportamiento consciente e intencional de quien causa a su pareja una serie de daños de carácter transversal en aspectos físicos, psíquicos, emocionales, sexuales, familiares, morales, patrimoniales e incluso profesionales, y que además, es unidireccional desde el hombre hacia la mujer tal y como expresa, en el caso español, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica Nº 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, estableciendo que este tipo de violencia se dirige contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas

por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión y que tiene como resultado un daño físico, sexual o psicológico.

No cabe duda, por lo tanto, de que a nivel universal y legal⁸¹ está perfectamente reflejada la necesaria prevención y lucha frente a la violencia de género, ya lo sea en su vertiente física como en la vertiente psicológica, esta última más sigilosa en cuanto a su comisión y a sus efectos, y habitualmente dentro de un contexto de interrelación con el ejercicio, por parte del agresor, de violencia física y sexual, aunque pueda presentarse también de forma aislada de las otras dos, generalmente es inherente a la violencia física o incluso su precedente en una primera etapa del ciclo delictivo. Comprende un conjunto muy heterogéneo y diverso de actitudes y comportamientos. Sutil y difícil de detectar, valorar y probar, generalmente a través de actitudes y palabras cuyo fin último es conseguir el control de la otra persona, es una violencia invisible y aún más clandestina y persistente que la violencia física pero que igualmente causa un daño⁸², muchas veces irreversible, a la víctima.

Los perfiles, por tanto, de la violencia de género de carácter estrictamente psicológico plantean también especialidades en cuanto a su acreditación y la valoración de sus consecuencias en la víctima. Las agresiones físicas siempre van a dejar secuelas perceptibles y además van a provocar, de una u otra forma, consecuencias psicológicas. En cambio, la dificultad ínsita de la violencia psicológica, es que no presenta un resultado externo fácilmente apreciable, sino que enlaza con una cadena de secuelas emocionales internas en la víctima que esta misma muchas veces no manifiesta, por diversos motivos (miedo, vergüenza, temor, aislamiento al que se la somete por el agresor) y cuya huella puede ser de mayores dimensiones materiales y temporales que las propias agresiones físicas. La violencia de género en su versión psicológica se manifiesta a través de distintos fenómenos, entre los cuales podemos señalar:

a) El abuso verbal: consistente en rebajar, insultar, ridiculizar, humillar, manejar juegos mentales, ironías dirigidas a la víctima.

b) El abuso económico mediante el control de las finanzas, gastos, recompensas o castigos monetarios, o el impedir trabajar a la víctima para que ésta disponga de una posible independencia económica.

c) El aislamiento, llevando a cabo un control abusivo de la vida de la otra persona, la vigilancia de sus actos, escucha de conversaciones, consulta de sus correos privados o conversaciones en chats o servicios de mensajería instantánea, interactividad en redes sociales, inserción o instalación de virus espía o programas de control y acceso remoto a dispositivos de comunicación -como pueden ser los teléfonos móviles-, restricción de relaciones sociales o familiares.

d) La intimidación: asustando con miradas, gestos, gritos, desafíos, irritabilidad, descontrol.

e) Las amenazas proferidas por el agresor hacia la víctima contra su vida, integridad física, respecto a menores o familiares e incluso amenazas respecto a la actitud del propio maltratador y las reacciones que genera en la víctima.

f) El desprecio y abuso emocional, tratando a la víctima como inferior, denigrándola, culpabilizándola, etc.

Constatar, por lo anteriormente expuesto, un delito de violencia de género de carácter estrictamente psicológico requerirá de una actividad probatoria⁸³, nuevamente enervante de la presunción de inocencia del encausado, y que pasa por reunir cuantos elementos de convicción, además del testimonio de la propia víctima, sea posible dentro del marco de la legalidad. Junto a la prueba testifical de la víctima, si ésta no se acoge a la dispensa de no declarar contra el agresor, podrá disponerse de pruebas documentales que acrediten el hecho -informes médicos vinculados a tratamiento psicológicos o psiquiátricos, historial clínico-médico de la víctima, copias de recetas prescritas por facultativos autorizando la toma de tranquilizantes, antidepresivos, etc., que se verán además complementadas por el testimonio (en su doble carácter de testigo-perito) de los facultativos que hayan asistido a la víctima previamente por estas circunstancias, y a los que se sumarán los informes periciales de parte o de oficio (forenses adscritos al juzgado y/o equipo psicosocial), así como también por otros posibles testigos que hubiesen podido presenciar situaciones constitutivas de maltrato psicológico (insultos, vejaciones, humillaciones, desprecios...), los mensajes de voz o de texto a través de medios de comunicación (teléfono) o redes sociales.

La prueba, además de acreditar el hecho, su momento de producción y características, deberá determinar las propias consecuencias que ha infligido a la víctima y que pueden abarcar desde un trastorno por estrés postraumático, a trastornos por ansiedad, trastornos de alimentación, depresión, alteración o pérdida del sueño, abuso y dependencia de sustancias, baja autoestima, problemas crónicos de salud, inadaptación y aislamiento en el contexto de las relaciones laborales, sociales o familiares de la víctima, hasta incluso, en el extremo más severo, el posible suicidio. Para todo ello, tanto para la acreditación del hecho en su aspecto psicológico, como para la valoración de sus consecuencias directas e indirectas en la víctima, será determinante llevar a cabo una prueba de evaluación pericial psicológica. El propósito de la prueba de la violencia en el ámbito de los malos tratos psicológicos es, como bien describe Asensi Pérez⁸⁴ ayudar, bien como testigo experto, bien como perito, a transmitir en el contexto jurídico una valoración coherente y clara, que explique y haga comprender a todos los operadores jurídicos las consecuencias emocionales, cognitivas y comportamentales de las víctimas de la violencia psicológica, considerando la prueba pericial como aquel dictamen emitido por especialistas que perciben, verifican, valoran los hechos y los ponen en conocimiento del juez, dando su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos.

En ese sentido la evaluación pericial psicológica en asuntos de violencia de género ha de seguir el pertinente protocolo de evaluación centrado en tres aspectos o áreas: constatar la existencia del maltrato, valorar las consecuencias psicológicas (lesión psíquica y secuelas) y establecer, confrontar y verificar el nexo causal entre la violencia y el daño psicológico, siendo admisible de forma eventual una cuarta área de

evaluación como sería la concerniente a la credibilidad del propio testimonio de la víctima. En relación a la primera cuestión, constatar la existencia del maltrato, la entrevista clínico-forense entre el perito y la víctima será el mecanismo adecuado para ello para complementarla con las características demográficas, el historial de victimización, las circunstancias del maltrato, la reacción del entorno y el propio testimonio de la víctima y su congruencia con toda la información disponible. A través de ello el perito psicológico podrá obtener un análisis de la vulnerabilidad y personalidad previa de la víctima, de las relaciones interpersonales con el presunto maltratador y de todos sus antecedentes personales, educativos, sociales, laborales y familiares.

En segundo término, y para valorar las consecuencias psicológicas de la agresión psicológica, las lesiones producidas y sus secuelas, el experto conducirá su actividad a la detección y dimensionamiento de la lesión causada como consecuencia de la agresión (sea ésta puntual o reiterada en el tiempo) así como de la estabilización y/o cronificación de las alteraciones psicológicas que ha producido. A tal fin se servirá de los *test* psicométricos, la realización de entrevistas e inventarios, que puedan hacerle determinar la sintomatología en relación con el origen psicosomático del cuadro clínico que presente la víctima (ansiedad, ataques de pánico, dolores musculares, nerviosismo, dificultades de expresión o respiratorias, miedo, retraimiento...). Debe tenerse muy presente que una vez que el perito pueda acreditar el daño psíquico causado, éste conforma la denominada “huella psíquica del delito”, que podría coadyuvar al establecimiento de una prueba de cargo en correlación con el testimonio de la víctima y otros posibles medios de prueba o indicios.

El siguiente paso en su proceder forense requerirá del establecimiento y consignación del nexo causal entre la violencia psicológica ejercida por el presunto maltratador y el daño psicológico acreditado en la víctima. Es decir, entre episodio de violencia de género y sintomatología compatible. Para ello, de nuevo, recurrirá a la metodología diagnóstica apropiada según su pericia, y de acuerdo a elementos psicopatológicos vinculados a criterios de causalidad como pueden ser: el criterio etiológico (conocer la realidad de la situación traumática), el criterio topográfico (establecer las consecuencias de la vivencia traumática), el criterio cronológico (establecer la relación temporal entre las agresiones y sus consecuencias), el criterio cuantitativo (considerar la intensidad del agente que se considera estresante y su relación con la gravedad de las lesiones o secuelas originadas) y finalmente, el criterio de continuidad sintomática (aplicado en los casos en que las secuelas se manifiestan o se siguen manifestando cierto tiempo después o con bastante posterioridad al momento de la situación o vivencia estresante), sin perder de vista la posible atención que simultáneamente demandase la víctima para evitar una victimización secundaria producida por la suma del daño psíquico infligido por el episodio de violencia de género acaecido, al que se agrega la vulnerabilidad apreciada en el momento posdelictual bajo el riesgo de que las actuaciones de investigación y enjuiciamiento puedan hacerla revivir su sufrimiento

en la relación de asistencia o pericial psicológica o en el trato de la víctima con la autoridades policiales o judiciales, contando y rememorando secuencialmente la experiencia vivida.

Indicábamos que en esta especialidad probatoria en procesos penales por delitos de violencia de género podría llevarse a cabo, en la oportuna prueba pericial destinada a acreditar y evaluar la concurrencia de una agresión de carácter psicológico, según protocolo, una última actividad en el área de la credibilidad del propio testimonio de la víctima, destinada a estimar la veracidad del mismo, en relación con la memoria retenida de lo percibido, diferenciándolo de lo hipotéticamente imaginado, y entre lo efectivamente acaecido y lo no vivenciado, que igualmente tendría como destino articular una prueba de cargo frente al encausado, ratificando la existencia del fenómeno denunciado y enjuiciado. A este fin el perito analizará la congruencia emocional que presenta el relato y la situación de la víctima, confrontando si es adecuado lo relatado a la sintomatología y secuelas que ofrece la víctima, así como la ausencia de estereotipos o si la información ofrecida en la entrevista forense es consistente y coherente desde la lógica, la psicología y los propios datos históricos y fácticos disponibles sobre la relación afectiva entre agresor y víctima. Ciertamente esta última vertiente constituye más bien un instrumento de apoyo para la evaluación pericial final y el correspondiente informe que determine la existencia de una patología⁸⁵, que un elemento nuclear y central del mismo.

7. Ideas finales

El contemporáneo proceso penal, y las subsiguientes garantías constitucionales que son de aplicación al mismo, exigen que la presunción de inocencia sea un derecho fundamental que todo responsable penal de un delito de violencia de género ostente en plenitud, desde el primer momento de atribución de responsabilidad en los hechos y hasta la obtención de una sentencia firme condenatoria. El proceso penal no ha de desarrollarse ante un “culpable” predeterminado, sino que ha de hacerse desde la neutralidad judicial hacia el investigado y, posteriormente en su caso, encausado. Sólo desde la ausencia de “prejuicios” es posible juzgar de manera imparcial y desarrollar un proceso justo y con todas las garantías.

Por lo anteriormente expuesto es especialmente relevante también que, por muy grave que pueda ser la acusación, las consecuencias del presunto hecho delictivo, la vulnerabilidad de la víctima o la repercusión de la agresión, los medios de comunicación social no predeterminen de forma infundada la situación procesal, y las consiguientes etapas procesales, de cualquier sospechoso de haber cometido un delito de violencia de género. Con ello, desde la esfera externa al proceso judicial, desde la sociedad y los medios de comunicación, se preserva este imprescindible derecho humano. Ha de proscribirse con ello las posibles repercusiones de penas anticipadas a nivel social y de injerencias en la esfera estrictamente jurisdiccional del asunto. La existencia de investigaciones e imputaciones fundamentadas, que no son producto de alarma social, intuiciones o

sensaciones, sino sobre la base de datos objetivos y contrastados, no menoscaba la presunción de inocencia, cuyo límite temporal de eficacia lo marca una sentencia de condena irrecurrible. El inicio de actividad procesal contra un sujeto por un posible delito de violencia de género, la atribución de responsabilidad provisional en dichos hechos, con un juicio provisional de correspondencia entre acción y consecuencia penal, no le priva del disfrute de los derechos constitucionalmente asignados en tal condición (defensa, presunción de inocencia).

Ha de ser la prueba, una o varias, de cargo, la que conduzca al juzgador a eliminar la presunción de inocencia. Prueba que en materia de violencia de género no presenta, ni debiera presentar, especialidades en cuanto a su proposición y práctica en el marco de un proceso penal, siguiéndose las reglas procedimentales, los principios establecidos y los medios de prueba que con carácter general determine la normativa procesal penal de aplicación.

Hemos destacado en el presente trabajo, algunas de las posibles particularidades que, en el sentido expuesto en el párrafo anterior, pueden determinar la relación entre la presunción de inocencia y la prueba en procesos penales por violencia de género. Fundamentalmente cuando concurren algunas circunstancias específicas y propias de este tipo de delitos como son: la existencia de una relación de afectividad previa entre agresor y víctima que condiciona muchos aspectos de la propia prueba. Desde la acreditación de los hechos, por haber ocurrido en la clandestinidad, hasta la opción legal de que la víctima disponga de una dispensa legal que la exima del deber de declarar, en su condición de testigo-víctima, y cuando en las más de las ocasiones esta es la única prueba de cargo disponible.

Así, en este último y particular supuesto, el deseo de proteger a otros familiares por parte de la víctima, el riesgo de perder una “cierta” estabilidad económica o social, la presión de parientes, amigos o compañeros, el miedo a las represalias, a la interrupción y pérdida de lazos afectivos mantenidos en el tiempo e incluso el temor a la desprotección, deparan un *cocktail* de difícil asimilación para la víctima, tras el *shock* que le supone la agresión y que suscitan una reticencia irresoluble.

De otra parte, no debe pasarse por alto la otra gran faceta de la violencia de género como es la violencia de carácter psicológico, con sus especialidades probatorias para articular una prueba de cargo, básicamente sobre la declaración de la propia víctima y la intervención de un perito especialista en valoración psicológica del daño producido por una agresión con esta singularidad.

Bibliografía citada

Andrés Ibáñez, Perfecto (2005): “Las garantías del imputado en el proceso penal”, en: *Reforma judicial: Revista Mexicana de Justicia* (Nº 6) 2005, pp. 3-34.

Asencio Mellado, José María (2015): “Presunción de inocencia y presunciones *iuris tantum*”, en: *Revista General de Derecho Procesal* (Nº 36).

- Asensi Pérez, Laura Fátima (2008): “La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género”, en: *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (Nº 21), pp. 15-29.
- Bujosa Vadell, Lorenzo (2016): “El menor como víctima de violencia de género y las nuevas tecnologías”, en: AA.VV., *Desigualdad y violencia de género en un contexto de crisis generalizada* (Granada, Comares), pp. 17-45.
- Carballo Armas, Pedro (2004): *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid, Ministerio de Justicia).
- Carnelutti, Francesco (1957): *Le miserie del processo penale* (1957), (Roma, Edizione Radio Italiana).
- Cortés Bechiarelli, Emilio y Carretero Sanjuan, Maite (2017): “Juicios paralelos: el conflicto entre el poder judicial y los medios de comunicación en el proceso penal”, en: *Diario La Ley* (Nº 8902).
- Crass, Steven y Erbeznik, Anze (2016): “The Directive of the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial: genesis and description of the new EU-Measure”, en: *Eucrim* (Año 2016, Nº 1), pp. 25-36.
- Chiavario, Mario (2000): “La presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo”, en: *Giurisprudenza italiana* (Año 2000, Nº 5), pp. 1089-1095.
- De Hoyos Sancho, Montserrat (2016): *El ejercicio de la acción penal por las víctimas: un estudio comparado* (Pamplona, Thomson-Aranzadi).
- Del Pozo Pérez, Marta (2012): “Algunas cuestiones polémicas sobre el ADN y el proceso penal”, en: *Revista General de Derecho Público Comparado* (Nº 10).
- Fuentes Soriano, Olga (2018): “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías”, en: *Revista General de Derecho Procesal* (Nº 44).
- Gómez de Liaño Fonseca-Herrero, Marta (2006): “Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: protección y contenido”, en: *Revista de Derecho de la Unión Europea* (Nº 11), pp. 61-78.
- Huertas Martín, Isabel (1999): *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba* (Barcelona, JM Bosch).
- Iglesias Canle, Inés Celia (2010): “La prueba en violencia sexual y en violencia de género: especial referencia a la prueba de ADN”, en: *Revista da Faculdade de Direito UFPR-Curitiba* (Nº 51), pp. 173-208.
- Illuminati, Guido (1979): *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. (Bologna, Zanichelli).
- Jaén Vallejo, Manuel (2006): “Acusación e investigación en el sistema procesal penal”, en: *Revista Diálogos de Saberes* (Nº 24), pp. 197-229.
- Lamberigts, Stijn (2016): “The Directive of the Presumption of Innocence: a missed opportunity for legal persons?”, en: *Eucrim* (Año 2016, Nº 1), pp. 36-42.
- Lin Ching, Ronald (2003): “Propuesta de valoración del daño psicológico en materia de violencia doméstica”, en: *Medicina legal* (Volumen 20, Nº 2), pp. 53-67.
- López Yagües, Verónica (2011): “La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y status jurídico que conlleva. Ideas para su reforma”, en: AA.VV., *La reforma del proceso penal* (Madrid, La Ley), pp. 17-107.

- Luparia, Luca (2017): “La presunción de inocencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (Nº 2), pp. 199-213.
- Magro Servet, Vicente (2017): “El daño moral indemnizable en la violencia de género”, en: *Diario La Ley* (Nº 9015).
- Marí Farinós, Enrique (2017) “El derecho a no declarar en el proceso penal en el ámbito de la violencia de género”, en: *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario* (Nº 124).
- Martín Diz, Fernando (2011): “Presunción de inocencia como derecho fundamental en la Unión Europea”, en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (Nº 18), pp. 133-166.
- Martínez Mora, Gerardo (2015): “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”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (Nº 2176), pp. 3-20.
- Nieva Fenoll, Jordi (2016): “La razón de ser de la presunción de inocencia”, en: *InDret* (Nº 1).
- Ortego Pérez, Francisco (2013): “La delimitación entre el principio *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia en el proceso penal español”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Nº 3), pp. 11-30.
- Pesqueira Zamora, María José (2017): “El difícil equilibrio entre la libertad de información y las garantías procesales en la fase de instrucción”, en: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (Nº 2), pp. 217-237.
- Picó i Junoy, Joan (1995): *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona, JM Bosch).
- Rodríguez Baamonde, Rosa (2016): *Presunción de inocencia y medios de comunicación social*, Disponible en: Disponible en: <http://www.procesoygarantias.org/index.php/blog/90-presuncion-de-inocencia-y-medios-de-comunicacion> (visitado 4 de agosto de 2017).
- Rodríguez Bonete, Sonia Esperanza (2011): “La prueba en los supuestos de violencia de género”, en: Τέλος *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas* (Año XVIII Nº 1-2), pp. 231-246.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (2016): “La Directiva (UE) 2016/343 y el derecho a la presunción de inocencia”, en: *Diario La Ley* (Nº 8750).
- Sánchez Esparza, Marta y Ordóñez Pérez, Ana Belén (2016): *Juicios mediáticos y presunción de inocencia* (Málaga, La Ley Nº 57).
- Serrano Masip, Mercedes (2013): “La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal”, en: *Revista General de Derecho Procesal* (Nº 29).
- Taruffo, Michelle (2005): “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, en: *Jueces para la Democracia* (Nº 52), pp. 63-73.
- Vázquez Sotelo, José Luis (1984): *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal* (Barcelona, Bosch).
- Zappalá, Salvatore (2005): *Human Rights in International Criminal Proceedings* (Oxford, Oxford University Press).

*

El presente trabajo es resultado del desarrollo del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España (Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016) Protocolos de actuación de los operadores jurídicos respecto al tratamiento de víctimas especialmente vulnerables: atención preferente a la violencia de género (Referencia DER2015-67954-R).

- 1 Véase el trabajo monográfico de De Hoyos (2016).
- 2 Magníficamente lo expone Rodríguez Baamonde (2016) al indicar que: *“la historia de los derechos fundamentales está caracterizada por la tensión: tensión de los ciudadanos frente a los poderes públicos en la lucha por la consecución y consolidación de los derechos y tensión de los derechos reconocidos entre sí, pues ninguno de ellos es absoluto y sus límites vienen dibujados por el ámbito de otros derechos. Uno de los derechos fundamentales definidores del Estado de Derecho es la libertad de información, reconocido en el art. 20.1. d) de la Constitución española, en cuyo ejercicio los medios de comunicación son actores esenciales, aunque no exclusivos. El Tribunal Constitucional define la libertad de información como el derecho a difundir información noticiable y veraz, que no contenga expresiones vejatorias o afrentosas por cualquier medio de difusión, teniendo como límites la veracidad y el interés público de lo difundido. Según ha señalado el citado órgano ‘la protección constitucional de la libertad de información alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa’. Pero no es una libertad absoluta, tiene sus límites en el respeto a otros derechos fundamentales como el derecho al honor o a la intimidad. Y creo que encuentra un límite importante en el respeto a la presunción de inocencia, aunque hoy en día parezca olvidado”*.
- 3 Ver Sánchez y Ordoñez Pérez (2016).
- 4 El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 32, referida al art. 14 del PIDCP, advierte que: *los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia*.
- 5 Gómez de Liaño Fonseca-Herrero (2006), pp. 61-78.
- 6 Pesqueira Zamora (2017), pp. 217-237.
- 7 Directiva (Ue) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, cuyo plazo de transposición finaliza el 1 de abril de 2018.
- 8 Fuente: Consejo General del Poder Judicial de España y Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.
- 9 Datos que además la propia Memoria de la FGE, en 2016, analizó indicando, en aquel momento, que de ellos se extraían dos conclusiones de interés: 1ª El escasísimo porcentaje de causas incoadas en total por delito de acusación y denuncia falsa desde 2009 a 2015 –164– en relación al número de denuncias interpuestas –913.118–, que supone un 0,0079 %, es suficientemente elocuente para rebatir las voces que se alzan en torno a la prevalencia de “denuncias falsas” en esta materia. Si hallamos la proporción en relación a los procedimientos en los que se ha dictado sentencia condenatoria –63–, resulta que sólo el 0,0069% se ha acreditado que eran falsas. Si a éstas sumamos las causas en tramitación, para el caso de que resultaran pronunciamientos condenatorios (90), el porcentaje final máximo será 0,0099%. 2ª De las 63 sentencias condenatorias, 35 de ellas lo han sido por conformidad de la acusada, es decir el 55,55%. Nuevamente apreciamos, en este actuar, las características, peculiaridades y aristas que plantea este tipo específico de violencia y que ya fueron objeto de comentario en Memorias anteriores en

- relación a los recursos de revisión que se siguen ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo frente a sentencias condenatorias por violencia de género.
- 10 Picó y Junoy (1997), p. 155.
- 11 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 2013, asunto *Nikolova vs. Bulgaria*.
- 12 Zappalá (2005), p. 83, indica que “la presunción de inocencia es la piedra angular del proceso penal moderno, y como tal ha sido consagrada en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos... además, disposiciones similares o idénticas están contenidas en otros varios tratados internacionales de derechos humanos, así como en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* de la ONU y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI)”.
- 13 Auto del Tribunal Constitucional de España 27/1983, de 19 de enero, en el cual indica expresamente que “la presunción de inocencia establecida en el art. 24.2 de la Constitución es un derecho fundamental que vincula a los demás poderes, conteniendo una conjetura *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad hasta que surja el reproche condenatorio en la sentencia del proceso penal, basado en la presencia necesaria del medio o medios de prueba de cargo que supongan, al menos, una prueba mínima practicada con las debidas garantías procesales...”. Véase igualmente las Sentencias del Tribunal Constitucional 29 de 1981 y 17/1984.
- 14 Consultar el trabajo de Asencio Mellado (2015) donde se lleva a cabo un magnífico análisis sobre si las presunciones legales *iuris tantum* en el proceso penal son compatibles con el derecho a la presunción de inocencia o, por el contrario, suponen una inversión en la carga de la prueba que desplaza al acusado la de probar su inocencia.
- 15 Es referencia inexcusable en la materia la obra de Vázquez Sotelo (1984).
- 16 Carballo Armas (2004), p. 22.
- 17 Debe acudir a Illuminati (1979).
- 18 Taruffo (2005), p. 73.
- 19 Ortego Pérez (2013), pp. 11-30.
- 20 *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*
- 21 La Sentencia de 8 de junio, Nº 627/2001, de la Audiencia Provincial de Tenerife (España), y respecto a la originaria versión de la CDFUE de 2000, aludía ya por entonces, con carácter formal, al art. 48 CDFUE y al derecho a la presunción de inocencia que compendia. Con una utilización del precepto, y del derecho a la presunción de inocencia, de mayor calado se pueden citar la Sentencia de 30 de junio de 2005 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (España) e incluso una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de España de 26 de abril de 2005, siendo esta última la más explícita al establecer que: “el art. 47 (erróneamente aludido cuando la Sentencia pretende referirse al art. 48) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es plenamente aplicable”.
- 22 Consultar Luparia (2017), pp. 199-213.
- 23 Véase en este sentido, las Sentencias del TEDH de 6 de diciembre de 1988 en el caso *Barberá, Messegue y Jabardo vs. España*, de 12 de mayo de 2016 en el caso *Poletan y Azirovik vs. Macedonia*.
- 24 Sentencia TEDH de 9 de junio de 1998, caso *Teixeira de Castro vs. Portugal*.
- 25 En el caso español el art. 24.2 de la Constitución española de 1978 (“*todos tienen derecho ... a la presunción de inocencia*”).
- 26 Véase el estudio de Chiavario (2000), pp. 1089-1095.
- 27 Sentencia del Tribunal Constitucional de España 109/1986.
- 28 Considerado, por ejemplo, por la jurisprudencia del TEDH como consecuencia natural de la presunción de inocencia, como puede contrastarse en los pronunciamientos de la sentencia de 4 de marzo de 2014, asunto *Grande Stevens vs. Italia*.

- 29 Sentencia del Tribunal Constitucional de España 76/1990.
- 30 Expresión acuñada en la sentencia del Tribunal Constitucional de España 120/1994.
- 31 Sentencia del Tribunal Constitucional de España 137/1988.
- 32 Véase las Conclusiones del Abogado General (Sr. Ruíz-Jarabo Colomer) en el asunto C150/05, caso *Van Straaten vs. Holanda e Italia*, indicando que “esta consecuencia no deriva de un criterio adjetivo, como el in dubio pro reo, que opera al tiempo de valorarse la prueba, sino de un derecho fundamental, protector del ciudadano frente al poder público, que sólo permite la absolución si, salvaguardadas todas las garantías y practicadas las diligencias de cargo adecuadas, no se desvanece la inocencia”.
- 33 Martín Diz (2011), pp. 133-166.
- 34 López Yagües (2011), pp. 17 y ss.
- 35 Véase Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2016).
- 36 Sobre su génesis y caracterización puede consultarse Crass y Erbezniak (2016), pp. 25-36.
- 37 Considerando 17 de la Directiva 2016/343/UE: “Por ‘declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas’ debe entenderse cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad”.
- 38 La presente Directiva se aplica a las personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales. Es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión.
- 39 Considerando 13: “La presente Directiva reconoce diferentes necesidades y grados de protección con respecto a determinados aspectos de la presunción de inocencia de las personas físicas y jurídicas. Por lo que respecta a las personas físicas, dicha protección se refleja en jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los derechos que dimanar de la presunción de inocencia no amparan a las personas jurídicas en idéntica medida que a las personas físicas”. Considerando 14: “En el estado actual de desarrollo del Derecho nacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Unión, resulta prematuro legislar a escala de la Unión en materia de presunción de inocencia de las personas jurídicas. Por consiguiente, la presente Directiva no debe aplicarse a las personas jurídicas. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación de la presunción de inocencia a las personas jurídicas, tal como se establece, en particular, en el CEDH y la interpretan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia”. Considerando 15: “La presunción de inocencia de las personas jurídicas debe ampararse en las garantías legales y jurisprudencia existentes, cuya evolución determinará la necesidad de una intervención de la Unión”.
- 40 En este sentido se plantea la cuestión Lamberigts (2016), pp. 36-42.
- 41 Véase el art. 4º de la Directiva 2016/343/UE.
- 42 Otros ejemplos que ilustrarían esta posibilidad los ofrece la Directiva en el Considerando 18, señalando los casos en que se hace pública una grabación de imágenes y se pide al público que ayude a identificar al presunto autor de la infracción penal, o con el interés público, como por ejemplo cuando, por razones de seguridad, se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente, o cuando el Ministerio Fiscal u otra autoridad competente facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público.

- 43 En el asunto abordado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de España Nº 203/2014 de 15 de diciembre, se analiza si la utilización de la expresión “hayan sido o no enjuiciadas” contenida en una resolución judicial en relación a hechos de un imputado podría ser lesiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia.
- 44 Precisa la Directiva, en su considerando 22, que dichas presunciones deben mantenerse dentro de unos límites razonables, teniendo en cuenta la importancia de los intereses en conflicto y preservando el derecho de defensa, y los medios empleados deben guardar una proporción razonable con el objetivo legítimo que se pretende alcanzar. Determina que las presunciones deben ser *iuris tantum* y, en cualquier caso, sólo deben poder utilizarse respetando el derecho de defensa.
- 45 Así reconocido, entre otras, en la jurisprudencia del TEDH, en la sentencia de 15 de enero de 2015 en el asunto *Cleve vs. Alemania*.
- 46 Véase las consideraciones sobre el mismo que presenta Lamberigts (2016).
- 47 Considerando 25 de la Directiva: “*El derecho a no declarar contra sí mismo es también un aspecto importante de la presunción de inocencia. No se debe forzar a los sospechosos y acusados, cuando se les solicite que declaren o que respondan a preguntas, a que aporten pruebas o documentos o a que faciliten información que pueda resultar autoinculpatoria*”.
- 48 Ante la carencia en el ámbito del derecho de la Unión Europea de antecedentes, especialmente de precedentes jurisprudenciales, sobre la aplicación de estas premisas, la Directiva remite, a fin de determinar si se ha vulnerado el derecho a guardar silencio o el derecho a no declarar contra sí mismo, a la interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del derecho a un juicio justo en virtud del CEDH.
- 49 Es de referencia el trabajo monográfico de Huertas Martín (1999).
- 50 Véase al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de España Nº 43/2014, de 27 de marzo.
- 51 Véase las ideas al respecto de Carnelutti (1957) en el apartado de su trabajo relativo a *Las pruebas*, pp. 69-78, destacando además como cometido del proceso penal, el saber si el imputado es inocente o culpable, lo cual viene directamente relacionado, ante todo, con demostrar si un determinado hecho ha ocurrido, siendo las pruebas, precisamente, las que sirven para reconstruir la historia de un hecho y acreditar su concurrencia (pp. 71-72).
- 52 Jaén Vallejo (2006), pp. 197-229.
- 53 Recordemos desde el nivel más doméstico de la cuestión, en nuestro caso la Constitución española, hasta las proclamaciones regionales y universales de derechos fundamentales y humanos, lo establecido en el artículo 24.2 de la Constitución española, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Directiva (UE) 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.
- 54 Resolución que entiende que la orden de protección estaba correctamente adoptada, aunque finalmente se absolviera al acusado por falta de pruebas de los hechos. En idéntica línea de decisión el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (España) de 18 de enero de 2006 determina que no vulnera la presunción de inocencia la adopción de la orden de protección ante los indicios de coacciones basados únicamente en la declaración de la víctima.
- 55 Nieva Fenoll (2016) y su magnífica argumentación sobre el prejuicio social de culpabilidad.
- 56 Andréz Ibáñez (2005), p. 8.
- 57 Cortés Bechiarelli y Carretero Sanjuan (2017).
- 58 Fuentes Soriano (2018), “Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías”,

- Revista General de Derecho Procesal* (Nº 44) en cuyo trabajo se aúna un estudio muy interesante de los problemas probatorios más tradicionales junto a los que plantean, modernamente, los fenómenos de violencia de género producidos a través de las nuevas formas de comunicación telemática y las redes sociales.
- 59 Rodríguez Bonete (2011), pp. 231-246.
- 60 Según dispone la Sentencia de 31 de octubre de 2005 del Tribunal Supremo de España: “ *el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria. Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio* ”.
- 61 En este sentido en el caso español son referencia inexcusable las diversas medidas de protección que avala la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral a las Víctimas de Violencia de Género (Ley Orgánica Nº 1/2004) así como la más reciente Ley del Estatuto de las Víctimas del Delito (Ley Nº 4/2015).
- 62 Véase Bujosa Vadell (2016), pp. 17-45.
- 63 En este sentido pueden consultarse el art. 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –España– (*La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación*) y el art. 10 de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito.
- 64 En el caso español el art. 710 LECrim dispone que los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueran de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuera conocida, a la persona que se le hubiera comunicado.
- 65 Recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 27 de febrero de 2007 que: “ *con carácter general, ha señalado el Tribunal Constitucional, STC 217/1989, STC 303/1993, 79/1994 y 35/1995, que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal pueden tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral. Producida la prueba corresponderá a la libre valoración de los Tribunales la determinación de su convicción o credibilidad..., el Tribunal puede tener por acreditado que el testigo de referencia dice la verdad cuando afirma que tal suceso le ha sido relatado por un tercero. Pero no puede ignorar que dicho testigo no responde con su palabra, diríamos con su fiabilidad, de la misma realidad de aquel hecho. Ni tampoco de la credibilidad de quien se lo ha relatado. Y esto dificulta la declaración como hecho probado de aquel hecho relatado al testigo que depone ante el Tribunal, cuando solo se puede operar sobre la base del testimonio de referencia*”.
- 66 Puede ampliarse en el trabajo de Magro Servet (2017).
- 67 En el caso español, la doctrina jurisprudencial, cuando la prueba pericial debe emitirse por peritos encuadrados en organismos oficiales (Instituto Nacional de Toxicología, Gabinetes de Policía Científica de Policía Nacional y de la

- Guardia Civil...) determina que no será precisa su expresa ratificación en el acto del juicio oral a no ser que fuera solicitada por el Ministerio Fiscal o por las partes. Así lo establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1999 indicando que *“el resultado analítico obtenido por peritos oficialmente asignados a estos menesteres en forma colegiada y gozando de la permanencia e inamovilidad del funcionario público con altos niveles de especialización y adscritos a organismos dotados de los medios costosos que exigen las modernas técnicas de análisis... no necesitan ratificación a no ser que sea solicitada de modo concreto y con justificación de la necesidad por las partes interesadas”*.
- 68 Consúltase Del Pozo Pérez (2012).
- 69 Iglesias Canle (2010), pp. 173-208.
- 70 *Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.*
- 71 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de España Nº 300/2005 de 21 de noviembre de 2005, o la sentencia del Tribunal Supremo Nº 781/2005, de 9 de junio.
- 72 Puede constatare en la sentencia del Tribunal Supremo de España de 22 de junio de 2012 (Sentencia Nº 514/2012).
- 73 Paradigmática es la reciente sentencia de un Juzgado de lo Social en España (concretamente la sentencia de 24 de enero de 2018 del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid) en que se amparan los derechos de una mujer, víctima de un delito de violencia de género respecto del cual se dictó sentencia de condena firme frente al autor, ante la decisión de la empresa para la cual prestaba servicios de despedirla de su trabajo, alegando una disminución de su rendimiento, por las ausencias, justificadas, de su puesto laboral en las fechas y momentos en que tuvo que acudir al Juzgado en calidad de víctima y en relación con las actuaciones procesales al respecto. Situación que era conocida por la empresa y había sido notificada en tiempo y forma.
- 74 Martínez Mora (2015), pp. 3-20.
- 75 Véase Serrano Masip (2013).
- 76 Calificativo que debería ser acomodado a la nueva terminología introducida en 2015 en la normativa procesal penal española y que alude al investigado para la fase de instrucción y encausado para la fase de juicio oral.
- 77 Art. 261, en relación con la denuncia, exime de la obligación de denunciar a *“el cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad”*, así como el art. 707 establece que *“todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”*.
- 78 Según aclaró la sentencia del Tribunal Supremo de España Nº 134/2007 de 22 de febrero de 2007: *“La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculcado. Puede ser una situación infrecuente pero no insólita. La víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido.*

En el presente caso, como ya se ha dicho, actuó correctamente la Audiencia cuando le permitía a la víctima el derecho a no declarar una vez verificado por la propia declaración de la víctima en el Plenario, que la convivencia continuaba. La equiparación de la pareja de hecho al matrimonio es consecuencia de encontrarse en la misma situación more uxorio y que en definitiva el ordenamiento jurídico viene equiparando ambas situaciones a todos los efectos”.

- 79 Puede verse un estudio más detallado en Marí Farinós (2017).
- 80 Art. 3º del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.
- 81 Art. 33 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (2011). *Violencia psicológica: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenaza”.*
- 82 Puede consultarse el trabajo de Lin Ching (2003).
- 83 Asensi Pérez (2008), pp. 15-29.
- 84 Asensi Pérez (2008), p. 26.
- 85 Asensi Pérez (2008), p. 27.