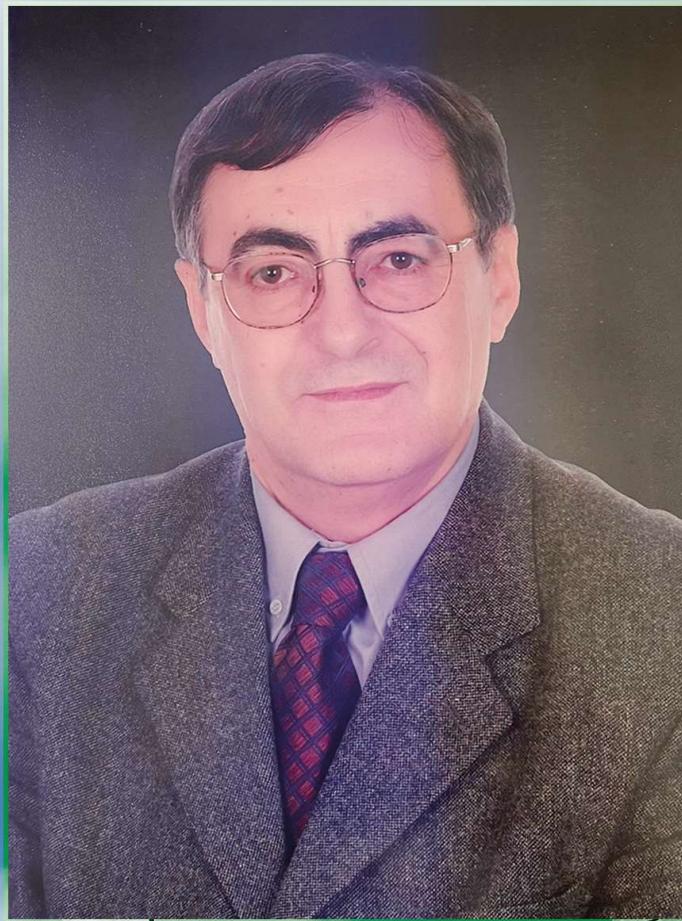


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro III. Proceso penal



De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO III: PROCESO PENAL

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

LIBRO III: PROCESO PENAL

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-75-4

Depósito legal: B 8617-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

I. RESPONSABILIDAD CIVIL Y ESTAFAS INFORMÁTICAS BANCARIAS	11
<i>Marien Aguilera Morales</i>	
II. EL DERECHO PROCESAL PENAL INTERNACIONAL ESPAÑOL	23
<i>Juan Manuel Alonso Furelos</i>	
III. AVANCES EN MEDIDAS DE PROTECCIÓN, PRUEBA PENAL Y TESTIGO ANÓNIMO. EL PROTAGONISMO DE LA VÍCTIMA	69
<i>Teresa Armenta Deu</i>	
IV. JUECES SIN ROSTRO. TERRORISMO Y PROCESO	95
<i>José María Asencio Mellado</i>	
V. MODELO PROCESAL DE ADAPTACIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR EN EL PROCESO PENAL	121
<i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	
VI. CORTE PENAL INTERNACIONAL: CUESTIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD E INTANGIBILIDAD DE LA COSA JUZGADA	145
<i>Luis Andrés Cucarella Galiana</i>	
VII. LA ACCIÓN POPULAR: SINGULARIDAD Y RACIONALIDAD (UNAS REFLEXIONES DE J. BENTHAM SOBRE LA ACUSACIÓN PENAL)	165
<i>Andrés de la Oliva Santos</i>	
VIII. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y LAS MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS AUTOINCRIMINATORIAS DE SOSPECHOSOS Y DETENIDOS ANTE LOS AGENTES POLICIALES	177
<i>Juan José Duart Albiol</i>	

IX. LA IDENTIFICACIÓN BIOMÉTRICA REMOTA «EN DIFERIDO» EN EL REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL	201
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	
X. NO VA SOBRE ÉTICA, VA SOBRE DEMOCRACIA. EL DISEÑO ALGORÍTMICO Y LA JUSTICIA PENAL	229
<i>Xulio Ferreiro Baamonde</i>	
XI. LA DECISIÓN MARCO 2002/584/JAI A LA LUZ DEL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL: DIRECTIVA (UE) 2023/2843 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2023	255
<i>Leticia Fontestad Portalés</i>	
XII. PRINCIPIO NE BIS IN IDEM Y SEGURIDAD JURÍDICA	277
<i>Isabel Hernández Gómez</i>	
XIII. EL NE BIS IN IDEM, UN LÍMITE PROCESAL AL JUS PUNIENDI	331
<i>Hernán Hormazábal Malarée</i>	
XIV. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LOS SISTEMAS DE NOTIFICACIÓN Y REGISTRO DE EVENTOS ADVERSOS EN LA ESFERA SANITARIA	349
<i>Arantza Libano Beristain</i>	
XV. EL EJERCICIO ACUMULADO DE LA ACCIÓN PENAL Y CIVIL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITO.	385
<i>Núria Mallandrich Miret</i>	
XVI. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA PENAL DE MENORES.	401
<i>José Martín Ostos</i>	
XVII. DILACIONES PENALES E INEFICIENCIA PROCESAL: UN EXAMEN DE LAS DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS Y EXTEMPORÁNEAS	421
<i>Pilar Martín Ríos</i>	
XVIII. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO Y EL DERECHO AL SILENCIO. LA LECTURA DE LAS DECLARACIONES SUMARIALES	441
<i>Víctor Moreno Catena</i>	
XIX. A VUELTAS CON LA COMPETENCIA OBJETIVA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES Y LOS JUZGADOS DE LO PENAL	473
<i>Julio Muerza Esparza</i>	

XX. PRUEBA PROHIBIDA Y DISPENSA DE DECLARAR (ARTÍCULO 416 LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL)	483
<i>Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín</i>	
XXI. LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA PENAL Y PROCESAL	507
<i>Gonzalo Quintero Olivares</i>	
XXII. ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA	525
<i>Rafael Rebollo Vargas</i>	
XXIII. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CONTRADICCIONES EN LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	539
<i>Núria Reynal Querol</i>	
XXIV. LA PROTECCIÓN DE LOS ALERTANTES EN ESPAÑA EN CASOS DE CORRUPCIÓN Y OTROS DELITOS GRAVES	559
<i>Nicolás Rodríguez-García</i>	
XXV. SANCIONES TRIBUTARIAS PENALES (DOBLE INSTANCIA O DERECHO AL REEXAMEN, AL HILO DEL CASO SAQUETTI IGLESIAS C. ESPAÑA)	585
<i>Miguel Ángel Sánchez Huete</i>	
XXVI. EL PRINCIPIO DE <i>NON BIS IN IDEM</i>: ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO DE LA UE	613
<i>Ágata M. Sanz Hermida</i>	
XXVII. LA ACUMULACIÓN DE CONDENAS DICTADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS: CONSECUENCIAS DE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY ORGÁNICA 4/2014	633
<i>Alberto Varona Jiménez</i>	

XXIII | Tratamiento procesal de las contradicciones en la declaración de la víctima de violencia de género¹

Núria Reynal Querol²
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. DIFICULTADES PROBATORIAS Y DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO. 2. EL PROBLEMA DE EXIGIR LA PERSISTENCIA EN LAS DECLARACIONES PRESTADAS POR LA VÍCTIMA. 3. POSIBLES SOLUCIONES A LAS CONTRADICCIONES DE LA VÍCTIMA DURANTE EL PROCESO. 3.1. COTEJO DE LAS DECLARACIONES DIVERGENTES. 3.2. UTILIZACIÓN DEL MECANISMO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA. 3.2.1. Fundamento y finalidad de la medida. 3.2.2. Existencia de causa legítima. 3.2.3. Requisitos de procedibilidad. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. Dificultades probatorias y declaración de la víctima como única prueba de cargo

Los problemas probatorios que plantean los procedimientos judiciales seguidos por violencia de género son particularmente complejos. Las dificultades estriban del hecho que normalmente se trata de infracciones penales que se cometan en la intimidad, en un ámbito privado y cerrado. La clandestinidad de la agresión repercute inevitablemente de forma negativa en la obtención del material probatorio y favorece que los medios de prueba de que se dispone en estos casos sean totalmente insuficientes. Piénsese que habitualmente la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja se ejerce con la única presencia

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D «Nuevos retos de género del derecho probatorio» (PID 2020-115304GB-C22), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

2. Aquest treball vol ser una senzilla mostra d'agraïment al Professor Cachón, per tot el que s'aprèn estant al seu costat. Més enllà de brillants lliçons de dret, també regala incomptables coneixements de cultura i, encara més, gestos i paraules d'una gran humanitat, una manera d'entendre la vida i la professió des de la modèstia, el respecte i l'ajuda als altres. Gràcies, estimat Mestre, per poder-me comptar entre els seus deixebles.

directa del agresor y de la víctima, sin testigos e incluso en ocasiones sin lesiones físicas apreciables por peritos³.

Ello explica que con frecuencia el testigo de la mujer víctima sea de las pocas pruebas que pueden practicarse junto con la declaración del presunto agresor. A la insuficiencia probatoria común en estos casos, deben sumarse además otras circunstancias especialmente concurrentes en este tipo de procedimientos y que vienen a agravar la carencia de medios de prueba. Nos referimos, por ejemplo, a la inasistencia de las víctimas al acto del juicio oral, o a su cambio de declaración en relación con la vertida en la fase de instrucción.

Las particularidades expuestas propias de los procedimientos seguidos por violencia de género exigen su estudio desde perspectivas que exceden seguramente de las cuestiones estrictamente jurídicas⁴. En este sentido, la perspectiva de género se erige en un instrumento de utilidad para entender los problemas probatorios antes mencionados, así como para encontrar soluciones razonables a los mismos.

Ante las dificultades probatorias acabadas de exponer y teniendo en cuenta la perspectiva de género como herramienta interpretativa a la hora de explorar posibles soluciones, doctrina y jurisprudencia han venido afirmando que la declaración de la víctima pueda ser considerada como única prueba de cargo⁵. El reconocimiento de este valor probatorio a la manifestación de la mu-

3. Las circunstancias mencionadas que determinan las particularidades de la prueba en los supuestos de delitos de violencia de género son explicadas, entre otros, por MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2009, pp.453-454; NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO); Valladolid, 2009, pp.478-479; MARTÍN DÍZ, *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*, en «Revista Ius et Praxis», 2018, nº3, p.43; GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*, en «Revista Brasileira de Direito Processual Penal», 2020, vol.6, nº3, pp.1635-1636.

4. La importancia de tomar en consideración las peculiares características de la violencia de género a la hora de llevar a cabo un análisis en profundidad del tema es puesto de manifiesto por FUENTES SORIANO, *Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer*, en «Investigación y prueba en el proceso penal» (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Coord. SANZ HERMIDA), Madrid, 2006, p.249. En su opinión, «Sólo desde el conocimiento profundo de la situación psicológica por la que atraviesan las víctimas y de los efectos que este tipo de violencia produce en el desarrollo de su personalidad, podrán comprenderse en toda su extensión los concretos problemas probatorios que revisten los procedimientos judiciales por tales causas».

5. Vid. entre otros, FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Madrid, 2009, p.123; MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., p.453; NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit., p.480; RODRÍGUEZ BOENTE, *La prueba en los supuestos de violencia de género*, en «Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas», 2011, vol.18, nº1-2, p.240; CERRATO GURI, *La prueba del maltrato ocasionado a la mujer víctima de violencia de género*, en «Derecho y Proceso. Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez» (Coords. CACHÓN CADENAS, FRANCO ARIAS), vol.I, Barcelona, 2018, p.617; GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en*

jer víctima supone, por consiguiente, concederle fuerza suficiente para poder desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Ahora bien, pese a la necesidad de conferir fuerza probatoria al testimonio de la víctima, este reconocimiento no puede llevarse a cabo sin fijar ningún tipo de límites o condiciones. A nadie se le escapa que las garantías procesales del art 24 de la Norma Fundamental adquieren en este punto un papel esencial de cortapisa y línea fronteriza. De este modo, entendemos que la atribución de valor probatorio a la declaración de la víctima no puede mantenerse sin el debido respeto al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión y ante todo a la presunción de inocencia, todos ellos valores mínimos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal⁶.

Es verdad que los procesos penales sobre delitos de violencia de género plantean múltiples problemas probatorios que frecuentemente llevan aparejados el riesgo de dejar impunes comportamientos presuntamente delictivos. Sin embargo, ni las dificultades en materia de prueba ni el riesgo de impunidad que comportan, justifican una flexibilización de la presunción de inocencia de manera que la declaración de la víctima tenga el carácter de prueba privilegiada y detente una especie de presunción de veracidad⁷.

España, cit., p.1635; GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, en «Revista Jurídica de Castilla y León», 2020. nº51, p.125, LARRAURI PIJOAN, *Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal*, en «Indret: Revista para el Análisis del Derecho», 2022, nº2, p.157.

Asimismo, vid. las sentencias del TS 998/2007, 28 de noviembre; 330/2009, 1 de abril; 461/2020, 17 de septiembre; 180/2021, 2 de marzo; 351/2021, 28 de abril; 957/2021, 9 de diciembre; 64/2022, 27 de enero; 853/2022, 27 de octubre.

6. La advertencia ya la recogía NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit., p.480, al afirmar que «el testimonio de la mujer que ha padecido presuntamente malos tratos es válido para desvirtuar la presunción de inocencia» pero «en aquellos casos en que la declaración de la víctima es la única prueba de cargo se hace necesario proceder con todas las cautelas posibles a fin de preservar las garantías procesales».

7. Esta postura no siempre se ha mantenido de manera firme e unánime en la jurisprudencia. Así, algunas sentencias, aunque de forma vacilante, han venido considerando la víctima como testigo cualificado. Algunas de estas resoluciones son las sentencias del TS 2003/2018, de 24 de mayo y 2182/2018, de 13 de junio. Ahora bien, aunque en la primera de ellas se afirma abiertamente que «la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflujo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba», en la segunda debe reconocerse que el Alto Tribunal matiza que el carácter privilegiado de estas testificales «no quiere decir que la credibilidad de la víctima sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de la declaración y, otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso».

Sea como fuere, existen muchas otras resoluciones judiciales que, junto con reconocer valor probatorio a la declaración de la víctima, entienden la necesidad de extremar las precauciones a la hora de su valoración para no poner en riesgo el derecho constitucional a la presunción de inocencia. Vid., entre otras, las sentencias del TC 16/2000, 31 de enero; 68/2001, 17 de marzo; 78/2005, 4 de julio; 345/2006, 11 de diciembre; 146/2007, 18 de junio; 56/2010, 4 de octubre; 9/2011, 28 de febrero.

De todo lo expuesto puede concluirse que, en aquellos procesos penales donde la declaración de la víctima integra de manera única la prueba, es necesario encontrar un equilibrio entre dos elementos que en estos casos aparecen en un principio como enfrentados. De una parte, el derecho a la presunción de inocencia del presunto autor del delito, y de la otra, la legítima expectativa de justicia de la víctima. Encontrar la armonía entre estos dos conceptos no es tarea fácil y seguramente requiere el establecimiento de unos parámetros que permitan determinar cuándo la declaración de la víctima puede adquirir valor de prueba testifical incriminatoria.

2. El problema de exigir la persistencia en las declaraciones prestadas por la víctima

En la línea de lo acabado de exponer, el Tribunal Supremo ha acordado establecer unos requisitos necesarios para otorgar valor probatorio a la declaración de la víctima en aquellos supuestos en que la misma constituye la única prueba de cargo de la causa. Se trata de criterios establecidos con carácter general para cualquier víctima o testigo y a los que debe conferirse carácter relativo. La contingencia de estos parámetros implica descartar su valor absoluto o normativo, así como la necesaria concurrencia cumulativa de todos ellos⁸. De este modo, puede afirmarse que son criterios que no determinan el contenido de la decisión del órgano jurisdiccional, sino que más bien sirven para orientarla.

El carácter relativo de los criterios introducidos por el Tribunal Supremo es particularmente conveniente en los supuestos de violencia de género. Las circunstancias de agresión y desgaste psicológico en las que se encuentra inmersa la víctima justifican una adaptación de los criterios establecidos por el Alto Tribunal. En este punto la perspectiva de género se presenta como un instrumento de gran utilidad para interpretar y aplicar aquellos requisitos a los supuestos de violencia que nos ocupan. Así, una adecuada valoración judicial de las manifestaciones de las víctimas no puede prescindir del perfil y de la situación en que se encuentra la mujer que testifica y por lo tanto el juez a la hora de efectuar la valoración probatoria de la declaración de la víctima debe hacerlo adap-

8. Vid. FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., pp.126-126; GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*, cit. Pp.1638-1639.

El carácter relativo de los requisitos establecidos por el Alto Tribunal también queda recogido en las sentencias del TS 1168/2001, 15 de junio; 998/2007, 28 de noviembre; 330/2009, 1 de abril; 381/2014, 21 de mayo; 891/2014, 23 de diciembre; 461/2020, 17 de septiembre; 351/2021, 28 de abril; 957/2021, 9 de diciembre; 456/2024, 23 de mayo.

tando aquellos elementos orientadores al contexto acabado de exponer⁹. La valoración del testimonio de la víctima y su consideración como elemento de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado precisa, en cada caso concreto planteado, de un análisis individualizado de cada uno de los requisitos que con carácter general ha establecido el Tribunal Supremo para otorgar valor probatorio a la declaración de una víctima.

Las condiciones estipuladas por el Alto Tribunal se refieren a distintos aspectos de la declaración del testimonio o víctima. Algunos aluden a circunstancias subjetivas de la persona que declara exigiendo su credibilidad. Otros se refieren a aspectos internos y externos de las manifestaciones vertidas requiriendo que las mismas sean congruentes, uniformes, concretas y corroboradas por datos diversos. Y finalmente existen requisitos relacionados con el modo en que tiene lugar la declaración pretendiendo que se mantenga de forma reiterada a lo largo de todo el proceso.

De acuerdo con este último criterio, el reconocimiento de valor probatorio a la declaración de la víctima requiere que esta última mantenga la incriminación en las diversas declaraciones que emite durante todo el procedimiento. Esto significa que, tanto ante la policía, como ante el juzgado de instrucción, como ante el tribunal enjuiciador, la víctima ha de expresar su postura inculpatoria sin contradecirse ni desdecirse.

Si bien la exigencia acabada de mencionar puede parecer razonable con carácter general, es cierto que su cumplimiento resulta especialmente difícil en los supuestos de violencia de género. En este tipo de delitos, mantener la persistencia en la incriminación a lo largo del *iter procesal* no es sencillo para la víctima. Por un lado, se trata de delitos en los que concurren características especiales derivadas de la afectividad compartida entre víctima y agresor, que explican que este tipo de víctima reaccione de forma diferente a como lo haría la víctima de otro delito. Por otro, el hecho de que la víctima deba declarar en el acto del juicio después de haberlo hecho en la fase de instrucción puede conducir a situaciones en que testifique en la fase de enjuiciamiento con retractaciones y contradicciones.

Debe tenerse en cuenta que la rectificación de la víctima en su declaración, si bien a veces puede dimanar de su falta de credibilidad, en muchas otras ocasiones puede obedecer a factores diversos que no están relacionados con aquélla. No puede olvidarse que el estado psicológico en que se encuentran las

9. Vid. En este sentido MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., p.455.

víctimas de violencia de género (con baja autoestima, dependencia de su agresor y estrés postraumático) muy fácilmente puede conducir y explicar el cambio de declaración de la víctima y que su actuación procesal no sea uniforme durante toda la tramitación del proceso¹⁰.

Lamentablemente, la existencia de contradicciones entre la declaración prestada en el juicio oral y la efectuada en la instrucción acaba provocando, en la mayor parte de los supuestos, una situación de falta de prueba suficiente para dictar sentencia condenatoria. Es por ello que las páginas que siguen están dedicadas precisamente al estudio de la exigencia de mantener la incriminación desde la óptica de la perspectiva de género. Entendemos que una lectura del criterio mencionado con esta nueva percepción puede ayudar a evitar, o al menos minimizar, el riesgo de insuficiencia probatoria cuando en supuestos de violencia de género se disponga únicamente de la declaración de la víctima.

3. Posibles soluciones a las contradicciones de la víctima durante el proceso

A la vista de lo expuesto, la interpretación del requisito objeto de análisis precisa de una adaptación en los casos de violencia de género. Esta adecuación pasa por no utilizar las contradicciones como criterio automático para privar de fuerza probatoria a la declaración de la víctima. Es necesario un análisis de estas situaciones con perspectiva de género a través del cual evitar la asimilación instantánea de las retractaciones y las contradicciones en las declaraciones de la víctima con la falta de cumplimiento del requisito de la persistencia en la incriminación.

En efecto, la respuesta a estas situaciones no puede consistir en una lectura literal y estricta del requisito de la persistencia en la incriminación que invariabilmente deniegue de forma automática la credibilidad de la víctima y deje al

10. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, *op.cit.*, p.456; RODRÍGUEZ BOENTE, *La prueba en los supuestos de violencia de género*, cit, p.243; MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECrim*, en «La prevención y la erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense» (Coords. MARTÍNEZ GARCÍA, VEGAS AGUILAR, BOIX REIG), Navarra, 2012, pp.391-392.

A la hora de valorar la ambivalencia de la mujer víctima de violencia de género, muchas veces «no se tiene en cuenta que algunas de las víctimas de estos delitos suelen presentar pensamientos y emociones contrarias hacia a sus parejas, sentimientos contradictorios de amor y odio, autonomía y dependencia, reconociéndose como víctimas, pero también como corresponsables de la situación, lo que explicaría las retractaciones en las denuncias como en las decisiones sobre la ruptura de la relación, así como el mantenimiento de la convivencia pese al sufrimiento» (RAMÍREZ ORTIZ, *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Valencia, 2019, p.147).

juez sin prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia abocándole a dictar una sentencia de absolución.

Por el contrario, la respuesta a las situaciones expuestas exige una evaluación por parte del juez de las circunstancias concretas de los hechos y buscar mecanismos que ayuden a minimizar el efecto mencionado. Así, se plantea la posibilidad de tomar en consideración las declaraciones incriminadoras prestadas en la fase de instrucción y utilizarlas para fundamentar una sentencia de condena. El ordenamiento jurídico ofrece instrumentos que permiten valorizar la declaración sumarial sin menoscabar garantías procesales básicas, como pueden ser el derecho de defensa, el principio de contradicción, la presunción de inocencia o la prohibición de indefensión. A continuación, se analizan dos de estas posibles soluciones.

3.1. Cotejo de las declaraciones divergentes

Ciertamente, para el caso de las contradicciones y las retractaciones entre las declaraciones de la instrucción y del juicio oral, el art 714 LECrim ofrece un mecanismo que puede servir para superar el riesgo de llegar a una situación de insuficiencia probatoria que inevitablemente conduzca a un pronunciamiento absolutorio. En este sentido, el precepto prevé que cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la declaración prestada en el sumario, cualquiera de las partes puede pedir la lectura de esta última.

Los términos del precepto permiten al juez sentenciador realizar una confrontación entre las afirmaciones realizadas en la instrucción y las efectuadas en el acto del juicio oral con el objetivo de determinar cuál de ellas es más veraz. Verdaderamente, en los supuestos de contradicciones y retractaciones no nos encontramos ante supuestos de inexistencia de actividad probatoria sino más bien ante un tema de apreciación probatoria y, por consiguiente, parece razonable que, a partir de las manifestaciones discrepantes, el órgano jurisdiccional pueda realizar un ejercicio de comparación entre ellas y concretar las que gocen de mayor fiabilidad y verosimilitud.

De esta manera, de acuerdo con el art 714 LECrim, es posible, en los supuestos de contradicciones y retractaciones entre las declaraciones de la instrucción y del plenario, que el juez tome en consideración las declaraciones incriminadoras realizadas por la víctima de violencia de género en la fase sumarial, y, una vez cotejadas en el juicio, las considere prueba de cargo. Ahora bien, para que el juez pueda, en su caso, dar prevalencia a las declaraciones sumariales por encima de las emitidas en el juicio oral e incorporarlas en la sentencia, es nece-

saria la concurrencia de un conjunto de circunstancias, relacionadas con el respeto a los principios de contradicción e inmediación judicial¹¹.

En primer lugar, es indispensable que en la práctica de la diligencia de instrucción se hayan observado las formalidades y requisitos exigidos por la ley. En este sentido, el respeto a la garantía de la contradicción en la toma de declaración de la víctima durante la fase de investigación adquiere un papel determinante en su posible incorporación al juicio oral. Así, la eventual concesión de valor probatorio a la declaración sumarial únicamente es posible si el Letrado del imputado participó en la práctica de esta declaración interrogando a la víctima o al menos tuvo la oportunidad de hacerlo. A la vista de lo acabado de exponer, sería recomendable procurar en cualquier caso la participación del Letrado del imputado en el momento en que la víctima testifica en la fase de instrucción, a fin de asegurar, ante eventuales retractaciones o cambios de versión, la incorporación en el acto del juicio oral, mediante la lectura, del contenido de las manifestaciones prestadas en esta primera fase del proceso¹², su comparación con las efectuadas en el juicio y su posible prevalencia respecto estas últimas.

En segundo lugar, la confrontación de las declaraciones sumariales y las del juicio oral requiere que las primeras sean sometidas a contradicción en el plenario, posibilitando el derecho de defensa del acusado ante la inmediación del órgano judicial que ha de dictar sentencia¹³. Se trata de dos requisitos fundamentales que deben concurrir, en los supuestos de contradicciones y retracta-

11. Tal como indica NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit. p.482, «si bien los únicos medios de prueba válidos aptos para desvirtuar la presunción de inocencia son los practicados en el juicio oral o los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, tal afirmación no puede entenderse en un sentido tan radical que conduzca a negar cualquier eficacia probatoria a las diligencias de instrucción practicadas con la formalidades que la Constitución y el ordenamiento jurídico exigen, siempre que puedan someterse a contradicción, a fin que el tribunal pueda juzgar la extensión y el contenido de las declaraciones prestadas ante el juez de instrucción con las vertidas en el juicio oral».

Igualmente, vid. en este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 80/1986, 17 de junio; 25/1988, 23 de febrero; 137/1988, 7 de julio; 182/1989, 3 de noviembre; 94/2002, 22 de abril; 195/2002, 28 de octubre; 25/2003, 10 de febrero; 344/2006, 11 de diciembre; 56/2010, 4 de octubre; 78/2013, 8 de abril; 165/2014, 8 de octubre; 33 /2015, 2 de marzo.

En esta línea también se pronuncian las sentencias del TS 957/2008, 18 de diciembre; 1238/2009, 11 de diciembre; 603/2010, 8 de julio; 497/2016, 9 de junio; 511/2017, 14 de julio; 468/2020, 23 de septiembre; 120/2021, 11 de febrero; 790/2021, 18 de octubre; 446/2022, 5 de mayo; 466/2022, 12 de mayo; 749/2022, 13 de septiembre; 791/2022, 28 de septiembre; 853/2022, 27 de octubre; 3/2024, 10 de enero; 192/2024, 29 de febrero; 309/2024, 11 de abril.

12. Vid. en este sentido MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., pp.458-459.

13. Así lo entienden, entre otros, FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., p.138; GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, cit., pp.133-134.

ciones, para el juez poder cotejar ambas declaraciones y si es necesario poder dictar sentencia en base a la incriminación manifestada en la instrucción.

Así, por un lado, debe respetarse el principio de contradicción, que permite que la testigo explique las diferencias o contradicciones entre lo afirmado durante la investigación y lo expresado en el acto del juicio. La eventualidad que tales contradicciones constituyan un delito de falso testimonio debería ser del todo excepcional, debido no sólo a la condición del derecho penal como *ultima ratio*, sino también por el riesgo de criminalizar, con esta acusación, a una persona que muy probablemente esté actuando paralizada por el miedo. Así mismo, la lectura en el juicio de las declaraciones de la víctima realizadas en la instrucción proporciona al acusado la posibilidad de debatir sobre ellas y defenderse.

Igualmente, por otro, también debe darse cumplimiento al principio de inmediación judicial. Esto es, la exigencia que el juez que dicte la sentencia haya estado presente en la celebración del juicio oral y haya podido observar las explicaciones de la víctima sobre sus discrepancias y las alegaciones del acusado sobre esta cuestión. La inmediación judicial garantiza que el juez forme su convicción para dictar sentencia directamente sobre lo que ha visto y escuchado. De este modo, el juez no solo percibe directamente lo que se explica en el juicio, sino que también capta gestos y matices de voz e, incluso, puede intervenir en las declaraciones y explicaciones expuestas. Al mismo tiempo, el hecho de que el juez que dicte la sentencia goce de inmediación facilita una mayor y mejor argumentación por parte del órgano judicial sobre las razones que, en su caso, le hayan llevado a considerar más verosímil y fiable la primera declaración sumarial en detrimento de la segunda, prestada en el juicio oral.

3.2. Utilización del mecanismo de la prueba preconstituida

Otra solución para salvar la existencia de contradicciones y retractaciones entre las declaraciones sumariales y del juicio oral pasaría por evitar, en la medida de lo posible, la repetición de la declaración de la víctima en el acto del juicio y reconocer el carácter de prueba preconstituida a su declaración en la fase de instrucción¹⁴.

14. Vid., en este sentido, FUENTES SORIANO, *op.cit.*, pp.144-145; NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, cit., pp.484-485; MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECrim*, cit., pp.405-406; BUJOSA BADELL, *El valor de la declaración del imputado y de la víctima de violencia de género en el atestado policial*, en «Violencia de género e igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos» (Dirs. FIGUERUELO BURRIEZA, DEL POZO PÉREZ, LEÓN ALONSO, Coord. GALLARDO RODRÍGUEZ), Granada, 2013, p.32.

3.2.1. Fundamento y finalidad de la medida

No puede obviarse que la víctima de violencia de género se encuentra sometida a enormes presiones físicas y psicológicas y que en medio de este conjunto de sentimientos a la práctica decide frecuentemente, bien por su propia voluntad, bien por las amenazas recibidas de su agresor, cambiar la versión de sus manifestaciones, frustrando, así, las expectativas probatorias del procedimiento. En este contexto, una medida como la expuesta, no sólo serviría para evitar eventuales cambios en las manifestaciones de la víctima, sino también reduciría el efecto victimizador que para ella supone el tener que reiterar su declaración en distintos momentos procesales, ya que podría ahorrarse el trance de revivir nuevamente en el juicio oral unos hechos para ella traumáticos.

De este modo, la utilización de la figura de la prueba preconstituida perseguía una doble finalidad. Por un lado, evitar que el lapso temporal entre la declaración en fase de instrucción y la fecha del juicio oral ocasione contradicciones y retractaciones en la versión de la víctima. Por otro, proteger a la víctima ante el riesgo de victimización secundaria que le puede provocar el tener que declarar en distintas ocasiones durante la tramitación procedural¹⁵.

Justamente este carácter tuitivo de la prueba preconstituida puede encontrar su fundamento en el Estatuto de la Víctima del Delito. El art 21 de la Ley insta a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal a adoptar una serie de medidas destinadas al apoyo y protección de la víctima. Entre las medidas previstas se enumeran a dos que afectan a la cuestión ahora objeto de análisis. En primer lugar, procurar que la víctima reciba declaración cuando resulte necesario y sin dilaciones indebidas. Y en segundo, facilitar que la víctima preste declaración el menor número de veces posible y únicamente cuando resulte necesario para los fines de la investigación penal. Y qué duda cabe que la prueba preconstituida se erige como un mecanismo esencial para lograr estos objetivos.

3.2.2. Existencia de causa legítima

La posibilidad que la autoridad judicial acuerde la práctica de la declaración del testigo como prueba preconstituida está regulada en el art 449 bis LECrim. El precepto reserva esta eventualidad para los casos legalmente previstos, es decir, cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona

15. En este sentido, aunque en relación con la declaración de la víctima menor de edad, se expresa PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, en «El proceso como garantía» (Dirs. ASENCIO MELLADO, FUENTES SORIANO), Barcelona, 2023, pp.591-592.

Pueden leerse también, entre otras, las sentencias del TS 153/2022, 22 de febrero; 3/2024, 10 de enero; 285/2024, 21 de marzo; 676/2024, 27 de junio.

con discapacidad necesitada de especial protección (art 449 ter LEcrim) y en aquellos supuestos en los que exista un riesgo de poder practicar la declaración en el acto del juicio oral (arts 448 y 777 LEcrim). De este modo, la norma da cumplimiento a una consolidada jurisprudencia y doctrina del Tribunal Constitucional que condiciona la legitimidad de la exclusión de la presencia de la víctima en el juicio oral a la existencia de una causa legítima que impida dicha declaración¹⁶.

Los supuestos que prevén los arts 448 y 777 citados de imposibilidad de volver a practicar la declaración testifical en el juicio oral y que por consiguiente erigen dicha declaración sumarial en prueba preconstituida son los siguientes: la posible muerte del testigo o de la víctima, su posible incapacidad, su ausencia del territorio o su lugar de residencia, y cualquier otro motivo que razonablemente haga temer por la realización de la prueba en el marco del juicio.

Es cierto que de la lectura de los preceptos mencionados parece deducirse que las causas previstas se refieren a supuestos concretos de imposibilidad material de práctica de la prueba, de difícil concurrencia, por otra parte, en los casos de maltrato a la mujer. Ello, no obstante, en nuestra opinión, esta circunstancia no debería ser obstáculo para poder atribuir el valor de prueba preconstituida a la declaración sumarial de la víctima de violencia de género en otras situaciones más allá de las contempladas literalmente en la ley. Así, uno de los supuestos en que, a nuestro entender, sería razonable preconstituir la prueba sería aquél en que se trata de preservar con ello la salud psíquica y emocional de la mujer víctima¹⁷. Distintos argumentos apuntan a esta dirección.

En primer lugar, creemos que debería buscarse una lectura de los artículos citados de la LEcrim coherente con el espíritu del Estatuto de la Víctima del Delito, que trata de ofrecer una protección integral a la víctima frente al riesgo de la victimización secundaria. En este sentido sería deseable abogar por una interpretación de los preceptos que ampliara el concepto de imposibilidad del testigo para realizar la prueba en el juicio e incluir en el mismo el riesgo que supone para la estabilidad emocional de la víctima la declaración en el plenario.

16. Vid. entre otras las sentencias del TS 365/2012, 15 de febrero; 538/2016, 17 de junio; 222/2019, 29 de abril; 579/2019, 26 de noviembre; 690/2021, 15 de septiembre; 465/2022, 12 de mayo; 853/2022, 27 de octubre; 24/2023, 26 de enero; 558/2023, 6 de julio; 285/2024, 21 de marzo.

Igualmente se ha pronunciado el TC en las sentencias 209/2001, 22 de octubre; 56/2010, 4 de octubre; 53/2013, 28 de febrero; 165/2014, 8 de octubre.

17. De forma similar, pero en relación con otro tipo de asuntos, la jurisprudencia ha ido admitiendo la aplicación del mecanismo de la prueba preconstituida más allá de las circunstancias previstas en la ley y atendiendo a la situación de vulnerabilidad de la víctima. Así, por ejemplo, en los casos del delito de trata de seres humanos (SSTS 396/2019, 24 de julio; 172/2024, 27 de febrero) y en los supuestos de abusos de menores (SSTS 222/2019, 29 de abril; 579/2019, 26 de noviembre; 24/2023, 26 de enero).

Al mismo tiempo, entendemos que los artículos mencionados no establecen un *numerus clausus* de causas de imposibilidad de declarar y, por consiguiente, puede interpretarse que también quedan comprendidos en su ámbito de aplicación otro tipo de motivos¹⁸. En efecto, de todos los motivos antes expuestos, si bien la mayoría responden a obstáculos concretos para prestar declaración, el último de los mencionados deja la puerta abierta a incluir otro tipo de impedimentos. Así, dentro de los motivos que razonablemente hacen temer por la realización de la prueba testifical en el marco del juicio, un impedimento que podría introducirse en los supuestos de víctimas de violencia de género podría ser las posibles consecuencias psíquicas y morales que podría ocasionar a la mujer el hecho de volver a declarar en el juicio oral¹⁹.

No se trata con ello de trasladar siempre y en cualquier caso la declaración testifical de la víctima a la fase de instrucción. La norma general debe continuar siendo que todos los testigos deben declarar en el juicio para asegurar de este modo y de forma plena las garantías de contradicción y defensa. El reconocimiento como prueba preconstituida de la declaración sumarial de la víctima y su consiguiente ausencia en las sesiones del juicio oral debería reservarse, como ha quedado dicho, para determinadas situaciones, aquéllas en que existe una causa legítima que impida reproducir la declaración en el plenario. En este sentido, evitar los riesgos de victimización secundaria de la mujer víctima cuando quede acreditado que su comparecencia en juicio puede comportarle daños psicológicos debería ser razón suficiente y fundada para justificar su ausencia del juicio oral y podría incluirse en lo establecido en el art 777 LECrim, según el cual cualquier motivo que razonablemente haga temer por la declaración testifical en el marco del juicio, permite erigir en prueba preconstituida a la declaración realizada en la instrucción.

Ahora bien, la determinación de la existencia de esta causa legítima requeriría una labor de ponderación por parte del juez de los derechos e intereses en juego. El órgano jurisdiccional debería tomar en consideración, de un lado, el derecho de defensa del acusado y, de otro, las necesidades de protección de la mujer centradas en evitar su revictimización²⁰. Se trata de un examen que debería realizarse caso por caso, valorando, en el momento del juicio oral, si la comparecencia en juicio de la mujer puede provocar una segunda victimiza-

18. Vid. en este sentido MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el art 416 LECrim*, cit., p.407.

19. Varios autores se pronuncian a favor de esta opción. Entre ellos, puede leerse a FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., p.143; MONTESINOS GARCÍA, op.cit., p.405; MARTÍN DIZ, *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*, cit., p.54.

20. Vid. en este sentido NACARINO LORENTE, *La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida*, en «La Ley Probática», 2020, nº1, pp.13 y 21; PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, cit., p.599.

ción que le pueda causar perjuicios para su estabilidad emocional²¹. Evidentemente, para valorar la existencia de este riesgo, el tribunal debería contar con informes periciales médicos que acreditasen tales circunstancias. Así, si el juez llegara a la conclusión que la declaración de la víctima en el juicio oral podría menoscabar su salud psíquica, podría prescindir de la misma y acudir a la prueba preconstituida de la declaración realizada en sede de instrucción.

3.2.3. Requisitos de procedibilidad

En cualquier caso, la existencia de una causa legítima que justifique la preconstitución de la declaración de la víctima de violencia de género no es suficiente para excusar la presencia de la testigo en el juicio oral y utilizar su declaración sumarial como prueba de cargo. Tanto la jurisprudencia como el art 449 bis LEcrim condicionan esta posibilidad al cumplimiento de una serie de requisitos formales²².

a) Respeto a las garantías constitucionales de contradicción e inmediación judicial

La concesión del carácter de prueba preconstituida a la declaración sumarial de la víctima de violencia de género únicamente puede concebirse si concurren unas determinadas circunstancias que garanticen el respeto a las garantías constitucionales del proceso²³.

21. En esta línea se pronuncia la sentencia del TS 206/2020, 21 de mayo, según la cual, «la preconstitución ha de estar justificada en razones serias de conveniencia o de imposibilidad. Aun estando ya preconstituida, si alguien la reclama, debe constatarse que las circunstancias que determinaron la anticipación persisten en el momento del plenario».

22. Vid., por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 303/1993, 25 de octubre; 153/1997, 29 de septiembre; 72/2001, 26 de marzo; 209/2001, 22 de octubre; 12/2002, 28 de enero; 94/2002, 22 de febrero; 195/2002, 28 de octubre; 187/2003, 27 de octubre; 17/2004, 23 de febrero; 1/2006, 16 de enero; 344/2006, 11 de diciembre; 29/2008, 20 de febrero; 56/2010, 4 de octubre; 68/2010, 18 de octubre; 127/2011, 18 de julio; 165/2014, 8 de octubre; 59/2023, 23 de mayo.

El Tribunal Supremo por su parte también se pronuncia en este sentido. Vid. las sentencias 365/2012, 15 de febrero; 538/2016, 17 de junio; 222/2019, 29 de abril; 579/2019, 26 de noviembre; 44/2020, 11 de febrero; 321/2020, 17 de junio; 690/2021, 15 de septiembre; 107/2022, 10 de febrero; 153/2022, 22 de febrero; 853/2022, 27 de octubre; 881/2022, 8 de noviembre; 24/2023, 26 de enero; 558/2023, 6 de julio; 3/2024, 10 de enero; 281/2024, 21 de marzo.

23. Vid. MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, cit., pp.458-460; MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LEcrim*, cit., p.406; BUJOSA BADELL, *El valor de la declaración del imputado y de la víctima de violencia de género en el atestado policial*, cit., p.32; NACARINO LORENTE, *La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida*, cit., p.21; CASANOVA MARTÍ, *La nueva configuración de la prueba preconstituida como mecanismo para evitar la victimización secundaria de las personas menores víctimas de violencia de género*, en «*La prueba de la violencia de género y su problemática judicial*» (Dir. CERRATO GURI), Madrid, 2022, pp.247-248; PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, cit., pp.603-604; PINO PÉREZ, *La declaración de la víctima de delitos sexuales como prueba preconstituida. Ventajas e inconvenientes*

En efecto, el respeto al derecho de defensa del acusado es el requisito que exige el Tribunal Constitucional para admitir excepciones a la regla general de práctica de la prueba en el seno del juicio oral con plenitud de garantías de publicidad, oralidad, contradicción e inmediación. El Alto Tribunal reconoce que la necesidad de ponderar estas garantías con otros intereses y derechos dignos de protección permite modular los términos de la regla mencionada e introducir determinados supuestos de excepción siempre que permitan el debido ejercicio de la defensa contradictoria por parte de quien se encuentra sometido al enjuiciamiento penal. De ello parece deducirse que el derecho a interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso, de modo que, las declaraciones prestadas en fases anteriores al juicio oral no tienen por qué lesionar el derecho a un proceso debido si han podido ser sometidas a contradicción.

El cumplimiento de la garantía de la contradicción exige la presencia del abogado del investigado en la toma de declaración durante la fase de instrucción para poder intervenir e interrogar a la víctima. Así lo establece el art 449 bis LECrim, el cual, si bien no requiere la presencia de la persona investigada para la práctica de la prueba preconstituida, sí que obliga a la de su defensa letrada. Incluso, para evitar la invalidez de la prueba, el propio precepto prevé que en caso de incomparecencia injustificada del abogado defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente a la realización de la declaración, el acto se sustancie con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

Junto con la observancia de la garantía de contradicción, el reconocimiento como prueba preconstituida de la declaración sumarial de la víctima, requiere que la misma haya tenido lugar respetando la también garantía de la inmediación judicial, es decir, con la necesaria intervención del Juez de Instrucción. Así se deduce del redactado del art 449 bis LECrim cuando alude a la autoridad judicial, dando a entender que la posibilidad prevista en la norma de practicar la declaración del testigo como prueba preconstituida únicamente es viable en esta sede. La exigencia de la inmediación judicial es completamente razonable en la medida que el Juez es quien tiene reconocido el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, al mismo tiempo, excluye la extensión de esta solución a la

declaración de la víctima prestada ante la policía²⁴. La declaración policial de la víctima debe ser reiterada ante un órgano jurisdiccional, bien el Juez de Instrucción, bien el órgano competente para el juicio oral. De lo contrario, esto es, en caso de ser contradictoria con la declaración prestada en sede judicial o en caso de negativa a volver a declarar por parte de la víctima, la declaración policial presenta deficiencias evidentes para ser tomada directamente en consideración.

Así, sería oportuno que en los casos de violencia de género que ahora nos ocupan, el Juez de Instrucción practicase de forma inmediata la declaración a la víctima garantizando la contradicción de las partes y que ya en los primeros momentos de la investigación el letrado del sujeto investigado pudiera participar en la toma de declaración de la víctima. De este modo, si en la fase del juicio oral, la víctima alega alguno de los impedimentos para declarar, podría darse valor probatorio a su declaración instructoria realizada con inmediación y contradicción sin riesgo de vulnerar las garantías del art 24 CE.

b) Documentación de la declaración prestada en fase de instrucción

Junto con todo lo expuesto, el art 449 bis LECrim exige, para la preconstitución de la prueba, que la declaración sumarial de la víctima quede documentada en soporte apto para la grabación del sonido y de la imagen. Una vez realizada la grabación audiovisual, corresponde al Letrado de la Administración de Justicia comprobar de forma inmediata la calidad de la misma y realizar un acta sucinta con la identificación y firma de todas las personas intervenientes en la prueba preconstituida.

El objetivo de la grabación audiovisual de la declaración prestada en la fase de instrucción es su reproducción en el acto del juicio oral. Así lo prevén los arts 730.2 y 703 bis LECrim, conforme a los cuales, cuando en fase de instrucción, en aplicación de lo dispuesto en los arts 449 bis y siguientes, se haya practicado como prueba preconstituida la declaración de la víctima o testigo, cualquiera de las partes podrá solicitar la reproducción en la vista de la grabación audiovisual realizada, sin que sea necesaria la presencia de quien haya declarado en dicho acto.

24. Vid. en este sentido FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, cit., pp.138-139; BUJOSA BADELL, *op. loc. cit.*; GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, cit., p.132.

Igualmente, pueden leerse, entre otras, las sentencias del TS 2184/2001, 23 de noviembre; 220/2006, 22 de febrero; 1238/2009, 11 de diciembre; 44/2015, 29 de junio; 234/2018, 17 de mayo; 655/2020, 3 de diciembre; 403/2023, 25 de mayo.

Esta es la vía a través de la cual las manifestaciones realizadas en la fase de instrucción entran en la fase de enjuiciamiento del proceso penal, cuando no pueden reproducirse en este momento de la causa, y accediendo de este modo al debate procesal público pueden ser sometidas a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervienen en el juicio oral.

Si bien el mecanismo de la prueba preconstituida sirve para evitar la declaración de la víctima en el juicio oral cuando concurre causa legítima que lo justifique y siempre que la declaración prestada en instrucción cumpla con las garantías procesales necesarias, la Ley deja abierta la puerta a la intervención del testigo en la vista para practicar la declaración. Los supuestos en que está prevista la declaración en el juicio oral son justamente aquellos en que la prueba preconstituida no reúna todos los requisitos previstos en el art 449 bis LE-Crim y pudiere causar indefensión. En estos casos, la intervención debe solicitarse a instancia de parte y la decisión sobre la participación del testigo queda a criterio del órgano encargado del juicio oral.

4. Conclusiones

Primera. Las condiciones de intimidad y clandestinidad en que se cometen los delitos de violencia de género ocasionan con frecuencia situaciones de insuficiencia probatoria en los procedimientos judiciales seguidos por estos asuntos y, en consecuencia, el riesgo de no poder dictar una sentencia de condena.

Segunda. La consideración de la declaración de la víctima como única prueba de cargo se erige como una solución adecuada para solventar estos problemas probatorios, ya que supone conceder, a la manifestación de la mujer, la fuerza suficiente para poder desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia de que goza el acusado.

Tercera. La atribución de este valor probatorio a la declaración de la víctima debe llevarse a cabo indudablemente dentro de los límites de las garantías procesales del art 24 CE. Así, el Tribunal Supremo, precisamente en aras a asegurar el respeto a los valores mínimos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, ha expedido aquel reconocimiento al cumplimiento de un conjunto de requisitos.

Cuarta. Sin embargo, los criterios requeridos con carácter general por el Alto Tribunal precisan de una adaptación cuando se trata de supuestos de violencia de género. El complejo estado emocional en que se encuentra la víctima en estos casos explica que este tipo de víctima reaccione de forma diferente a como lo haría la víctima de otro delito y, en esta medida, justifica una adecuación de aquellos requisitos.

Quinta. Una de las condiciones exigidas para reconocer valor probatorio a la declaración de la víctima y que refleja con claridad la necesidad de una adaptación a los supuestos de violencia de género, alude al mantenimiento de la incriminación por parte de la víctima en las diversas declaraciones que emite durante el procedimiento. Si bien la persistencia en la incriminación se exige con carácter general como muestra de la credibilidad y la constancia de la víctima, por el contrario, su cumplimiento resulta especialmente difícil en los supuestos de violencia de género. En estos casos, el estado psicológico de la víctima conduce fácilmente a que su actuación procesal no sea uniforme a lo largo del proceso y cambie el contenido de la declaración en las distintas fases de la causa.

Sexta. Una lectura estricta de este requisito cuando nos encontramos con supuestos de contradicciones de la víctima conduciría invariablemente a denegar de forma automática la credibilidad de la víctima de violencia de género y dejaría casi siempre al juez sin prueba de cargo suficiente para dictar una sentencia de condena. Es por ello que resulta perentorio un análisis de estas situaciones con perspectiva de género que permita encontrar mecanismos que ayuden a minimizar el efecto mencionado.

Séptima. Una de las soluciones más plausibles para evitar una situación de insuficiencia probatoria en los casos de contradicciones entre las declaraciones de la instrucción y del juicio oral consiste en tomar en consideración las manifestaciones incriminatorias prestadas en la fase de instrucción y utilizarlas para fundamentar una sentencia de condena. Para ello es necesaria la concurrencia de unas determinadas circunstancias tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento.

Octava. En lo que se refiere a la fase de instrucción, la concesión de valor probatorio a la declaración sumarial requiere que en la toma de declaración de la víctima durante esta fase se garantice el respeto a las garantías constitucionales del proceso. En primer lugar, el cumplimiento de la garantía de la contradicción exige la participación del Letrado del imputado en la práctica de esta declaración interrogando a la víctima. En segundo lugar, se requiere que la misma haya tenido lugar respetando la también garantía de la inmediación judicial, es decir, con la necesaria intervención del Juez de Instrucción.

Novena. Una vez practicada la declaración de la víctima con estas formalidades, y llegados a la fase de enjuiciamiento, son dos las situaciones en las cuales puede precisarse la toma en consideración de la declaración sumarial obtenida. Por un lado, en caso de declaración contradictoria de la víctima emitida en el acto del juicio oral. Por otro, en el supuesto que concurra alguna causa que impida su declaración en este momento del procedimiento.

Décima. En el primer supuesto mencionado, es decir, si existen contradicciones entre las declaraciones de la instrucción y del plenario, el juez sentenciador puede llevar a cabo, en aplicación del art 714 LECrim, una confrontación entre las afirmaciones realizadas, con el objetivo de determinar cuál de ellas es más veraz y, en su caso, dar prevalencia a las declaraciones sumariales por encima de las emitidas en el juicio oral. La confrontación de las declaraciones sumariales y las del juicio oral debe realizarse cumpliendo dos requisitos. Por un lado, debe respetarse el principio de contradicción, que permite que la testigo explique las diferencias o contradicciones entre lo afirmado durante la investigación y lo expresado en el acto del juicio y proporciona al acusado la posibilidad de debatir sobre ellas y defenderse. Por otro, también debe darse cumplimiento al principio de inmediación judicial, que permite al juez sentenciador observar e intervenir en las explicaciones de la víctima sobre sus discrepancias y en las alegaciones del acusado sobre esta cuestión.

Undécima. El segundo supuesto a que se ha hecho referencia, de carácter más excepcional, tiene lugar cuando la víctima en el momento del juicio oral alega la existencia de una causa que le impide declarar. En los supuestos de víctimas de violencia de género, un motivo razonable para evitar la repetición de la declaración sería las posibles consecuencias psíquicas y morales que podría ocasionar a la mujer el hecho de volver a declarar en el juicio oral. Si bien el motivo mencionado no constituye una causa expresamente prevista en la LECrim para excluir la presencia de la víctima en el acto del juicio, el objetivo de protección de la víctima ante el riesgo de revictimización secundaria que comporta el tener que declarar en distintas ocasiones durante el proceso, justifica que excepcionalmente en el supuesto mencionado se atribuya el valor de prueba preconstituida a la declaración sumarial de la víctima de violencia de género, al amparo de lo establecido en el art 777 LECrim, según el cual, cualquier motivo que razonablemente haga temer por la declaración testifical en el marco del juicio puede erigir en prueba preconstituida a la declaración realizada en la instrucción.

Duodécima. Para valorar la existencia de este riesgo de revictimización, el tribunal debe contar con informes periciales médicos que acrediten tales circunstancias. En base a ellos, en el momento del juicio oral, caso por caso, debe ponderar los derechos e intereses en juego y analizar si la comparecencia en juicio de la mujer puede provocar una segunda revictimización que le pueda causar perjuicios para su estabilidad emocional.

Decimotercera. Si después de este examen el órgano jurisdiccional concluye que el riesgo mencionado existe, debe permitir la ausencia de la víctima en el juicio oral y acudir a la prueba preconstituida de la declaración realizada en sede de instrucción. Será a través de la reproducción en el acto del juicio oral de la grabación audiovisual de la declaración sumarial, prevista en el art 730

LECrim, la manera como las manifestaciones realizadas en la fase de instrucción entrarán en la fase de enjuiciamiento del proceso penal y accederán al debate procesal público.

5. Bibliografía

- BUJOSA BAELL, *El valor de la declaración del imputado y de la víctima de violencia de género en el atestado policial*, en «Violencia de género e igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos» (Dirs. FIGUERUELO BURRIEZA, DEL POZO PÉREZ, LEÓN ALONSO, Coord. GALLARDO RODRÍGUEZ), Granada, 2013, pp.23-26.
- CASANOVA MARTÍ, *La nueva configuración de la prueba preconstituida como mecanismo para evitar la victimización secundaria de las personas menores víctimas de violencia de género*, en «La prueba de la violencia de género y su problemática judicial» (Dir. CERRATO GURI), Madrid, 2022, pp.238-252.
- CERRATO GURI, *La prueba del maltrato ocasionado a la mujer víctima de violencia de género*, en «Derecho y Proceso. Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez» (Coords. CACHÓN CADENAS, FRANCO ARIAS), vol.I, Barcelona, 2018, pp.615-628.
- FUENTES SORIANO, *Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer*, en «Investigación y prueba en el proceso penal» (Dir. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Coord. SANZ HERMIDA), Madrid, 2006, pp.245-264.
- FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Madrid, 2009.
- GONZÁLEZ MONJE, *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España*, en «Revista Brasileira de Direito Processual Penal», 2020, vol.6, nº3, pp.1627-1660.
- GONZALO RODRÍGUEZ, *La declaración de la víctima de violencia de género: buenas prácticas para la toma de declaración y valoración judicial*, en «Revista Jurídica de Castilla y León», 2020, nº51, pp.98-138.
- LARRAURI PIJOAN, *Cinco reflexiones feministas en torno al proceso penal*, en «Indret: Revista para el Análisis del Derecho», 2022, nº2, pp.149-162.
- MARTÍN DIZ, *Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género*, en «Revista Ius et Praxis», 2018, nº3, pp.19-66.
- MIRANDA ESTRAMPES, *Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2009, pp. 449-474.
- MONTESINOS GARCÍA, *La dispensa de la obligación de declarar según el artículo 416 LECrim*, en «La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense» (Coords. MARTÍNEZ GARCÍA, VEGAS AGUILAR, BOIX REIG), Navarra, 2012, pp.391-411.
- NACARINO LORENTE, *La declaración del menor víctima del delito como prueba preconstituida*, en «La Ley Probática», 2020, nº1, pp.1-37.

NAVARRO VILLANUEVA, *La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género*, en «Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género» (Dir. DE HOYOS SANCHO), Valladolid, 2009, pp.475-503.

PILLADO GONZÁLEZ, *Preconstitución de la declaración de la víctima menor de edad*, en «El proceso penal como garantía» (Dirs. ASENCIO MELLADO, FUENTES SORIANO), Barcelona, 2023, pp.591-609.

PINO PÉREZ, *La declaración de la víctima de delitos sexuales como prueba preconstituida. Ventajas e inconvenientes*, en «Derecho Penal» (Dirs. GILSANZ MARTOS, MÁRQUEZ LASSO, IMBRODA ORTIZ, TUERO SÁNCHEZ, GUTIÉRREZ MAYO, GISBERT GRIFO, GAVILÁN RUBIO, ORTEGA BURGOS), 2023, pp.307-326.

RAMÍREZ ORTIZ, *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Valencia, 2019.

RODRÍGUEZ BOENTE, *La prueba en los supuestos de violencia de género*, en «Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas», 2011, vol.18, nº1-2, pp. 231-246.