Universitat Autònoma de Barcelona

Dipòsit digital de documents de la UAB

This is the **published version** of the bachelor thesis:

García Solari, Arturo Braulio; García Morales, María Jesús, dir. Presunción de inocencia y valoración de la prueba en delitos de violencia de género y doméstica. 2023. (Grau en Administració i Direcció d'Empreses i Grau en Dret)

This version is available at https://ddd.uab.cat/record/287204

under the terms of the BY-NC license

Universitat Autònoma de Barcelona

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA

Arturo Braulio García Solari

Trabajo de Fin de Grado

Sexto año del doble grado de Administración y Dirección de Empresas y Derecho

Curso 2022-2023

Directora: Dra. María Jesús García Morales

RESUMEN

La presunción de inocencia es una garantía que nace como respuesta a innumerables abusos históricos por parte del poder, en todas sus manifestaciones, sirviéndose del *ius puniendi* en el procedimiento penal inquisitivo, y es en nuestro tiempo el elemento trascendental de nuestro proceso penal, cuya relevancia lo dota de carácter de derecho fundamental y, por tanto, del máximo contenido axiológico en nuestro ordenamiento jurídico.

Tratándose de un derecho que se configura jurisprudencialmente, resulta inevitable que se ponga en riesgo la seguridad jurídica y, eventualmente, el contenido esencial del derecho, que requiere un tratamiento primorosamente ligado a la razón de ser de la función jurisdiccional, como se verá en las líneas que siguen al presente trabajo.

En particular, por la presente, pretendo abarcar con el máximo rigor jurídico la controvertida cuestión de la declaración de la denunciante en los procesos seguidos por violencia de género y doméstica y, concretamente, qué mecanismos salvaguardan el derecho fundamental de la presunción de inocencia en la valoración de la testifical por parte del órgano de enjuiciamiento, así como la protección debida, en ocasiones olvidada, de la situación de quién alega ser víctima de violencia de género o doméstica.

RESUM

La presumpció d'innocència és una garantia que neix com a resposta a innombrables abusos històrics per part del poder, en totes les seves manifestacions, servint-se del *ius puniendi* en el procediment penal inquisitiu, i es en el nostre temps un element transcendental del nostre procés penal, la rellevància del qual el proveeix de caràcter de dret fonamental i, per tant, del màxim contingut axiològic en el nostre ordenament jurídic.

Tractant-se d'un dret que es configura jurisprudencialment, resulta inevitable que es posi en risc la seguretat jurídica i, eventualment, el contingut essencial del dret, que requereix un tractament primorosament lligat a la raó de ser de la funció jurisdiccional, com es veurà en las línies que segueixen al present treball.

En particular, per la present, pretenc abastar amb el màxim rigor jurídic la controvertida qüestió de la declaració de la denunciant en els processos seguits per violència de gènere i domèstica i, concretament, quins mecanismes salvaguarden el dret fonamental de la presumpció d'innocència en la valoració de la testifical per part de l'òrgan d'enjudiciament, així com la protecció deguda, a vegades oblidada, de la situació de qui al·lega ser víctima de violència de gènere o domèstica.

ABSTRACT

The presumption of innocence is a guarantee that arises as a response to countless historic abuses of power in all its manifestations, using *ius puniendi* in the inquisitorial criminal procedure. In our time, it is a crucial element of our criminal process, whose relevance endows it with the character of a fundamental right and, therefore, the maximum axiological content in our legal system.

Being a right that is configured jurisprudentially, it is inevitable that legal certainty is put at risk, and eventually, the essential content of the right that requires a meticulously linked treatment to the raison d'être of the jurisdictional function, as will be seen in the following lines of this work.

In particular, in this work, I aim to rigorously address the controversial issue of the testimony of the complainant in cases of gender-based and domestic violence and specifically, what mechanisms safeguard the fundamental right of the presumption of innocence in the assessment of the testimony by the adjudicating body, as well as the due protection, sometimes forgotten, of the situation of those who allege to be victims of gender-based or domestic violence.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 7

I. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA 10

1.1. Naturaleza jurídica y normativa 10

1.2. Configuración jurisprudencial 13

1.3. Garantías de efectividad del derecho a la presunción de inocencia 14

1.3.1. Mecanismos normativos e institucionales 14

1.3.2. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva 14

1.3.3. El recurso de amparo 16

1.3.2. Mecanismos internacionales: el recurso ante el TEDH 17

1.4. Diferencia entre la presunción de inocencia e in dubio pro reo 18

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL 20

2.1. Efecto en los actos procesales 20

2.2. Presunción de inocencia en la distribución de la carga probatoria 21

2.3. La prueba en el procedimiento penal 23

2.3.1. La valoración de la prueba 23

2.3.2. La motivación de la sentencia 25

III. LA DECLARACIÓN DE LA DENUNCIANTE EN VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA 27

3.1. Elementos objetivos y subjetivos de los tipos 27

3.1.1. El delito de violencia de género 27

3.1.2. El delito de violencia doméstica 28

3.2. Aspectos procesales relevantes sobre la práctica de la testifical previa valoración del juzgador 29

3.2.1. La declaración en fase de instrucción 29

3.2.2. La práctica de la declaración en el Juicio Oral 30

3.4. Valoración de la prueba y la sentencia penal: criterios de valoración de la testifical y la motivación 37

3.4.1. Criterios de valoración de la prueba testifical 40

3.4.2. Motivación 42

3.5. Incidencia en el principio in dubio pro reo y en la presunción de inocencia 42

CONCLUSIONES **45**
BIBLIOGRAFIA **47**

INTRODUCCIÓN

> *«En la medida en que un pueblo experimenta la necesidad de la justicia, es decir, de un trato uniforme, sentirá el impulso a liberarse del azar de la justicia meramente individual, a sacar cada vez más la justicia de la esfera de la opinión subjetiva... El medio para esto es el Derecho»*
>
> (Rudolf von Ihering)

El reconocido jurista alemán Rudolf von Ihering expresó esta reflexión en el segundo volumen de su obra *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklun* (El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo), preludiando, yo creo que en conciencia, lo que han sido dos esenciales garantías cristalizadas en los textos constitucionales: la presunción de inocencia y la tutela judicial.

Nuestra Constitución española del 1978 constituye los cimientos del ordenamiento jurídico español. Entre ellos, consagra aquellos derechos que merecen una tutela especial, por razón de ser singularmente trascendentes en la cultura jurídica en la que se redacta el texto constitucional, y por devenir esenciales para la pacífica convivencia en una sociedad moderna.

Para su debida protección, la Constitución los dota de una naturaleza particular y homogénea (de derechos fundamentales y libertades públicas) cuya regulación deberá seguir unos cauces concretos más exigentes y cuya salvaguarda debe ser garantizada de forma efectiva. No obstante ello, cada derecho fundamental presenta ciertos caracteres heterogéneos y, por tanto, las regulaciones de los mismos siguen formas muy distintas que, por la complejidad de su configuración y armonización, en ocasiones generan conflictos de interpretación y de aplicabilidad no exentos de crítica.

Clara ilustración de lo expuesto se produce en el marco de nuestro proceso penal español, dotado de especiales e importantísimas garantías que dimanan de los derechos constitucionales y que tienen un ineludible componente histórico. Las fases de instrucción, intermedia y de enjuiciamiento que conforman el proceso penal inciden en derechos y libertades fundamentales necesariamente, y de forma eventual durante la práctica de concretas diligencias o en la adopción de medidas cautelares.

A ello debe añadirse que en la actualidad persiste una preocupación, aunque si cabe más intensa y viva en el debate político, por la igualdad de trato y la no discriminación por razón de género. En el ámbito penal, el debate político se magnifica en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos de violencia doméstica y de género.

En este sentido, atendiendo la trascendencia social y mediática de los procesos penales considero que tiene un gran interés realizar un estudio de las dificultades que presenta la puesta en práctica y la efectividad de una garantía constitucional elemental del proceso penal: la presunción de inocencia; y concretamente, en los delitos de violencia de género y doméstica.

La naturaleza del objeto de investigación, por ende, se constituye en esencia por el derecho procesal penal y el derecho constitucional. Sin embargo, el fin de este trabajo dista de explicar las particularidades procesales que engloba el asunto, sino que el designio descansa en el análisis de cómo puede repercutir la declaración de la supuesta víctima -prestada en el Juicio Oral- en el derecho constitucional presunción de inocencia.

Esta cuestión tiene, en mi humilde opinión, que ser tratada con un total rigor jurídico, y no desde una perspectiva meramente política -sin perjuicio de la trascendencia que tenga en este sentido-, pues están en juego los pilares del ordenamiento jurídico que reconoce nuestra Constitución.

Por ello, y a pesar de que se realice una introducción -del todo necesaria para comprender el fondo del asunto- sobre el derecho constitucional presunción de inocencia en el proceso penal español, el propósito último del estudio versa sobre la incidencia que puede tener la declaración de la supuesta víctima en el derecho constitucional presunción de inocencia, en aquellos procesos penales cuyos hechos justiciables constituyan -presuntamente- delitos de violencia de género o doméstica.

Para emprender este cometido, el trabajo inicia con una aproximación a la dimensión de la presunción de inocencia en la que se pretende exponer sus antecedentes normativos, su previsión constitucional e internacional, especialmente incidiendo en la forma en que se configura el derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Se presenta cómo se tutela tal derecho y su distinción con el principio *in dubio pro reo*.

Luego, se profundiza en cómo se concreta la presunción de inocencia en el marco del proceso penal español, mediante la exposición de cómo se articula la carga probatoria y las exigencias derivadas de su valoración.

Entendido el marco teórico de la cuestión, procede explicar los elementos de los delitos objeto de estudio en este trabajo, a saber, los delitos de violencia de género y doméstica, con el fin de conocer qué extremos debe probar la acusación para determinar la tipicidad de la conducta del acusado. Asimismo, se ha de tener en consideración el estadio previo al momento clave del trabajo, es decir, los aspectos procesales que afectarán a la práctica y valoración de la prueba, y las garantías que aseguran la efectividad de la presunción de inocencia en este instante procesal, poniendo en conexión tales garantías con el citado principio *in dubio pro reo*.

Finalmente, el trabajo encuentra su fin en unas conclusiones que pretenden recopilar y sistematizar las ideas presentadas en el trabajo, y que son producto de las líneas jurisprudenciales y doctrinales más relevantes de la presunción de inocencia en los delitos de violencia de género y de violencia doméstica; todo ello, con el fin de esclarecer de forma razonada y crítica las problemáticas que presentan los elementos actuales que conforman el enjuiciamiento de los delitos que suceden en la clandestinidad.

El propósito de estudio nace, en general, de un interés y vocación genuinas de este estudiante por la función jurisdiccional; y en particular, primero, de una preocupación especial por la facilidad en que los órganos jurisdiccionales pueden amoldar algunas de las garantías más esenciales de los ciudadanos, como se verá en el desarrollo del trabajo, sin más control que su propio arbitrio; y segundo, de una inquietud por el enjuiciamiento de los delitos que suceden en la intimidad y de su consiguiente dificultad probatoria.

Antes de dar comienzo al trabajo, diré que, pese a la predominante denominación de *víctima* y de *declaración del testigo-víctima* -concepción conformada por la redacción del artículo 433 LECrim, de acuerdo con la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, con el fin de salvaguardar integralmente a la denunciante y de prestarle un amplio reconocimiento, protección y apoyo-, haré uso del término «denunciante», pues me parece más acorde jurídicamente con la situación procesal de quien alega haber sido sujeto pasivo de hechos delictivos, cualquiera que éste sea, sin perjuicio de los procedimientos que hayan sido iniciados de oficio.

I. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.1. Naturaleza jurídica y normativa

En la actualidad es indudable que la Constitución es la norma que ocupa la más alta posición jerárquica en nuestro ordenamiento jurídico, pues así lo consagra el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) señalando que la Constitución (CE) es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a jueces y tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

De ahí que el máximo intérprete de la Constitución sea el Tribunal Constitucional (TC), cuya previsión legal se encuentra en la propia Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al margen del Poder Judicial y del resto de órganos constitucionales, a tenor del artículo 1 de la LOTC.

Sin embargo, la Constitución en su artículo 117.3 atribuye a los tribunales ordinarios, esto es, a los jueces y tribunales determinados por la ley, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Además, el artículo 53.1 CE refiere que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título (el Título I) vinculan a todos los poderes públicos. Y en esta línea, garantiza el artículo 53.2 de nuestra Carta Magna que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, hay que destacar que la Constitución indica en el apartado 2º de su artículo 10 que las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas previstos en la Constitución, se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este aspecto, por lo tanto, cuando se trate de delimitar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, habrá que estar a lo previsto por los tratados y acuerdos internacionales; y especialmente, a la interpretación que sobre ellos emane de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instituido por el Convenio

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950, también conocido como Convenio de Roma.

Entonces, puede decirse que para comprender el significado de la presunción de inocencia es ineludible acudir a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional -en el ámbito estrictamente constitucional- y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en el marco que protege el Convenio-. La previsión normativa relativa al derecho a la presunción de inocencia se encuentra en numerosos textos internacionales.

El origen de este derecho se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, en su artículo 9, señala que «cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable».

Así, el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de octubre de 1948 señala que: «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.», el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 prevé que: «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.», y el artículo 5.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales manifiesta que: «toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.»

En lo que concierne a nuestra Constitución, el artículo 24.2 consagra que «todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.»

Por otra parte, en relación con la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia, aún por sorprendente, no se trata de una presunción, entendida esta, como dice el profesor Serra[1]: «aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de

[1] SERRA, *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de arrendamientos urbanos*, en Ed. Nauta, Barcelona, 1963, p. 17.

fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones».

Así es, no se identifican en la presunción de inocencia los elementos que forman la estructura de una presunción: la afirmación base, la afirmación presumida, y el enlace entre ambas como consecuencia de la aplicación de una máxima de experiencia. En efecto, falta un hecho base o indicio que una vez se considera probado por el juzgador se extrae como hecho consecuencia de la presunción de inocencia.[2]

En atención a lo expuesto, nuestro Tribunal Constitucional se ha referido en reiteradas ocasiones al contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Al respecto, dice que cualquier condena penal ha de basarse en auténticos actos de prueba, obtenidos con estricto respeto de los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación y oralidad y publicidad, de modo que la actividad probatoria resulte suficiente para generar en el órgano sentenciador la evidencia de la existencia de un hecho punible y la participación que en él tuvo el acusado.[3]

Igualmente, la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable.[4] Y en este sentido, añade que el derecho a la presunción de inocencia se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.[5]

A propósito del objeto del trabajo, es preciso recordar que la declaración de la víctima, practicada en el acto del Juicio Oral con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador.[6]

---

[2] PICÓ I JUNOY, J., *La evolución del derecho Procesal Penal a la luz de JUSTICIA: 40 años de historia*, Ed. BOSCH, Barcelona, 2021, p. 450.
[3] SSTC 16/2000, FJ 2; 62/1994, FJ 1; 328/1994, FJ 2.
[4] SSTC 81/1998, FJ 3; 24/1997, FJ 3.
[5] STC 16/2014, FJ 6.
[6] STC 169/1990, FJ 2.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 123 CE, habrá también que contemplar el criterio de nuestro Tribunal Supremo que, en esencia, no puede diferir de lo interpretado por el Tribunal Constitucional, a tenor del artículo 164 de la Constitución y 5 de la LOPJ.

En tal sentido, señala la STS 99/2012, de 27 de febrero de 2012 que, con carácter general, el contenido constitucional contempla: 1) que los medios de prueba sean válidos y el debate se someta a contradicción y publicidad; 2) que la certeza que se pueda asumir objetivamente, es decir, sin vacío probatorio y con coherencia lógica en la justificación; 3) que la prueba acredite los elementos esenciales objetivos y subjetivos del delito, incluyendo su participación; 4) inexistencia de alternativas razonables a la hipótesis que justifica la condena.

Añade que la duda objetiva en el juzgador deberá decantarse por la aplicación del efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución.

1.2. Configuración jurisprudencial

La presunción de inocencia es el fundamento del procedimiento penal. Su previsión normativa es la ya referenciada en el apartado precedente. Como es bien sabido, el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, de conformidad con el artículo 81 CE, debe realizarse mediante ley orgánica.

Sin embargo, el legislador ha optado por no delimitar su contenido ni su alcance. Por tanto, son los jueces y tribunales los que pueden perfilar, restringir o ampliar en sus resoluciones el ejercicio de la función jurisdiccional.

Es sabido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.1 CE, que los derechos fundamentales encuentran su límite en el ejercicio de los de los demás.

Ahora bien, la ausencia normativa al respecto impide una determinación orientativa de su alcance, más allá del que viene proporcionado por la Constitución y los textos internacionales. Y ello permite a la jurisprudencia y, en general, a los órganos jurisdiccionales pronunciarse sobre el radio de la garantía que nos ocupa.

En su consecuencia, es lógico deducir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, especialmente, la del Tribunal Constitucional, pueden contornear el contenido de la presunción de inocencia, pudiendo razonar que no limitan la eficacia de la garantía, sino que su contenido no va más allá de lo interpretado por su criterio.

Llegando así a la conclusión de que la configuración jurídica del derecho a la presunción de inocencia está en manos de los órganos jurisdiccionales. Dicha garantía opera en muchos escenarios concretos y realmente complejos; por lo que la falta de concreción normativa al respecto culmina en una escasa seguridad jurídica, como se pasará a explicar en los especiales supuestos objeto de este trabajo.

1.3. Garantías de efectividad del derecho a la presunción de inocencia

1.3.1. Mecanismos normativos e institucionales

Los derechos fundamentales y las libertades públicas están protegidas especialmente, por su íntima vinculación a la dignidad de las personas, a los derechos inviolables que les son inherentes, al pleno desarrollo de su personalidad, y por ser el fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE).

Los mecanismos para lograr su eficacia están contenidos en los apartados primero y segundo del artículo 53 CE, a saber: el principio de legalidad, por el que los mencionados derechos vinculan a todos los poderes públicos; la reserva de ley orgánica; la tutela de los órganos jurisdiccionales mediante procedimientos basados en principios de sumariedad y preferencia; y en su caso, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En atención de lo expuesto, dado que la presunción de inocencia carece de desarrollo normativo, habrá que estar a la tutela que hagan de esta garantía los órganos jurisdiccionales y de los mecanismos para su protección, previstos en el procedimiento penal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, cuando proceda, de su protección en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Cabe destacar en este sentido el papel institucional del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo, reconocidos respectivamente *ex* artículo 124 y 54 CE, en tanto que son garantes, el primero, de la legalidad, y el segundo, de los derechos fundamentales y libertades públicas.

1.3.2. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Es evidente en este punto que la garantía de la presunción de inocencia está íntimamente ligada a la tutela judicial. En este sentido, introduciré cómo se articula el derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho constitucional.

El apartado primero del artículo 24 CE consagra el fundamental derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de todos, sin distinción de personas físicas, jurídicas, nacionales o extranjeras.[7]

El artículo 7 LOPJ, en su numeral primero, dispone que los derechos y libertades previstos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan en su integridad a los jueces y tribunales, y se garantizarán por la tutela efectiva de los mismos.

Ahora bien, el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es ciertamente complejo. Nuestro Tribunal Constitucional ha referido en reiteradas ocasiones que se comprende en las distintas fases procesales: en el acceso a la jurisdicción, en la obtención una resolución motivada, en los recursos previstos en la ley, y en la ejecución de las resoluciones.[8]

En el orden penal, el derecho al acceso a la jurisdicción se explica por la facultad de ser parte en un procedimiento y en la potestad de instar la actividad jurisdiccional respecto las pretensiones deducidas. Pero no se trata de un derecho absoluto, está condicionado al cumplimiento de los presupuestos procesales, como la legitimación o la competencia, lo que en ocasiones impedirá que el órgano jurisdiccional pueda entrar al fondo de las pretensiones, sin que estos presupuestos deban obstaculizar injustificadamente el proceso.[9]

Asimismo, el derecho a recibir una resolución motivada tiene sus límites en los presupuestos ya señalados, en cuanto a que no se dará resolución si no se cumplen dichos requisitos. Me parece ilustrativa la aproximación que hace Calamandrei a la motivación de las resoluciones, aludiendo que se trata de «reproducir exactamente, como en un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión»[10]. Es por ello que la necesaria motivación está conectada primorosamente con la función jurisdiccional, en tanto que la finalidad de la motivación reside en habilitar el control jurisdiccional por los Tribunales Superiores, así como dar convicción sobre la corrección y de la justicia de la resolución, y mostrar públicamente el esfuerzo del juzgador por no incurrir en arbitrariedad.

---

[7] SSTC 19/1983 FJ 2, 53/1983, FJ 1; 241/1992 FJ 3; 34/1994, FJ 3.
[8] STC 102/1984, FJ 2.
[9] STC dimanante del recuso de amparo núm. 4204-2019, FJ 3.
[10] CALAMANDREI, P., «Del sentimiento y la lógica en las sentencias judiciales», en Ediciones Jurídicas Europa América, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1989, p. 175.

Por su parte, el derecho al recurso previsto por las leyes está constitucionalmente protegido cuando se trata de sentencias condenatorias penales, en virtud del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, el cual otorga el derecho a la doble instancia de las sentencias penales para la revisión del fallo y de la pena.

En lo referente al derecho a la ejecución de las resoluciones diré sucintamente que puede ser limitado por el legislador cuando esté justificado proporcionalmente por la primacía de otros bienes jurídicos, como ocurre, por ejemplo, con la inembargabilidad de los bienes previstos en el artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El conjunto de estos derechos, con carácter general, articula la tutela judicial efectiva; de manera que la inobservancia de alguno de ellos, producirá indefensión, prohibida por el artículo 24.1 CE. Por ello, los órganos jurisdiccionales deben velar por que no se produzcan indefensiones, procurando el principio contradictorio, así como la igualdad de armas procesales, sin que se puedan dictar resoluciones *inaudita parte*, salvo incomparecencia o negligencia.[11]

La indefensión tutelada constitucionalmente no es aquella que se produzca por defectos de forma (indefensión formal), sino que para ser considerada debe producirse una privación al justiciable de alguno de los mecanismos que el ordenamiento le otorga para la defensa de sus derechos e intereses (indefensión material), ocasionándole materialmente un perjuicio real en dichos derechos e intereses.[12]

1.3.3. El recurso de amparo

El mencionado recurso está previsto en el artículo 161.1 b) de la Constitución, y regulado en los artículos 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

Se trata de un recurso de naturaleza subsidiaria, por lo que se deben haber agotado todas las vías ordinarias de impugnación que estén previstas por el ordenamiento para su admisión. Son susceptibles en amparo los derechos contenidos en los artículos 14 a 29 CE y la objeción de conciencia del artículo 30.2 CE; aunque no son *numerus clausus*.

[11] SSTC 114/2000 FJ 2, 19/2002 FJ 1 , 222/2002 FJ 3, 248/2004 FJ 3, 199/2006 FJ 4.
[12] SSTC 88/1999 FJ 4, 118/2001 FJ 2, 185/2003 FJ 3, 199/2006 FJ 5.

Aunque existen diversos tipos de recursos de amparo según el órgano de donde proceda la lesión, a saber, administrativo, judicial y parlamentario, el recurso contra las resoluciones judiciales se regula en el artículo 44 de la LOTC. Sin perjuicio de la legitimación, prevista en los artículos 162 de la Constitución y 47.2, 46.1 de la LOTC, para la admisión del recurso se requiere un requisito de fondo: la especial trascendencia constitucional. Conforme a los artículos 49.1 y 50.1 b) de la LOTC, debe constar tal trascendencia en el recurso, pues aunque se haya producido la lesión de un derecho fundamental, es un presupuesto indispensable para la admisión del recurso.

En este sentido, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que se precisa que la cuestión no haya sido resuelta por su doctrina con anterioridad, o que la cuestión merezca una aclaración o un cambio de doctrina constitucional, y que se presente en el plazo de 30 días hábiles, siendo el día *a quo* en el que se acredite que se tiene conocimiento de la resolución que se impugna.[13] La especial trascendencia constitucional se enjuiciará atendiendo a la importancia para la interpretación del texto constitucional y para la determinación del contenido y el alcance de los derechos y libertades fundamentales.

1.3.2. Mecanismos internacionales: el recurso ante el TEDH

El recurso ante el TEDH por vulneración de los derechos contenidos en el Convenio de Roma es complejo y precisa de unos requisitos que habrá que seguir para que sea admisible.

Primero, debe ser presentado -por escrito y en idioma oficial del Consejo de Europa- por una persona, organización o grupo que alegue ser víctima de una violación de los derechos protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que se tomó la última decisión en el ámbito nacional.

El recurso deberá describir los hechos y la violación alegada, explicar los derechos que se entienden vulnerados, razonar los motivos por los que el Tribunal interno no lo ha tutelado, y debe ir acompañado de la documentación con las copias de las resoluciones recaídas, acreditaciones de que se ha presentado en plazo, y pruebas de las alegaciones.

[13] DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Concepto, finalidad y objeto del recurso de amparo», en Tirant lo Blanch, J., *Manual de litigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 478-489.

Sobre la doctrina del TEDH en materia de presunción de inocencia cabe destacar que, si bien se refiere a ella en numerosas resoluciones, no concreta nada más allá de lo ya explicado por el Tribunal Constitucional, de una forma más vaga y general, permitiendo un margen de maniobra por los órganos judiciales internos.

1.4. Diferencia entre la presunción de inocencia e in dubio pro reo

Para concluir las consideraciones constitucionales elementales, y como preludio para lo que procede, es conveniente distinguir el principio de la presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo*.

De un lado, la presunción de inocencia constituye una garantía que se incardina como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico con su consagración en el artículo 24.2 de la Constitución.

Por otra parte, el principio *in dubio pro reo* es un elemento de juicio que es consecuencia de la presunción de inocencia, pero que no está constitucionalmente tutelado.

Es decir, la ponderación del *in dubio pro reo* está extramuros al Tribunal Constitucional, como ha señalado en diversas ocasiones, pues la vulneración de la presunción de inocencia se produce cuando en la jurisdicción ordinaria no se ha practicado una prueba de cargo válida y hábil para enervar la presunción de inocencia, con los restantes elementos ya citados con anterioridad y; sin embargo, el *in dubio pro reo* opera una vez se ha practicado la prueba con todas las garantías, y supone un principio dirigido al juzgador -no un derecho fundamental del acusado- como auxiliar de su función interpretativa de la Ley y de su convicción en la valoración de la prueba.

De manera que para producirse la estimación de recurso de amparo por vulneración del artículo 24.2 en relación con la presunción de inocencia, debe existir una sentencia penal condenatoria con ausencia de actividad probatoria de cargo válida, esto es, que se haya valorado una actividad probatoria lesiva de derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de la valoración, o cuando no sea razonable el *iter discursivo* que lleva a la condena por ser ilógico o insuficiente.[14]

[14] SSTC 115/2006 FJ 6, 189/1998 FJ 2, 120/1999 FJ 2.

En caso distinto, de haber existido la práctica de la prueba mencionada, no existe vulneración del derecho fundamental, sino que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, esto es, de valoración del juzgador *a quo* y de los tribunales *ad quem*.

La presunción de inocencia, como fundamento del proceso penal, opera en los procesos penales y despliega sus efectos de formas muy diversas, como pasaremos a examinar.

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

2.1.Efecto en los actos procesales

Habiendo explicado las implicaciones constitucionales de la presunción de inocencia, es ahora el momento de ahondar en cómo influye tal derecho fundamental en los procedimientos penales pues, si bien se trata de un derecho constitucional, éste despliega sus efectos en el proceso penal, esencialmente, de dos formas.

En primer lugar, en la adopción de medidas cautelares. El fundamento de las medidas cautelares subyace en asegurar el resultado del proceso. Las medidas cautelares pueden ser personales, para asegurar la presencia de la persona de que se trate a lo largo de todo el procedimiento, o reales, para garantizar una eventual responsabilidad patrimonial como consecuencia de una sentencia condenatoria.

Podría plantearse que las medidas cautelares malviven con la presunción de inocencia. Pero el Tribunal Constitucional ha dejado claro en reiteradas ocasiones que no se produce una lesión a la presunción de inocencia, en tanto que se trata de asegurar la efectividad de la tutela judicial. Las medidas cautelares deben ser proporcionales y estar fundamentadas en hechos concretos que justifiquen su adopción, de modo que no se vulneren los derechos fundamentales del investigado o encausado, incluyendo la presunción de inocencia. No debe tratarse de una pena anticipada, por lo que se deberán adoptar en los supuestos en los que sea estrictamente según la finalidad perseguida, las circunstancias concurrentes con una resolución fundada en Derecho.[15]

En las medidas cautelares personales se limita el derecho a la libertad deambulatoria en los términos del artículo 17 de la Constitución. Por ello, se exige por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que concurran, de un lado, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris)* y de otro riesgo en la efectividad del proceso (*periculum in mora)*. La detención, la libertad provisional y la prisión provisional deberán ser adoptadas mediante auto y con las exigencias previstas por las garantías constitucionales y procesales.

En segundo lugar, en las sentencias de los órganos jurisdiccionales llamados a conocer del enjuiciamiento de los delitos, según la competencia determinada por los artículos 14 y ss. LECrim.

[15] STC 71/1994, FJ 7.

Las sentencias deben estar conformadas por los fundamentos de hecho, es decir, los hechos declarados probados, y posteriormente, por los fundamentos de derecho, esto es, el razonamiento jurídico que ha llevado a declarar probados los hechos (la valoración de la prueba) y los elementos de juicio referidos a la tipicidad, a la autoría y, en su caso, a la antijuridicidad.

Tales exigencias derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, incardinado en los derechos fundamentales en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución.

Hay que hacer una especial mención, por lo que respecta al objeto de este trabajo, al vínculo que une la necesaria motivación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que las sentencias deben ser razonadas, fundadas en Derecho, no arbitrarias, y que sus fundamentos jurídicos deben ser coherentes entre sí, y a la vez estos deben motivar la existencia del fallo.

No obstante, ello no significa que se tenga el derecho a una motivación exhaustiva y pormenorizada, aunque sería lo idílico, la realidad de los Juzgados no lo permite con los medios existentes, por lo que el Tribunal Constitucional ha señalado que es suficiente con que la sentencia se base en razones que den a conocer el criterio fundamentador de la decisión. De esta manera, se cumplen las tres finalidades de la motivación, ya aludidas.

2.2.Presunción de inocencia en la distribución de la carga probatoria

Una de las consecuencias del derecho a la presunción de inocencia, a su existencia como derecho fundamental, implica una regla de juicio o distribución de la carga de la prueba, se dice, de forma común, a las acusaciones.

Siguiendo al Tribunal Constitucional, «significa, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pasa sobre los acusadores y que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación en los hechos.»[16]

Entonces, se afirma que el acusado se encuentra amparado en su presunción de inocencia y que no tiene carga alguna en orden a probarla.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, este derecho está configurado en la práctica por los órganos jurisdiccionales y, en definitiva, por la jurisprudencia, que lo limita sin amparo legal en su restricción y mucho menos constitucional, llegando en

[16] STC 109/1986 FJ 1.

ocasiones, como se verá, a situaciones de excepción en que la carga probatoria no se encuentra en la posición acusadora.

En general, la realidad que se impone en los Juzgados y Tribunales es la de una acusación que si cumple con unos estándares mínimos -que variarán en función del supuesto tendrá suficiente para enervar la presunción de inocencia, exigiéndose así al inculpado el deber de demostrar su inocencia, o lo que termina siendo lo mismo, debiendo aportar prueba suficiente para poder contradecir la contraria.

De ahí la existencia de las garantías que proclama el artículo 24.2 CE, ya mencionadas anteriormente, especialmente del derecho de defensa y de todas sus implicaciones. El derecho de defensa es el que permite y habilita repeler las pretensiones punitivas, es decir, es el derecho que asiste a la presunción de inocencia de los acusados.

Ello significa que, en realidad, la presunción de inocencia no implica una auténtica distribución de la carga probatoria sobre las acusaciones. Realmente, no es algo sorprendente, por la multiplicidad de principios que influyen en el enjuiciamiento.

El acusado, consagra el artículo 24.2 CE, tiene el controvertido derecho a mentir consecuencia del derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable; y de ello deriva a su vez el derecho al silencio, consagrado en los artículos 520 y siguientes LECrim. Y, sin embargo, ante algunas acusaciones tiene, si quiere conservar su inocencia, que declarar para contradecir, por ejemplo, el testimonio incriminatorio de la parte acusadora; porque de forma contraria, éste es suficiente para culminar en su condena.

En definitiva, de lo explicado se desprende que, realmente, la carga de la prueba no se aleja a la del procedimiento civil. Como señala el Dr. Asencio Gallego, «los tribunales, en caso de dudas, no han de acudir a valorar cumplimientos o incumplimientos de carga de la prueba, se deben limitar a absolver al acusado, pues la presunción como verdad interina, se traduce en el otorgamiento de una posición preveniente de condena salvo prueba en las condiciones que el derecho a la presunción de inocencia exige.»[17]

[17] ASENCIO GALLEGO, J.M., «Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015, p. 28.

2.3. La prueba en el procedimiento penal

La existencia de prueba requiere: en primer lugar, el ejercicio de su propuesta por cualquiera de las partes, y el derecho a conocer las pruebas contrarias y a poder contradecirlas, en segundo lugar, la admisión de la prueba y, finalmente, la práctica de la misma en el Juicio Oral, que será valorada por el juzgador para formar (o no) parte de los hechos probados.

En este sentido, dada la configuración jurídica de la presunción de inocencia, habrá que estar, de un lado, a la valoración que haga el juzgador de la prueba practicada en el Juicio Oral y, de otro lado, a la motivación de dicha valoración en la sentencia, esto es, al recorrido intelectual y de los razonamientos que llevan al juzgador a, finalmente, considerar unos hechos probados que, siendo incriminatorios y cumpliendo con los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, darán como consecuencia poder enervar la presunción de inocencia.

2.3.1. La valoración de la prueba

La valoración de la prueba es un proceso *ex post* a la celebración del Juicio Oral por el que el juez o tribunal que tiene por objeto determinar los hechos que servirán para el análisis de la tipicidad.[18]

Antiguamente, nuestro ordenamiento jurídico seguía un sistema tasado de prueba legal, esto es, una previsión normativa del valor de las pruebas practicadas en el Juicio Oral que vinculaban al juzgador y, posteriormente, se optó por un sistema de íntima convicción del juzgador, permitiendo una valoración subjetiva del mismo bajo su conciencia.

El Tribunal Supremo refirió en su STS de 15 de marzo de 1978 que «el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, lo hará no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo los criterios de la sana crítica, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder con arreglo a su propia conciencia».

[18] Ello sin perjuicio de la valoración *ex ante* que compete al órgano jurisdiccional en relación a la admisión o denegación de las pruebas. En este sentido, conviene recordar que *ex* artículo 24.2 CE se tiene derecho a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa.

El criterio del Tribunal Supremo ha mutado sustancialmente por la entrada en vigor de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico y por consiguiente de los derechos y garantías previstos en el artículo 24 CE.

De un lado, con carácter general, el artículo 117.3 CE recoge que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

De otro lado, el artículo 741 LECrim señala que el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado la LECrim. Este artículo consagra la libre de la valoración de la prueba que, evidentemente -aunque no sea tarea sencilla-, debe entenderse en el marco del artículo 24.2 CE.

La libre prueba o apreciación en conciencia ha sido interpretada en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo. El actual sistema no significa de ninguna manera que el juzgador tenga la capacidad de elegir los medios de prueba según su libre albedrío, pues ello impactaría de lleno con las garantías que con buen criterio incardinó el constituyente en el artículo 24.2 CE, especialmente con la presunción de inocencia.

Se otorga la libre valoración de la prueba en conciencia, pero se establecen a su vez unos requisitos que debe cumplir el juzgador para proceder a la libertad que le confiere el ordenamiento para la valoración de la prueba, con la finalidad de no incurrir en arbitrariedades y con motivo de obtener resoluciones que estén dotadas de elementos objetivos y razonables.

Efectivamente, se trata de una garantía para todos los ciudadanos en tanto que contribuye a la seguridad jurídica, principio previsto en el artículo 9.2 CE, que no debe entenderse como una mera exigencia formal, sino que tiene un fundamento material evidente: permitir el control jurisdiccional por los Tribunales superiores con razonamientos jurídicos y todos los elementos de juicio tenidos en cuenta por el juzgador *a quo*; lo cual está íntimamente vinculado a la necesidad de motivación de la sentencia.

El nuevo sistema de valoración ha sido bautizado por el Prof. Vázquez Sotelo con el nombre *persuasión racional*, una denominación muy explicativa de su función, en

tanto que supone un convencimiento -una persuasión- libre por parte del Magistrado o del juez, conforme al artículo 471 LECrim, pero sujeto a los imperativos de la lógica, la razón, y la experiencia -racional-.[19]

Por tanto, se aleja de la concepción del antiguo método tarifario de las pruebas legales, y a la vez deja de un lado a la íntima convicción del juzgador de una reflexión meramente subjetiva, que sería un obstáculo a la motivación de la sentencia, contrariando la necesidad de la motivación.[20]

2.3.2. La motivación de la sentencia

La motivación de la sentencia es uno de los elementos que configura el derecho a la tutela judicial efectiva.

La interpretación que daba nuestro Tribunal Supremo a la íntima convicción en 1978, antes de la entrada en vigor de nuestro sistema constitucional y del despliegue de sus efectos en el ordenamiento jurídico, reposaba en la tranquilidad del juzgador de no tener la obligación de explicar o razonar las conclusiones fácticas y probatorias[21]. Es decir, no debía mostrar qué motivos le llevaban a concluir un hecho declarado como probado. En la actualidad ha dejado huella dicho sistema en los vigentes artículos 142 LECrim, que no precisa la necesidad de motivación, y 248.2 LOPJ, que no obliga a fundamentar los hechos declarados probados.[22]

En la actualidad, es de agradecer que el constituyente integrase garantías en el procedimiento que son a todas luces necesarias para salvaguardar la dignidad de las personas y para limitar los poderes del Estado. Así, los artículos 120.3 y 24.2 de la Constitución obligan a los jueces y tribunales a motivar sus resoluciones.

En atención a la normativa citada, se concluye en que la sentencia debe contener los hechos probados, así como una explicación de cómo se ha llevado a término la valoración de la prueba practicada en el Juicio Oral, es decir, de por qué se eligen unos

[19] VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 466 y ss.
[20] VALLESPÍN PÉREZ, D., La reinterpretación constitucional de la apreciación en conciencia de la LECrim española, *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, vol. 3, núm. 1, 2011
[21] STS de 11 de octubre de 1978.
[22] ASENCIO GALLEGO, J.M., Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015, p. 19.

medios de prueba para llegar a unos hechos que se considerarán *probados*. Asimismo, deben constar las razones de orden jurídico de la tipicidad de la conducta.

En el tema que se plantea en este trabajo resulta especialmente relevante este campo, en tanto que la declaración de la denunciante es hábil para enervar por sí misma la presunción de inocencia, como ya he explicado anteriormente, por lo que los jueces y tribunales deberán razonar los motivos que les llevan a considerar la declaración como prueba de cargo suficiente en atención a los restantes elementos que conforman el cuadro probatorio.

A este respecto, es indispensable explicar las particularidades de la prueba testifical y de la complejidad que presenta la fundamentación de su valoración en procesos penales que se siguen por delitos que suceden en su casi totalidad en ambientes de clandestinidad y en circunstancias muy especiales, que se pasarán a explicar en el siguiente punto.

III. LA DECLARACIÓN DE LA DENUNCIANTE EN VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA

3.1. Elementos objetivos y subjetivos de los tipos

Todos los tipos penales previstos en nuestro Código Penal están conformados de elementos objetivos y subjetivos, que deben concurrir para que la conducta se pueda subsumir en el tipo penal de que se trate en el análisis de la tipicidad de la conducta.

El objeto de este trabajo es la evaluación de la declaración de la supuesta víctima en los procesos por delitos de violencia de género y de violencia doméstica. La elección de dichos delitos responde a tres motivos: la dificultad probatoria de los mencionados delitos en determinadas situaciones, la complejidad de la valoración de la prueba testifical, y la trascendencia mediática de estos supuestos en la actualidad.

En consecuencia, habrá que examinar cuáles son los extremos que se deben probar en la fase de Juicio Oral en los procedimientos que se sigan por la presunta comisión de dichos delitos.

Por ello, hay que hacer una mención sobre los elementos que configuran los tradicionales delitos de violencia de género (artículo 153.2 CP) y de violencia doméstica (artículo 173.2 CP), distinguiendo los unos de los otros.

3.1.1. El delito de violencia de género

La violencia de género viene tipificada en el artículo 153.2 CP, remitiéndose a la conducta del artículo 153.1 CP, si bien, con el matiz de que la víctima del delito esté comprendida en el artículo 173.2 CP, exceptuadas las personas contempladas en el apartado primero del artículo 153 CP.

El delito de violencia de género tiene como objetivo proteger a las mujeres de las agresiones físicas o verbales por parte de su pareja o esposo, aún sin convivencia. Es decir, se enfoca en proteger a la mujer de la violencia que sufre por su condición de género.

En este sentido, es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que el elemento objetivo del tipo corresponde a actos de violencia física o psicológica sobre la mujer por razón de género. Y en lo que se refiere al elemento subjetivo del tipo, el Tribunal Supremo ha señalado que «no se requiere la concurrencia de un dolo específico más allá de la acción material de maltrato o, al menos, no es exigible un elemento subjetivo del injusto».

3.1.2. El delito de violencia doméstica

La violencia doméstica o maltrato habitual, en su modalidad de lesiones, está tipificada en el artículo 173.2 CP. En él se incluyen conductas adicionales, a saber: las amenazas, las coacciones, entre otras, cuando se cometan en el ámbito familiar o doméstico.

Se trata de una conducta que se produce dentro del núcleo familiar entre personas que conviven juntas, y puede afectar a cualquier miembro de la familia, no solo a la mujer. La violencia doméstica es un tipo de violencia que se produce de forma continuada, y puede tener distintas causas, como problemas de convivencia, económicos o emocionales.

En relación con los elementos objetivos del tipo hay que subrayar que las especialidades del artículo 173.2 CP descansan, primero, en la habitualidad de la violencia que se ejerza sobre el sujeto pasivo. Y, segundo, en la concreción del sujeto pasivo, que engloba una multitud de personas: «quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.»

La habitualidad ha sido interpretada en reiteradas ocasiones por el Tribunal Supremo, que señala, entre muchas otras, en su STS 351/2021 de 28 de abril que «no tiene que ver con el número de actos, sino con la creación de un estado permanente de violencia que afecta a la estructura básica de la convivencia desde el respeto y la dignidad de la persona».

El elemento subjetivo del tipo responde al mismo criterio explicado para el delito de violencia de género.

De este modo, en esencia deberá acreditarse la violencia física o psíquica, con independencia del número de ocasiones en que haya sido probada, en tanto que lo relevante es si es patente que el sujeto pasivo sufre la situación de forma recurrente, lo

cual es coherente con el bien jurídico de la violencia doméstica, que no únicamente se manifiesta en la integridad física y psíquica de la persona, sino también en valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE), que se vincula a su vez con el artículo 15 CE en su vertiente al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y en el artículo 17 al derecho a su seguridad, afectando a su vez a la familia – y en ocasiones a la infancia- principio rector de la política social y económica *ex* artículo 39 CE.

3.2. Aspectos procesales relevantes sobre la práctica de la testifical previa valoración del juzgador

3.2.1. La declaración en fase de instrucción

La prueba testifical es un medio de prueba muy común en la práctica de la jurisdicción. Para ahondar en este medio de prueba es conveniente conocer el origen de la acción penal en un procedimiento que se siga por alguno de los delitos estudiados en este trabajo.

El proceso penal se puede iniciar por parte de distintas personas y entidades y en varias formas, dependiendo de la clase de delito de que se trate, esto es, según si es un delito privado, semipúblico o público. A ello se le conoce como la perseguibilidad del delito. La persecución procesal de los delitos puede influir en tres de las fases del procedimiento. En primer lugar, en la incoación procesal, es decir, en la forma en que se inicia el procedimiento. En segundo lugar, en la continuación del proceso, que es cuando puede adquirir la persona ofendida por el delito la cualidad de acusación particular. Y, en tercer lugar, en la fase del Juicio Oral, donde la persona ofendida podrá (o no, como veremos) prestar declaración sobre los hechos objeto de enjuiciamiento.

La STS 620/2017, de 17 de octubre esclarece que «la violencia de género es un delito público, que puede ser perseguido de oficio por el Ministerio Fiscal, incluso en ausencia de denuncia de la víctima».

Asimismo, la STS 704/2005, de 8 de junio refirió que «la violencia doméstica es un delito público, lo que significa que puede ser perseguido de oficio por el Ministerio Fiscal, y que la intervención del juez no depende necesariamente de la denuncia de la víctima».

En consecuencia, ambos delitos pueden ser iniciados de oficio o a instancia de parte, en virtud de denuncia o querella, dependiendo de los intereses de la persona denunciante.

En este trabajo resulta especialmente relevante destacar que las denuncias se pueden iniciar por partes hospitalarios. Los centros sanitarios que reciban información sobre unas lesiones de origen no natural y que precisen la provisión de un tratamiento asistencial remitirán un parte comunicado al Juzgado, que deberá comprobar si tiene origen en responsabilidad criminal.

Siguiendo el artículo 106 LECrim, la acción penal no se extinguirá por la renuncia de la misma de la persona ofendida por el delito, lo que deriva de la indisponibilidad del objeto del proceso penal.

La denuncia puede presentarse de forma verbal, en forma de declaración, o bien por escrito (artículo 267 LECrim), y en caso de realizarse a través de mandatario se exige que el apoderado cuente con un poder especial de la persona denunciante. Hay que indicar en este punto que la acción penal precisará de ratificación de la persona denunciante, es decir, de su comparecencia al Juzgado que esté conociendo de las diligencias para corroborar la denuncia en unos supuestos concretos, con las excepciones previstas en los artículos 260 y 261 LECrim.

La denuncia presentada ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dará lugar a una denuncia formalizada en un atestado policial, que se caracteriza por incorporar diligencias policiales de comprobación o investigación de los hechos, que pasan a estar documentados bajo su responsabilidad y se incorporan a la denuncia.

A este respecto, hay que subrayar que el atestado tiene el simple valor de denuncia, en virtud del artículo 297 de la LECrim. Por tanto, las declaraciones, las investigaciones o comprobaciones que contenidas en el atestado no tendrán valor de prueba a efectos del enjuiciamiento.

3.2.2. La práctica de la declaración en el Juicio Oral

La práctica de la prueba se propone por las partes. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 656 LECrim, en los escritos de conclusiones provisionales (o de acusación) del Ministerio Fiscal y del resto de acusaciones (artículo 650 LECrim), particular y/o pública, y en los escritos de defensa (artículo 784 LECrim). En este sentido, hay que

destacar el derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE)[23], sin perjuicio de que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, conforme al artículo 11 LOPJ.

Todo ello sin perjuicio de que el juzgador pueda, en virtud del artículo 730 LECrim, proponer pruebas de forma excepcional, siempre y cuando su admisión no suponga una dilación indebida en el proceso y sean pertinentes e interesantes para el esclarecimiento de los hechos. Asimismo, cabe que a instancia de parte se admita la práctica de medios de prueba en la cuestiones previas *ab initio* del Juicio Oral, a valoración del Tribunal en función de las circunstancias concretas, procurando que no se produzca indefensión.

Ahora bien, el artículo 416.1 LECrim dispensa de la obligación de declarar al cónyuge o pareja de hecho, entre otras personas, cuando no se esté personado como acusación particular. Por lo que deviene intrascendente desde una perspectiva procesal la renuncia de la persona ofendida, en tanto que *de facto*, puede renunciar a la misma acogiéndose a su derecho previsto en el artículo 416.1 LECrim, cuando no esté personada como acusación particular, con los matices que veremos.

Sin embargo, el ofrecimiento de este derecho se le hace a la persona denunciante cuando acude a sede judicial; es decir, se le pregunta si quiere declarar o no sobre los hechos supuestamente delictivos. De manera que si su respuesta es afirmativa en dicha fase del procedimiento, dicha afirmación le vincula para el resto del proceso, de suerte que deberá declarar en calidad de testigo por los hechos que inicialmente denunció aunque con posterioridad desee acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim.

Así las cosas, en las condiciones mencionadas, deberá dar cumplimiento al artículo 410 LECrim y declarar en la fase del Juicio Oral. Esta interpretación es a día de hoy controvertida en la jurisprudencia, por lo que está en manos de la Sala Segunda resolver esta cuestión.

En esta línea conviene destacar el punto de vista de la Audiencia Provincial de Valencia que, en un supuesto de violencia doméstica, en su Sentencia 148/2005, de 26 de

[23] Esto no significa un derecho a una actividad probatoria ilimitada. El Tribunal Constitucional, entre muchas otras, en STC 13/2006, FJ 2, indica que se admiten únicamente las pruebas permitidas por el ordenamiento jurídico, esto es, aquellas vinculadas con los hechos objeto de enjuiciamiento y que guarden relación con el *thema decidendi* y que sean propuestas en tiempo y forma.

abril, señala que «cierto también que la perjudicada se ha retractado en juicio de cualquier imputación hacia el acusado, pero también lo es que en este tipo de delitos es usual la retractación de la víctima, la renuncia, el perdón, la retirada de la denuncia pero no por ello debe pararse la acción penal, cuando los hechos son perseguibles de oficio y la sociedad reclama la protección de la víctima, incluso pese a ella misma y contra su propio miedo».

En este punto me parece interesante hacer una reflexión acerca de este punto de vista. A mi entender, la conclusión de la Audiencia Provincial de Valencia parece ser compartida por nuestra sociedad española, proclive a la aplicación del *ius puniendi*, en tanto que si la denunciante decidiese no declarar, probablemente se establecerían amplios campos de impunidad, y la consiguiente *desprotección* de la denunciante. Sin embargo, se da a entender entonces que el Estado puede interferir en la gestión en representación de la mujer de una acción incluso si ésta no es deseada por ella. Desde esta perspectiva, el Estado tiene la facultad de instar a la denunciante a prestar declaración aunque renuncie posteriormente a ella.

Y aunque tal situación esté amparada en la práctica por los órganos judiciales -en atención a la jurisprudencia del TS-, en mi opinión es a todas luces incoherente con la esencia del artículo 416 LECrim.

El propio constituyente decidió incorporar al artículo 24.2 CE que la ley debe regular los supuestos en los que por razón de parentesco no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Como bien señala la doctrina del Tribunal Supremo, el sentido del artículo 416 LECrim en la dispensa de la obligación de declarar se fundamenta en la protección de las víctimas de violencia de género y evitar que se sientan obligadas, en su situación, a declarar en contra de su voluntad.

Si bien es cierto que los derechos merecen en ocasiones limitaciones cuando están en juego otros bienes jurídicos de interés general, en estos casos se le da prioridad a la aplicación del *ius puniendi* por encima del respeto a la dignidad de la denunciante, que ve limitada su dispensa por el incontenible poder del Estado de conocer los hechos objeto de enjuiciamiento y, en conclusión, para conocer si debe o no condenar al inculpado. Y, tratándose de una dispensa consagrada constitucionalmente de configuración legal, cabe subrayar que dichas limitaciones no están previstas legalmente, sino que son fruto de interpretación jurisprudencial, aún cuando el artículo 24.2 CE refiere al desarrollo del

legislador, no a la interpretación (restrictiva, además) que se haga de dicho derecho, recuerdo, fundamental.

Es más, y con el debido respeto a la situación de la denunciante, lo cierto es que el contenido de la declaración de una persona que no desea prestarla puede variar sustancialmente de la realidad o, como mínimo, se aumenta la probabilidad de que ello suceda. Por lo tanto, en términos epistémicos tampoco parece lógico acudir al testimonio de la denunciante cuando se encuentra en estas circunstancias. Máxime cuando se sitúa a la declarante en la compleja situación de elección: o bien, declarar e ir en contra de su propia libertad -reconocida constitucional y legalmente[24]-, con la posibilidad de incurrir en falso testimonio; o bien desobedecer al órgano de enjuiciamiento y no prestar declaración.

A mi juicio, lo más importante es que la denunciante puede no desear declarar por muchos motivos, ya sea por miedo a represalias, vergüenza o incluso culpa, dependencia económica del inculpado o emocional, desconfianza en el sistema judicial, falta de comprensión o sensibilidad por parte de los operadores jurídicos del sistema judicial, entre muchos otros.

En este sentido me parece vital invocar jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se afirma que el bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica es la dignidad de la persona, entendida como un valor inherente a toda persona que se traduce en su capacidad para desenvolverse libremente y sin injerencias arbitrarias en el ámbito personal, familiar y social. Subraya el Tribunal que la violencia doméstica no solo afecta al derecho a la integridad física y psíquica de la víctima, sino que también vulnera su dignidad como persona al someterla a un trato degradante y humillante. Por ello, considera la Sala Segunda, con ponencia del actual emérito magistrado, Perfecto Andrés Ibáñez, la protección de la dignidad de la víctima es el bien jurídico que se trata de salvaguardar en la lucha contra la violencia doméstica, a la par que la paz familiar.

De ahí que me parece poco razonable que, para proteger la dignidad de la víctima en el ámbito de la convivencia, se deba lesionar de nuevo la dignidad de la denunciante para asegurar el proceso, instando una revictimización que, como ya he explicado, poca utilidad aportaría.

[24] Y que tienen en consideración la situación sentimental de la persona declarante, parece, por encima de la racionalidad de su posición procesal anterior.

Podría deducirse de estas reflexiones que, en fin, las (y los) denunciantes de violencia doméstica gozan de un privilegio -de no declarar- por unos hechos que todavía no han sido probados y que, por tanto, desde una perspectiva jurídica no existen. Dicha inexistencia jurídica -que se traduce en el desconocimiento *de facto* del órgano judicial- conforma, de hecho, un presupuesto del objeto del proceso penal. Por lo que se puede alegar que la averiguación de los hechos -que se garantiza por la tutela judicial efectiva- y las medidas de seguridad que pudieran acordarse en caso de sentencia condenatoria pueden justificar la intromisión en la voluntad de la denunciante para asegurar a su vez su integridad física, moral y dignidad, una vez se ha obtenido su consentimiento para prestar declaración previamente al Juicio Oral; condición que, como se verá, entiende el Tribunal Supremo como una renuncia a la dispensa del artículo 416 LECrim.

En efecto, esta cuestión ha sido tratada en la reciente STS 389/2020, de 10 de julio, en la que es ponente el Exmo. Julián Sánchez Melgar. Se recurre en casación -por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional- la Sentencia 13/2018 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del Principado de Asturias, que desestima apelación interpuesta contra la Sentencia 41/2018 de la AP de Oviedo.

El Pleno del Tribunal Supremo en esta cuestión no tiene un criterio unánime: el voto mayoritario es el expresado por el Exmo. Julián Sánchez Melgar, pero no está exento de votos particulares, en concreto, de los Exmos. Antonio del Moral, Pablo Llarena Conde, Andrés Palomo del Arco, y Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

En el supuesto enjuiciado por la AP de Oviedo la víctima denunció unos hechos indiciariamente delictivos e inmediatamente después se personó como acusación particular, ostentando dicha posición procesal hasta el día del Juicio, en el que se expresó a través de su Letrado y de su Procurador que no deseaba mantener tal condición. La denunciante solicitó adherirse, entonces, a la dispensa del artículo 416 LECrim, y ésta fue denegada por el Tribunal de Instancia, pues ya no eran pareja ni cónyuges, en tanto que estaba abierto el procedimiento de divorcio en el tiempo en el que sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento.

La Sentencia 41/2018 de la AP de Oviedo fue recurrida en apelación a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del Principado de Asturias, con motivo de la –que alegaban- injusta denegación de la dispensa. El recurso fue desestimado por el juzgador *ad quem*, reafirmando los motivos que llevaron a la denegación de la dispensa al juzgador *a quo*.

Se recurrió la Sentencia 13/2018 del TSJ del Principado de Asturias en casación. Se desestiman los motivos por el Pleno del TS, con los votos disidentes mencionados.

El voto mayoritario considera que:

El artículo 416.1 LECrim establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no a favor de los denunciantes en relación con unos hechos que los han perjudicado y en su virtud acuden a la policía en búsqueda de protección. De igual forma, concluye con que si la mujer denuncia a su pareja, la denunciante no puede estar dispensada de la obligación de declarar por la incompatibilidad de la posición de dispensa con la denuncia. Así, interpreta la Sala Segunda que la denuncia es ya una imputación contra el denunciado, suficiente para desvirtuar el derecho a dispensa del artículo 416.1 LECrim.

Esta tesis la fundamenta la Sala -en síntesis- con los siguientes motivos:

1.- Porque tal derecho es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos.

2.- Porque si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, su estatuto tiene que ser el mismo al abandonar tal posición.

3.- Porque cuando la víctima decide denunciar a su agresor es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado.

4.- Porque la libertad de acogerse (o no) a la dispensa permitiría aceptar indefinidamente la posibilidad de que una persona pudiera tener uno u otro status, lo cual no puede ser admisible.

5.- Porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa.

En suma, la Sala Segunda no permite acudir a la dispensa del artículo 416 LECrim a la persona denunciante, contra lo que se pronuncian los magistrados mencionados.

Los votos particulares[25] expresan ideas distintas aunque conexas, que resumiré en las siguientes líneas:

1.- La naturaleza constitucional del derecho consagrado en el artículo 24.2 CE *in fine* debe interpretarse restrictivamente, no de forma extensiva, por ser derecho fundamental, y su interpretación debe ceñirse a lo establecido por el legislador, en tanto que se trata de un derecho de configuración legal.

2.- Se pone en la tesitura al declarante de incurrir en falso testimonio o en desobediencia, y de sentirse culpable injusta y equivocadamente, por ser la pieza esencial para enviar a prisión al padre de sus hijos o a aquél con quién mantuvo (y que, en ocasiones, mantiene) una relación marital.[26]

3.- La falta de seguridad jurídica y de claridad y estabilidad en relación con las resoluciones y acuerdos de Pleno precedentes en la materia. No se da una justificación reforzada, que viene reclamada por la diferencia que se debe a las resoluciones que preceden por el Tribunal. Como dice claramente el Exmo. Antonio del Moral: «siendo el mismo el estado de la cuestión, donde hace dos años se dijo A en virtud de unas razones; ahora se dice B en virtud de otras razones contrapuestas que ya entonces estuvieron presentes y fueron descartadas; sin detenerse a desmontar pieza a pieza el edifico argumental entonces construido, sino por el expediente de la demolición.»

4.- Señalan también los votos disidentes[27] que no se garantiza que terminen las presiones, pues aquél que coacciona (denunciado) para obligar a invocar la dispensa (a la denunciante), igualmente estará dispuesto a coaccionar para que la declaración tenga un determinado contenido que, obviamente, le sea favorable.

5.- Se añade el razonamiento[28] de que se mezcla la institución de la denuncia con la de la posición de acusación, así como que no es cierto que el conflicto entre los vínculos familiares y el derecho a la dispensa desaparezca cuando se formula denuncia o cuando la víctima se constituye en parte acusadora, al contrario, el conflicto puede seguir latente.

---

[25] Me gustaría subrayar -sin perjuicio del contenido de sus reflexiones-, porque me parece una aptitud admirable en un juzgador, el sentir que expresa el Exmo. Antonio del Moral *ab initio* de su voto particular, al que se añade el Exmo. Pablo Llarena, cuyo contenido recomiendo leer a todo interesado en materia casacional.

[26] En voto particular firmado por el Exmo. Antonio del Moral y al que se adhiere el Exmo. Pablo Llarena Conde.

[27] En voto particular firmado por el Exmo. Andrés Palomo del Arco.

[28] En voto particular firmado por el Exmo. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Remarca que negar la realidad no es un argumento para justificar un pronunciamiento distinto a la doctrina que se seguía.

6.- La Sentencia circunscribe su pronunciamiento a un caso concreto (exclusión de la dispensa de quien ha sido acusador particular). Sin embargo, su argumentación abre las puertas a planteamientos más ambiciosos, que darán lugar a posicionamientos contradictorios de jueces y tribunales que el órgano de casación debe precisamente evitar.

Con todo, desde mi punto de vista, ninguna de las dos posturas es desmesurada, aunque me posiciono indudablemente por la tesis de los votos disidentes, por los motivos ya expuestos.

Concluyo con la consideración de que si el fundamento del proceso descansa en la averiguación de hechos para conocer si se debe aplicar o no un tipo penal y su correspondiente pena, se entrevé que el objeto del proceso contempla finalmente la protección de los bienes jurídicos que tutelan los tipos y que, por lo tanto, no es coherente lesionar -aunque tenga una justificación razonable- un elemento intrínseco del bien jurídico que se trata de proteger, como es la dignidad de la (o el) denunciante, máxime cuando se trata de un derecho constitucional configurado legalmente. Por ende, pienso que se desvirtúa la esencia del artículo 416 LECrim cuando se le priva a la persona denunciante de su dispensa, aunque ya haya *renunciado* a ella anteriormente, pues sus circunstancias pueden ser distintas y, a mi juicio, merecen consideración suficiente para dejar sin efecto la *renuncia*[29] previa.

3.4. Valoración de la prueba y la sentencia penal: criterios de valoración de la testifical y la motivación

La valoración de la prueba es un elemento esencial de la sentencia penal. Se trata del espacio que el juez o tribunal dedica en su sentencia a explicar los motivos que le han llevado a considerar los hechos probados de acuerdo con la prueba practicada en el Juicio Oral.

[29] *Renuncia*, en tanto que a mi juicio no se trata de una verdadera renuncia, al menos no en todos los casos, pues en ocasiones se presume por los órganos jurisdiccionales una renuncia cuando se ha realizado actividad incriminatoria, cuando en realidad el denunciante puede no haber sido informado de su dispensa, siendo que el Tribunal Supremo otorga la responsabilidad de información a las Oficinas de Atención a las Víctimas, lo cual a mi juicio es totalmente desmesurado, pues la recepción de la información de un derecho de rango constitucional -como cualquier otro de índole procesal, como el de asistencia letrada- debe procurarse por los órganos jurisdiccionales.

Dicho espacio es una garantía indispensable propia de un Estado de Derecho, y deriva de los fundamentos axiológicos proclamados en nuestra Carta Magna.

En esta cuestión es ilustrativa la reflexión de Andrés Ibáñez. La actividad de la valoración de la prueba requiere del juzgador una posición neutral, ya no sólo de imparcialidad, sino de duda seriamente asumida acerca de unos hechos indiciariamente constitutivos de delito. A su vez, precisa de una actitud de perplejidad[30] en la que deberá formar su convicción como si nada supiera de los hechos, como órgano puramente imparcial e independiente, a partir de lo reproducido en un marco procesal en el que se hayan practicado todas las pruebas con verdadero principio contradictorio, adquiriendo conocimiento para configurar *Los hechos probados* de forma empírica.[31]

Pues, en efecto, el objeto del proceso versa en la obtención del conocimiento de los hechos, partiendo de la inocencia del inculpado, como no podría ser de otra manera, a partir de una búsqueda de la verdad; de manera que el *modus operandi* del órgano judicial, esgrimido con la corrección y atención que merece todo justiciable como se expresaba en el párrafo anterior, acerca al sistema a un tratamiento epistémicamente muy estimable de la *quaestio facti*, que podrá entonces ser próximo o, por lo menos, lo más próximo posible, con lo que dispone el juzgador -pruebas y las máximas de experiencia- a una verdad de calidad.

De manera que la duda en el juzgador en atención al conjunto probatorio deberá operar, como dice Andrés Ibáñez, como una llamada a la autocontención y a la prudencia, en tanto que la duda significará la inexistencia de duda, pues la única salida en tal supuesto deberá ser la absolución. [32]

Hay que entender que la absolución no es un fracaso del sistema judicial, sino que es la expresión de un conjunto de garantías para asegurar el funcionamiento de un sistema dotado de mecanismos para alcanzar el juicio de la realidad, salvaguardando los más elementales derechos de todas las partes del procedimiento. La absolución, por tanto, es

[30] La perplejidad, según Muratori, es una actitud intelectual que consiste en dudar y cuestionar las interpretaciones convencionales y las conclusiones a las que se ha llegado en la interpretación de la ley. En lugar de aceptar ciegamente una interpretación, la perplejidad implica buscar una comprensión más profunda de la ley, examinando cuidadosamente su lenguaje, contexto histórico y cultural, y considerando múltiples perspectivas y posibilidades.

[31] ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales», en *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, vol. 1, p. 81.

[32] Ibídem, p. 82.

consecuencia ineludible de un sistema que ha superado el proceso inquisitivo que medía sus éxitos por el número de condenas.

En esta posición del juzgador, de ponderar los elementos probatorios para llegar a unos conclusivos hechos declarados probados, debe regir un razonamiento exento de iluminaciones, cuestión que se garantiza por la necesaria motivación de su decisión.

La valoración en los delitos de violencia de género y doméstica resulta, cuanto menos, compleja. Para empezar, como ya se ha indicado, esta clase de delitos sucede habitualmente en la ámbito íntimo o familiar, con la única presencia de denunciante y denunciado. Dichas condiciones dificultan la ardua tarea del acusador, esta es, la de presentar los medios de prueba que den convicción al juzgador de la comisión de esos hechos. En estas circunstancias, la declaración de la denunciante puede ser la única prueba de cargo[33], que se confronta con la versión de los hechos que ofrece el -ya en Juicio Oral- acusado.

Dicha declaración puede esgrimirse, conforme consolidada y reiterada jurisprudencia, como única prueba de cargo[34], razonando la Sala Segunda que «nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad víctima e inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad».

No obstante ello, siguiendo a Andrés Ibáñez, dicho argumento resulta engañoso, en tanto que de ese *nadie* se excluye al acusado que, recordemos, se encuentra al amparo de un derecho constitucional, a saber, la presunción de inocencia, que en estos razonamientos se degrada en su contra. De ahí lo explicado en la configuración jurídica de la garantía de la presunción de inocencia, en tanto que no se trata de un derecho configurado por la ley, sino por la jurisprudencia, que delimita su contenido, sin que se pueda afirmar, por tanto, que se desvirtúa la garantía, sino que su alcance está contorneado por la interpretación dada por el Tribunal Constitucional y por la Sala Segunda del TS.

[33] En el año 2009 se recogió una muestra de 606 sentencias, de las cuales 34 contemplaban la declaración de la denunciante como única prueba de cargo, que abocaron en 14 sentencias condenatorias y 11 absolutorias. Datos extraídos de: Estudio sobre la Aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales, p. 38.
[34] STS 238/2011, STS 1991/2011.

El mencionado razonamiento pertenecía, de hecho, a un dogma[35] del procedimiento inquisitivo que fue superado con motivo del esfuerzo intelectual de algunos en la época de la ilustración y fue duramente criticado por la doctrina[36].

De la jurisprudencia del TS, en relación con esta cuestión, se extraen varias ideas que en la actualidad no admiten discusión: 1) que la declaración de la denunciante es prueba directa -no indiciaria-; 2) que no se trata de prueba de cargo per se, sino que requiere de la valoración del juzgador; 3) que deben practicarse con las debidas garantías y que son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción de inocencia; 4) y que cuando se trata de la única prueba de cargo se exige una valoración cuidada y detallada por el juzgador.

3.4.1. Criterios de valoración de la prueba testifical

En la valoración de la prueba de la declaración de la testifical el Tribunal Supremo ha señalado los tradicionales y bien conocidos tres criterios orientadores para la consideración de la credibilidad de la testigo denunciante como única prueba de cargo, que recuerda la STS 717/2018, de 17 de enero de 2019. Aclara la Sala Segunda que no se trata de una pauta de valoración de la prueba testifical, sino un instrumento del que puede servirse el juzgador para examinar la credibilidad de la víctima. Estos son: la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio, y la persistencia en la incriminación.

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva

En primer lugar, la incredibilidad subjetiva es una valoración en la que se considera que la concurrencia de algunas circunstancias que pudieran entorpecer la capacidad de la declarante para percibir los hechos. Se incluye aquí el requerimiento de que la declaración no haya sido prestada por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otras condiciones que pudieran enturbiar su credibilidad.[37]

Se alega por las defensas, con cierta frecuencia, que es prueba del móvil espurio la tramitación de separación o divorcio en la jurisdicción civil. No obstante, es evidente

[35] «*In atrocissimis leviores conjecturate sufficiunt, et licet judici jura transgedi*», es decir, que en los casos más atroces, las pruebas más leves son suficientes, aunque el juez transgreda las leyes.
[36] Beccaria en *De los delitos y las penas* señalaba que era un principio «dictado por la más cruel imbecibilidad» y en la misma línea Filangieri en *Ciencia de la legislación* lo tildaba de una fórmula absurda de la condena de inocentes.
[37] STS 355/2015, de 28 de mayo.

que en estos supuestos hay más riesgo de que el sujeto pasivo sufra lesiones o maltrato psicológico y, por ello, no cabe entender que existe una intención de venganza por la mera existencia de dichos procedimientos.

b) Verosimilitud del testimonio

En segundo lugar, la verosimilitud se refiere, de un lado, a la coherencia interna de la declaración, esto es, si la versión es insólita por su contenido[38], y de otro, coherencia externa, es decir, a las posibles corroboraciones periféricas de la declaración[39], que en la práctica las más frecuentes son partes médicos en los supuestos objeto de trabajo.

El Tribunal Supremo ha indicado en este sentido que la corroboración otorga un plus a la declaración de la denunciante -hábil para enervar la presunción de inocencia-, de forma que los elementos externos solo refuerzan su declaración, y que no pueden compensar la fuerza de la declaración.

En este aspecto también cobra especial relevancia la pericial psicológica, solicitada frecuentemente por las defensas para un análisis psicológico de la credibilidad de la víctima. Sin embargo, la pericial no puede substituir la valoración del juzgador, sino que debe servir de añadido para formar su convicción y que sirva a la motivación.[40]

c) Persistencia en la incriminación

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha ido matizando el contenido de dicho criterio, dándole, en esencia, la consideración de la exigencia se basa en que las declaraciones sean uniformes, que no presenten diferencias sustanciales, a través de la explicación detallada de los hechos, siguiendo un mismo relato aun con elementos cambiantes en cuanto a cuestiones secundarias, siempre que estas no evidencien una fabulación imaginativa ponderable en la credibilidad subjetiva.[41]

Estos criterios han sido desarrollados con posterioridad por la Sala Segunda, desgranándolos en otros que parecen haber sentado un desarrollo al análisis que ya se venía efectuando, pero que resultan provechosos para comprender algunos de los puntos ya señalados acerca de los tres criterios tradicionales, relacionándolos con la psicología

[38] STS 238/2011, de 21 de marzo.
[39] STS 605/2019, de 10 de diciembre.
[40] MAGRO SERVET, V. *La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio).* En Diario La Ley, núm. 7013, 2008, p. 12.
[41] SSTS STS 717/2018, de 17 de enero; 849/1998, de 18 de junio; 238/2011, de 21 de marzo.

del testimonio. Este tipo de enjuiciamiento aproxima a la jurisdicción a valorar aspectos de la testifical que son ineludiblemente complejos de interpretar, como lo es la comunicación no verbal de quien presta declaración que, en fin, pueden servir a la postre como complemento a la valoración, pero conforme ha ido resolviendo con posterioridad el Tribunal Supremo, no son criterios que en absoluto sustituyan a los tradicionales.[42]

3.4.2. Motivación

Ahora bien, como expone claramente la Sala Segunda del TS, con criterio -a mi parecer- acertadamente garantista, en los supuestos en los que la declaración de la denunciante sea la única prueba de cargo, el juzgador habrá de reforzar su esfuerzo de motivación fáctica, cuyas exigencias se acrecientan.[43]

De ahí que la motivación sea un elemento fundamental de estos supuestos. Ahí reside la elemental garantía constitucional a la presunción de inocencia, en el deber de motivar.

A dicho deber se refiere también la «Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género» del Consejo General del Poder Judicial. En ella, se detalla que se deberá explicitar las razones por las que el juzgador otorga mayor crédito a la versión de una de las partes frente a la otra. Añade, para los supuestos aludidos a los que la denunciante se acoge a la dispensa del artículo 416 LECrim, que la motivación debe comprender la relevancia que otorga al resto de pruebas, sea el resultado o no condenatorio, especialmente en relación con las que pudieran ser prueba indiciaria.[44]

3.5. Incidencia en el principio in dubio pro reo y en la presunción de inocencia

Recogiendo la idea expuesta anteriormente, creo que la distinción realizada por el Tribunal Constitucional sobre plantea un problema conceptual. La distinción parte de la idea de que la presunción de inocencia actúa cuando no existe prueba (ausencia objetiva), como un hecho que pudiera comprobarse desde el exterior. Y que, por su parte, el *in dubio pro* reo requiere una óptica interna, de aproximación a la prueba y de su valoración (valoración subjetiva).

[42] STS 119/2019, de 6 de marzo.
[43] STS 99/2018, de 28 de febrero.
[44] Fuente: CGPJ. Grupo de expertos/as en violencia doméstica y de género del CGPJ. *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*, 2013, p. 113.

Sin embargo, en la práctica forense, la acusación siempre propone medios de prueba, y éstas se practican habitualmente en la jurisdicción ordinaria. Resulta a mi parecer casi impensable que una sentencia condenatoria de un órgano de primera instancia sin prueba de cargo válida, después de revisión en apelación y en casación, continúe manteniendo una condena que, al fin y al cabo, está infundada, por cualquiera de los motivos ya indicados sobre el contenido del derecho a la presunción de inocencia; y que únicamente en estos supuestos sea donde opere el derecho constitucional de todos del artículo 24.2.

En mi opinión, el fundamento de la existencia de este derecho fundamental no se explica por si ha habido prueba de cargo válida o si no la ha habido -evidentemente, si no la ha habido, se verá vulnerado el derecho-, sino que se trata de examinar si la prueba es apta para acreditar los hechos, o lo que es lo mismo, de comprobar si la prueba es capaz de probar.

Y en esta situación me planteo: ¿cómo es posible controlar si ha habido prueba que pruebe sin entrar en la valoración subjetiva?

El Tribunal Constitucional se refiere a la *mínima actividad probatoria* como criterio para decidir sobre la admisión de las demandas de amparo. Pero este modus operandi ha conducido a determinar lo que es o no prueba de cargo hábil para enervar la presunción de inocencia; como si la prueba de cargo pudiera -razonablemente- ser mínima para fundar una condena que, *contrario sensu*, debiera ser la suficiente y no la mínima.

Resulta prácticamente, conforme está actualmente la doctrina del Tribunal Constitucional, como dejar en manos de los órganos jurisdiccionales la tutela final de si se ha practicado prueba suficiente que pruebe, es decir, de si ha habido prueba capaz de enervar la presunción de inocencia.

Y ello se ve claramente reflejado en las últimas memorias del Tribunal Constitucional[45], que no estiman un solo asunto por vulneración de presunción de inocencia -en los supuestos objeto de este trabajo- por el simple hecho de que es

[45] Véanse las Memorias del Tribunal Constitucional de los últimos años. En ellas se comprueba que el artículo más invocado ante el Tribunal Constitucional en amparo es el artículo 24 CE. En 2021, concretamente, el 28,31% de demandas de amparo del artículo 24.2 fueron alegando vulneración del derecho a la presunción de inocencia (1.400 de 4.946). Sin embargo, la estimación de dichos recursos de amparo es casi inexistente, por los criterios establecidos, ya explicados *ad supra*. Las estimaciones (siete casos) son todas ellas relativas a supuestos distintos de los que son objeto de este trabajo.

prácticamente imposible que se produzca un vacío probatorio; pues dicho vacío es evidente a los ojos de la jurisdicción ordinaria.

Si bien los órganos jurisdiccionales conforman un pilar de la garantía de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional debe ser garante a su vez del ajuste de la jurisdicción ordinaria a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. De otra forma, que es a mi juicio la que lamentablemente se lleva en la actualidad, la tutela del derecho es más suave en tanto que no parece desearse su revisión ante el máximo cuidador e intérprete de la Constitución.

CONCLUSIONES

La primera parte del presente trabajo abarca la esencia y exégesis de la presunción de inocencia, como una garantía que se consagra como el fundamento del procedimiento penal y como un pilar básico e ineludible en un Estado de Derecho.

Como se ha visto, el derecho a la presunción de inocencia es un derecho de rango constitucional, fundamental, y reconocido en el marco internacional, configurado jurídicamente por la *iuris dictio*, de suerte que su contenido y alcance están delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, especialmente, del Tribunal Constitucional.

En este sentido, la garantía supone el derecho de toda persona a no ser condenada sin unas pruebas que hayan sido practicadas y valoradas con todas las garantías constitucionales y procesales, vinculando así a los órganos jurisdiccionales la protección de tal derecho, al que están sujetos (artículo 9.1 CE), vinculados (artículo 53.2), y al que deben tutela efectiva (artículos 24.1 CE y 7.1º LOPJ).

A propósito del objeto de este trabajo, el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género y violencia doméstica cristaliza la complejidad del encaje de la presunción de inocencia en el tratamiento de la prueba en los delitos que se producen en la intimidad, con las peculiares circunstancias personales de agresores y víctimas, que inciden inevitablemente , de un lado, en los elementos de juicio a disposición del juzgador, y de otro, en cuestiones procesales, como la examinada en relación con el artículo 416.1 LECrim-. A ello se suma la dificultad probatoria que supone la clandestinidad tanto a la acusación como a la defensa.

En su momento, el Tribunal Constitucional admitió que la declaración de la víctima es prueba de cargo hábil para enervar la presunción de inocencia.

Pero no hay que olvidar que entre *iuris dictio* y *parresia*[46] debe haber una vinculación, en tanto que el órgano jurisdiccional juzga declarando unos *hechos probados* con los que aplica la fría letra de la Ley a un ciudadano no exento de derechos constitucionales de contenido axiológico. De ahí que la función jurisdiccional posea una

[46] *Parresia* es un término griego rescatado por el filósofo francés Michael Foucault que, en síntesis, en sus palabras, expresa «un decir veraz, un decir veraz irruptivo, un decir veraz que genera una fractura y abre el riesgo: posibilidad, campo de peligros o, en todo caso, eventualidad no determinada».

dimensión epistemológica, pues debe garantizar una objetividad en su decisión para estar legitimado en la aplicación del Derecho.

Así las cosas, no es sorprendente concluir que, si bien la declaración de la denunciante es condición suficiente para fundar una condena, ello no significa que sea necesario condenar con su mera existencia. Los órganos jurisdiccionales podrán servirse de los tradicionales criterios reiterados por la jurisprudencia para la valoración de la prueba, con el debido examen de todo el cuadro probatorio. Como bien razona la Sala Segunda del TS, cuando se trata de la única prueba de cargo, se le exige más rigor al juzgador en la motivación.

Sin embargo, a mi juicio, no es posible considerar la motivación una suerte de expresión de racionalidad, pues nadie está exento de sesgos que puedan condicionar y deformar un razonamiento. A lo que contribuye la motivación, en este sentido, es a la detección de los sesgos por parte de quien revise el itinerario lógico del juzgador.

La ausencia de sesgos en el enjuiciamiento debe ser una virtud propia de la imparcialidad de quien es llamado a juzgar, que no se posee por la simple condición formal de pertenencia a la Judicatura, sino por la conciencia de qué elementos son los que llevan a una conclusión. Requiere de un esfuerzo intelectual que, a mi parecer, debe asumir todo juzgador, y que bajo mi criterio merece más tratamiento en la práctica.

Con todo, desde mi punto de vista, primero, el enjuiciamiento de los delitos de violencia de género y doméstica merece un especial cuidado por parte del juzgador, con todas las consideraciones ya expuestas; segundo, la posición de quien alega ser víctima en un procedimiento penal necesita ser regulada también en materia probatoria, pues su tratamiento en el proceso como si de un testigo más se tratase desvirtúa su condición de acuerdo con la propia Ley del Estatuto de la víctima; y tercero, el debido respeto a la presunción de inocencia en términos epistémicos requiere de un esfuerzo -que yo creo que debe ser esencialmente- orgánico con el fin de asegurar, a través de una formación en esta materia, la máxima Justicia en las sentencias.

BIBLIOGRAFIA

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales», *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio,* vol. 1, 2020, pp. 75-102.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Sobre prueba y proceso penal», *Discusiones: prueba y conocimiento*, núm. 3, 2003, pp. 55-66.

ANTONIO MURATORI, L., *Defectos de la jurisprudencia*. En Tecnos, Trad. de V.M. Tercilla, Madrid, 1794, p. 74.

ASENCIO GALLEGO, J.M., «Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 36, 2015.

ASENCIO MELLADO, J.M., «Proposición, admisión y práctica de la prueba en el proceso civil. Su valoración», en *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 257-259.

ASENCIO MELLADO, J.M., «Problemas probatorios de la violencia de género», en *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 517-519.

BECCARIA, C. «De los testigos», en Alianza Editorial, *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Salamanca, 2006, pp. 51-53.

CALAMANDREI, P., «Del sentimiento y la lógica en las sentencias judiciales», en *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1989, p. 175.

CLEMENTE FERNÁNDEZ, ANA I., «El testimonio único en el derecho romano y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», en Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, M. C., *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Oviedo, 2020, pp. 251-271.

CORDON MORENO, F., «Las Garantías Constitucionales de la actividad de las partes en el Proceso Penal», en *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 1999, pp. 155-164.

DE AGUILAR GUALDA, S., «La credibilidad del testimonio de la víctima», en *La prueba en el proceso penal*, Librería Bosch, S.L., España, 2017, pp. 101-106.

DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Concepto, finalidad y objeto del recurso de amparo», en *Manual de litigación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 478-489.

DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de Derechos Fundamentales,* en Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

FOCAULT, M. *Discurso y verdad en la antigua Grecia.* Ediciones Paidós, Barcelona, 2004, p. 39.

GARCÍA GIL, F.J., «La prueba en los procesos penales», en *La prueba en los procesos penales*, DYKINSON, S.L., Madrid, 1996, pp. 125- 148.

GARCÍA MORALES, M. J., «Tutela judicial efectiva y garantías constitucionales del proceso penal», en *Manual de litigación penal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 161-189.

GIMENO SENDRA, V., «El derecho a la presunción de inocencia», en *Derecho procesal penal*, en Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 137-145 y 816-820.

GÓMEZ MARTÍNEZ, C., *Ética judicial: una indagación en los valores del ejercicio de la jurisdicción*, en Editorial Juruá, Porto, 2020.

GONZÁLEZ MONJE, A. «La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2020, Vol. 6, pp. 1627-1660.

MALEM SEÑA, J. F. . *El error judicial. La formación de los jueces*, en Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

PICÓ I JUNOY, J., *La evolución del derecho Procesal Penal a la luz de JUSTICIA: 40 años de historia,* Ed. BOSCH, Barcelona, 2021, p. 450.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de arrendamientos urbanos*, en Ed. Nauta, Barcelona, 1963, p. 17.