

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES: NOVEDADES JURISPRUDENCIALES*

Gender perspective in judicial decisions: news jurisprudential

VICENTE MAGRO SERVET**

Fecha de recepción: 8/02/2021

Fecha de aceptación: 10/01/2022

acfs, Protocolo II (2022), 111-148

ISSN: 0008-7750; ISSN-e 2530-3716

<http://dx.doi.org/10.30827/acfs.vi1.25194>

RESUMEN Análisis de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de violencia de género. Sentencias de mayor interés y relevancia en esta materia sobre criterios en la declaración de la víctima, que es la parte más relevante sobre la que suelen girar muchos recursos ante sentencias condenatorias.

Palabras clave: declaración de la víctima, doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

ABSTRACT Analysis of the recent jurisprudential doctrine of the Supreme Court on gender violence. Judgments of greater interest and relevance in this matter on criteria in the victim's statement, which is the most relevant part on which many resources usually turn before convictions.

Keywords: victim's statement jurisprudential, doctrine of the Supreme Court.

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LAS VÍCTIMAS ANTE EL PROCESO PENAL

La ausencia de un compromiso decidido para poner en marcha una profunda reforma de la Ley procesal penal está motivando que sea el Tribunal Supremo el que esté supliendo la carencia de una profunda reforma legislativa del proceso penal, lo que lleva a nuestro Alto Tribunal a que se le exija más de lo que constituye su alta misión de unificar la doctrina, lle-

* Para citar/citation: Magro Servet, V. (2022). Perspectiva de género en las decisiones judiciales: novedades jurisprudenciales. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, pp. 111-148.

** Magistrado de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo. Plaza Villa París, s/n. 28071, Madrid, España. magro@telefonica.net

gando a alcanzar cotas de cubrir las auténticas lagunas legales que existen y, lo que es más importante, a aplicar normativa tendente a conseguir un equilibrio en las reglas de juego en el proceso penal ante las deficiencias de muchos de los preceptos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por ello, el derecho procesal penal está necesitado de una profunda reforma urgente, pudiendo destacar, como es obligado, el tremendo esfuerzo que han realizado en los últimos años algunos juristas especialistas en el proceso penal para elaborar un borrador de reforma de esta Ley procesal penal, sin que al final se haya llegado a un consenso sobre los principios básicos del enfoque sobre el que debe girar nuestro proceso penal. La cuestión es sumamente importante, habida cuenta que el incremento de la delincuencia, sobre todo la organizada, está llevando a exigencias de reforma urgente que pasan, entre otras, por disciplinar los métodos de investigación policial, así como la fase instructora, la obtención de pruebas y, por último, la de enjuiciamiento y práctica de las pruebas en el plenario.

Ya hemos señalado en multitud de ocasiones que el hecho de que se adopten vías para pugnar por alcanzar la seguridad de las personas y evitar que existan víctimas no supone, siempre y en todo momento, estar olvidándonos de que existen unos límites y derechos que deben ser respetados en aras a tutelar en debida forma los de las personas que puedan aparecer sospechosas de la comisión de un hecho delictivo. Pero también es cierto que el abandono de las reformas que se adecuen a la realidad social en esta materia supone al final olvidar a las víctimas del delito por el miedo que pueda existir por no respetar el derecho a la libertad.

La víctima suele ser la gran olvidada del proceso penal y la víctima es de nuevo victimizada por la Administración cuando no le presta la debida ayuda y atención en el proceso penal. Estamos exigiendo a las víctimas que confíen en la Administración. Que se acerquen a las comisarías, fiscalías y juzgados a denunciar los hechos de los que han sido víctimas, pero no somos capaces de trasladar esa seguridad que debe tener la víctima después de cumplir con lo que le estamos trasladando en orden a denunciar. Este es ahora mismo el actual reto del Estado, desde mi punto de vista, que tienda a evitar que la víctima se sienta también víctima del Estado y de la sociedad que le rodea. Que traslade seguridad a la víctima del delito de que el sistema está para ayudarle y no para ponerle trabas.

De todas maneras, las diversas reacciones de las víctimas en el proceso penal, tanto en la fase instructora ante el juzgado investigador como en la fase de juicio oral ante los juzgados de lo penal o Audiencias Provinciales, está motivando que la conclusión de muchos procesos abiertos se complique. Así, sabemos que en muchos casos las víctimas que han denunciado son reacias a acudir de nuevo a declarar ante el juez instructor y menos

ante el juez que enjuicia. Por ejemplo, sería muy interesante conocer la estadística de los juicios que al cabo del año son suspendidos por incomparencias de las víctimas el día del señalamiento, lo que podría conseguirse mediante una muestra semestral de resultados en los órganos de enjuiciamiento del orden penal. Estas ausencias de las víctimas son debidas en muchos casos a miedo a declarar pensando en lo que luego les pueda ocurrir, o en la ausencia de medidas de protección en la propia Sala al no disponerse en la mayoría de los edificios judiciales de las exigentes salas de ubicación de las víctimas del delito y la obligación que tienen de estar esperando en la antesala mezcladas con los familiares del acusado que esperan a la salida del juicio, o con otros testigos que pueden ser propuestos por la defensa. La pregunta se nos antoja evidente: ¿Por qué tiene la víctima del proceso penal que soportar todo esto?

En la Audiencia Provincial de Alicante implanté en su momento en el año 2003 un sistema de atención a las víctimas de delitos de agresiones sexuales, malos tratos, redes de prostitución, etc., en virtud del cual un equipo de la Oficina de medidas alternativas a la prisión que está abierta en esta Audiencia Provincial se desplaza a la sede donde van a declarar estas víctimas por videoconferencia para prestarles debida atención psicológica y jurídica a las mismas que evite la denominada *victimización secundaria*. La experiencia de la primera actuación ha sido altamente satisfactoria en la intervención en un caso de una persona acusada de 19 delitos de agresiones sexuales que reconoció los hechos en el juicio oral. En el mismo, las 19 víctimas-testigos fueron citadas a declarar por videoconferencia en otra sede judicial ubicada en Alicante a donde se desplazó el equipo citado. Cuando fueron llegando las víctimas con sus familiares fueron ubicadas en una Sala independiente en donde recibieron atención por parte de un psicólogo que les atendió en un momento tan especial como puede ser revivir la desagradable experiencia que tuvieron, así como un jurista que les explicaba la forma en la que se iba a desarrollar el juicio y cómo debería resultar la mecánica de su declaración en el juicio, tranquilizándoles ambos respecto a la inexistencia de contacto personal o visual con el acusado. Finalmente, no fue precisa su declaración al reconocer los hechos el acusado y renunciar las partes a la prueba, pero indudablemente la presencia de estos profesionales tuvo para las víctimas un importante efecto tranquilizador. Además, en estos casos de múltiples víctimas que tienen que declarar en un juicio oral la lógica presencia de los familiares de estas en el día del juicio puede producir, como es lógico entender y nada reprochable, que cuando aparece el acusado en el edificio judicial, aunque en la mayoría de los casos lo sea en situación de prisión provisional, se pueden producir situaciones obvias de enfrentamiento o pérdida de nervios que tantas veces se han visto refle-

jadas por los medios de comunicación en la antesala de la sede donde se va a celebrar el juicio oral.

Experiencias como la citada han provocado en otros casos que las víctimas no acudan al juicio por el miedo a enfrentarse de nuevo al acusado y recordar ante él los graves hechos por este cometido; es decir, en supuestos especiales como delitos sexuales, detenciones ilegales, prostitución o de violencia de género. Especialmente, en este último caso son conocidos los estudios realizados por el Observatorio de Violencia doméstica y de género en relación a las reacciones de las víctimas en el juicio oral por el efecto del miedo que sufren ante el agresor y la exigencia procesal de declarar en el plenario recordando ante este los hechos sufridos, muy posiblemente durante largo tiempo.

La videoconferencia ha supuesto en estos casos un sistema que ha permitido introducir vías de separación visual entre los acusados y víctimas en el proceso penal, no obstante lo cual en estos casos sería preciso implantar equipos de atención a las víctimas en su declaración en el juicio oral para conseguir tranquilizarlas. Estos equipos podrían estar adscritos a las Oficinas de Medidas Alternativas a la prisión que deberían implantarse en todas las Audiencias Provinciales para ofrecer servicios diversos dentro de la ejecutoria penal (ejecución de programas de reeducación, organización con los Servicios Sociales Penitenciarios de vías para cumplir la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, información a víctimas, etc.) y, como vemos en estos casos, en la celebración de juicios orales.

Estas precisiones previas acerca de la posición de las víctimas son obligatorias en el presente trabajo doctrinal, a fin de poner de manifiesto las dificultades con las que se encuentra la víctima cuando ha pasado el grave trance de pasar a integrar esta especie de estatuto que adquiere cuando una persona ha vulnerado su integridad personal y la absoluta obligación que tiene el Estado de Derecho de adoptar medidas para evitar la antes citada *victimización secundaria*. Además, la situación llega a extremos tales que en algunos casos hemos tenido la experiencia de que se interpongan recursos por las defensas frente al auto que acuerda la declaración de la víctima por videoconferencia postulando la defensa que solicita su presencia en la Sala, lo que es sabido no está en disposición de la parte, sino que el juez o tribunal penal tienen la facultad de acordar estas declaraciones por videoconferencia por la expresa disposición que a ello le autoriza el art. 229.3 LOPJ y el art. 731 Bis Lecrim.

2. LA VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN EL JUICIO ORAL

Pues bien, expuestas estas consideraciones previas sobre la presencia de la víctima en el proceso penal, el objeto de las presentes líneas está centrado, por un lado, en el análisis de la casuística existente en la práctica procesal penal sobre la declaración de la víctima en el plenario, y, en segundo lugar, sobre la técnica o recurso que se viene utilizando respecto a la introducción de la pericia de la veracidad de la declaración de la víctima en el juicio oral, a fin de que un perito, previo examen del testigo-víctima pueda exponer a la Sala sus consideraciones acerca de la veracidad, o no, de su declaración, tanto la prestada en la instrucción como la que pueda exponer en el plenario acerca de su percepción sobre los hechos y la valoración que de ello pueda hacer un experto en valoración de testimonios.

Sin embargo, antes de introducir esta posibilidad debemos recordar que la valoración de las pruebas corresponde al juez o tribunal penal ante el que se practican las mismas en el plenario y que el juez es soberano en ello, a salvo de que pueda demostrarse mediante la interposición del correspondiente recurso de apelación o casación, que ha existido craso error en la valoración de la prueba o arbitrariedad en la elección de los elementos que le llevan a formar su convicción.

En consecuencia, en estos supuestos la valoración de la prueba acerca de la declaración de la víctima puede girar sobre diversos casos, a saber:

- a) *Presupuestos básicos sobre los que descansa la función de la valoración de las pruebas por el juez o tribunal penal tras la celebración del juicio oral en orden a tener por enervada la presunción de inocencia.*

Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada que (entre otras, sentencia 28 Dic. 2005, rec. 361/2005) en cuanto a la presunción de inocencia, y en orden a su vulneración, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

1. Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
2. Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
3. Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
4. Si ha sido practicada con regularidad procesal.
5. Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
6. Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego

proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida *motivación de la sentencia*, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, el privilegio de la intermediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que *cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005)*.

Sin embargo, lo que sí le está permitido al juez o tribunal superior es verificar que, efectivamente, el Tribunal *a quo* contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción, y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Fundamental es, pues, que el razonamiento de la convicción a la que llega el juez o tribunal penal obedezca a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Además, en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria.

Por ello, el órgano superior no puede incidir en cuestiones que afectan a la intermediación en la práctica de la prueba, en este caso, la declaración de la víctima, pero sí la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional,

expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 2004 de 9.3).

Así las cosas, en lo que es objeto de nuestro examen en relación a la declaración de la víctima, el TS apunta que cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquél Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria (STS. 1582/2002 de 30.9). Ello entendemos que debe ir reconducido a una absoluta falta de explicación o motivación en la sentencia acerca de las razones de la admisión de una prueba frente a otra u otras practicadas, lo que no quiere decir que se haga un examen pormenorizado, ya que en los casos en los que se trate de valorar la declaración de la víctima atenderemos a las cuestiones a las que a continuación nos referimos para admitirla como prueba con la adjetivación *de cargo*.

b) *La exigencia de la motivación del juez o tribunal sobre las pruebas practicadas, entre ellas la declaración de la víctima*

Una primera cuestión a la que tenemos que hacer mención es al alcance de la exigencia de motivación impuesto al juez cuando debe optar por asumir o denegar como prueba la declaración de la víctima en su comparación con otras practicadas en el juicio oral. Así, el Tribunal Constitucional SS 165/93, 177/94, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala, SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 555/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. En este sentido, podemos fijar como notas características las siguientes:

1.—La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad.

2.—La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera.

3.—Las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes.

4.—También es menos necesario el razonamiento relativo a la aplicación de un precepto o al anudamiento de una consecuencia jurídica establecida en una norma, cuando es clara la subsunción del precepto o la norma a los hechos declarados probados.

5.—La existencia de la inmediatez como privilegio del juez o tribunal ante el que se practica la prueba no debe eludir la exigencia de la adecuada motivación, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 May. 2007 es preciso situar el valor de la inmediatez judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir que:

- a) La inmediatez es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.
- b) La inmediatez no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que “...la convicción que a través de la inmediatez, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación...” —STS de 12 de Febrero de 1993—.

Además, en las SSTS 1182/97, 1366/97 y 744/2002 de 23.4, se expone que la motivación debe abarcar tres aspectos que se corresponde con las exigencias del *alcance de la extensión de la motivación*:

- a) La fundamentación del relato fáctico con exposición de las pruebas de las imputaciones que el mismo contiene.
- b) La fundamentación de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo penal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas y
- c) La fundamentación de las consecuencias penales como civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la pena y medidas de seguridad en su caso, responsabilidades civiles, costas judiciales y de las consecuencias accesorias, arts. 127 a 129 CP. (SSTS. 14.5.98, 18.9.2001, 480/2002 de 15.3).

Además, podemos añadir dos puntos en relación a la extensión de la motivación:

1.—La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, pero en cualquier caso una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa, es decir que abarque los tres aspectos anteriormente indicados, con la exten-

sión y profundidad proporcionadas a la mayor o menor complejidad de las cuestiones que se han de resolver (STS 258/2002 de 19.2). No existe, desde luego, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, pero sí a que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación en cada caso concreto que permita conocer los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (en este sentido SSTC 8/2001, de 15 de enero y 13/2001, de 29 de enero). (STS n.º 97/2002, de 29 de enero).

2.—Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no supone que hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado. Basta a los efectos de su control constitucional con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legales establecidos. Es decir, es necesario, pero también suficiente, que se refleje la razón del discurso lógico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. (STS de 8 Nov. 2006).

En consecuencia, cuando la declaración de la víctima es la única de la que dispone el juez o tribunal este debe motivar de forma suficiente las razones de la conformación de su convicción con las peculiaridades que citamos a continuación.

- c) *La declaración de la víctima es contradictoria con la del acusado u otros testigos que puede plantear la defensa. La declaración de la víctima es la única de la que dispone el juez o tribunal para tomar su decisión acerca de si es suficiente para enervar la presunción de inocencia*

Este supuesto se suele dar en muchos casos en el proceso penal, sobre todo en supuestos de violencia de género o en abusos sexuales de los que no se desprendan evidencias físicas que puedan actuar como pruebas médicas acerca de la realidad del delito cometido. Se trata en estos casos de llegar a una misión de confrontar la declaración del acusado con la de la víctima, pero para ello el TS fija unos criterios y consolidados que son tenidos en cuenta por el tribunal, así como reiteradamente alegados en los recursos de apelación o casación contra las sentencias que se interponen por jueces de lo penal o secciones penales de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, hay que fijar unos criterios previos en orden a valorar la declaración de la

víctima como prueba atendiendo a los criterios de valoración que marca el Tribunal Supremo, a saber:

1.—La declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino prueba directa, y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por la doctrina del Tribunal Supremo (SS. 706/2000, 313/2002, 1317/2004), como del Tribunal Constitucional (SS. 201/89, 173/90, 229/91).

2.—La existencia de la declaración de la víctima no siempre se convierte por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues, como todas, está sometida a la valoración del Tribunal sentenciador.

3.—El TS parte de la consideración de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el TC, respetando con buen criterio el ámbito de exclusividad de la potestad jurisdiccional penal constitucionalmente atribuidos a jueces y tribunales ordinarios, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba más por el tribunal sentenciador, el cual debe aplicar, obviamente en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.

4.—Las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias en que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (SSTS 30-1-99 y 28-1 y 15-12-95).

5.—Cuando es la única prueba de cargo exige —como ha dicho la s. T.S. 29-4-97— una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa, precisando la s. T.S. 29-4-99 con que no basta la sola afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, ya afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias.

6.—La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la

constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. (STS 29-12-97) y el riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inicio el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado aún si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador.

7.—(STS 25-12-05): Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo en aquellos casos en que la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectúa la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario.

Pues bien, lo que el juez o tribunal penal debe valorar cuando analiza la declaración de la víctima y la previsible contradicción con la prestada por el acusado en el plenario negando los hechos se centra en analizar si cuando, en principio, la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de otras pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:

1.º) Ausencia de incredulidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran concluir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

2.º) Verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio —declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso— sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim. en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho.

3.º) Persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo única prueba enfrentada con la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (SSTS 28-9-88, 26-3 y 5-6-92, 8-11-94, 11-10-95, 13-4-96).

Sin embargo, respecto de la concurrencia de estos requisitos no hay que olvidar lo que puntualiza el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 Abr. 2007 respecto que *tales tres elementos no han de considerarse como requisitos, de modo que tuvieran que concurrir todos unidos para que la Sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo*. A nadie se le escapa, dice la STS. 19.3.2003 que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor o víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad puede ocurrir que las declaraciones de ésta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas, que aun teniendo esas características tienen solidez firmeza y veracidad objetiva.

Pero es que, además, y esto es sumamente importante en orden a valorar la ausencia de incredulidad subjetiva, ya dijimos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de fecha 23 de Enero de 2008 que existen casos de declaraciones de víctimas que han sido victimizadas de forma reiterada por sus agresores, como suele ocurrir en muchos supuestos de violencia de género, en los que se suele alegar por las defensas en el plenario y en los recursos de apelación que debe dudarse de la declaración de las víctimas por existir resentimiento en sus declaraciones y una animadversión que motiva el contenido de estas declaraciones. Sin embargo, esto no es del todo cierto, y no constituye una máxima que deba ser tenida en cuenta, por cuanto cuando la víctima ha sido agredida físicamente, como ocurre en los supuestos de violencia de género reiterada, ello no permite entender que puedan existir dudas en las declaraciones de las víctimas cuando estas declaren en un juicio oral, porque ello sería una situación que siempre se produciría en muchos supuestos.

Es obvio que por el hecho de haber sido victimizada por el agresor la víctima no tenga una buena relación con este, pero ello no debe hacernos llegar al ámbito de la duda respecto a si lo que está declarando la víctima en el plenario lo hace con móviles de resentimiento. De ser así, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en muchos supuestos

en los que se han producido hechos graves, como ocurre en los casos de agresiones sexuales en los que es obvio recordar y pensar que las víctimas ni tan siquiera quieren recordar los hechos, por lo que muchos es pedirles a estas que dejen al margen el odio que puedan sentir. Pero estas sensaciones que son obvias en las víctimas no deben llevarnos a hacernos dudar del contenido de su declaración.

d) *La declaración de la víctima es contradictoria con la ya expuesta por la misma ante el juzgado de instrucción.*

Una de las funciones que tiene que desplegar el juez o tribunal penal en los casos de declaración de la víctima es analizar las posibles contradicciones que puedan surgir entre lo declarado en la fase de instrucción y el juicio oral. Sin embargo, principio básico es en este caso que:

a) Que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes. (STS de 8 Nov. 2006, rec. 84/2006)

b) De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa (STC. 51/95 de 23.2).

En este caso, puede ocurrir que en la declaración prestada por la víctima en el plenario existan contradicciones con las realizadas en la fase sumarial, para lo que las partes podrían hacer vales al juez o tribunal estas contradicciones al objeto de efectuar la comparación sobre las mismas. Sin embargo, aquí hay una cuestión básica de índole procesal que debe tenerse en cuenta, ya que no es suficiente, y esto es importantísimo, que la parte haga valer las contradicciones existentes en ambas declaraciones, sino que al objeto de que el juez o tribunal pueda tenerlas en cuenta debe solicitar la lectura de las declaraciones sumariales en el plenario e interrogar al testigo sobre las razones de las contradicciones y cuál es la declaración correcta.

En ocasiones, suele solicitarse la expresión habitual de *dar por reproducida la documental* intentando hacer valer estas declaraciones sumariales, pero no es válida esta fórmula, sino la exigente de dar lectura a la lectura de las mismas.

e) *Negativa de la víctima a declarar en el plenario al amparo del art. 416 Lecrim e imposibilidad de lectura de las declaraciones sumariales*

La posición de la víctima que se encuentre en uno de los supuestos del art. 416 Lecrim de negarse a declarar no permite en modo alguno proceder a la lectura de las declaraciones sumariales, ya que expresamente está negando la posibilidad de que sus declaraciones se eleven al plenario. No es posible en estos casos proceder a la lectura de lo que declaró en el plenario para que el juez o tribunal puedan tener en cuenta esta declaración. Así, respecto a la lectura de las declaraciones sumariales por la vía del art. 730 Lecrim, cierto es que hay que distinguir entre la imposibilidad del testigo a declarar del supuesto del art., 416 Lecrim en que existe negativa a declarar y no cabe ampararlo en el art. 730 Lecrim; sí que cabe incluir el supuesto de la negativa a declarar de los acusados en el plenario para que sea posible la lectura de sus declaraciones sumariales, pero no admitir que cuando un testigo que está incluido en el art. 416 Lecrim se niegue a declarar pueda sustituirse su ausencia de declaración mediante la lectura de la practicada en la instrucción, ya que esto último resulta irregular.

3. LA VIABILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN RELACIÓN A LA VERACIDAD SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Pues bien, expuestas las nociones básicas a las que hace mención el Alto Tribunal en relación a la declaración de la víctima es necesario dedicar un especial apartado acerca de una cuestión fundamental en nuestro estudio que debe estudiarse de forma separada en relación a la valoración de la declaración de la víctima, como lo es la posibilidad de procederse por las partes a la proposición y práctica de una prueba pericial psicológica de la víctima del delito *con el fin de determinar su grado de sinceridad*, lo que suele llevarse a cabo, generalmente, por las defensas cuando la declaración de la víctima tiene un signo altamente incriminador del acusado y estas desean hacer valer las dudas en el tribunal mediante un examen de aquella por un perito en psicología que, previo examen de la misma, proceda a realizar un informe en el que se hagan constar las precisiones básicas que determinen el grado de veracidad que contiene la declaración de la víctima.

Por ello, sobre la procedencia de admisión por el juez o tribunal penal de la proposición de una prueba pericial acerca de la valoración del testimonio de un testigo-víctima hay que señalar que últimamente se está poniendo en práctica la proposición de periciales que tienden a realizar un estudio psicológico de la víctima para emitir el perito un informe tendente a analizar si la declaración que ha realizado la víctima ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o ante el juez instructor es veraz o puede estar rodeada de inveracidad. Se trata de ofrecer al juez o tribunal información en relación a los rasgos psicológicos del testigo que pueden llevarle, no a mentir directamente, sino a entender que los hechos han ocurrido de una manera distinta a la realidad que se expone. El problema, en primer lugar, surge en relación a si ello es misión del juez o puede ser objeto de prueba pericial; es decir, el grado de aceptación de esta prueba que puede incidir en una función que correspondería al juez o tribunal penal, como lo es la valoración de la prueba atendiendo a los principios o reglas generales que hemos venido exponiendo en los puntos precedentes.

En consecuencia, vamos a puntualizar los argumentos que deben ser tenidos en cuenta a favor y en contra de esta opción:

- a) *La valoración de la declaración de la víctima es función del juez o tribunal que no puede ser sustituida por la pericial psicológica. Es necesario valorar, cuando se propone esta prueba, la necesidad de su práctica a fin de no elevar el padecimiento de la víctima en su obligación de declarar.*

El Tribunal Supremo señala en la sentencia de 18 de Septiembre de 2003 que la credibilidad de un testigo no es un hecho científico aunque sí un instrumento de ayuda a la valoración de la prueba testifical que el tribunal debe percibir de forma inmediata, atento al contenido de la declaración, tanto en lo referente a lo relatado por el testigo, como a la seguridad de su afirmación, reacciones que provoca etc., en definitiva, el contenido de la intermediación que es un instrumento de la valoración de la prueba por el tribunal de instancia.

En el caso sometido a examen del tribunal se inadmitió una pericial psicológica por la Audiencia Provincial acerca de la veracidad de la declaración de la víctima y sobre ello el Alto Tribunal destaca que en la función de valoración de la prueba no puede ser sustituido el juez o tribunal penal por un perito, aunque los criterios que proporciona pueden ser tenidos en cuenta. Desde esta perspectiva *no requiere necesariamente la realización de pericia pues no es un hecho científico que requiere especiales conocimientos*

a proporcionar por el perito, concluyendo que las periciales psicológicas sobre la credibilidad del testimonio de las víctimas en delitos de agresión sexual, además de no constituir periciales propiamente dichas, en cuanto que la credibilidad del testimonio es competencia del tribunal que percibe el testimonio de forma inmediata, han de ser practicadas con exquisita cautela impidiendo que el proceso penal pueda ser causa de padecimientos agravados para la víctima quien, además de haber soportado el hecho criminal, ha de verse nuevamente victimizado con la celebración de periciales sobre su credibilidad, en aras a un hipotético déficit de credibilidad que ahonda en el dolor de la persona víctima del hecho. En esta línea, por ejemplo, señala el Alto Tribunal en sentencia de fecha 13 de Octubre de 2004 que *No pueden olvidarse las múltiples ocasiones en que se vio obligado a declarar, ser reconocido o explorado Carlos Alberto, con el efecto traumático de cada una de tales intervenciones, constatado pericialmente.*

Por ello, profundiza el Tribunal Supremo en la necesidad de valorar si es absolutamente precisa y necesaria la práctica de esta prueba a la hora de resolver por auto motivado sobre la pertinencia de la prueba propuesta para el juicio oral, ya que de extenderse esta vía probatoria en los casos en los que la declaración de la víctima practicada en la instrucción judicial sea de signo incriminatorio nos llevaría a una *victimización secundaria* de quien ya lo ha sido física o psicológicamente al tener que añadir a sus declaraciones policial y ante el juez instructor, más luego la del plenario, un examen de un perito en psicología y valoración del testimonio ante el que contar de nuevo todo lo ocurrido. A ello debe añadirse que en estos casos no se trata, tan solo, de recordar lo ocurrido, sino que en la función específica del perito, a buen seguro, se le interrogará por otras cuestiones que tiendan a poder realizar el perito su función de valorar si la declaración que ha realizado con carácter previo, o mantiene, es veraz o inveraz.

Por ello, el Tribunal Supremo llega a dos conclusiones básicas a tener en cuenta en este aspecto, a saber:

a. Que la pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio nunca puede sustituir a la valoración que corresponde al tribunal de instancia que directamente ha percibido la prueba.

b. Se trata de herramientas que pueden ser utilizadas por el tribunal para conformar una convicción y dotarla de racionalidad en la expresión de la convicción, como el tribunal ha realizado, pero sin llegar a sustituirle en esa función.

- b) *La pericial psicológica es un complemento que debe ser valorada de igual modo por el juez o tribunal penal al igual que el resto de la prueba, pero sin que sea decisiva o tenga el carácter de prueba tasada la prueba relativa al análisis de la veracidad del testimonio de la víctima.*

En efecto, el Alto tribunal recuerda en la sentencia de fecha 30 Abr. 2007 que la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos) rindiendo su informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio referido, sobre todo en los casos de víctimas de un delito de naturaleza sexual.

Pero no basta solamente con tal informe pericial, sino que el propio Tribunal debe valorar la propia exploración o, en su caso, declaración testifical de la víctima ante su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, en términos de convicción, de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta la Sala sentenciadora para llegar a una u otra conclusión.

Es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado el TS con reiteración (SSTS. 12.6.2003 y 24.2.2005). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque si podrá ayudar a conformarlo.

- c) *La función del perito se centra en examinar si las declaraciones de las víctimas son fiables, o no, pero no valorar si se ajustan a la realidad, que es función del juez o tribunal.*

El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. (STS 30 de Abril de 2007). Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inxis-

tencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).

En definitiva la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes. Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por si misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS. 14.2.2002), pero a “*sensu contrario*” si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

- d) *La práctica del informe pericial psicológico no requiere la presencia de las partes en el acto, sino que la contradicción se garantiza por el traslado del contenido a las partes y por el examen del perito en el plenario para que las partes puedan interrogarle acerca del contenido de su informe.*

En el caso de que se admita por el juez instructor la práctica de esta prueba será el profesional designado, experto en psicología, el que procederá a examinar a la víctima de forma personal, pero las partes no pueden estar presente en esta declaración al tratarse de una actuación de origen personalísimo en el que el especial objeto de la prueba debe hacer prevalecer el derecho de la víctima a ser examinada de forma exclusiva por el profesional, pero no sometida al interrogatorio de las partes en ese momento. Estas tienen el derecho de contradicción, pero limitado a postular la presencia del perito en el juicio oral e interesarle explicaciones acerca del contenido de su informe.

El derecho de contradicción respecto a la declaración de la víctima lo tienen en el interrogatorio de esta, pero no en el acto del examen personal por el perito en psicología y valoración del testimonio respecto al grado de fiabilidad de su declaración y las razones que pueden llevarle a declarar en un sentido o en otro en razón a las circunstancias concurrentes en el caso. El perito le examinará en relación a los hechos ocurridos y los datos antecedentes o coetáneos que puedan influir en su declaración.

- e) *Si existe pericial psicológica acerca de la declaración de la víctima por el médico forense no es un derecho de la parte que deba obligatoriamente aceptarse el proponer, y que se le admita, pericial de parte sobre el mismo extremo.*

El uso de la pericial contradictoria se ha entendido de forma errónea por las partes como un derecho del que disponen y que el tribunal debe aceptar siempre, ya que en el caso de que por el médico forense adscrito se haya efectuado un examen de la víctima —incluyendo el examen de la valoración de su declaración— conlleva que el juez o tribunal penal pueda inadmitir la pericial de parte, lo que determinaría que la víctima, además, fuera reconocida de nuevo por otro u otros peritos.

Esta circunstancia, por un lado, agravaría de nuevo la *victimización secundaria* a la que antes hemos hecho mención, ya que introduciría una nueva declaración de la víctima, aparte de las ya expuestas. Pero, por otro lado, como apunta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de Noviembre de 2006, el derecho a proponer los medios de prueba que se consideren pertinentes para la defensa, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional no es un derecho ilimitado, conservando el Tribunal la facultad de admitir únicamente las pruebas que considere pertinentes (art. 659 y 785.1 LECrim).

- f) *La práctica de una prueba pericial psicológica sobre la declaración de la víctima no conlleva que se permita la ausencia de esta en el plenario. La víctima debe prestar declaración en el plenario y solo si concurre alguno de los supuestos del art. 730 Lecrim se puede proceder a la lectura de la declaración sumarial.*

El hecho de que exista una pericial psicológica que se practique en el juicio oral no evita que la víctima tenga que comparecer en el plenario. Es cierto que su comparecencia puede ser perjudicial desde el punto de vista psicológico, pero cierto es que se pueden adoptar las vías antes expuestas como la declaración por videoconferencia, pero no puede eludirse la exigencia de que la víctima ratifique en el plenario su declaración sumarial, ya que hemos visto que no puede procederse a la lectura salvo en los casos previstos en el art. 730 Lecrim. Por ello, es imprescindible que declare en el plenario además del perito que le examinó. En la STS de fecha 19 de Julio de 2007 se hace constar que en un caso de agresión sexual la víctima no compareció, pero no existió oposición a ello por las partes el que se admitiera las entrevistas realizadas a la menor por los psicólogos, cuando en realidad es que pese a que sea cierta esta afectación psicológica la víctima debe comparecer

y ser interrogada por las partes en garantía de la debida contradicción, siendo la práctica de la pericial psicológica una prueba distinta a la de la declaración de la víctima a la que no puede sustituir.

4. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 282/2018 DE 13 JUN. 2018, REC. 10776/2017 SOBRE VALOR DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Señala esta sentencia que:

Es preciso poner de manifiesto que en este caso, las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho.

En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido.

En este debate, tuvo la oportunidad de resolver este problema la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, al poder llevar a cabo una modificación de la LECRIM que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal. Pero no fue así, y se limitó en el art. 2 de la misma a fijar la división entre víctima directa e indirecta, para fijar: a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito.

Y pese a que en las Disposiciones Finales de la Ley 4/2015 modificó la LECRIM, no realizó, sin embargo, una modificación de la posición procesal de la víctima al margen, o por encima, de la mera situación procesal de “testigo” dentro de los medios de prueba. Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un

episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida.

Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el Tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión en denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo “ha visto” un hecho, sino que “lo ha sufrido”, para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en

el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito.

5. TRIBUNAL SUPREMO, SALA SEGUNDA, DE LO PENAL, SENTENCIA 119/2019 DE 6 MAR. 2019, REC. 779/2018. NUEVOS CRITERIOS PARA LA VALORACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

Ha recogido el Tribunal Supremo un listado de nuevos criterios con respecto a la valoración de la víctima en el proceso penal.

Señala esta sentencia que:

“Recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes:

- 1.—Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
- 2.—Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
- 3.—Claridad expositiva ante el Tribunal.
- 4.—“Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
- 5.—Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
- 6.—Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
- 7.—Ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos.
- 8.—Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
- 9.—La declaración no debe ser fragmentada.
- 10.—Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
- 11.—Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica”.

Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor

o “revictimización” por volver a revivir lo sucedido al contarlo de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes:

- 1.—Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
- 2.—Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
- 3.—Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
- 4.—Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
- 5.—Deseo al olvido de los hechos.
- 6.—Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración.

En el presente caso los factores que el Tribunal añade respecto a su convicción de la declaración de la víctima y la credibilidad son los siguientes, que también deben añadirse a los siguientes factores a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo ese proceso de valoración:

- 1.—Se aprecia en la declaración de la perjudicada una coherencia interna en su declaración.
- 2.—No vemos ánimo espurio de venganza o resentimiento que pueda influir en la valoración de dicha declaración.
- 3.—Detalla claramente los hechos.
- 4.—Distingue las situaciones, los presentes, los motivos.
- 5.—Evidencia una falta de propósito de perjudicar al acusado.
- 6.—Discrimina los hechos que tenían lugar habitualmente, de los que no”.

6. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 658/2019 DE 8 DE ENERO DE 2020 SOBRE EL FACTOR DE LA RESILIENCIA EN LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Una de las cuestiones más importantes que suelen alegarse en los casos de violencia de género es el retraso de la víctima en denunciar. Pero ello es provocado, en ocasiones, por el temor de la víctima, o, como apunta el TS

en sentencia 658/2019 de 8 de enero de 2020, en el factor de la resiliencia, que ante un caso grave de maltrato habitual apunta que:

“No puede achacarse, pues, al retraso en denunciar, o a otras diferencias con otro tipo de víctimas, sus reacciones, porque en estos casos la víctima opera bajo una mecánica diferente al de la víctima de otros delitos, ya que en el caso que estamos hablando el autor es su pareja, y ello lleva a entender estos supuestos como desligados de la tipología propia de otros delitos de lesión. El recurrente crea un clima de terror, humillación, agresiones y sometimiento a la víctima, lo que es avalado por los informes de los médicos y los psicólogos, que en la cifra ya expuesta y relatada han depuesto en el juicio oral y han permitido al Tribunal formar su plena convicción sobre los hechos objeto de condena ya expuestos.

En estos supuestos de reiteración en el maltrato, les resulta a las víctimas sumamente complicado salir del “pozo del maltrato reiterado”, que está enmarcado en un contexto de dominación y subyugación, por lo que les hace falta la ayuda de su entorno para poder encontrar vías de escape ante este acoso físico y psicológico que se ejerce por el agresor. A su vez, éste se ampara en esa urna en la que ha ubicado a su víctima y de la que ésta no puede escapar y que le impide tomar decisiones serenas y razonadas de escapar, denunciar los hechos y ponerlos en conocimiento de terceros, aunque se trate de servicios sociales. El presente caso y la gravedad de los acontecimientos que ha sufrido la víctima pueden enmarcarse en lo que se denomina la resiliencia de la víctima de malos tratos físicos, psíquicos, y/o sexuales. Es sabido que la resiliencia es la capacidad de los seres humanos para adaptarse positivamente a las situaciones adversas.

Se suele explicar, también, que **la resiliencia es la capacidad de tener éxito de modo aceptable para la sociedad, a pesar de un estrés o de una adversidad que implica normalmente un grave riesgo de resultados negativos, y, asimismo, también se define como un proceso de competitividad donde la persona debe adaptarse positivamente a las situaciones adversas.** Resulta importante ubicar esta posición de la víctima según el relato de hechos probados y las dificultades de poder salir de este círculo que “había tejido el recurrente”. Por ello, ahondando en este concepto se añade que esa capacidad de resistencia se prueba en situaciones de estrés, como por ejemplo el debido a la pérdida inesperada de un ser querido, al maltrato o abuso psíquico o físico, a prolongadas enfermedades temporales, al abandono afectivo, al fracaso, a las catástrofes naturales y a las pobreza extremas.

Podría decirse que la resiliencia es la entereza más allá de la resistencia. Es la capacidad de sobreponerse a un estímulo adverso.

Es por ello que este tema puede tener una gran importancia en casos de maltrato físico o psíquico, o de abusos sexuales en entorno familiar en donde el silencio se ha apoderado de la víctima, bien sea por la menor edad de los menores que están intimidados por el agresor, o de maltrato físico o psíquico en pareja que convive y en los que el silencio de la víctima al agresor se convierte en un patrón en la conducta de la víctima que no puede tener la suficiencia fuerza como para denunciar esta situación que está sufriendo.

La resiliencia puede percibirse como una reacción positiva que le hace a una persona ser fuerte ante situaciones adversas, pero en estos dos contextos que hemos explicado, esta capacidad que puede ser positiva en otros, se nos presenta como un auténtico “hándicap” si afrontamos esta capacidad de asumir la situación adversa con la inexistencia de la búsqueda de soluciones ante el hecho agresivo físico, psíquico o sexual que se está produciendo en el entorno del hogar. Con ello, lo positivo de la resiliencia se convierte en algo negativo que impide a las víctimas encontrar soluciones al problema que están sufriendo y produce una prolongación de la agresión que llevará a un punto de provocar lesiones psíquicas en muchos casos, ya que se llega a confundir la “capacidad de resiliencia” con una especie de situación de síndrome de Estocolmo, donde la víctima no llega a percibir que es víctima, y que incluso es, o puede ser, responsable de la situación de victimización que está sufriendo.

Comprobamos, con ello, que *la capacidad de poder soportar el sufrimiento se nos presenta como algo que podría ser positivo y se nos transforma en negativo si con esa capacidad para asumir lo negativo de una situación resulta imposible salir de la misma y la continuidad del maltrato, acoso, o agresión sexual permanece hasta elevadas cotas que hacen muy complicado cuando se descubre el hecho hacer sanar el dolor padecido en estos supuestos.*

Lo relevante en estos supuestos es que en el exterior, o entorno de quien padece el sufrimiento se pueda detectar de forma ágil para evitar que una víctima de uno de estos hechos y con alta capacidad de resiliencia pueda soportar esta situación de una forma reiterada, sin tener capacidad de poder salir de la misma y afrontándolo por una aparente resistencia al sufrimiento que siempre tiene unos límites, superados los cuales se puede llegar a sufrir una grave secuela, como en este caso se

ha declarado probado, y que tardará tiempo en curar y que puede tener negativas consecuencias en la víctima.

Con ello, el silencio y el retraso en denunciar en estos casos no puede enmascarar la verdad de lo ocurrido, sino que se ubica en términos de normalidad en las reacciones de víctimas que se encuentran subyugadas en estado de dominación; circunstancia que, en la inmediatez del Tribunal de instancia, se valora, como en este caso ocurrió, a la hora de escuchar su declaración y valorar la corroboración periférica. Resulta en este contexto un factor a tener en cuenta la distinta reacción que tiene la víctima en un contexto de victimización por su pareja, que la víctima en un contexto de agresión por tercero desconocido, sobre el que no pesa ninguna prevención o negativa a denunciar, así como nula relación de dependencia, ni emocional ni económica, como puede existir en aquellos casos, convirtiendo su silencio en una suerte de agravación de la conducta del agresor que puede llevar a consecuencias tan graves como las que ha declarado probado el Tribunal. En esta línea resulta necesaria la articulación de ayudas asistenciales, sociales, laborales y económicas en estos casos a víctimas que utilizan el silencio como protección por no disponer de esas ayudas”.

7. TRIBUNAL SUPREMO SENTENCIA 695/2020 DE 16 DE DICIEMBRE

a. *La existencia de contradicciones de matices en las declaraciones de la víctima no pueden entenderse como determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio*

La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental de la defensa, según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni la sucesiva ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTS 774/2013, 21 de octubre; 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras).

Recuerda en este punto la doctrina que el menor, por la agresión sufrida, ve afectados sus derechos a la integridad física y psíquica y el libre desarrollo de su personalidad y eso no puede evitarse, pero recordar lo ocurrido una y otra vez ante distintas personas desconocidas que intervienen en la investigación (Policía, Ministerio Fiscal, Juez instructor, equipos psicosociales, médicos forenses...) rememorando la agresión sufrida, lo que es posible que conlleve ciertas diferencias de matiz en lo explicado

Nótese que en casos semejantes a este que se repiten en el tiempo desde una temprana edad, como se destaca en los hechos probados, resulta muy difícil, por no decir, que imposible, que el menor recuerde con detalle una y otra vez la victimización que ha sufrido durante un largo periodo de tiempo, sobre todo cuando se ve sometido a distintos interrogatorios, tanto en sede policial, como ante el juzgado instrucción en el juicio oral, y ello determina que puedan existir matices diferenciales con respecto a cómo se haya producido el interrogatorio y las preguntas que se hayan hecho en cada una de las sedes.

Además, hay que entender que nos encontramos ante una víctima menor de edad que puede sufrir evidentes carencias de recuerdo en algunos casos, sobre todo en delitos prolongados en el tiempo y de carácter de agresión sexual, como en este caso se ha producido, lo que provoca que la declaración de los menores en los delitos contra la indemnidad sexual tengan la característica de una progresividad en su declaración en la medida en que pueden ir avanzando en su explicación conforme se le vayan haciendo nuevos interrogatorios y nuevas preguntas ante los hechos sexuales que han vivido. Ello no puede conllevar que, si se produce alguna alteración del

contenido de una declaración, pueda conllevar que existan contradicciones que le haga dudar al tribunal de la veracidad de su testimonio.

Además, en la mayoría de ocasiones, la única prueba con entidad suficiente para sustentar la condena del acusado será precisamente el testimonio del menor víctima, por lo que no puede prescindirse del mismo, bajo pretexto de alegato de la duda de que la declaración del menor no puede operar como única prueba para sustentar una condena, lo que, además, en este caso no concurre, por cuanto existe la corroboración explicativa que se cita en la sentencia del TSJ. Por lo tanto, ha de partirse del análisis del testimonio de la persona que figura como víctima, sin perjuicio de complementarlo con otros datos probatorios accesorios que lo corroboren o desdigan, como en este caso ha explicado el Tribunal de instancia y el TSJ.

Por otro lado, señala, también, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 349/2019 de 4 Jul. 2019, Rec. 10079/2019 que

Con respecto a las alegadas contradicciones debemos destacar que no pueden confundirse los matices en las declaraciones sucesivas que debe hacer una víctima en el proceso penal, desde la primera policial a la del juicio oral, con la existencia de contradicciones relevantes y puras.

Así, la contradicción debe ser esencial y nuclear para deducir de ella que existen dudas de la veracidad de la declaración, lo que no ocurre en este caso como validan tanto el Tribunal de instancia como el de apelación, pese a que el recurrente sostiene determinados extremos que no adquieren la relevancia suficiente como para entender que existen “saltos” relevantes en lo que declara la víctima.

Suele ser objeto de alegación con frecuencia la existencia de contradicciones en las declaraciones de los acusados, víctimas o testigos en sus diversas manifestaciones que llevan a cabo tanto en sede policial, como ante el juzgado de instrucción y su comparación con la llevada a cabo en el plenario. No obstante, cuando se alega el concepto de contradicción no debe perderse de vista que, técnicamente, por tal debería entenderse aquello que es antagónico u opuesto a otra cosa. Y en la mayoría de los supuestos en que se alega la pretendida contradicción se centra o ciñe más en cuestiones de matices respecto al contenido propio de las declaraciones.

Por ello, no puede cuestionarse la valoración de la prueba a la que llega el Tribunal cuando admite la valoración de la declaración de la víctima, o de testigos de cargo alegando que sus declaraciones fueron otras, cuando, en realidad, a lo que se refieren es a aspectos de matices sin la relevancia propia que tendría técnicamente una declaración antagonista o contradictoria de la víctima o de un testigo.

Nos movemos, entonces, en el terreno de la valoración de la prueba, que nos lleva al respeto del principio de inmediación, que no tiene alcance en sede casacional. Y ello, aparte de entender que la contradicción que se alega cuando se emplea este motivo por la vía de la presunción de inocencia no se refiere a declaraciones que se oponen entre sí, sino a declaraciones que no son idénticas.

En algunos casos debe tenerse en cuenta las circunstancias que concurren a la hora de prestar declaración las víctimas, sobre todo cuando se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexual. Así, las víctimas de esta clase de delitos pueden ir venciendo barreras para ir concretando más aspectos de detalle que puede que no precisaran en las primeras declaraciones, al enfrentarnos a hechos que muchas víctimas prefieren ocultar, o que el impacto del delito les provoque una merma que no les lleva a expresarse con total detalle, y que solo el paso del tiempo permite que se extiendan en los mismos.

El Tribunal es el que debe valorar con su inmediación si quien ha declarado falta a la verdad. Es quien valora la prueba pericial de los peritos que examinan a las víctimas, a tenor de expresar si fabulan, o no. Es quien tras la práctica de la prueba lleva a cabo su examen conjunto y forma su convicción acerca de lo que declara el acusado, la víctima y los testigos.

En esta línea, suele confundirse la existencia de matices en las declaraciones de víctimas y testigos, ampliatorias unas de otras, con la realidad de lo que debe entenderse por una declaración contradictoria, en cuanto viene a suponer que se contraponen o contradicen de modo absoluto con lo declarado en una fase y otra.

Ello suele darse cuando los acusados declaran en la fase sumarial a presencia letrada y en el juicio oral y existe una abierta contradicción entre ambas declaraciones, o lo mismo ocurre con los testigos. En estos supuestos es sabido que la vía procedente es la de la lectura de las declaraciones sumariales para “elevarlas al plenario” y poder el Tribunal llevar a cabo su función valorativa, otorgando más valor o credibilidad a una declaración frente a otra y motivando este alcance de la convicción.

Pero en estos supuestos se trata de una práctica operativa distinta, ya que aquí sí que concurre una patente y clara contradicción al modo y manera de declaraciones esencialmente diferentes. De ello se evidencia que no puede predicarse lo mismo de las “contradicciones” en las declaraciones expuestas anteriormente y que se ubican en matices ampliatorios, aclaratorios, o complementarios de iniciales declaraciones, con las básicamente contradictorias a las que nos referimos en el segundo de los supuestos. En este caso no se da el concepto de contradicción relevante.”

b. Unilateralidad expositiva en la forma en que ocurren los hechos por el recurrente

Existe unilateralidad exigente de aceptación en la valoración de la prueba que hace en este caso el recurrente, porque formula unos criterios valorativos de lo que ocurrió en el plenario absolutamente distintos a los que refleja el tribunal de instancia y la revisión que ello hace el TSJ, constituyendo en esta sede casacional una valoración de parte, frente a lo ya expuesto por dos tribunales de justicia.

c. La existencia de detalles en las declaraciones de los menores en los delitos contra la indemnidad sexual

Se hace constar en la sentencia la existencia de detalles que no son fáciles de inventar por los menores en este tipo de casos tan cuestionables por el recurrente, y en donde es preciso analizar que la menor edad de las víctimas hace difícil que exponga una relación de datos concretos de relaciones sexuales que es contradictorio con la menor edad de las víctimas que en este caso declaran, y que exponen sobre lo que han vivido y sufrido, si no fuera porque, efectivamente, ese relato tan detallado que cuentan lo han vivido personalmente. Así, cuando lo “expulsan” al declararlo parecen querer desprenderse de un secreto negativo para ellos que tenían, y que con su exposición pretenden sacar fuera todo lo negativo de una experiencia vivida en la que, precisamente, el agresor sexual es su propio padre, lo que supone una agravación de los hechos, no solamente por la relación parental desde el punto de vista jurídico, tal cual es calificado por el tribunal, sino desde el punto de vista moral y de las relaciones normales de familia que llevan al recurrente a cometer un acto tan execrable como supone una agresión sexual a su propia hija menor de edad.

Todo ello, con la carga negativa para el desarrollo de su personalidad, sus vivencias personales y el sufrimiento que padecen estas menores por la propia continuidad delictiva en los delitos contra la indemnidad sexual en este caso de los menores, y que difícilmente podrán borrar de su mente en el futuro.

Ello provoca la absoluta gravedad de estos hechos que tienen un reproche penal constatado en el texto penal, en donde se suma la propia perversidad de los hechos en sí mismo considerados junto con la relación personal existente entre autor y víctima, padre e hija, que conlleva una gravedad de la conducta añadida por la propia relación parental existente.

Los expertos en esta materia en la atención a los menores recuerdan las grandes dificultades que pueden existir ante la circunstancia de que un menor de edad relate hechos sexuales “no vividos o sufridos” verdadera y realmente. No se trata de un mayor de edad con nociones sexuales, que puede tener capacidad para inventar escenas de contenido sexual, sino de un menor que no las conoce, lo que, como apunta el Tribunal supone un grado de credibilidad relevante de los menores víctimas en estos casos que les hace ser unas víctimas que lo son en su propio hogar.

La que podríamos denominar victimización familiar sexual en los delitos sexuales en los que son menores que viven con sus padres, o con la pareja de su padre en el mismo domicilio, o en régimen de alternancia en casos de padres separados o divorciados, conlleva una facilidad operativa delincencial del sujeto activo del delito y la más completa indefensión de los menores de edad que sufren la delincuencia sexual de sus propios padres, o las parejas de sus madres; todo ello aderezado de amenazas, o golpes que sirven para atemorizar a los menores y que actúan como metodología que utilizan los autores de estos delitos para tratar de asegurarse la impunidad de sus execrables acciones sexuales sobre los menores, entendiendo que el menor víctima cree la posible ejecución y cumplimiento de sus amenazas y agresiones físicas, y que le otorgan un salvoconducto a los autores para perpetuar su conducta delictiva en el tiempo, que es lo que configura luego la continuidad delictiva por la que son condenados y el agravamiento del reproche penal de estas conductas.

d. El silencio de los menores víctimas y la “oportunidad” de contarle cuando puedan

Suele ser característica habitual en estos casos el silencio de los menores y la prolongación en el tiempo de las agresiones sexuales, que es lo que busca el autor de estos hechos delictivos. Este silencio y su prolongación resulta evidente por el carácter coactivo psicológico de las amenazas y agresiones que perpetran los autores para conseguir la obstaculización de la decisión de la denuncia por parte de los menores, o de contárselo a sus madres lo que están sufriendo.

Sin embargo cuando el menor detecta que puede haber un resquicio en esta victimización, como suele ser, por ejemplo el hecho de contarle en su centro escolar, como ya hemos reiterado en algunas resoluciones de esta sala (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 495/2019 de 17 Oct. 2019, Rec. 10202/2019) determina que el menor encuentre alguna oportunidad de poder salir de su victimización personal y contarle, como aquí en este

caso ha ocurrido, cuando aprovechando la denuncia por las relacionadas cartas que la madre refería, o el contacto posible sexual con otra persona, es aprovechado por el menor de edad para contar lo que ya estaba ocurriendo en su propio hogar con su padre.

Ello no supone que esté mintiendo con respecto a estos hechos que denuncian, sino que el menor aprovecha esta oportunidad para poder salir del encierro sexual que está sufriendo por los actos sexuales de su propio padre, entendiéndolo que esta supone una puerta abierta para acabar con su propia victimización y ser rescatado por el sistema judicial de una delincuencia sexual de la que creía que no iba a terminar nunca, ante el carácter continuado delictivo de los hechos perpetrados por su propio padre.

Nótese que en estudios realizados al respecto se calcula que aproximadamente un 80% de los abusos y agresiones sexuales a menores son cometidos dentro del círculo de confianza del menor, ya sea en el seno de su familia o por conocidos cercanos que tienen acceso al menor. Ello, obviamente, no quiere decir que ante cualquier denuncia debe entenderse que el hecho ha ocurrido, ya que la presunción de inocencia debe enervarse siempre con el soporte probatorio que habrá que aportar y practicar, como en este caso ha ocurrido, aunque cierto y verdad es que, como en este caso ha ocurrido, las características de esta delincuencia se manifiestan, no por los hechos denunciados, sino por los hechos no denunciados, al existir una evidente cifra negra de criminalidad oculta que lleva a muchos menores, como en este caso ha ocurrido, a silenciar la victimización.

En este caso ahora analizado la víctima menor de edad pudo aprovechar la denuncia por otros hechos para contar lo que realmente estaba ocurriendo con su propio padre, lejos de la tesis del recurrente de que era incierto lo narrado en este sentido.

El agresor sexual parental busca la soledad suya con el menor, como aquí ha ocurrido, para llevar a cabo sus prácticas sexuales, que en este caso, como consta en los hechos probados, se ven acompañados por golpes que vienen a acompañar el miedo que transmiten a sus víctimas —que son sus propios hijos en muchos casos, no lo olvidemos— para conseguir su silencio.

No puede, por ello, luego alegarse el silencio de los menores, o la sorpresa de que lo denuncien, equiparándolo a que existe animadversión, como aquí se alega, por coincidencia con otros hechos, porque resulta difícil de entender la explicación del detalle de lo relatado, como ha explicado el Tribunal de instancia y corrobora el TSJ en su sentencia.

e. La destrucción de la confianza del menor en su padre como protector y la anulación de su capacidad de reacción

La delincuencia sexual parental, señala la doctrina, es la que tiene un mayor reproche social y unas consecuencias más traumáticas para la familia en general y la víctima en particular, básicamente, por la destrucción familiar que ello implica.

Incluso, en alguno de los hechos narrados en este caso se destaca lo que la doctrina denomina conjugal daughters, utilizando a las menores que deben estar disponibles sexualmente para su padre, como parte de una expresión más compleja de violencia sexual, lo que agrava la victimización, como el suceso que consta en los hechos probados en donde el agresor le reprocha que va a terminar lo que no había podido hacer, provocando un sometimiento de la menor a sus propios deseos sexuales, tratando a su propia hija como si se tratara de un objeto sexual, y minusvalorándola como persona, y, lo que es peor, hasta como su propia hija.

Lo grave de esta delincuencia sexual sobre los hijos por sus propios padres, es que éstos, en lugar de protegerlos y tutelarlos para evitar que un tercero les pueda causar un daño, son ellos los que lo causan, por lo que la menor comprueba que su propio padre, que es quien debería protegerle de los extraños, se acaba convirtiendo para la menor en algo más grave que un extraño y con la indefensión que le produce que no pueda recurrir a su padre para que le ayude porque es el agresor sexual, y ni a su propia madre porque el agresor suele amenazar con matarla a ella.

En consecuencia, la gravedad de estos casos es que el padre no puede proteger a su hija de los delincuentes sexuales por la razón de que el delincuente sexual es el propio padre, o pareja de su madre, y la menor no puede pedir ayuda, protección o tutela a su padre porque este es su agresor sexual.

f. La presunción de inocencia no tiene por qué degradarse por la credibilidad del testimonio que merezca la declaración de la menor corroborada y valorada la prueba debidamente por el Tribunal.

No puede apuntarse, como sostiene el recurrente, que existe una ataque a la presunción de inocencia por el hecho de asumir y admitir la veracidad de la declaración de la víctima, ya que esto es una operación que lleva a cabo el tribunal de instancia, y es analizado debidamente por el TSJ en su sentencia, lo que no puede conllevar a que en casacional se produzca una revaloración de la valoración de la prueba ya efectuada por los tribunales ante un recurso de casación.

Pero esta asunción de la declaración de la víctima y su veracidad no supone un ataque frontal a la presunción de inocencia, o a la vulneración del principio *in dubio pro reo*, ya que ello se supone que existe ante ausencia de prueba, lo que no concurre cuando el tribunal queda convencido de la veracidad en la declaración de la víctima, la cual emerge en estos casos en el proceso penal como una auténtica prueba de cargo que es valorada por el tribunal y debidamente motivada en la sentencia que dicta el mismo.

El error del recurrente consiste en estos casos en minusvalorar la valoración de la declaración de la víctima y entender que supone un ataque a la presunción de inocencia el hecho de que el tribunal asuma que esta declaración se constituye como prueba de cargo, lo que no constituye un ataque a la presunción de inocencia, el cual es inexistente.

Por ello, suele alegrarse con error, en ocasiones, que cuando se apuesta por entender que existe credibilidad en la declaración de la víctima se está atentando contra la presunción de inocencia. De suyo, es uno de los alegatos que con mayor frecuencia se verifican en los recursos de apelación y casación, por entender que cuando el tribunal de enjuiciamiento valora la declaración que hace la víctima en el juicio oral, la asunción del contenido de esa declaración como válida, y que cumpla los requisitos establecidos por la jurisprudencia, puede atentar a la presunción de inocencia.

Sin embargo, ello supone confundir los conceptos básicos que se refieren a lo que significa desde el punto de vista de la valoración de la prueba y su debida plasmación en la sentencia por el proceso de motivación en relación a lo que al juez o Tribunal le parecen de creíble la declaración de la víctima y la declaración del acusado, ya que el tribunal examina ambas declaraciones, las confronta en sus signos de oposición y lo evalúa con el conjunto del material probatorio. Todo ello, para tomar, finalmente, una decisión acerca de cuál es el balance que le supone al juez o tribunal de enjuiciamiento la respuesta del mismo a lo que entiende que realmente ocurrió, pero no como una convicción subjetiva acerca de ello, sino, objetiva, en base al conjunto del material probatorio.

Y es que la valoración de la prueba y su plasmación en la sentencia por la oportuna motivación no es lo que el tribunal cree que ocurrió, sino el resultado de evaluar el conjunto del material probatorio y llegar a la absoluta convicción de que lo plasmado en la sentencia es lo que realmente ocurrió.

En este contexto, la declaración de la víctima emerge con fuerza en muchas ocasiones, ya que son muchos los supuestos en los que la valoración puede suponer una confrontación entre declaración de la víctima y declaración del acusado, y con mínimas corroboraciones periféricas en el caso de la primera, ya que no siempre puede exigirse una objetiva corroboración

cuando los hechos, tal cual se han desarrollado, no vienen acompañados de pruebas directas o indiciarias que permitan acompañar la declaración de la víctima para ayudar al tribunal a su más absoluta convicción de los hechos que finalmente declara probados.

Al final, el proceso que se lleva a cabo supone un esfuerzo del juez o tribunal por indagar en el contenido de esa declaración si realmente los hechos ocurrieron tal cual relata la víctima, o supone una invención que deposita en el juicio oral en su declaración contra el acusado por existir móviles espurios o animadversión hacia el mismo. En cualquier caso, es cierto y verdad que la animadversión, el odio y hasta el deseo de que le ocurre algún mal al acusado son síntomas humanos y lógicos, cuando la víctima lo ha sido del mismo acusado. Pero ello no quiere decir que cuando la víctima declara está faltando a la verdad, aunque no podemos olvidar que resulta lógico que tenga sentimientos contra el acusado si es éste, en realidad, quien ha victimizado a quien está contando los hechos que el tribunal declara probados en su sentencia.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha fijado, para que los jueces y tribunales tengan conocimiento de ello, una serie de parámetros y criterios para tenerlos en cuenta a la hora de ponderar la declaración de la víctima, la cual será analizada por quien tiene que dictar sentencia con arreglo a la experiencia profesional y a esas máximas de experiencia que le otorgan el privilegio de que esa declaración se practique en presencia del juez o tribunal que va a valorar si la víctima dice la verdad, o la disfraza, frente a la declaración exculpatoria del acusado.

Cada caso es totalmente distinto y es la casuística concreta la que fijará la adecuación de esos criterios, o parámetros, al supuesto concreto de hecho y si existe, cuando sea posible— una mínima corroboración, pero sin olvidar que puede que ésta no exista, sin que ello impida que la declaración de la víctima pueda pesar más que la del acusado en los supuestos en los que el tribunal fije unos hechos probados de signo condenatorio en razón a la contundencia de esa declaración de la víctima que le permite erigirse como auténtica “prueba de cargo” que enerve la presunción de inocencia.

Interesa destacar, también, que en el derecho anglosajón se utiliza la *Victim Impact Statements*, que es una Declaración de Impacto de la Víctima como declaración escrita u oral que se presenta al tribunal antes del momento de la sentencia, y, obviamente, en el juicio oral, y tiene por objetivo, por encima de contar lo sucedido, explicar en qué medida le ha afectado o dañado a la víctima y su entorno la comisión del hecho delictivo. Se trata de trasladar al juez o Tribunal la causación del impacto por el delito cometido, lo que va más allá, incluso, de contar el hecho en sí mismo considerado.

Esto suele tener importancia en delitos como el aquí analizado por el sufrimiento e impacto emocional que les supone a las víctimas haberlo sido, por lo que esta declaración de impacto del daño sufrido que trasluce en las declaraciones de las víctimas es analizado y percibido por los jueces y tribunales a la hora de valorar la credibilidad en esa declaración, como aquí ha ocurrido. Una declaración de impacto en la víctima es una declaración escrita que describe el daño físico o emocional, el daño a la propiedad o la pérdida económica que ha sufrido la víctima de un delito.

Se ha explicado en ocasiones que estas declaraciones de impacto se harán cuando el tribunal haya dictado sentencia a los efectos de la ejecución, pero debe hacerse en el plenario como complemento a su propia declaración a fin de conocer el grado de impacto o afectación causada por el delito.

La declaración de impacto de la víctima da a las víctimas de delitos una voz en el sistema de justicia penal. Permite a las víctimas explicar al Tribunal con la presencia del delincuente, con sus propias palabras, cómo les ha afectado el delito. Y esto tiene gran relevancia para el tribunal a la hora de tomar la decisión, analizando en ese contexto si es veraz, o no, esa declaración y, sobre todo, cómo le afectó el delito. Las declaraciones de las víctimas, y en este caso de menores de edad, son absolutamente diferentes a la declaración de un testigo, que describe lo que sucedió en el momento del crimen, pero no lo ha sufrido. La forma y modo de contar y narrar al juez o Tribunal lo que sucedió es distinto. El testigo lo vio, pero la víctima lo sufrió, como en este caso ocurrió.

Supone, pues, una cuestión de relevancia introducir en el proceso penal el impacto que le supuso a la víctima el delito cometido a la hora de poder valorar su propia declaración. Y ello es esencial en casos como el que aquí nos ocupa donde el Tribunal otorgó plena validez y quedó convencido de la propia declaración de la víctima.

g. Los informes periciales psicológicos

Como el Tribunal de instancia y el TSJ han hecho referencia a la pericial psicológica debemos recordar que respecto a este extremo del valor de los informes periciales psicológicos sobre la credibilidad de la menor y la veracidad de los hechos, hemos dicho en SSTs. 294/2008 de 27.5, 10/2012 de 18.1 381/2014 de 21.5, 517/2016 de 14.6, 789/2016 de 20.10, entre otras, que esos dictámenes periciales pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico de la menor antes y después de suceder los hechos, pueden incluso contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados

por la ciencia y expresar si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad.

Pero esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que entre otros elementos contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (SSTS. 23.3.94, 10.9.2002, 18.2.2002, 1.7.2002, 16.5.2003).

En definitiva, la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes.

Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por si misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS. 14.2.2002), pero a “sensu contrario” sí pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

Criterio reiterado en SSTS. 179/2014 de 6.3, y 517/2016 de 14.6 que inciden en que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona.

El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

Apuntan los expertos en estos casos que en la evaluación del testimonio de los menores existen tests de verosimilitud del testimonio debidamente estandarizados que, administrados por psicólogos y psicólogas, pueden ayudarnos mucho a valorar el testimonio de la menor o del menor, dándole una mayor verosimilitud en delitos como éstos, que generalmente se denuncian, o bien habiendo pasado mucho tiempo, o teniendo un único testigo de cargo, el/la menor victimizado/a.

En este caso se ha producido este análisis en debida forma por ambos Tribunales.

h. Reprochabilidad penal de la conducta

Debe destacarse, por ello, la alta reprochabilidad penal de estos hechos, además de la reprochabilidad social de los mismos, y el daño que puede causar en el futuro a los menores que no son conscientes en ese instante de lo que está ocurriendo, pero que con el paso del tiempo, cuando perciban por su madurez la gravedad de lo que vivieron pueda afectar al desarrollo de la personalidad. Nótese que es práctica común que menores de edad que han sufrido agresiones sexuales en su infancia en edad en la que pueden ser conscientes de ello, lo recuerden más tarde y sientan vergüenza por ello.

i. Declaración de la víctima contra declaración del acusado

Puede producirse en estos casos una confrontación entre lo que se denomina declaración contra declaración entre la propia que realiza la víctima y la que lleva acabo el efecto al efecto el acusado negando toda participación delictiva en los hechos.

Pero esto no se trata de una confrontación para ver en estos casos si tiene más valor la declaración de la víctima o la declaración de la acusado en el proceso penal, sino que se trata de una casuística adaptable y adecuada a cada caso concreto y con base al principio de inmediación y la práctica de la prueba que resulte del supuesto concreto de hecho

No puede establecerse, así, una pugna entre el valor preeminente de una declaración de la víctima y otra declaración, la del acusado, en el proceso penal, ya que ninguno de los casos tiene un valor de superposición de uno sobre otro, sino que debe ser el caso concreto y la práctica de la prueba lo que determine cuál es la que provoca y produce mayor convicción en este caso en el Tribunal, partiendo siempre de la base de que la presunción de inocencia es la que debe destruirse por la credibilidad que puede suponer en este caso la declaración de la víctima contrastada y corroborada por otros medios probatorios, en el caso de que esto sea posible, si puede conectarse la declaración de la víctima, aun con la soledad de esa victimización que en estos casos se produce, con otros medios probatorios que el tribunal puede valorar como en este caso se ha producido”.