



---

**Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER ABOGACIA**  
***VIOLENCIA DE GÉNERO Y ACTUACIÓN DE***  
***LA VÍCTIMA***

Presentado por:

***ANABEL FERRERAS ÁLVAREZ***

Tutelado por:

***D<sup>a</sup> MARIA DEL CORAL ARANGÜENA FANEGO***

*Valladolid, Febrero de 2022*



## INDICE

1. SUPUESTO DE HECHO
2. POSIBILIDADES QUE TIENE SOFIA ANTE LOS HECHOS DESCRITOS.
3. MEDIDAS CAUTELARES Y/O DE PROTECCIÓN QUE PODRÍAN SOLICITARSE EN LA CAUSA.
4. TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO PRUEBA DE CARGO APTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.
5. TESTIMONIO DEL MENOR: ¿DE QUÉ FORMA Y EN QUÉ MOMENTO HA DE SER PRESTADO?
6. CONCLUSIONES
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS
8. ANEXO JURISPRUDENCIAL.



## 1. SUPUESTO DE HECHO

Sofía Martínez, casada con Alberto García con domicilio en Valladolid, calle Principal nº 4, donde residen junto con su hijo Juan nacido el 7 de diciembre de 2015 venía sufriendo desde inicios de 2020 malos tratos de aquél. Los episodios de insultos, empujones y bofetones comenzaron cuando en esas fechas Alberto perdió su trabajo y se agudizó en él su afición a la bebida. Bofetones y empujones que en muchas ocasiones se realizaron en presencia del pequeño Juan.

El 8 de octubre de 2021, en el curso de una discusión que comenzó cuando regresaban los tres en el coche de Sofía y se prolongó hasta la llegada al garaje de la vivienda, Alberto tras insultar a Sofía con expresiones tales como “puta, malnacida, guarra”, decirle que la mataría y que después se suicidaría, le propinó un par de puñetazos en la cara que le hicieron perder el equilibrio y caer al suelo, extremo que fue aprovechado por Alberto para darle varias patadas en el costado, cejando en su actitud ante los gritos de Juan, que asistía a la escena de pie junto al vehículo del que acababa de descender y que recibió también de inmediato un bofetón por parte de Alberto. A continuación, Alberto, asiendo a Juan por los hombros le zarandeó repetidamente gritándole: ¡cállate, hijo de puta, cállate de una vez que como no dejes de chillar os mato a ti y a tu madre! Los hechos fueron presenciados por Alicia, vecina del inmueble que acababa de estacionar poco antes su vehículo y que decidió llamar al 091, con la fortuna de que una dotación policial que estaba en las inmediaciones llegó de inmediato y detuvo al agresor.

Dados los hechos descritos, y requerida para prestar asistencia a la víctima de violencia de género, se proceden a resolver los siguientes extremos:

- Posibilidades que tiene Sofía ante los hechos acaecidos.
- Medidas cautelares y/o de protección que podrían solicitarse en la causa.
- Testimonio de la víctima violencia de género como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia del presunto agresor.
- Testimonio del menor, ¿De qué forma y en qué momento ha de ser prestado?



## **2. POSIBILIDADES QUE TIENE SOFIA ANTE LOS HECHOS DESCRITOS.**

Debido a los hechos acontecidos, y requerida para prestar asistencia a Doña Sofía, la actuación letrada debe de ajustarse a unos parámetros establecidos legalmente. Se debe mencionar el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en sus artículos 2. g), 6.II y 24.

La referida asistencia debe prestarse con la mayor brevedad, acudiendo a la mayor celeridad posible, en el presente caso, a las dependencias policiales, con el único fin de prestar la asistencia letrada y dar a la víctima el oportuno asesoramiento jurídico. Una vez en dependencias policiales, se procurará con la máxima diligencia que D<sup>a</sup> Sofía se encuentre en un espacio cómodo e íntimo, en el que no haya más personas, garantizando de esta manera su privacidad.

En el caso que nos ocupa, Doña Sofía se encuentra en compañía de su hijo, menor de edad, de 6 años, por lo que como letrada se deberá evitar la presencia del menor en la asistencia que se deba de realizar, todo ello con el fin de salvaguardar y proteger al menor.

Una vez asegurados tales extremos, se procederá a la presentación como su abogada, y se facilitará de manera inmediata el número de contacto del despacho profesional. A continuación, se deberá realizar una previa entrevista privada entre letrada y víctima para que la defensa pueda valorar en qué situación se encuentra concretamente para así poder ofrecerle en aras de su desempeño el asesoramiento jurídico oportuno. Se la deberá informar de todos los derechos que la asisten, haciendo especial hincapié en el significado de la denuncia penal, medidas cautelares, Orden de Protección, así como las consecuencias de estas; todo ello, con un lenguaje claro, sencillo y accesible, según lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5, 7 y 10.

Igualmente será mi deber informar a D<sup>a</sup> Sofía de que los hechos acontecidos que podría denunciar son perseguibles de oficio, es decir, el ministerio fiscal, si lo considera oportuno, como es el presente caso al haber un menor de edad víctima, deberá continuar con la acusación, aunque Sofía decida finalmente no denunciar.



Anabel Ferreras Álvarez

Se la informará detalladamente de las consecuencias que para ella dimanarán en caso de que sea acordada una Orden de Protección. Además, se deberá informar a D<sup>a</sup> Sofía de la posibilidad de acceder a los servicios asistenciales existentes, del derecho a estar acompañada de una persona de su elección y de la importancia de la solicitud expresa de que desea ser informada de todo ello.

Todo ello, junto con el derecho que posee de ser parte en el procedimiento y a ejercer la acción penal y civil, es decir, la posibilidad de personarse como acusación particular en el procedimiento penal por los hechos cometidos contra ella, y la posible conveniencia en su caso, de iniciar un procedimiento de familia. Además, la posibilidad de optar en ambos casos por la libre designación de abogado y procurador y a su derecho a la justicia jurídica gratuita por ser beneficiaria automática de la misma al encontrarse en situación de víctima de violencia de género.

Y en general se le informará de todos los derechos básicos que como víctima de delito tiene reconocidos por la Ley del Estatuto de Víctima del Delito.

Finalmente, y sólo tras esa información, y con el conocimiento y consentimiento de la víctima se procederá a la toma de la denuncia penal si así lo dispone. Una vez efectuada dicha denuncia se dará traslado al Juzgado de Violencia de Género correspondiente para proceder a la fase de instrucción.

Respecto de la posibilidad que tiene Sofía de constituirse en parte, hay que atender al momento procesal de hacerlo. Hay que atender al artículo 109 bis y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al artículo 20.7 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Estos preceptos son los encargados de establecer el momento procesal para personarse, estableciendo en este caso, que las víctimas de violencia de género, como lo es Sofía, tienen la posibilidad de personarse, es decir de ejercer la acción penal, en cualquier momento previo al trámite de calificación del delito que aquí se enjuicia. Además, si decidiese personarse una vez concluido el plazo establecido para presentar escrito de acusación, se la dará la posibilidad de ejercitar la acción hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito



de acusación formulado por el Ministerio Fiscal, o adhiriéndose al escrito de acusación presentado por el resto de las acusaciones, si es que las hubiere.

En este punto, se debe hacer entender a Sofía que además de sufrir ella la agresión física y verbal, también lo sufre su hijo Juan de 6 años, por lo que, y dirigiéndonos ahora al artículo 261.III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pesa sobre la misma la obligación legal de interponer denuncia contra su marido Alberto, pues estamos ante un posible delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal, y además, una de las víctimas del delito, aparte de ella, es su hijo menor de edad.

Una vez aclarado este extremo, se deberá informa a Sofía de la obligación que sobre la misma recae de prestar declaración, todo ello debido a la reforma de la dispensa de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sufrida por la disposición final 1.4 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio. Tras esta reforma, quedará exenta de esta dispensa de declarar, pues como bien regula su apartado 1º al ser testigo de la agresión a su hijo Juan y ostentar la representación legal y guarda de hecho de este no puede acogerse a esta dispensa. Se la explicará de igual manera que el fin de esta medida es la de proteger en el proceso penal a su hijo menor de edad.

### **3. MEDIDAS CAUTELARES Y O DE PROTECCIÓN QUE PODRÍAN SOLICITARSE EN LA CAUSA.**

Ante el supuesto de hecho propuesto, y haciendo referencia a la gravedad y violencia de los hechos enjuiciados, las medidas cautelares y de protección que podrían ser solicitadas por esta parte serían las recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la misma en sus artículos 544 bis y 544 ter regula las medidas cautelares y la orden de protección, es decir, medidas penales, que aun pareciendo similares, su naturaleza, alcance y eficacia son distintas.

Debido a su distinta naturaleza, en esta asistencia a D<sup>a</sup> Sofía se le explicará el alcance y la diferencia entre la solicitud de medida de protección y de medidas cautelares.

Se le informará y explicará que la orden de protección, regulada en el artículo 544 ter LECrim, lo que le atribuye es el estatuto de mujer maltratada, pues dicha resolución será el



título que le habilitará poder acudir a múltiples sectores de la Administración Pública con objeto de reclamar todos y cada uno del elenco de derechos que la Ley confiere a dicho estatuto. En cambio, y aunque sí necesarias, las medidas cautelares no constituyen dicho título habilitante.

Se le explicará por tanto la distinción de las diversas medidas cautelares que se van a poder solicitar, siendo estas tanto civiles como penales.

En este sentido como medidas penales se encuentran;

- Orden de protección.
- Orden de alejamiento.
- Suspensión de las comunicaciones.
- Salida del domicilio.
- Prohibición de volver al lugar del delito.
- Detención.
- Prisión provisional.
- Suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas.

En cambio, como medidas civiles;

- Suspensión cautelar de la patria potestad o custodia de menores.
- Suspensión del régimen de visitas.
- Atribución de la vivienda familiar.
- Prestación de alimentos.



- Protección del menor para evitar un peligro.

Sobre la adopción de estas medidas cautelares se la informará igualmente de que será el juez, el que de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de proporcionarla a ella y a su hijo protección, el encargado de imponerlas mediante auto. También se hará saber a Sofía que en caso de incumplimiento de cualquiera de las medidas cautelares impuestas por el Juez, éste, y según lo dispuesto en el precepto anteriormente mencionado, deberá convocar la audiencia del artículo 505 LECrim para la adopción de prisión provisional, en los términos del artículo 503 LECrim, en este caso, en su punto 1, 3º, c) maltrato habitual, o para imponer la orden de protección del 544 ter o cualquier otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal que conlleve una mayor protección para ella y para su hijo.

En consonancia con lo expuesto, las medidas cautelares que pueden adoptarse al amparo del artículo 544 bis de la LECrim son las siguientes;

- a. Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, Municipio, Provincia u otra Entidad Local o Comunidad Autónoma.
- b. Prohibición de acudir a dichos lugares.
- c. Prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa a determinadas personas.

A Sofía se la hará saber en esta asistencia también que, el Juez, para imponer tales medidas cautelares debe de valorar dos presupuestos:

1. La existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, como es el presente caso, el denominado "*Fumus boni iuris*". En este sentido, se deberá tener en consideración también la participación en el posible delito de la persona contra la que se dicta el mencionado auto.



2. Situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de medidas de protección, "*periculum in mora*". Es decir, se deberá motivar la razón por la cual el juez estima necesaria la protección de la víctima, es decir, el riesgo en que pueda encontrarse la beneficiaria de la medida, en este caso, Sofía Martínez, y por su puesto su hijo menor de edad Juan.

De igual manera, se la comunicará que estos dos extremos deben encontrarse siempre en ponderación a las circunstancias del inculcado, Alberto, debiendo atenderse a su situación económica, requerimientos de su salud, situación familiar y por último su actividad laboral, en este último extremo deberá considerarse de igual modo la posibilidad que posee el inculcado de poder continuar con su actividad laboral tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

Los contenidos posibles en los que esta estas medidas cautelares puede incidir son la prohibición de aproximarse a la víctima u a otras personas señalas por el juez, dato muy relevante para el caso que nos ocupa pues hay un hijo menor de edad, testigo de los hechos enjuiciados y víctima de violencia domestica por parte del progenitor igualmente.

En relación con la previsión contenida en el párrafo último del artículo 544 bis de la LECrim, para los casos de presunto quebrantamiento, en aquellos supuestos en los que no proceda acordar la prisión provisional el órgano judicial podrá acordar agravar la situación personal del imputado mediante un aumento de la distancia inicialmente establecida en el alejamiento, una obligación *apud acta* de comparecer ante el Juzgado, o acordando el control de la medida mediante un dispositivo telemático de control.

Por último, se le hará saber que para que esta medida se pueda llevar a cabo de la manera más efectiva posible, el artículo 64 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género es el encargado de regular que el Juez puede valerse de ciertos mecanismos a imponer al acusado para dotar de eficacia a la medida impuesta, pudiendo acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento, siendo los más comunes las pulseras o brazaletes electrónicos.



Anabel Ferreras Álvarez

Respecto de la orden de protección, con relación al apartado 7 del artículo 544 ter se debe informar con especial diligencia a D<sup>a</sup> Sofía de que al existir un hijo menor conviviente con ella y dependiente por tanto de la misma, será el juez el que en todo caso se va a pronunciar sobre la pertinencia de la adopción de medidas tan relevantes como la patria potestad del menor, régimen de visitas del padre con el menor, estancia, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, prestación de alimentos y todas aquellas que considere oportunas con la finalidad siempre de alejarles de un peligro.

Respecto del régimen de visitas del padre con el menor, estancia, relación o comunicación se le informará que si finalmente el juez dicta tal orden de protección con medidas de contenido penal y el juez apreciare, como sería el caso, indicios fundados de que Juan ha presenciado, sufrido y convivido con la violencia que recoge el artículo 173.2 C. P deberá de oficio suspender el régimen de visitas, estancia, relación o cualquier comunicación entre Alberto y Juan.

Se le informará de las formalidades a seguir en el procedimiento para la adopción de estas medidas pues, a diferencia de lo que sucede con las del artículo 544 bis, en las del 544 ter se sigue un *iter* pautado; es decir se subdivide en diferentes etapas procesales, siendo las mismas la petición, comparecencia, prueba y decisión, señalando a tal efecto su apartado cuarto que *“recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado”*, siendo convocado, asimismo, el Ministerio Fiscal.

En este sentido, el actuar del juez una vez recibida la solicitud mencionada deberá consistir en convocar una audiencia urgente a la víctima junto con su representante legal, al solicitante, al agresor (asistido de letrado) y al Ministerio Fiscal.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de Violencia sobre la Mujer podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis LECrim.



Una vez informada de todos estos extremos, esta parte, y en defensa de Doña Sofía Martínez considera necesario solicitar;

- Como medidas penales se solicita:
  - La prohibición de aproximación a D. Sofía y a su hijo menor Juan.
  - La prohibición de residencia en la vivienda familiar.
  - La prohibición de todo tipo de comunicación con la víctima y con su hijo.
- Como medidas civiles se solicita:
  - La atribución del uso y disfrute de la vivienda familia a D<sup>a</sup>. Sofía, pues se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad por el maltrato continuado sufrido y tiene a su cargo a un niño de 6 años de edad.
  - Suspensión del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con Juan, pues el mismo además de ser testigo de los hechos es víctima, pues también sufrió agresiones y amenazas por parte de su progenitor.

Con independencia de la obligación del Juez de pronunciarse sobre los hechos acaecidos, y en términos de estricta defensa, se planteará a D<sup>a</sup> Sofía la existencia de la posibilidad de, en caso de incumplimiento por parte de D. Alberto de cualquier medida acordada por el juez, podrá solicitarse la aplicación del artículo 544 bis in fine, convocando la comparecencia recogida en el 505 para la adopción de prisión provisional, con la finalidad de proteger siempre a Sofía y a Juan, al ser víctimas recogidas en el artículo 503.1.3º c) LECrim.



#### **4. TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO PRUEBA DE CARGO APTA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

En este punto, se deben plantear tres cuestiones:

La primera de ellas es la que se debe centrar en hacer referencia al testimonio de la víctima en aras a demostrar las agresiones producidas el día de autos. En este sentido se debe mencionar que no existe como única prueba el testimonio de D<sup>a</sup> Sofía, pues como bien sucedió, una vecina, Alicia, fue testigo directa de los hechos ocurridos en el garaje y fue la que procedió a llamar al 091, momento en el que se personó en el lugar de los hechos una dotación policial que precedió a la detención de Alberto.

Por todo ello a D<sup>a</sup> Sofía se le informará de que además de su testimonio, se contará con el testimonio de Alicia, y con el testimonio de los dos agentes policiales que allí se personaron y presenciaron la situación en la que se encontraban ella y su hijo menor.

En cuanto al testimonio de Alicia, será llamada a declarar en calidad de testigo de los hechos, no pudiendo negarse a comparecer, atendiendo a los artículos 707 y 716 LECrim, con obligación de decir verdad y bajo apercibimiento de multa de 200 a 5.000 euros. Sí a pesar de ello, persiste en su negativa, se procederá contra ella como autora de un delito de desobediencia grave a la Autoridad.

En cuanto a los agentes policiales que atendieron a Sofía y a su hijo Juan, también deberán prestar declaración de los hechos ocurridos el día 08 de octubre de 2021.

Es por ello por lo que se explicará a D<sup>a</sup> Sofía que a la hora de demostrar las agresiones sufridas el día de autos, esta parte, la acusación, contará con varias pruebas de cargo aptas para desvirtuar la presunción de inocencia de D. Alberto. En primer lugar, se cuenta con su propio testimonio relatando todos los hechos, incluidos también los que afectan a su hijo Juan. En segundo lugar, se contará con el testimonio de la víctima menor, es decir, Juan; extremo este que se desarrollará con más detenimiento y dedicación en el siguiente epígrafe.

En tercer lugar, se cuenta con la testifical de D<sup>a</sup> Alicia, como persona que presenció tales hechos y llamó al 091. Y por último se tomará declaración a los agentes Policiales Nacionales que se personaron y procedieron a su detención, los cuales serán citados por el Juzgado por



el número de carné profesional correspondiente. A todo ello habrá que sumarle el atestado policial donde se recoja todo lo sucedido el día de los hechos. Dicho atestado policial no tiene el carácter de prueba salvo que se proceda a su ratificación por parte de los policías nacionales en la fase del juicio oral mediante su propia declaración, extremo que sucederá en el acto del juicio.

En cuanto a la declaración de los policías nacionales hay que tener en cuenta también que, gozan de “presunción de veracidad” en atención a su cargo, atendido el artículo 52 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana:

*«En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de esta Ley, las denuncias, atestados o actas formulados por los agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones que hubiesen presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los denunciados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles».*

En conclusión, todas estas declaraciones son medios de prueba válidos para acreditar los malos tratos sufridos el día de autos, pues se cuenta con testigos presenciales de los hechos y con el atestado y su ratificación de los Policías Nacionales.

La segunda cuestión que se debe plantear a D<sup>a</sup> Sofía, algo más compleja es la posibilidad que tenemos de demostrar no sólo que el día de autos se produjo dicha agresión, sino que es víctima de maltrato habitual del tipo penal recogido en el artículo 173.2 del Código Penal.

Para ello, y a diferencia de la cuestión anterior, sólo contamos con su testimonio casi único (se deberá tener en cuenta el testimonio prestado por el menor) como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia de D. Alberto, por lo que se debe atender a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este sentido se debe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 725/2007 de 13 de septiembre ya que considera que la mera declaración de la propia víctima tiene valor inculpatario aun siendo dicho testimonio la única prueba de cargo de la que intente valerse la acusación, ya que, y se cita textualmente, “*nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidación de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad*”, de modo que la sola declaración de la víctima tiene aptitud para poder provocar el decaimiento de la presunción de inocencia del acusado.



Se debe atender de la misma manera a la doctrina ya asentada por el Tribunal Supremo al respecto, fijando una serie de requisitos para poder otorgar dicho valor a la declaración de la víctima como única prueba de cargo, es decir, dicha declaración deberá reunir determinados requisitos para que, a vista del Tribunal, sea merecedora de tal grado de credibilidad como prueba de cargo.

En consecuencia, se explicará detalladamente a D<sup>a</sup> Sofía que los requisitos exigidos son;

En primer lugar, debe de existir una **ausencia de incredibilidad subjetiva** por parte de la víctima, que pudiera resultar de sus características o circunstancias personales. En este momento, son dos los aspectos subjetivos que cobran importancia en la víctima;

- Se deberá atender a sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.
- Y del mismo modo habrá que atender a las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la víctima de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

En segundo lugar, se debe dar el requisito de la **verosimilitud** del testimonio, el cual debe hallarse acompañado de ciertas comprobaciones periféricas de carácter objetivo que lo doten de aptitud probatoria, más allá de la subjetividad de las manifestaciones de la parte acusadora. Este segundo requisito se presenta como fundamental para que la mera declaración de la víctima pueda valerse como única prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia.

Dicha verosimilitud del testimonio debe suponer;



Anabel Ferreras Álvarez

- La declaración que preste Sofía debe de ser lógica, es decir, no contraria a las reglas de la lógica cotidiana o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

- Además, su declaración debe de rodearse de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso, es decir, que el propio hecho de la existencia de dicho delito se encuentre apoyado en algún dato más añadido a la pura manifestación de la víctima que reviste la característica de subjetivo. Exigencia, que sin embargo deberá ser ponderada adecuadamente en delitos que no dejen indicios, huellas o vestigios materiales de su perpetración y existencia puesto que, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho.

Respecto de los datos objetivos de corroboración mencionados, pueden ser muy diversos, por ejemplo, lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima ; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

En tercer y último lugar, debe producirse una **persistencia en la incriminación**, es decir, dicha incriminación debe de ser prolongada en el tiempo, y no algo puntual, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues es importante ya que dicho testimonio constituye la única prueba para el Tribunal en contra de lo manifestado por el acusado, Alberto.

Hay que tener en cuenta que los criterios mencionados han sido realizados por el Tribunal Supremo en una dilatada tarea jurisprudencial con el objetivo de proporcionar al juez que vaya a conocer del asunto una serie de indicadores que le ayuden a formar su convicción acerca de los hechos sin desconocer la importancia del principio de inmediación en cuanto al “contacto directo con la fuente de prueba”.



En consecuencia, y respecto de los mencionados criterios, se hace necesario realizar tres consideraciones previas extraídas de la propia doctrina jurisprudencial, que van a permitir situar el alcance que se les viene adjudicando:

- a. Es importante tener en cuenta que no se está ante requisitos de validez como lo que operan en un sistema de prueba legal tasada, sino que se trabaja con *“estándares orientados a facilitar la objetivación y la expresión de la valoración del cuadro probatorio”*.
- b. Dichos criterios son orientativos, por lo que no han de concurrir cumulativamente.
- c. Tiene un valor relativo, es decir, en la medida en que la insuficiencia en uno de los criterios puede compensarse con la fuerza de los demás; en el sentido de que *“un insuficiente cumplimiento de los tres módulos de contraste impide que la declaración inculpatória pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia”*; y en el entendimiento de que la concurrencia de los tres criterios no supone automáticamente la enervación de la presunción de inocencia, sino que dependerá de la libre valoración del tribunal con una adecuada motivación.

A este respecto, se puede traer a colación, por su claridad en conferir al testimonio exclusivo de la víctima la virtualidad de enervar la presunción de inocencia la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 26 de enero de 2018 en el conocido como caso “Arandina” en la que se indicaba que:

*“En aplicación de los requisitos exigidos por la doctrina, en primer lugar, se constata que la denunciante es persistente y coincidente en sus manifestaciones inculpatórias hacía el denunciado, en relación con la conducta coactiva de este segundo hacía ella, en cuanto al local que la misma tiene alquilado, con continuas quejas que le formula en relación a posibles irregularidades en dicho alquiler, junto con la falta de pago de cuotas de la comunidad, (ello tanto en cuanto lo manifestado el interponer la primera denuncia, acontecimiento nº 1, como posteriormente en el acto de juicio).*



Anabel Ferreras Álvarez

*En segundo lugar, en lo que se refiere a las relaciones existentes entre las partes, estando a lo manifestado por el propio denunciado, no cabe desprender la existencia de un móvil de odio o venganza entre ambos, dado que el mismo se limitó en el acto de juicio, a negar los hechos por los que era denunciado, pero sin poner de manifiesto ninguna actitud o comportamiento por parte de aquella que hubiese permitido determinar que el interponer la denuncia lo hubiese hecho movida por el odio o la venganza.*

*En tercer lugar, en relación con la acreditación de hechos periféricos, el propio denunciado admite la comunicación que sobre el impago de cuota hizo al administrador de la comunidad (incluso de la propia redacción del escrito de recurso, se desprende que la reclamación de tales cuotas si las realizó directamente a la denunciante, para a continuación afirmar que al efectuarse como presidente de la comunidad dicha conducta es atípica).*

*Considerando, en consecuencia, que la veracidad de lo versión del denunciante, por la que se inclina la Juzgadora de Instancia, al valorar el conjunto de la prueba practicada, se encuentra ajustada a los parámetros de la sana lógica y común experiencia y por ello no cabe efectuar reproche alguno a dicha valoración, al no existir en el mismo juicio alguno ilógico, absurdo o arbitrario.”*

De lo mencionado se puede extraer que la declaración de la víctima gana, y cada vez con más fuerza mayor protagonismo en el procedimiento penal, hasta el punto de convertirse en imprescindible y clave para poder enervar el derecho de presunción de inocencia en los procesos en los que se presenta como única prueba de cargo.

Esto es así por dos motivos fundamentales, el primero de ellos atiende a las especiales características que reviste la víctima, que además de poseer dicha condición es testigo del delito. El segundo motivo se debe a la escasa y limitada actividad probatoria con que pueden contar los jueces ante este tipo de delitos, los cuales se producen en la mas estricta intimidad de pareja.

En conclusión, fueron dichas consideraciones las que hicieron cuestionar de manera relevante a los Tribunales el papel que debería reconocerse a la declaración de la mujer en este tipo de procedimientos.



Debido a ello, la jurisprudencia española asentó la conclusión de que puede constituirse en prueba de cargo el testimonio único de la víctima para enervar la presunción de inocencia del acusado, siempre que para ello se practique con las debidas garantías y se haya introducido en el proceso conforme a los principios rectores, como son el principio de publicidad, de contradicción e inmediatez y con el sistema de libre valoración de la prueba que rige en el proceso penal de nuestro país.

Además, la otra finalidad prevista es la de colmar la laguna de impunidad que se produciría de manera implacable en la comisión de aquellos delitos que se producen fundamentalmente en la intimidad. Por ello, el papel que es asignado por la justicia a la víctima violencia de género a través de su declaración reviste un especial protagonismo en el procedimiento.

Por este motivo es habitual que en la mayoría de los casos sólo se cuente con el testimonio de la víctima como única prueba de cargo, encontrándose el juzgador sin testigos que hayan presenciado los hechos, y sin vestigios materiales del delito, como en el caso de las amenazas o coacciones.

En este sentido, y aplicándolo al presente caso, para poder llegar a demostrar que es víctima de violencia habitual del artículo 173.2 CP, su testimonio se presenta como única prueba y reviste de un carácter especial, pues como bien relata D<sup>a</sup> Sofía los malos tratos por parte de D. Alberto vienen produciéndose desde principios del año 2020. Estos episodios consisten en continuos insultos, empujones y bofetones hacia Sofía.

Por todo ello, y haciendo ahora referencia a la doctrina jurisprudencial consolidada en esta materia, se pueden extraer varias afirmaciones;

- La declaración de Sofía se presenta como una prueba directa y no como una prueba indiciaria.
- Dicha declaración no se convierte de manera automática en prueba de cargo, pues según lo expuesto anteriormente debe someterse y cumplir una serie de requisitos sometidos a valoración del Tribunal.



- Tal declaración no es asimilable en su totalidad a las de un tercero; que *“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”*.
- Cuando la declaración de la víctima constituya la única prueba de cargo, el Tribunal o juez deberá realizar un exhausto trabajo de valoración, valoración que como ya se ha expuesto anteriormente debe de estar sometida a los parámetros antedichos.

De igual manera, se debe mencionar que el testimonio de la víctima como única prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia no vulnera dicho derecho fundamental, pues según consolidada doctrina del Tribunal Supremo (STS 499/2021, de 9 de junio, Rec 3336/2019) la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al tribunal establecer la no vulneración de dicho derecho fundamental, estableciendo que para ello se base en;

- a) Una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito.
- b) Una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas.
- c) Una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba.
- d) Una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

De igual manera se establece que no se puede considerar un ataque a la presunción de inocencia por el *“hecho de asumir y admitir la veracidad de la declaración de la víctima”*. Por lo que esta asunción de la declaración de la víctima y su veracidad no supone un ataque frontal a la presunción de inocencia, ya que ello se supone que existe ante ausencia de prueba, lo que no



concorre 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 dictará el mismo.

En consecuencia, la valoración que se lleve a cabo de la prueba y su posterior plasmación motivada en la sentencia no es lo que el Tribunal cree que sucedió, sino el resultado de examinar y ponderar el conjunto del material probatorio y llegar a la absoluta certeza de que lo plasmado en la sentencia es lo que realmente ocurrió. En este contexto, la declaración de la Sofía en este caso emerge con fuerza, 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 de los hechos acontecidos según se han ido sucediendo pues no vienen acompañados ni de pruebas directas ni de pruebas indiciarias que permitan dotar de veracidad la declaración de la propia víctima para ofrecer ayuda al Tribunal.

En consecuencia, con lo expuesto, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido, como ya se ha hecho referencia anteriormente, una serie de indicadores o parámetros que sirvan de orientación y de base a la hora de ponderar la declaración de la víctima, la cual será analizada minuciosamente, pues se deberá 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. A dichos parámetros podemos referirnos también en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 119/2019 de 6 marzo 2019.

En la misma línea, se debe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo 68/2020 de 24 Feb. 2020, en el caso más que frecuente de que se produzca una contradicción entre la declaración de la víctima y la del presunto culpable donde se acentúa que puede producirse una confrontación entre lo que se denomina *“declaración contra declaración”* entre la propia que realiza la víctima y la que llevará a cabo al efecto el acusado negando toda participación delictiva en los hechos. Destaca esta sentencia que: *“En este marco encaja bien el triple test que ha*



Anabel Ferreras Álvarez

*venido a establecer la jurisprudencia para valorar la fiabilidad del testigo víctima - persistencia en sus manifestaciones (i), elementos corroboradores (ii), ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva- (iii). No se está definiendo con esa tríada un presupuesto de validez o de utilizabilidad. Estas tres referencias no significan que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, en sentido inverso, que cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, ex lege, por ministerio de la ley -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro."*

En el intento de poder llegar a demostrar que D<sup>a</sup> Sofía es víctima de maltrato habitual, como ya se ha explicado anteriormente, ante un Tribunal por todos los hechos acontecidos desde principios de 2020, consistente en continuos episodios tanto de agresiones, empujones y bofetadas, como de insultos y amenazas, en presencia habitualmente del hijo menor Juan, es imprescindible mencionar la sentencia del Tribunal Supremo 684/2021 de 15 de septiembre de 2021, pues en la misma se establece que mediante este tipo de maltrato habitual *"se ejerce un clima de insostenibilidad emocional" en la familia mediante el empleo de una violencia psicológica de dominación a través de la violencia física y verbal, con intención de subyugación psicológica para instaurar una situación que el Supremo denomina jerarquización de la violencia familiar."*

De igual manera, aclara la Sala que la "habitualidad" no puede entenderse de forma milimétrica, si no que su valoración debe entenderse en conjunto con el fin de poder determinar si el clima de dominación o intimidación es sistemático. La habitualidad no depende de un número específico de actos violentos o intimidatorios.

En consecuencia, no se puede dejar de mencionar que el concepto de "habitualidad" que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es un concepto que el Tribunal Supremo aparta de la idea de habitualidad como un número concreto de acciones violentas llevadas a cabo por el agresor, sino que lo relevante no es el número de actos violentos, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.

Asimismo, es trabajo de esta parte demostrar a través de la declaración de Sofía que Alberto establece una situación de dominio y poder, en el ámbito familiar, a través de la



Anabel Ferreras Álvarez

realización de actos de amenaza, vejación, menosprecio, humillación, control y miedo, prolongados en el tiempo, todos ellos destinados a anular la libertad de la víctima y a crear una situación de pánico tanto en Sofía como en Juan.

En el ejercicio del maltrato habitual que lleva a cabo Alberto contra D<sup>a</sup> Sofía y su hijo, se deben mencionar varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se recogen diferentes notas de este maltrato habitual:

- Sentencia del Tribunal Supremo 2/2021 de 13 de enero de 2021, establece que mediante el ejercicio del maltrato habitual *“el autor de este delito ejerce y pone de manifiesto el mensaje que pretende trasladar a los miembros del núcleo familiar mediante una subyugación psicológica que pone de manifiesto mediante el ejercicio de la violencia”*.

En consonancia, Alberto desarrolla de esta manera un mensaje claro hacia su familia de la jerarquización de la violencia en el ámbito familiar a través del uso de conducta violentas e intimidatorias manifestadas de muy diversas formas, desde el maltrato físico, pasando por el psicológico y verbal, como es el caso.

- Sentencia del Tribunal Supremo 247/2018 de 24 de mayo de 2018. Determina que lo que se castiga a través de este delito del artículo 173.2 C. P es la *“ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual”*.

En este sentido, lo relevante es que el agresor cree, por su repetición, esa atmósfera irrespirable o el clima de sistemático maltrato al que ya nos hemos referido.

En conclusión, con todo lo expuesto, el interrogatorio que en su momento será prestado por Sofía se dirigirá a acreditar la existencia de dicho maltrato habitual por Alberto en el ámbito familiar.



Como tercera y última cuestión de este apartado, será necesario explicar a Sofía como será tomada su declaración. En este sentido, se debe acudir a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en sus artículos 20 y 21, disponiendo a tal efecto el artículo 20 que se evitará el contacto directo entre víctimas y sus familiares y el presunto agresor, es decir, entre Sofía, su hijo y Alberto. Dicho contenido también queda establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 707 III.

De la misma manera se informará a Sofía del contenido del artículo 21 de la Ley 4/2015 que confiere una protección a la víctima durante el transcurso de la investigación penal que se manifiesta en que su declaración será tomada sin dilaciones injustificadas, al igual que se procurará que su declaración sea tomada el menor número de veces posible y únicamente cuando sea estrictamente necesario para el procedimiento. Igualmente, Sofía tendrá la posibilidad de ir acompañada, además de por sus representantes legales, por una persona de su elección y confianza para la práctica de las diligencias para las que sea requerida, es decir, prestar declaración.

## **5. TESTIMONIO DEL MENOR: ¿DE QUÉ FORMA Y EN QUÉ MOMENTO HA DE SER PRESTADO?**

En este punto se debe abarcar cuándo y cómo debe ser prestado el testimonio del menor ante los hechos descritos. Se debe hacer saber a Sofía que al tratarse de un niño de 6 años de edad la actuación judicial se presentará diferente en cuanto a Juan.

Tanto es así, que los principios rectores en la actuación judicial con menores, como es el presente caso, son dos;

1. **DERECHO A SER OIDO.** - Art. 9 LO 1/96 modificado por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Conforme al artículo 9;



Anabel Ferreras Álvarez

*“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social.”*

Para poder ejercitar dicho derecho por el menor con todas las garantías, de manera previa deberá ser informado de una forma comprensible sobre el contenido de lo que se debate, su alcance y consecuencias. De igual manera hay que tener en cuenta que se trata de un derecho que posee el menor, y no de una obligación, es decir, cabría de forma lícita la negativa de Juan a prestar declaración.

La edad y madurez son dos criterios para tener en cuenta, siendo más importante el desarrollo evolutivo y capacidad de comprensión del menor, que su edad biológica; En todo caso se entiende por ley que a la edad de 12 años se alcanza la suficiente madurez.

El menor puede ejercer dicho derecho por sí mismo o por la persona que se designe para su representación, incluso podrá ser asistido si fuera necesario de profesionales expertos. Sus comparecencias tendrán carácter preferente y deberá velarse por preservar siempre su intimidad. Cuando no sea posible o conveniente oír personalmente al menor su opinión podrá ser transmitida por sus representantes legales, cuando no tengan intereses contrapuestos o por otras personas de su confianza.

La actual regulación, tras la reforma, establece de forma taxativa la obligación de oír a los menores, siempre y cuando se realice asegurando su plena protección, y no deja margen a la discreción del juzgador, que deberá valorar en atención al interés superior del menor y en todo caso, motivar la razón por la cual no se procede a la audiencia de este.

Se ha de destacar que este importante cambio legislativo tiene una incidencia plena en la adopción de medidas cautelares en supuestos de violencia de género o doméstica en aplicación del Art 544 LECrim.

En consecuencia, este precepto que contiene no sólo un derecho sino un principio general de interpretación, impone una obligación y en concreto para los Fiscales un cambio de actuación siendo conscientes de que oír a los hijos menores de víctimas de violencia de



género a la hora de adoptar las medidas relativas a la guarda, custodia, visitas y comunicaciones, bien directamente, bien a través de los equipos psicológicos o personal especializado, no es una opción, sino que constituye un derecho que tienen el deber de velar, en las condiciones que se estimen necesarias para no afectar a su protección.

Tal obligación queda patente en la Sentencia 152/2005 del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005, ya que en la misma se afirma que: *“Para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”*. De tal manera que, si esta circunstancia no se lleva a cabo con la debida exigencia de motivación, se procederá a retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que el menor sea oído.

**2. DERECHO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA VALORADO.** - Art. 2 LO 1/96 modificado por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Como bien señala el legislador en el apartado II del Preámbulo de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *“Se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial su alcance es triple;*

- *Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución.*
- *Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor.*



- *Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.*

En este sentido, este derecho se presenta complementario del anterior ya que resulta imposible valorar adecuadamente el interés del menor sin oír su opinión, y ambos juegan no sólo como derechos en sí sino también como principios generales de interpretación de los demás derechos de los menores.

Este precepto recoge que todo menor posee el derecho intrínseco a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

Una vez asentados los dos principios básicos con los que contará Juan, se debe explicar a Sofía que se debe atender a los artículos 449 bis y 449 ter LECrim, pues en los mismos se regula en que forma y cuándo deberá ser prestado dicho testimonio.

Respecto del momento se establece a tal efecto que se acordará por la autoridad judicial la práctica de la audiencia de Juan como prueba preconstituida, con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios, y cumpliendo todos los requisitos establecidos.

La necesidad de esta prueba preconstituida viene establecida para evitar la doble victimización, presentándose como *“un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, particularmente eficaz cuando las víctimas son personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.”*, como es el presente caso. Debido a la especial vulnerabilidad se establece su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Se convierte en excepcional, por tanto, la posibilidad de que Juan tenga que ir a prestar declaración a juicio, estableciéndose como norma general la práctica de la prueba preconstituida en fase de instrucción y su reproducción en el acto del juicio oral.



Anabel Ferreras Álvarez

Respecto de la forma en que ha de ser prestada dicha declaración, y según el artículo 449 ter, el juez tiene la facultad de acordar que la audiencia de Juan, al ser menor de 14 años se practique a través de equipos psicosociales para dar un apoyo interinstitucional al Tribunal que corresponda. Se tendrán en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de Juan para mejorar el tratamiento de estos y el rendimiento de la prueba. En dicho supuesto, las partes del proceso darán traslado a la autoridad judicial de las preguntas que estimen, siempre bajo previo control de pertinencia y utilidad por parte del juez, con el fin de que sean facilitadas a las personas expertas que acompañarán a Juan en su declaración. Además, las partes podrán interesar aclaraciones al testigo garantizándose de este modo la contradicción exigida en el precepto como una de las garantías de dicha prueba preconstituida.

Dicha declaración siempre será grabada, y será la autoridad judicial quien debe asegurar que la declaración prestada por el menor sea grabada en soporte apto para la grabación de sonido e imagen.

Para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Además, se debe aludir de igual manera al artículo 703 bis LECrim conforme a la redacción dada por de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, en el que se establece que cuando en fase de instrucción, y para el caso previsto, la declaración del testigo, Juan, haya sido practicada de manera preconstituida, ésta deberá de ser reproducida en la vista oral y a instancia de la parte interesada, de conformidad con el artículo 730.2, sin que por tanto se presente necesaria la presencia del testigo en la vista, es decir, para que Juan no tenga que enfrentarse de nuevo a prestar declaración.

Con todo ello lo que se pretende es proteger y evitar generar en Juan en este caso, una victimización secundaria, por lo que se dispone en la reforma operada en la L.O 8/2021 de 4 de junio con carácter general la obligatoriedad de la práctica de la prueba como prueba preconstituida, en este caso de su declaración, y que su realización no conlleve ningún tipo de confrontación con D. Alberto.



En conclusión, y en el caso de Juan de 6 años de edad, y tratándose de uno de los delitos indicados a tal efecto, queda regulado en el artículo 449 ter la obligación de que preste declaración de manera preconstituida en la forma que establece el artículo 449 bis, y siempre asegurando que en caso de estar presente D. Alberto en la audiencia al menor, en todo caso se evitará su confrontación visual con Juan.

Además, en el artículo 449 ter se regula que la declaración prestada por Juan se llevará a cabo bajo todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios, y se establece la posibilidad de que el juez ordene que esta diligencia se lleve a cabo a través de personas expertas, como pueden ser psicólogos y equipos psicosociales.

## 6. CONCLUSIONES

**PRIMERA.** - Dada la naturaleza de los hechos y respecto de las **posibilidades que tiene Sofía**, se concluye la obligación de esta tanto de interponer denuncia como de prestar declaración. La obligación de interponer denuncia encuentra su base legal en el artículo 261.III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que estamos ante un posible delito de maltrato habitual en el ámbito familiar y una de las víctimas de esta violencia es una persona menor de edad de gran vulnerabilidad y necesitada de especial protección, como es Juan de 6 años de edad.

Respecto de su obligación de declarar, su fundamento encuentra su base legal en el artículo 416 LECrim. En este sentido Sofía no puede hacer uso de la dispensa de declarar que en el mismo se regula debido a que ostenta tanto la representación legal como la guarda de hecho de su hijo Juan menor de edad, por lo que prima el deber de protección sobre el menor que el derecho de dispensa contra D, Alberto.

Por último, respecto del momento procesal para personarse en la causa y al ser víctima de violencia de género, Sofía tiene la posibilidad de ejercer la acción penal en cualquier momento previo al trámite de calificación del delito enjuiciado. Sin embargo, si su decisión de personarse se manifestara después del referido trámite de calificación, la misma goza de la



Anabel Ferreras Álvarez

posibilidad de ejercitar la acción adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal hasta el inicio del juicio oral.

**SEGUNDA.** - Respecto de las **medidas cautelares y de protección** que podrían solicitarse en la causa, y atendiendo a las circunstancias concretas del caso, se solicita la orden de protección con las siguientes medidas:

- Como medidas penales:

La prohibición de aproximación tanto a Sofía como a Juan. La prohibición de residencia en la vivienda familiar y la prohibición de todo tipo de comunicación ya sea de manera directa o a través de terceros con Sofía y Juan.

- Como medidas civiles:

La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a D<sup>a</sup> Sofía y la suspensión del régimen de custodia, comunicación, estancia y cualquier tipo de visitas con Juan, pues además de ser testigos de los hechos es víctima directa de su padre.

**TERCERA.** - Respecto del **testimonio de D<sup>a</sup> Sofía como prueba de cargo** apta para desvirtuar la presunción de inocencia de D. Alberto hay que mencionar dos momentos del proceso:

El primero, demostrar la agresión sufrida el día de autos. En este sentido se contará con el testimonio de la propia Sofía, el de Alicia la vecina que avisó a la Policía, y por último con el testimonio de los agentes. Todos ellos serán oídos por el Tribunal y constituirán pruebas de cargo suficientes para poder llegar a una sentencia condenatoria.

El segundo, intentar demostrar a través del testimonio de Sofía que dicha violencia se viene produciendo en el ámbito familiar con anterioridad al día de los hechos. Para ello sólo se contará con el testimonio único de Sofía, por lo que se debe atender a la jurisprudencia y



Anabel Ferreras Álvarez

doctrina asentada por el Tribunal Supremo, el cual fija tres parámetros para que el testimonio de la víctima pueda desvirtuar la presunción de inocencia del presunto culpable, siendo los mismos;

- Ausencia de incredibilidad subjetiva que puedan llevar al Tribunal a demostrar la existencia de un móvil de resentimiento o venganza.
- Verosimilitud en el testimonio, es decir, la declaración debe de presentar una lógica en sí misma. Además, el propio hecho de la existencia del delito debe de estar apoyado en algún dato añadido a la propia declaración subjetiva de Sofía.
- Persistencia en la incriminación, la incriminación debe de ser duradera y prolongada en el tiempo, plural y sin contradicciones. Se trata de que presente una “constancia sustancial”, valorando el Tribunal que sea específica y concreta los hechos descritos narrándolos de manera precisa con detalles y particularidades que cualquier persona en su misma situación sería capaz de memorizar y relatar.

Cumpliendo la declaración de Sofía los tres requisitos antedichos, contaremos con una prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Declaración que deberá ir dirigida a acreditar no tanto el número de veces en que se ha sufrido el maltrato, cuanto el clima de tensión y miedo creado por Alberto en el ámbito familiar y la situación de dominación ejercida sobre Sofía y su hijo, extremos estos que, según la última doctrina del Tribunal Supremo, son los realmente relevantes para apreciar la habitualidad.

Por último, respecto de cómo se llevará a cabo la toma de su declaración, se intentará que sea tomada el menor número de veces posible pudiendo estar acompañada en tal actuación de una persona de su confianza o elección, de conformidad con lo dispuestos en el Estatuto de Víctima (arts. 20 y 21 de la Ley 4/2015).

**CUARTA.** - En cuanto a la **forma y momento que ha de ser prestado el testimonio de Juan**, se debe atender a la reforma llevada a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la L.O 8/2021 de Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia



y la adolescencia frente a la violencia. Los nuevos artículos 449 bis y 449 ter imponen al juez la obligación de acordar llevar a cabo el testimonio del menor en forma preconstituida, lo cual exigirá adoptar las condiciones de accesibilidad y apoyos necesarios, como puede ser la presencia de expertos psicosociales. Además, esta declaración será siempre grabada en soportes aptos para su sonido e imagen, y será reproducida en la vista oral a petición de cualquiera de las partes interesadas, sin que el menor tenga que volver a pasar por dicho trámite, al objeto de evitar una victimización secundaria.



## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABOGACÍA ESPAÑOLA, CONSEJO GENERAL, *Guía de buenas prácticas del abogado y abogada de la mujer víctima de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, V-526. Febrero 2017.
- ARANGÜENA FANEGO, C. “Personas con discapacidad y proceso penal. Última reforma de la LECrim (L.O.8/2021) y perspectivas de futuro” en Barona Vilar, S. (directora), *Justicia poliédrica en período de Mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- CASTILLO JIMÉNEZ, Inmaculada, “La declaración exclusiva de la víctima como única prueba”, 24 de agosto de 2021, <https://www.mundojuridico.info/>
- COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLANTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMESTICA, “Protocolo de implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, de 31 de Julio de 2003.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Guía Práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, de 13 de octubre de 2016.
- FERNÁNDEZ FREIRE, Claudio, “Guía Práctica Para El Asesoramiento Legal A Víctimas De Violencia De Género”, Fundación Fernando Pombo, Año 2015. <https://www.fundacionpombo.org>.
- GALDEANO SANTAMARIA, Ana, “Medidas cautelares en violencia de género: servicio de guardia”, de 30 de mayo de 2013. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).
- GALLO FERNÁNDEZ, Oscar José, *La prueba de los delitos de violencia doméstica y de género*, Universidad de Valladolid, Grado en Criminología, Trabajo de fin de grado, de 1 de junio de 2018. Disponible en Repositorio Documental Universidad de Valladolid.



- GONZÁLEZ MONJE, Alicia, “La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Vol. 6, Nº 3, p. 1627-1660.
- MAGRO SERVET, Vicente, “Cuadro esquemático de cuestiones prácticas a tener en cuenta en un juicio oral”, *Diario La Ley*, Nº 9988, Sección Tribuna, 13 de enero de 2022.
- MARTÍN NÁJERA, Pilar, “Víctimas Especialmente Vulnerables: Menores En Situación De Violencia”, abril de 2017. Centro de Estudios Jurídicos. Disponible en [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).
- RODRÍGUEZ ALVAREZ, A. “Claves de la reforma de la dispensa del deber de declarar en L.O 8/2021, de 4 de junio”, *Diario La Ley*, nº 9916, de 20 de septiembre de 2021.
- RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, “La prueba en los supuestos de violencia de género”, *Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, Vol XVIII, Nº 1-2 (231-246), 2011.



## 8. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- **Tribunal Constitucional:**

- STC 152/2005 de 6 de junio de 2005, ECLI:ES:TC:2005:152.

- **Tribunal Supremo:**

- STS 725/2007 de 13 de septiembre de 2007, Rec. 11338/2006.
- STS 119/2019 de 6 marzo 2019, Rec. 779/2018.
- STS 247/2018 de 24 de mayo de 2018, Rec. 10549/2017.
- STS 68/2020 de 24 febrero de 2020, Rec. 10588/2019.
- STS 2/2021 de 13 de enero de 2021, Rec. 891/2019
- STS 499/2021 de 9 junio 2021, Rec. 3336/2019.
- STS 684/2021 de 15 septiembre de 2021, Rec. 10154/2021.

- **Audiencia Provincial:**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1º, de 26 de enero de 2018, Rec. 3/2018.

