

ReCrim

Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV
Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV



..ReCrim2012s2..

Nº 8 – II semestre 2012

Enrique Orts Berenguer (Director) / Javier Guardiola García (Coordinador)

ISSN – 1989-6352

<http://www.uv.es/recrim>

ReCrim

Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV
Revista del Instituto Universit. de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV
ISSN – pendiente
<http://www.uv.es/recrim>

..ReCrim2012s2..

Nº 8 – II semestre 2012

[recrim12i01](#) 31/12/12 (pp. 67-118)

Roig Marzá, C. **La víctima como testigo en los procesos penales por violencia de género: especial referencia a la jurisprudencia de la Comunidad Valenciana**

testimonio – víctima – violencia de género
testimony – victim – gender violence

[recrim12a03](#) 31/12/12 (pp. 119-147)

Pérez Nájera, C. **Violencia sobre los adultos mayores: incidencia actual en Cuba**

violencia – adulto mayor – social – comunitario – intrafamiliar
violence – bigger adult – social – community – interfamilial

[recrim12n02](#) 09/01/13 (pp. 148-159)

Palitot Braga, R.R. y Melo Marques, R.V. **Reflexos dos crimes tributários do Brasil a partir da análise do conceito de desenvolvimento e dos princípios constitucionais penais**

delitos contra la hacienda pública – intervención mínima – principios penales –
protección de bienes jurídicos
tax crimes – minimal intervention – general principles – harmfulness

..ReCrim2012..

LA VÍCTIMA COMO TESTIGO EN LOS PROCESOS PENALES POR VIOLENCIA DE GÉNERO: ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Cristina Roig Marzá

Abogada – Máster por la Universitat Jaume I de Castelló¹

testimonio – víctima – violencia de género
testimony – victim – gender violence

Se analiza en esta contribución el testimonio de la víctima en cuanto prueba de cargo en procesos penales por violencia de género, con especial atención a las resoluciones jurisprudenciales de la Comunidad Valenciana.

This paper analyses victim's testimony as evidence in support of accusation in gender violence penal procedures, with special attention to Court decisions from Valencian Community.

Recibido: 26/01/12

Publicado: 31/12/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introducción - II. Una referencia a la prueba de testigos - II.1. Principios procesales básicos - II.2. La valoración de la prueba testifical - II.3. Los deberes testificales - III. El papel general de la víctima en el proceso penal - III.1. Concepto de víctima - III.2. La interacción entre la víctima y el proceso penal - III.3. importancia de la denuncia de la víctima como medio para iniciar el proceso - IV. Estudio de la víctima como testigo - IV.1. La víctima como elemento probatorio - IV.2. La declaración de la víctima - V. Estudio de la víctima-testigo en el ámbito de la violencia de género - V.1. Introducción a la violencia de género - V.2. La denuncia de los delitos de violencia de género - V.3. Los problemas en relación con la prueba - VI. Conclusiones - VII. Sistematización de jurisprudencia - VIII. Bibliografía y Jurisprudencia

I. Introducción

El objetivo último de este trabajo es analizar el tratamiento jurisprudencial que recibe la declaración de la víctima en los procesos por violencia de género, tomando en especial consideración las resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad autónoma valenciana. A tal efecto, en primer lugar, haremos una referencia a la prueba de testigos, donde estudiaremos los principios procesales básicos, la valoración de la prueba testifical así como los deberes testificales. A continuación, estudiaremos el papel general de la víctima en el proceso penal, donde veremos el relevante papel que tiene la misma. Seguidamente, nos centraremos en el estudio pormenorizado de la víctima como testigo, donde veremos los criterios valorativos que se tienen en cuenta en la valoración de la prueba testifical cuando ésta se realiza por la víctima del delito. Por último, abordaremos el estudio de la víctima-testigo en el ámbito de la violencia de género, pues creo que el tema de la prueba unido al polémico y

¹ Agradezco a las Dras. María Luisa Cuerda Arnau y Beatriz Larriba Hinojar, especialmente a María Luisa, su dedicación y entrega a la hora de orientarme y guiarme en la realización de este trabajo.

siempre presente tema de la violencia de género, que tanto ha dado de hablar estos últimos años, va a dar lugar a un estudio profundo sobre qué ocurre en aquellos casos en los que la víctima-testigo de un delito de violencia de género se acoge al derecho que tiene a no declarar y en la fase de juicio oral decide no hacerlo. Como veremos más adelante, se han propuesto diversas soluciones, tras cuyo análisis intentaremos dilucidar qué opción consideramos que es la más adecuada. Como anuncié, haré especial referencia a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Valenciana.

II. Una referencia a la prueba de testigos

Como es sabido, el procedimiento probatorio al cual ha de ajustarse la práctica de la prueba testifical aparece regulado en los artículos 701 a 722 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) y de cuanto allí se dice interesa ahora destacar los principios procesales básicos que presiden la práctica y valoración de la referida prueba.

II.1. Principios procesales básicos

Estos principios han de ser respetados en todo caso, porque constituyen la garantía de que la declaración testifical se ha hecho ante la presencia de un tribunal, de las demás partes interesadas y del público en general, salvadas algunas excepciones puntuales, y que las partes afectadas han podido preguntar y repreguntar a los testigos declarantes, en defensa de sus respectivos intereses.² Si algún principio se vulnera, esto puede determinar la nulidad de la declaración testifical.

II.1.a) Principio de contradicción

Esto significa que en esta prueba se ha de dar la posibilidad de contradecir las versiones de la víctima y del acusado, el cual a través de su abogado defensor ha de poder interrogar a los testigos comparecidos a petición del mismo, y también ha de poder contrainterrogar a los testigos de cargo comparecidos a petición de la acusación pública o particular.³ El artículo 708 de la LECRIM menciona que *“la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones”*.

II.1.b) Principio de oralidad

Dice el artículo 120.2 de la Constitución Española (CE) que *“el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”*. La prueba testifical es una de las mejores manifestaciones de la prueba realizada oralmente durante el juicio oral.

Es complemento del precepto constitucional, el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que dice en sus dos primeros párrafos:

“Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o

² CLIMENT DURAN, C.: *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p.113.

³ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.119.

tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley”.

El principio de oralidad se satisface mediante la comparecencia personal de los testigos durante el acto del juicio oral, contestando de viva voz a las preguntas que las partes acusadoras o acusadas les hagan, todo lo cual es oído por el tribunal sentenciador, como destinatario final que es de la declaración testifical.⁴

II.1.c) Principio de inmediación

La prueba testifical ha de practicarse siempre que sea posible ante la presencia del tribunal sentenciador, así se desprende de lo establecido en el artículo 702 de la LECRIM que menciona lo siguiente:

“Todos los que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 410 a 412 inclusive, están obligados a declarar, lo harán concurriendo ante el Tribunal, sin otra excepción que la de las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 412, las cuales podrán hacerlo por escrito”.

Esto se halla en congruencia con el artículo 446 cuando menciona que terminada la declaración, el Secretario judicial hará saber al testigo la obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello.

Sólo en casos excepcionales, por razones de imposibilidad del testigo, se puede prescindir de esta comparecencia personal ante el tribunal sentenciador (arts. 718, 719 y 720 de la LECRIM).

II.1.d) Principio de publicidad

El artículo 24.2 de la CE que proclama que todos tienen derecho a un proceso público y el artículo 120.1 de la misma que versa así: *“Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento”*. Estos preceptos son el fundamento normativo básico acerca de la exigencia de que todas las declaraciones testificales han de realizarse ante la presencia del público en general, puesto que ello es una forma eficaz de controlar todo lo que pueda ocurrir durante la celebración del juicio oral.

II.2. La valoración de la prueba testifical

II.2.a) Los principios de inmediación, contradicción y oralidad como fundamentos de la valoración de la prueba testifical

Las declaraciones testificales realizadas durante el juicio oral ante la presencia del tribunal sentenciador, contestando los testigos de viva voz a las preguntas que las partes acusadoras y acusadas les hagan, son discrecionalmente valorables por éste con arreglo a su conciencia, o sea, con aplicación de la sana crítica o del libre arbitrio, lo cual significa que ha de atenderse a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y, en su caso, a los conocimientos científicos.⁵

El juzgador es el único que puede hacer esta valoración porque ha sido él quien ha presenciado directa y personalmente las declaraciones, ha visto las reacciones y contestaciones de los distintos testigos y en base a ello puede determinar si las manifestaciones merecen o no credibilidad.

⁴ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.130.

⁵ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.142.

La combinación de los principios antes explicados de inmediación, contradicción y oralidad es lo que permite al juzgador valorar lo dicho por los distintos testigos.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 15 de enero de 2007 (Sala Primera)⁶ versa así:

“Desde la STC 31/1981, de 28 de julio (RTC 1981,31), F. 3, este Tribunal tiene declarado que para poder desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que pueda entenderse de cargo y de la que deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. En el mismo orden de consideraciones hay que recordar que también constituye doctrina constitucional reiterada la afirmación de que sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989,217), F.2; 161/1990, de 19 de octubre (RTC 1990, 161), F.2; 303/1993, de 25 de octubre (RTC 1993, 303), F.3; 200/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996, 200), F.2; 40/1997, de 27 de febrero (RTC 1997,40) F.2; 2/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 2), F.6, y 12/2002, de 28 de enero (RTC 2002, 12), F.4).

No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio (RTC 1986,80), F. 1, nuestra jurisprudencia ha reconocido también expresamente que dicha regla general admite excepciones, en las que se considera que es conforme a la Constitución integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias practicadas en la instrucción de la causa si éstas se someten a determinadas exigencias. Así, en particular, la valoración como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial por un coimputado, luego retractadas en el juicio oral, se condiciona al cumplimiento del requisito formal de introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta o a través de los interrogatorios, conforme a los arts. 714 y 730 de la LECRIM, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador que puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena (SSTC 137/1988, de 7 de julio (RTC 1988, 137), F.3; 98/1990, de 24 de mayo (RTC 1990, 98), F.2; 115/1998, de 1 de junio (RTC 115/1998, de 1 de junio (RTC 1998, 115), F.5; 14/2001, de 26 de enero (RTC 2001, 14), F.7; 174/2001, de 26 de julio (RTC 2001, 174), F.7; 57/2002, de 11 de marzo (RTC 2002, 57), F.3; 155, 2002, de 22 de julio (RTC 2002, 155), F.10; 25/2003, de 10 de febrero (RTC 2003, 25), F.3, y 280/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 280), F. 2, entre otras muchas”).

Más adelante veremos que ésta es la opción por la que opta el Tribunal Supremo cuando hay contradicciones entre las declaraciones en fase sumarial y plenaria.

Relacionadas con el principio de inmediación, encontramos diversas sentencias de Audiencias Provinciales de la Comunidad Valenciana que, recogiendo lo dicho por la STC 167/2002, hacen referencia a la imposibilidad de condenar por primera vez en segunda instancia cuando se ha obtenido una sentencia absolutoria en primera instancia y la Audiencia Provincial basa su condena únicamente en pruebas personales que precisan del principio de inmediación. Entre otras, relacionadas con este tema encontramos:

- La Sentencia de la Audiencia Provincial de (SAP) Castellón de 1 de marzo de 2005 (Sección 1ª)⁷ que menciona en su Fundamento de Derecho segundo: “[...] no cabe pasar por alto la extremada importancia que en el proceso penal, de carácter predominantemente oral, tiene la inmediación judicial, y que sólo el Juzgador de instancia tiene la oportunidad de presenciar las pruebas que en el juicio oral se practican, lo que adquiere especial relevancia en el ámbito de las declaraciones de implicados y testigos,

⁶ STC (Sala Primera) de 15 de enero de 2007 (Sr. Aragón Reyes) (TOL1.032.872; RTC 2007\10).

⁷ SAP Castellón (Sección 1ª) de 1 de marzo de 2005 (Sra. de Diego González) (ARP 2005\297).

toda vez que únicamente el Juez ante quien tienen lugar puede captar las vacilaciones, el aplomo o la firmeza con que aquellas se prestan. De modo que solo en casos de evidente insuficiencia probatoria o valoraciones judiciales absurdas o evidentemente desacertadas es aconsejable la alteración de las de quien presidió el juicio, ya que al Tribunal de alzada tan sólo llega el reflejo de aquellas declaraciones en el Acta del juicio, fría y en ocasiones extremadamente concisa. Dice a este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 1994 (núm. 48 [RTC 1994, 48]) que tras haber ponderado el Juzgador de instancia los distintos elementos probatorios obrantes en el caso en uso de la facultad que sólo a él corresponde, no está justificado que en apelación se cuestione tal valoración mediante la simple oposición de la subjetiva del recurrente”.

- La SAP Valencia de 1 de octubre de 2009 (Sección 1ª)⁸ que en su Fundamento Jurídico primero dice que: *“Esencialmente se alega en el recurso formulado (...) la existencia de un error en la valoración de la prueba (...), al estimar que la declaración de la recurrente se ha visto corroborada tanto por el parte de asistencia como por el testimonio de los policías nacionales. Por el trámite procesal en que nos movemos, y que nos priva de la inmediación de que gozó el Juez, no podremos cuestionar su valoración, sustituyéndola por la que pretende la parte (...) al deber en todo caso dar preferencia a la labor profesional e imparcial llevada a cabo por el Juzgador. Y no cabe alterar en el presente caso esa valoración, al no acreditar la parte recurrente con sus alegaciones que medien razones suficientemente objetivadas que nos permitan afirmar que el Juez ha incurrido en un error, ha desconocido algún medio probatorio, o sencillamente ha llegado a conclusiones contrarias a la lógica y al sentido común (...)”*; y continúa la misma diciendo: *“Por otro lado, además, la sentencia 167/02 de 18 de septiembre⁹, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, sostuvo que la condena en segunda instancia tras una anterior sentencia absolutoria supone una infracción de la presunción de inocencia, que sólo puede ser desvirtuada en virtud de la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, es decir, la practicada bajo la inmediación del órgano jurisdiccional y sometida a los principios de contradicción y de publicidad [...] La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional supone la prohibición de revocar la sentencia absolutoria dictada en la instancia cuando el órgano de apelación valore diversamente la declaración del acusado y la prueba testifical, salvo que el debate planteado en el recurso sea de naturaleza estrictamente jurídica, o cuando la nueva valoración de la prueba se reduzca a la de naturaleza documental, porque entonces no está en juego el principio de inmediación”*:
- La SAP Alicante de 18 de julio de 2008 (Sección 1ª)¹⁰ cuyo Fundamento de Derecho primero menciona lo siguiente: *“El recurrente cuestiona la valoración probatoria realizada por el juzgador, que trata de sustituir por la suya. La Magistrada efectúa una valoración conjunta de la prueba, en uso de la facultad que le confiere el artículo 741 de la LECRIM y sobre la base de la actividad probatoria desarrollada en el juicio, bajo el imperio de los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Principio de inmediación que, en casos como el que nos ocupa, cobra especial relevancia, al poder*

⁸ SAP Valencia (Sección 1ª) de 1 de octubre de 2009 (Sra. Melero Villacañas-Lagranja) (TOL1.744.259; JUR 2009\498084).

⁹ También la SAP Alicante (Sección 1ª) de 28 de diciembre de 2007 (TOL1.799.628; JUR 2008\116499) hace referencia a la STC 167/2002 de 18 de Septiembre cuando menciona que: *“No puede esta Sala sustituir la falta de convicción condenatoria del Tribunal de instancia y revisar el juicio valorativo de éste a virtud de unas pruebas testificales de las que solo se nos ofrece una síntesis pero que ni hemos presenciado ni, por ello, estamos en disposición de evaluar en todo su contenido, y, en este sentido conviene recordar que las recientes SS.TC 167/2002, de 18 Sep., 170/2002, de 30 Sep., 199/2002, de 28 Oct. y 212/2002, de 11 Nov. 2002, han modificado la doctrina anterior del TC para reconocer que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediación, dado que el recurso de apelación penal español, como sucede con la casación, no permite la repetición de las pruebas personales practicadas en la instancia”*. Idéntica frase se menciona en la SAP Alicante (Sección 7ª) de 28 de Junio de 2005 (TOL1.275.754; JUR 2008\277904) hacia el final del Fundamento de Derecho primero.

¹⁰ SAP Alicante (Sección 1ª) de 18 de julio de 2008 (Sr. Dura Carrillo) (JUR 2009\5362).

observar directamente las exposiciones y reacciones de las partes y testigos. Ventajas de las que carece el órgano de apelación, lo que justifica que debe respetarse, en principio, el uso que haya hecho el juez de su facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas, siempre que el proceso valorativo se motive o razone adecuadamente. La apreciación transfiere al Tribunal de segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta de la prueba ha actuado el juzgador de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso (STS de 26-1-1998 y 15-2-1999).

En resumen, la segunda instancia, cuando se trata de revisar la valoración probatoria realizada por el juzgador de instancia, se limita a constatar que está suficientemente motivada, como suceden el caso que nos ocupa, y que la misma no resulta arbitraria, injustificada o injustificable, lo que tampoco sucede en este caso, en el que el juzgador razona pormenorizadamente sobre el resultado de las pruebas realizadas en la vista y que ha tenido en consideración para alcanzar sus conclusiones¹¹, estimando que la declaración de la víctima en el acto del juicio fue contundente, declaración apta por sí sola para integrar la prueba de cargo suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, al reunir los requisitos que para ello exige la jurisprudencia, como refleja la sentencia impugnada (SSTS nº 104/2002 de 29 de Enero y 519/2005 de 25 de Abril, entre otras) [...] La cuestión de la credibilidad de una u otra versión es un tema sometido al principio de inmediación, principio que aunque no garantiza el acierto, permite al juzgador acceder a algunos aspectos de las pruebas personales que resultan irrepetibles, y que pueden influir en la valoración, por ello la decisión del Juzgado de lo Penal, en torno a la credibilidad de quien declara ante él, no puede ser sustituida por otro tribunal que no ha presenciado dicha prueba, salvo supuestos excepcionales en los que se aportan datos o elementos de hecho que, al margen de subjetivas interpretaciones, evidencien de una manera manifiesta una valoración errónea que debe ser corregida”.

La SAP Castellón de 23 de septiembre de 2009 (Sección 2ª)¹² también hace referencia a la ya conocida STC 167/02 de 18 de septiembre, cuando en su Fundamento Jurídico tercero menciona que: *“En todo caso, habiéndose dictado sentencia absolutoria, y fundándose el recurso principalmente en un pretendido error de la juez de primera instancia en la valoración de las pruebas personales practicadas bajo su inmediación, la apelación estaba abocada al fracaso. / En la Sentencia nº 159/09, de 1-06, decíamos a este respecto lo siguiente: / “En nuestra sentencia nº 103/06, de 06-03, exponíamos la doctrina instaurada por el T.C en su sentencia nº 167/02, de 18-09 : / “Dicha doctrina se puede sintetizar (...) de la forma siguiente: En caso de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción.¹³/ Tal y como se ha indicado, la doctrina sentada por el TC establece una*

¹¹ Estas mismas palabras utiliza la SAP Alicante (Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2007 (TOL1.799.621; JUR 2008\108960) en su Fundamento de Derecho primero.

¹² SAP Castellón (Sección 2ª) de 23 de septiembre de 2009 (Sr. Altares Medina) (JUR 2009\498449).

¹³ Esto mismo menciona la SAP Valencia (Sección 2ª) de 3 de abril de 2008 (TOL1.328.780; JUR 2008\189524) en su Fundamento de Derecho primero: *“La parte apelante solicita la revocación de la sentencia absolutoria y, en su lugar, se condene a la acusada por un delito de lesiones en el ámbito familiar. Sobre ello es de considerar que lo que pretende la parte apelante es sustituir la sentencia absolutoria de primera instancia por otra condenatoria para la acusada, pero ello está en contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, el que, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo del respeto a los principios de contradicción e inmediación, ha venido a establecer la imposibilidad de revisar la práctica de pruebas personales, y de modificar la valoración que de las mismas efectúe el Juez que las presencia en contradicción. El último párrafo del fundamento jurídico primero de la sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno 167/2002 establece que el aspecto central de esta doctrina es que el Tribunal de apelación no pueda revisar la valoración de las pruebas practicadas en primera instancia, siempre que por la índole de las mismas sea exigible la inmediación y*

*limitación de las facultades de los tribunales de apelación para la revisión fáctica en perjuicio del acusado, en relación con la valoración de determinadas pruebas [...] con respecto a las cuales se considera decisiva la inmediación de su práctica [...] / Las dudas surgen a la hora de intentar precisar los exactos supuestos en los que la valoración de la prueba se encuentra condicionada por la inmediación y la contradicción (pruebas personales, esencialmente [...]), y en qué otros supuestos cabe revisar el relato fáctico, en perjuicio del acusado, a partir de una nueva valoración de la prueba (pruebas documentales, básicamente, y posiblemente algunas otras, con matices).” Ya al final de dicha sentencia, se plantea un problema actual cuando se refiere a que: “En la reciente sentencia del T.C de 21-05-09, se aborda la problemática indicada, específicamente referida a si las garantías de inmediación y contradicción han de entenderse colmadas (a los efectos de poder dictar en segunda instancia una sentencia condenatoria, revocatoria de una sentencia absolutoria de primera instancia) mediante el visionado y escucha por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia. El T.C considera que no cabe tal posibilidad de valorar de distinto modo a como lo hizo el juez de la primera instancia las pruebas de carácter personal [...], sin la celebración en la segunda instancia de una vista o audiencia pública contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de la primera instancia (esto es, de las personas cuya declaración va a ser objeto de una nueva valoración)”.*¹⁴

- La SAP Castellón de 10 de febrero de 2003 (Sección 3ª)¹⁵ menciona, respecto al tema que estamos estudiando, en el penúltimo párrafo de su Fundamento de Derecho tercero lo siguiente: “Por último, recordemos que la valoración ahora impugnada es la propia del juez que dirigió el juicio y presenció la práctica y el desarrollo de la prueba, por lo que está en inmejorables condiciones –de las que carece la Sala– para ponderar aquella con acierto. Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 1994 (núm. 48 [RTC 1994,48]), tras haber ponderado el Juzgador de instancia los distintos elementos probatorios obrantes en el caso en uso de la facultad que sólo a él corresponde, no está justificado que en apelación se cuestione tal valoración mediante la simple oposición de la subjetiva del recurrente. Indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1348) que el principio de inmediación es el que permite estar presente en la práctica de la prueba y en su consecuencia, escudriñar lo que cada acusado, cada testigo, cada perito dice, no sólo en sus palabras, sino también a través de sus gestos, de silencios, de evasivas, como complemento a lo que se exterioriza por medio de la expresión oral. En el mismo sentido, dice la STS de 28 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10986) que la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Encuadrada en la prueba testifical, su valoración corresponde al órgano que con inmediación, oralidad, publicidad y contradicción efectiva, ha percibido directamente el contenido de cuanto expresa el testigo, esto es, los hechos que vio personalmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el Tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial”.
- La SAP Valencia de 10 de abril de 2008 (Sección 4ª)¹⁶ en su Fundamento de Derecho tercero señala sobre el tema que estamos tratando que: “[...] lo que se está cuestionando es la valoración de la prueba hecha por el Juez a quo, por lo que debe puntualizarse que si bien es cierto que el recurso de apelación permite la revisión de la valoración de la

la contradicción, lo que tiene reiterado en sus sentencias 170, 197, 198, 200, 212 y 230 todas del año 2002”.

¹⁴ Idénticas palabras emplean la SAP Castellón (Sección 2ª) de 4 de junio de 2009 (TOL1.603.323; ARP 2009\958) en su Fundamento Jurídico quinto y la SAP Castellón (Sección 2ª) de 21 de septiembre de 2009 (JUR 2009\498529).

¹⁵ SAP Castellón (Sección 3ª) de 10 de febrero de 2003 (Sr. Marco Cos) (ARP 2003\8).

¹⁶ SAP Valencia (Sección 4ª) de 10 de abril de 2008 (Sr. Megía Carmona) (TOL1.328.724; JUR 2008\188910).

prueba efectuada por el Juez a quo, cierto es también que el hecho de que aquella tenga como base las pruebas practicadas a su presencia, garantizados los principios de oralidad, publicidad y contradicción, oídas acusación y defensa y las propias manifestaciones del acusado (artículos 24 de la CE, 229 de la LOPJ y 741 de la LECRIM) comporta que, en principio, dicha valoración deba ser respetada hecha excepción de que carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto solemne del Juicio Oral [...] / Y además, porque la función del Tribunal llamado a la apelación no ha sido nunca realizar un "novum iudicium" sino valorar la corrección fáctica y jurídica del pronunciamiento judicial dictado en la primera instancia, lo que (...) se concreta exclusivamente en ponderar si el juicio de valoración efectuado para determinar los hechos se sustenta sobre prueba de cargo practicada en Juicio y si la conclusión fáctica a la que se llega guarda relación lógica con aquella, debiendo respetarse en la segunda instancia (no modificar los hechos) la conclusión judicial acorde con tales exigencias".

- Por último, encontramos la SAP Valencia de 10 de octubre de 2002 (Sección 3ª)¹⁷ cuyo Fundamento de Derecho tercero versa así: *"La segunda de las partes apelantes [...] fundamenta su recurso en un supuesto error en la valoración de la prueba, como primer motivo. / [...] es este un motivo de apelación que para poder prosperar quiere que el error denunciado resulte evidente, manifiesto, obvio, incluso grosero; en definitiva que suponga una clara distorsión en el razonamiento típico del juzgador y/o lleve a una solución claramente arbitraria. Y ello porque en materia penal el principio de inmediación alcanza una gran importancia pues sólo quien pudo contrastar en directo la prueba practicada, fue capaz de percibir todos los indicios circundantes que configuran el juicio en conciencia de credibilidad y esto únicamente corresponde al Juez de instancia y no a este Tribunal de apelación".*

II.2.b) La fiabilidad del testigo

Hay que tener en cuenta las características personales de cada testigo y su comportamiento a la hora de declarar (tanto los gestos como lo que declare) para así poder determinar si su declaración es o no es fiable.

La fiabilidad de las declaraciones testificales se preserva con la posible exigencia de responsabilidad por falso testimonio, derivado de las prestadas en la vista oral (art. 458 y ss. del Código Penal (CP)). Esto supone que si hubiera declarado también en la instrucción el seguimiento de causa penal por tal motivo sólo podrá hacerse por las declaraciones prestadas en la vista oral (art. 715).¹⁸

II.2.c) La verosimilitud del testimonio

II.2.c.i) Cuestiones generales

La valoración del tribunal no sólo ha de extenderse a las circunstancias o características personales del testigo, y al modo que tiene de actuar o de expresarse, sino también, y muy especialmente, al contenido de sus manifestaciones, a fin de determinar si son creíbles por razón de su verosimilitud. Esto supone no sólo valorar la declaración efectuada ante la presencia del tribunal, en sí misma considerada, sino también confrontarla con las declaraciones de otros testigos y con otras declaraciones anteriores que el mismo testigo haya podido haber realizado. Y después de todo esto ya podrá hacer el tribunal un juicio bastante certero sobre el valor probatorio de la declaración testimonial.¹⁹

¹⁷ SAP Valencia (Sección 3ª) de 10 de octubre de 2002 (Sr. Vera Llorens) (JUR 2003\112576).

¹⁸ MONTÓN REDONDO, A.; MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.332.

¹⁹ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.147.

Si no hay declaración policial ni sumarial de dicho testigo, habrá que estar tan sólo a lo declarado en el acto del juicio oral. En cambio, si el testigo con anterioridad ha declarado en presencia policial o del Juez de Instrucción, el tribunal sentenciador podrá comparar esas declaraciones anteriores con la efectuada en el juicio oral, y en este caso, podrá determinar qué declaración es la que más le convence, explicando las razones de su decisión.

II.1.c.ii) Confrontación entre las declaraciones sumariales y plenarias

Esto ocurre cuando se advierte alguna contradicción entre lo declarado en fase plenarial y lo declarado en fase sumarial.

La regla básica es que sólo se pueden valorar las pruebas que se han practicado durante el juicio oral, ya que éstas se han producido respetando todos los principios y garantías procesales, es decir, la contradicción, inmediación, publicidad y oralidad y con pleno respeto al derecho de defensa del acusado. Por tanto, en principio, sólo son valorables las pruebas producidas durante el juicio oral ante la presencia del tribunal sentenciador. Por consiguiente, las declaraciones sumariales, producidas durante la fase de instrucción ante presencia policial o judicial, no son valorables por el tribunal como prueba de cargo sobre la que fundamentar un pronunciamiento condenatorio, precisamente porque no se han producido o practicado durante el juicio oral y, en consecuencia, porque no son verdaderas pruebas, ya que para ser tales han de haberse practicado durante el juicio oral.²⁰

Pero hay cuatro supuestos excepcionales en que las diligencias sumariales se pueden valorar como verdaderas pruebas :

- 1) Pruebas preconstituidas (de irreproducibilidad originaria). Son aquellas diligencias policiales o sumariales que, por su propia naturaleza, son irreproducibles en el juicio oral. Se ha de traer al juicio oral el acta policial o judicial que en su día se levantó, leerla (esto lo permite el art. 730 de la LECRIM) y oír como testigos a quienes intervinieron en su realización. En estos supuestos, se exige que la diligencia policial o sumarial se practique acatando todas las garantías procesales posibles. Un ejemplo claro de esta prueba es el caso de la medición del grado de alcoholemia.
- 2) Pruebas anticipadas (de irreproducibilidad sobrevenida y previsible). Aquellos casos en los que accidentalmente y por causas sobrevenidas, es previsible que en el juicio oral no se pueda practicar una prueba, y para prevenir esto, se opta por practicar la prueba antes de dar comienzo al juicio oral. Un ejemplo es el caso en que se puede prever una grave enfermedad o el fallecimiento de algún testigo. En el juicio se leerá el acta en la que consta el resultado de la prueba anticipada.
- 3) Pruebas accidentalmente irreproducibles (de irreproducibilidad sobrevenida e imprevisible). Si una vez empezado el juicio oral, no es posible que comparezca personalmente algún testigo, porque ha fallecido o está gravemente enfermo, por encontrarse en paradero desconocido, o por cualquier otra causa de índole parecida, se puede dar lectura a su declaración sumarial, puesto que así lo permite el artículo 730 de la LECRIM, siempre que la misma haya sido prestada ante presencia judicial y con el debido acatamiento de todas las garantías procesales, en especial el principio de contradicción.

²⁰ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit, p.148.

- 4) Confrontación entre las declaraciones sumariales y plenariales en caso de contradicción. Cuando hay alguna contradicción entre lo declarado por el mismo testigo durante la fase sumarial y el juicio oral, hay que proceder a la lectura de la declaración que prestó en fase sumarial para que así pueda explicar las razones de dichas diferencias. Según la actual jurisprudencia, esto permite que el tribunal sentenciador crea lo declarado en fase sumarial o en fase plenarial.²¹

Por tanto, a menos que se reproduzcan materialmente en el juicio oral, las diligencias sumariales no serán valorables. Y para esto es necesaria la comparecencia personal del testigo ante el tribunal sentenciador, donde han de declarar lo que han visto y oído. Si no se produce esta comparecencia, no habrá prueba de cargo apta para poder destruir la presunción de inocencia del acusado, por tanto, será imposible fundamentar un pronunciamiento condenatorio. Sólo en los casos de pruebas preconstituidas y anticipadas será posible acudir a lo realizado en el sumario.

Cuando la víctima u otro testigo presencial del acto delictivo no comparece a declarar durante el juicio oral, y no existe ninguna otra prueba de signo incriminatorio, no es posible dictar una sentencia condenatoria, pues no existe ninguna prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia.

Cuando el testigo ya declaró durante la instrucción sumarial, puede darse el caso de que haya alguna contradicción entre tal declaración y la realizada en el juicio oral. ¿A qué declaración se le da preferencia? El artículo 714 de la LECRIM menciona al respecto que:

“cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones observe”.

Una primera posibilidad, que es la acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se inclina por otorgar igual fuerza probatoria a la declaración sumarial y a la plenarial, pudiendo elegir libremente el tribunal sentenciador entre una y otra.²² Es posible que convezan más al tribunal las explicaciones de la fase sumarial que lo dicho en el juicio oral.

Otra posibilidad, que aún no ha sido acogida jurisprudencialmente, es la que sólo tiene en cuenta lo declarado en el juicio oral, porque sólo en tal acto se puede valorar la prueba, pero esta posición también admite que la contradicción entre las diversas declaraciones del testigo puede ser un factor decisivo para no dar credibilidad a lo manifestado durante el juicio oral.

En cuanto a la primera posibilidad, la posición jurisprudencial es favorable a tener en cuenta y valorar la declaración sumarial cuando ésta es contradictoria con la declaración plenarial. La STC de 7 de julio de 1988²³, considera que la posibilidad de someter a contraste la declaración plenarial con la sumarial, tal y como se regula en el artículo 714 de la LECRIM, está perfectamente ajustada al texto constitucional, y que es lícito que el tribunal sentenciador pueda inclinarse por otorgar valor probatorio pleno a la declaración sumarial, si ésta le merece mayor credibilidad que la declaración plenarial contradictoria.²⁴

²¹ Siguiendo el esquema del libro de CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., pp.154,155.

²² CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.173.

²³ STC de 7 de julio de 1988 (Sr. Leguina Villa) (RTC 1988\137).

²⁴ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.174.

Si las dos declaraciones son contradictorias se deberá realizar un juicio ponderado sobre la credibilidad que merece cada declaración. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 20 de octubre de 1997²⁵, insiste en que:

“Esta Sala tiene decidido que el artículo 714 LECRIM establece un procedimiento que no se limita a los testigos, sino que se extiende a todas las personas que prestan declaración ante el Tribunal de los hechos y que previamente han declarado durante la instrucción. En verdad, el artículo 714 LECRIM constituye el medio por el cual es posible dar cabida en la valoración de la prueba a las declaraciones producidas en la instrucción sin vulnerar los principios de oralidad e inmediación que resultan del derecho a un proceso con todas las garantías. En diversas sentencias de esta Sala se ha puesto de manifiesto que el artículo 714 no establece una excepción a los principios de oralidad e inmediación, sino que, precisamente presuponen una confrontación oral directamente percibido por el Tribunal y, por lo tanto, una decisión sobre la prueba producida en el juicio en sentido estricto”, continúa diciendo que: “Ya en la STS 29 marzo 1989 (RJ 1989\2764) esta Sala ha establecido que «la doctrina se basa en lo previsto por los artículos 714 y 717 LECRIM, que, si bien sólo se refieren en forma expresa a los testigos, han sido entendidos como la expresión de un principio general que se debe aplicar a la apreciación de todas las declaraciones que tienen lugar en el juicio oral y que pueden no resultar coincidentes con las prestadas anteriormente ante el Juez de Instrucción» (Fundamento Jurídico 2.º)”, y finaliza afirmando que: “Se trata de una medida destinada a la formación de un juicio sobre la credibilidad de las declaraciones y constituye, por lo tanto, parte del derecho de contradicción, que, a su vez, está reconocido como uno de los derechos que integran la noción de un proceso con todas las garantías”.

También encontramos algunas sentencias de Audiencias Provinciales de la Comunidad Valenciana que hacen referencia a este tema. Entre ellas, las más destacadas son:

- La SAP Alicante de 22 de julio de 2009 (Sección 1ª)²⁶ que dice en su Fundamento de Derecho primero: *“Como establece la STS de fecha 26-6-01, cuando se está ante una declaración sumarial incriminatoria (ya sea de un acusado o de un testigo) no mantenida posteriormente en el juicio oral, en el que se rectifica la inicial versión, se admite que se valore como prueba de cargo la primera sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial, siempre que se cumplan dos exigencias: / Que la declaración sumarial se incorpore al plenario, sometándose a contradicción, para lo que basta con que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 LECRIM o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales y pongan de manifiesto las contradicciones, al objeto de que pueda darse la explicación oportuna, como sucede en este caso. / Que una vez que se incorpore son dos las exigencias de la razonabilidad valorativa: a) debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios, y b) es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por una versión distinta de la que ha aflorado en el juicio oral [...] / La juez explica suficientemente las pruebas que ha tenido en cuenta para la condena: denuncia inicial, ratificada en el juzgado de instrucción, parte de lesiones y testifical de los agentes de policía que acudieron al domicilio de la víctima en el momento de los hechos. La testigo pretendió en el juicio oral acogerse al art. 416 LECRIM, y al indicarle que no se daban los presupuestos, cambió la versión inicial, extremo sobre el que se le interrogó profusamente, con lectura de las declaraciones iniciales. Ante la retractación y de conformidad con la jurisprudencia anteriormente referida, la juez ha optado – motivadamente– por las primeras declaraciones espontáneas, por su refrendo periférico y la actitud mantenida en el plenario que detalla la sentencia”.*
- La SAP Alicante de 14 de julio de 2009 (Sección 1ª)²⁷ cuyo Fundamento de Derecho primero versa así: *“ [...] a la perjudicada, que, como dice la sentencia, se mostró reticente*

²⁵ STS de 20 de octubre de 1997 (Sr. Bacigalupo Zapater) (RJ 1997\9403).

²⁶ SAP Alicante (Sección 1ª) de 22 de julio de 2009 (Sr. Dura Carrillo) (JUR 2009\472089).

²⁷ SAP Alicante (Sección 1ª) de 14 de julio de 2009 (Sr. Gil Martínez) (JUR 2009\472437).

a mantener su incriminación en el plenario, se le leyó su declaración sumarial, para mostrarle sus contradicciones, decantándose la juzgadora por las incriminaciones vertidas en aquel momento inicial, más próximo a la ocurrencia del hecho, conforme a la facultad que concede el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para esos supuestos. Por tanto, la juzgadora ha contado con prueba directa del amedrentamiento del acusado sobre la víctima. Y esa versión, se refuerza con la manifestación del Agente que acudió a la llamada de la perjudicada, que ratifica el estado de temor que se apreciaba en el ambiente y la actitud intimidatoria del denunciado, que reprodujo en presencia de la fuerza pública, portando una cadena pitón, instrumento que proporcionaba credibilidad y reforzaba sus palabras amenazantes”.

- Sin embargo, en la SAP Alicante de 13 de diciembre de 2007 (Sección 1ª)²⁸ la declaración sumarial no cumple las garantías o requisitos necesarios y no se puede valorar, por tanto, se ha de dar por buena la declaración prestada en el Juicio Oral y en base a estas declaraciones no se puede condenar al acusado.
- Por otro lado, la SAP Alicante de 16 de septiembre de 2004 (Sección 7ª)²⁹ menciona que es la parte la que ha de pedir la lectura de la declaración sumarial, y si la parte no lo hace no se puede valorar tal declaración. Esta sentencia es contraria a la argumentación que se da en la SAP Alicante de 22 de julio de 2009 (Sección 1ª), la cual menciona que: “[...] basta con que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 LECRIM o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales y pongan de manifiesto las contradicciones, al objeto de que pueda darse la explicación oportuna [...]”, por tanto, admite cualquier forma de introducción de las diligencias sumariales; sin embargo, la SAP Alicante de 16 de septiembre de 2004 (Sección 7ª), en su Fundamento de Derecho primero manifiesta que: “Para la validez como prueba de cargo de una declaración prestada en fase de instrucción no es suficiente, pues, que la misma se introduzca en alguna forma en el juicio oral (incluidas las preguntas de la acusación) sino que es necesario que se realice su aportación al juicio en la forma prevista en el art. 714 LECRIM, mediante lectura, a instancia de parte, de la declaración prestada en el sumario e invitación por el Juez o Tribunal al testigo para que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”. Y continúa la misma diciendo que: “La lectura íntegra de la declaración, o de la parte de ella que se intenta hacer valer como prueba frente a lo declarado en el juicio oral, aparece como un requisito necesario para garantizar la efectiva contradicción pues solo mediante aquella el acusado alcanza pleno conocimiento de los hechos que mediante aquella se intentan introducir en su contra en el juicio y puede así, inquirir sobre ellos al testigo (o contradecirlo con otras pruebas), lo que, en última instancia se conecta con el derecho de defensa del art. 24 de la Constitución. Por otra parte, ha de señalarse que la norma no contempla la lectura de la declaración sumarial de oficio por el Tribunal sino solo a instancia de parte; la parte que pretenda introducir en el juicio oral una declaración sumarial deberá pedirlo de manera expresa, estamos, pues, en presencia de una de las manifestaciones del principio acusatorio [...] la lectura de la declaración sumarial enfrenta al testigo directamente con sus propias contradicciones y permite analizar no solo la lógica de sus explicaciones sino también el gesto, conducta, tono de voz y modo de exposición de la misma”.

Por tanto, del estudio de estas Sentencias, llegamos a la conclusión de que en el caso que se otorgue valor probatorio a la declaración sumarial contradictoria es necesario que se dé lectura de tal declaración y que dicha declaración sumarial se haya realizado ante presencia judicial, o excepcionalmente ante presencia policial.

En cuanto a la segunda posibilidad, hay una posición doctrinal contraria a la valoración de la declaración sumarial. Los que defienden esta postura sostienen que la

²⁸ SAP Alicante (Sección 1ª) de 13 de diciembre de 2007 (Sr. Facorro Alonso) (TOL1.799.610; JUR 2008\109177).

²⁹ SAP Alicante (Sección 7ª) de 16 de septiembre de 2004 (Sra. Serrano Ruiz de Alarcón) (TOL1.277.359; JUR 2008\278216).

única prueba valorable es la producida durante el juicio oral (excepto los supuestos de las pruebas sumariales preconstituidas y anticipadas), por esta razón las declaraciones hechas en fase sumarial no pueden ser valoradas para fundar un pronunciamiento condenatorio. Por tanto, lo único que se puede tener en cuenta es la declaración en el juicio oral, aunque si hay contradicciones entre las dos declaraciones, esto evidenciará una falta de fiabilidad del testigo. Para los que defienden esta posición, el considerar tan solo como prueba lo declarado en el juicio oral, ha de mantenerse incluso en el caso en que la declaración sumarial sea más convincente que la del juicio oral, porque las actuaciones realizadas durante la fase de instrucción sumarial están dirigidas a investigar el delito y a preparar la acusación, no a generar pruebas propiamente dichas en las que pueda apoyarse una eventual resolución condenatoria. Apoyan esta tesis en que el artículo 715 de la LECRIM no sanciona penalmente como delito de falso testimonio la declaración sumarial en que se falta a la verdad.

En mi opinión, se debería seguir con el criterio que hoy en día sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que si la víctima o cualquier otro testigo declara en fase sumarial y plenaria, y las declaraciones son contradictorias, la mejor solución es pedir una explicación acerca del cambio sufrido. Así, el Tribunal ante la reacción de la persona y sus explicaciones, podrá determinar cuál es la declaración que más le convence, pues puede haber casos en que el testigo cambie su declaración porque se lo recomiendan o porque varíe su visión de los hechos. Además, el hecho de no dar valor a ninguna de las declaraciones del testigo que se retracta, puede significar que el acusado sea absuelto si no hay ninguna prueba más de cargo y si esto ocurre se dejaría en manos de los testigos la absolución o condena del acusado, pues bastaría que el testigo cambiara su declaración.

Pongamos un ejemplo: en el caso de un atropello, si la víctima en un primer momento, ante dependencias policiales, declara que cruzó con el semáforo en rojo y que la culpa del atropello fue suya, pero después en el juicio oral, porque así se lo recomiendan, ya que le dicen que si declara que fue culpa del acusado recibirá una indemnización, afirma que el semáforo estaba en verde para los peatones y que fue el conductor el que se lo saltó, y no hay ningún otro testigo de los hechos, si tenemos en cuenta tan sólo lo declarado en el juicio oral (como parte de la doctrina defiende) nunca podríamos absolver al acusado del atropello, en cambio, si podemos valorar las dos declaraciones, el juez con toda la información que tiene del caso, y con lo que la víctima explique en el juicio oral, podrá optar por la más creíble.

II.3. Los deberes testificales

II.3.a) El deber de comparecer: exenciones

El artículo 410 de la LECRIM menciona que:

“Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”.

Sin embargo, el artículo 411 nos dice que:

“Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino. / También están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal

administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados.”

La comparecencia en la sede del órgano judicial es un deber impuesto a los testigos, que tendrán que cumplir salvo cuando se encontraran físicamente impedidos, en cuyo caso deberá constituirse el juez o un miembro del tribunal en el domicilio de aquellos, siempre que el interrogatorio no haga peligrar su vida (arts. 419 y 718).

II.3.b) El deber de declarar: declaración por escrito y exenciones

El deber de prestar declaración constituye el deber fundamental del testigo y en torno a él gira la prueba. Consiste en un juicio o relato histórico sobre la vivencia real que tuvo el declarante.

Las declaraciones, por regla general se han de prestar de viva voz, aunque pueden declarar por escrito los eximidos del deber de comparecer (arts. 702 y 703 de la LECRIM).

Se establecen diversas circunstancias que eximen al testigo de la obligación de declarar, estas son: por incapacidad física o moral, para evitar la propia inculpación, por razón de parentesco o por causa de secreto profesional. La CE en su artículo 24.2.º menciona que “[l]a Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Lo que aquí nos interesa, es la dispensa de declarar entre parientes; pues bien, el artículo 416 de la LECRIM la recoge. Hay que precisar que en estos casos el llamado a declarar ha de concurrir necesariamente ante el órgano jurisdiccional, pero una vez allí podrá acogerse, si así lo desea, a su derecho a no declarar. Están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261³⁰. El precepto continúa señalando que el juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en estos casos, que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia. Como último, se dispone en el artículo 416 *in fine*, que si alguno de los testigos parientes se encontrase en situación de dispensa respecto a uno de los inculpados o varios pero no respecto de otros, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pueda comprometer a su pariente.

El fundamento de la dispensa en todos estos casos se encuentra en la posición familiar objetiva con independencia de las relaciones personales que en el caso concreto existan. Es la familia como institución lo protegido, y no las relaciones interpersonales puntuales.

Se protege a la familia evitando conflictos en su seno: el conflicto surgiría cuando algunos de sus miembros pudieran decir de otro u otros que han colaborado en la condena de uno de ellos. Basta pensar en el caso de una condena que en su fundamentación haga referencia expresa al testimonio del familiar de que se trate.³¹

³⁰ “Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos.”

³¹ COBO DEL ROSAL, M.; QUINTANAR DÍEZ, M.; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: *Derecho Procesal Penal Español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2006, p.384.

Con esta dispensa se evita también una confrontación entre el deber de decir la verdad y el deber como pariente, esto es, el sujeto tiene la obligación de decir la verdad, pero su situación familiar se lo dificulta, es por ello por lo que existe tal dispensa.

Es importante resaltar aquí que estar exento de testificar no impide hacerlo si se desea. Pero cabe que quien lo hizo en el procedimiento preliminar, se acoja a su derecho a no hacerlo en el juicio oral. Siendo así, y cuando las declaraciones efectuadas en el procedimiento preliminar lo hayan sido con todas las garantías legales e intervención de las partes, podrán reproducirse por lectura en el acto del juicio oral, sobre la base del artículo 730. Sobre todo en el ámbito de la violencia doméstica, ante posibles presiones externas que pudieran afectar al estado de ánimo del testigo-víctima (esta postura no es pacífica, pero la han admitido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 13 de marzo de 2006 (Sección 2ª)³² que menciona que:

“En este caso lo que se plantea es la posibilidad de introducir como prueba incriminatoria el testimonio de la esposa en fase de instrucción, cuando ésta no ha declarado voluntariamente en juicio, y en caso afirmativo en qué condiciones podría hacerse válidamente tal incorporación. Desde nuestro punto de vista, sin desconocer el criterio dispar de otras Audiencias, resulta factible tal introducción en juicio del testimonio anterior dado en fase de instrucción, como una prueba más, siempre que en ese testimonio se haya dado advertencia de la dispensa legal del art. 416 LECRIM, habiendo renunciado el testigo a hacer uso de la misma, y se haya respetado el principio de contradicción por medio de la presencia del Letrado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio. El medio de introducción en el juicio como prueba valorable es el art. 730 LECRIM”

y la SAP de Madrid de 3 de diciembre de 2007 (Sección 27ª)³³ que dice:

“A juicio de esta Sala resulta posible al amparo del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la introducción en el Juicio del testimonio dado en fase de instrucción por el cónyuge, el conviviente o el pariente testigo silente en el juicio oral, como una prueba más y sin perjuicio de su valoración, siempre claro está que estemos ante un testimonio procesal y legalmente inobjetable, es decir que se haya obtenido con todas las garantías y presupuestos legales y con intervención de las partes y en particular del Abogado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio a fin de respetar el principio de contradicción”

aunque continúa diciendo que no desconoce que la mayoría de las Audiencias Provinciales han mantenido el criterio contrario. También la SAP Castellón de 20 de diciembre de 2007 (Sección 2ª)³⁴ mantiene el mismo criterio y admite la lectura en el juicio oral de las declaraciones sumariales, siempre que antes de realizar estas declaraciones se le advirtiera de la dispensa del art. 416 LECRIM. Más adelante analizaremos esta cuestión en relación con la violencia de género y profundizaremos en el tema, abordando diferentes aspectos de interés que suscita la última de las sentencias mencionadas.

III. El papel general de la víctima en el proceso penal

III.1. Concepto de víctima

Podemos decir que no existe un concepto universal de víctima. En ocasiones su amplitud o no va ligada al ámbito jurídico o social en el que va a ser utilizado, esto es,

³² SAP Castellón (Sección 2ª) de 13 de marzo de 2006 (Sr. Antón Blanco) (JUR 2006\290119).

³³ SAP Madrid (Sección 27ª) de 3 de diciembre de 2007 (Sra. Pérez Marugán) (JUR 2008\55707).

³⁴ SAP Castellón (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2007 (Sr. Altares Medina) (ARP 2008\277).

variará si se trata de delimitar su estatuto jurídico en el proceso penal, en el civil, o si se refiere a aquellas personas con derecho a una asistencia efectiva por parte del Estado.³⁵

Como punto de partida hay que tener en cuenta lo dispuesto en los Principios fundamentales de las Naciones Unidas (N.U) que, en el apartado referente a las víctimas señala:

*“Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de actos u omisiones que violen la legislación penal vigente en el país de que se trate”.*³⁶

Por tanto, se entenderá por víctima, aquel sujeto titular del bien jurídico lesionado como consecuencia del hecho ilícito cometido. Respecto del sujeto, en principio, ha de ser la persona titular del bien jurídico protegido por el ordenamiento y lesionado como consecuencia del ilícito penal. De ahí que, con carácter general, la cualidad de víctima u ofendido por el delito sea personal e intransmisible³⁷ y la ostente el titular del bien jurídico protegido. Además, en el concepto de víctima, cabe incluir a familiares y otras personas que tengan relación inmediata con la víctima directa. El problema está en determinar qué tipo de relación familiar o de análoga naturaleza se ha de poseer para poder obtener el reconocimiento de “víctima” y poder ejercitar los derechos vinculados a tal condición. Finalmente, quedarían incluidas aquellas víctimas indirectas, es decir, aquellas personas que han sufridos daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.³⁸

III.2. La interacción entre la víctima y el proceso penal

La relación entre el sistema penal y la víctima es una relación bidireccional, esto significa que no sólo la víctima necesita del sistema penal para cumplir sus objetivos, sino que el sistema penal necesita también a la víctima para cumplir los suyos, básicamente la efectiva persecución de los delitos. La Justicia penal debe mostrarle a la víctima, entre otras cosas, que la violación de la que ha sido objeto es apreciada como una grave ruptura de las reglas sociales, y que por ello el Estado reaccionará adecuadamente ante la gravedad del hecho.³⁹ Pero, la víctima también tendrá una gran función en auxilio del sistema ya que la primera reacción frente al delito suele ser la suya y tendrá una influencia determinante en el éxito final de la persecución penal. Es a través del ofendido, el medio por el cual en la mayoría de los casos el hecho delictivo llega a conocimiento de las instancias de control formal del delito y se inicia la persecución de éste. También con posterioridad, su colaboración será primordial para que el acusador público pueda demostrar en juicio la comisión del delito y la culpabilidad de la persona acusada, a través de la facilitación de medios de prueba o de su propia declaración.⁴⁰ De todo ello, cabe deducir que el ofendido por el delito y la justicia penal se necesitan mutuamente para así ambos poder cumplir sus objetivos.

³⁵ SANZ HERMIDA, A. M^a: *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p.21.

³⁶ *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Declaración sobre las víctimas)*, principio 1 (víctimas de delitos) y principio 18 (víctimas del abuso de poder).

³⁷ GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2004, p.181.

³⁸ SANZ HERMIDA, A. M^a: *La situación...*, ob.cit., pp.24 y 25.

³⁹ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, p.279.

⁴⁰ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit, p. 280.

La Policía es por lo general el primer contacto de la víctima con las instancias de control formal. Así pues, el trato que la Policía dispense a la víctima será decisivo para que ésta decida denunciar o por el contrario opte por medios de resolución de conflicto ajenos al sistema estatal.

Pero, hay que advertir que cuando la víctima acude a la Policía para informar de la comisión de un hecho delictivo, ésta no se considera tan sólo un informador que va allí a comunicar tal delito, sino que el ofendido además acude allí en busca de ayuda. La víctima espera que la Policía muestre interés en el suceso y comprenda la situación por la que está pasando, espera que se le dedique el tiempo necesario y no que se le trate de forma rutinaria. Sin embargo, en muchas ocasiones, los Policías desconfían en cierta medida de su declaración, ya que su misión es descubrir si verdaderamente se ha producido o no el delito que se afirma por parte de la víctima. La Policía no siempre entiende que entre sus funciones está la asistencia a las víctimas.

Como resultado de esto, diferentes autores que se han acercado al tema de las relaciones entre la víctima y la Policía han propugnado un cambio en la actuación policial, que lleve consigo la atribución de nuevas funciones en materia asistencial.⁴¹

Sin embargo, otros autores, como E. Neuman o J.J.M. Van Dijk, han mostrado sus reticencias a la atribución de estas funciones a los cuerpos policiales, pues consideran que la posición de la Policía dentro del sistema no la convierte en una institución adecuada para velar por el bienestar de las víctimas como principal función, ya que su deber es averiguar la verdad y detectar si quien se presenta como víctima ante ella es tal y si los hechos denunciados se han cometido o no, y en caso afirmativo, si tales hechos pueden ser considerados delito. Esta función, según estos autores, es difícil de combinar con el apoyo a las víctimas, puesto que han de ser objetivos en su labor de averiguación.

Sería conveniente poner en contacto a las instituciones policiales con las instituciones asistenciales, y las oficinas de atención victimal se tendrían que poner en contacto con las instancias de control formal, para poder dar a las víctimas datos sobre el avance del caso si así lo requieren.

III.3. importancia de la denuncia de la víctima como medio para iniciar el proceso

La iniciación del proceso penal puede llevarse a cabo tanto de oficio, como a instancia de parte, aunque estadísticamente resulta acreditado que la mayor parte de los procesos penales se inician tras la comunicación por la víctima del hecho delictivo, bien a través de la interposición de la correspondiente denuncia, bien en su caso, a través de su personación en la causa mediante la presentación de querrela.

III.3.a) Factores que influyen en la decisión de denunciar

En general, la decisión de denunciar depende de la utilidad percibida por la víctima que ha de decidir si denuncia o no el hecho, y en muchas ocasiones contactos anteriores con el sistema penal pueden ser determinantes a la hora de escoger entre una u otra opción.

Como señala J.L. Sangrador, puede decirse que los delitos tienden a ser denunciados cuando la víctima está más integrada en la comunidad, pues tal integración

⁴¹ FERREIRO BAAMONDE, X: *La víctima...* ob.cit, p.288.

umenta la confianza en la Policía y en el sistema, y considera que puede haber mayores posibilidades de éxito.

Pero también el tipo de delito determina las expectativas sociales, ya que la consideración privada de determinados comportamientos motiva que impere cierta presión difusa a mantenerlos en la intimidad, pese a estar tipificados en la legislación penal.⁴²

No hay que olvidar que la LECRIM establece en su artículo 259 una obligación a la víctima de denunciar, aunque ésta es genérica y su incumplimiento en la práctica no supone sanción alguna. El recurrir a denunciar puede ser debido a buscar una vía de salida a la resolución de un conflicto, a buscar una protección contra una posible repetición del ataque sufrido o como un medio de conseguir cierta satisfacción frente a la comisión del delito. Puede ser también una satisfacción moral, al sentir que se está haciendo algo para reaccionar contra el delito y contra el agresor.⁴³ En otros casos la satisfacción que se persigue es simplemente económica.

III.3.b) Factores que influyen en la decisión de no denunciar

Un alto porcentaje de los delitos que se cometen, alrededor de un 75 u 80%, no son denunciados ni conocidos por la Policía, por la justicia penal ni por ningún otro medio.⁴⁴

Las víctimas deciden no denunciar en muchas ocasiones por motivos relacionados con el funcionamiento de la justicia penal. El ofendido percibe una sensación de ineficacia de la justicia penal, pero nos encontramos con un grave dilema, ya que si la víctima no denuncia porque cree que la administración de justicia no es eficaz, ésta nunca podrá llegar a serlo si desconoce muchos de los delitos que se producen a consecuencia de la no denuncia por parte de la víctima.

Muchas veces la víctima piensa que el hecho de denunciar tan sólo supondrá una pérdida de tiempo, un trato no apropiado para ella y la necesidad de revivir en varias ocasiones el hecho delictivo, pues tendrá que relatar los hechos en la denuncia, su ratificación, la declaración en las diligencias previas y en el juicio oral.

También el estado psicológico de la víctima tras la comisión del delito, sobre todo lo referido a los sentimientos de shock y angustia provocan distorsiones en el sentimiento de la seriedad del delito e influye por tanto en la decisión de denunciar.⁴⁵

En otras ocasiones, tal y como antes ya he mencionado, la víctima decide no denunciar porque considera el delito como un asunto privado y no quiere que trascienda a la luz pública.

El considerarlo como algo inútil o tener un sentimiento de autoculpabilización son también motivos que llevan a la víctima del delito a no denunciarlo.

⁴² Esto es lo que ocurría antes en los delitos de violencia de género. En muchas ocasiones la mujer no denunciaba porque consideraba que era algo íntimo y familiar que no debía traspasar al ámbito público. Ahora, la gente ya está más concienciada y ya denuncia cada vez más este tipo de delitos.

⁴³ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.303.

⁴⁴ El *British Crime Survey* señala que en los delitos contra la propiedad las estadísticas oficiales recogen cuatro veces menos delitos que en las encuestas, y para los delitos contra la persona son 5 veces más. Para los EE.UU., los datos revelan que las estadísticas infravaloran los crímenes reales de un 300 a un 500%.

⁴⁵ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.307.

En otros casos son las circunstancias que rodean al delito las que desaconsejan a la víctima denunciar. Esto puede ocurrir por la especial relación que se tiene con el autor, a quien, al ser una persona próxima o familiar, no se quiere perjudicar, por lo que se prefiere asumir cierto nivel de daño antes de provocar su entrada en el proceso de criminalización secundaria, evitándole el mal añadido que supone el paso por el proceso y el cumplimiento de la pena.⁴⁶ Como hemos visto anteriormente en el punto II.3.b, en el artículo 416 de la LECRIM se dispensa de la obligación de declarar a ciertas personas relacionadas con el autor.

En otros supuestos tal y como veremos más adelante, si el hecho delictivo se produce en la intimidad y no hay pruebas que puedan corroborar la declaración de la víctima, la jurisprudencia es muy estricta con los requisitos de verosimilitud en la declaración del sujeto pasivo para que sea suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, entonces puede que la víctima no llegue nunca a denunciar por miedo a no ser creída.

IV. Estudio de la víctima como testigo

IV.1. La víctima como elemento probatorio

La colaboración de la víctima es indispensable en la mayoría de las ocasiones para que se llegue a tener conocimiento de los hechos delictivos y se inicie así la persecución de los mismos. Pero ahí no se agota la colaboración que ha de tener la víctima con el sistema de Justicia, pues la misma ha de declarar en varios momentos procesales y ha de aportar pruebas suficientes para destruir la presunción de inocencia.

En ocasiones, la declaración de la víctima será la única prueba de la existencia del delito y, como veremos más adelante se le van a exigir unos criterios valorativos específicos. A pesar de la importancia de la declaración de la víctima, ésta suele ser una gran fuente de victimización secundaria para el sujeto que debe ofrecerla, y esto puede provocar resistencias de la misma a acudir al juicio oral y declarar como testigo. Como consecuencia de ello, en muchos ordenamientos jurídicos, se ha intentado rodear a la declaración de la víctima de ciertas garantías y dotarla de mecanismos que intenten disminuir los efectos negativos de ésta. De este modo se han creado los llamados programas de asistencia a víctimas y testigos, que procuran ofrecer determinados servicios a los testigos en general para conseguir eliminar las reticencias de éstos a colaborar con el sistema de justicia penal, y asegurar la protección de la seguridad e intimidad de los mismos.⁴⁷

Aparte de su declaración, la víctima también puede servir de ayuda en el careo o se le puede realizar un examen forense, así como también será importante su participación en la identificación del sospechoso.

IV.2. La declaración de la víctima

IV.2.a) La posición de la víctima como testigo

⁴⁶ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.310.

⁴⁷ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.317.

A pesar de que el testigo es definido como aquella persona física, ajena al proceso, que es llamado a éste para que preste declaración sobre el conocimiento que tenga de los hechos delictivos relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y en la culpabilidad de los delincuentes, existe acuerdo doctrinal en señalar que la declaración de la víctima en el proceso se produce a título de testigo. Esto parece en principio un poco paradójico, pues no se trata de un tercero ajeno al proceso, y menos aún si también ejerce la acción particular en el mismo. Pero con independencia del interés subjetivo de quien ha formulado acusación en el juicio oral, parece que los deberes a que se somete a esta parte acusadora (tanto de comparecencia, como de juramento, como de veracidad) lo asimilan al testigo, si bien su declaración falsa no será perseguida como falso testimonio sino por acusación falsa.⁴⁸

Aun así, algunos autores han reclamado un estatuto intermedio para la víctima que esté entre el testigo y la parte a la hora de regular su declaración.⁴⁹

Sin embargo, en el caso del proceso penal sólo está prevista una regulación especial para el imputado, al que se le exige del deber de declarar y decir la verdad, por lo que tendrán la condición de testigos todas las demás personas que declaren ante el Tribunal. Pero, el no haber incluido un régimen específico para la declaración de la víctima, no significa que la declaración de ésta no sea relevante y no constituya un medio probatorio, pues ello sería absurdo, y más si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones la declaración de la víctima será la única prueba de cargo que habrá para condenar al acusado. Por lo tanto, siendo impensable prescindir de la declaración de la víctima, puesto que su inclusión será determinante en muchas ocasiones e imprescindible en otras para poder vencer la presunción de inocencia, el régimen aplicable al mismo no puede ser otro que el de la prueba testifical, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo (TS) en reiterada jurisprudencia.⁵⁰ Como por ejemplo la STS de 27 de febrero de 1995 (Sala de lo Penal)⁵¹ que versa así:

“procede resaltar que, pese a que la víctima puede constituirse en parte en el proceso penal [...], aunque fuese único su testimonio [...], el mismo es considerado por pacífica y continuada doctrina de la Sala, apto para enervar la «presunción de inocencia», siempre y cuando no existan razones objetivas que invalidez sus afirmaciones o provoquen en el juzgador alguna duda que impida u obstaculice formar su convicción, o, dicho de otra manera, cuando concurran las siguientes circunstancias: a) ausencia de «incredibilidad» subjetiva, derivada de un móvil espurio; b) «verosimilitud», corroborada por circunstancias periféricas y c) «persistencia en la incriminación»; ya que de no aceptarse dicha tesis se llegaría a la más absoluta impunidad de innumerables ilícitos penales y así, específicamente de los delitos sexuales y algunos robos violentos o intimidatorios que, normalmente, se desenvuelven bajo el más absoluto sigilo, en parajes o lugares solitarios, buscados o aprovechados por el agente para la realización, o cuando menos, facilitación del proyecto criminoso.”

Encontramos también alguna sentencia de la Audiencia Provincial que hace referencia a este tema, como es la SAP Valencia de 14 de abril de 2008 (Sección 1ª)⁵² que señala en su Fundamento Jurídico primero:

⁴⁸ MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal ...* ob.cit., p.399.

⁴⁹ El propio Tribunal Supremo en STS de 28 de octubre de 1992 señala que la víctima del delito es “un testigo con un *status* especial”.

⁵⁰ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.320.

⁵¹ STS (Sala de lo Penal) de 27 de febrero de 1995 (Sr. Hernández Hernández) (TOL405.531; RJ 1995\5344).

⁵² SAP Valencia (Sección 1ª) de 14 de abril de 2008 (Sr. Huerta Garicano) (TOL1.328.818; JUR 2008\188552).

“[...] También el Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que, aun cuando en principio la declaración de la víctima puede ser hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es oportuno que el Tribunal valore los siguientes elementos: la credibilidad de la víctima, testigo único de los hechos, verosimilitud en esas manifestaciones, por su propio contenido y por la existencia de datos o corroboraciones que sirvan de algún modo para hacer creíble lo dicho por la víctima y persistencia en la incriminación, sin ambigüedades ni contradicciones importantes”.

IV.2.b) La valoración de las declaraciones testificales

Cuando el que es llamado a declarar es aquel que ha sido víctima del delito, sobre tal testigo pesa la sospecha de que su testimonio no es tan imparcial como pueda ser la declaración de cualquier otro testigo presencial del delito, que no ha sufrido ningún perjuicio por razón del mismo.⁵³

Por ello es preciso hacer un análisis y valorar su testimonio, para así poder comprobar si en sus declaraciones hay algún motivo espurio de venganza, odio, resentimiento, etc. También es necesario ver si sus manifestaciones son reiteradas y constantes o, si por el contrario, no mantiene su versión y en cada declaración dice cosas distintas. Por último, hemos de ver si hay alguna corroboración externa que apoye o no su testimonio.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ha reconocido reiteradamente que las manifestaciones de las víctimas o perjudicados por los delitos tienen la consideración de verdadera prueba testifical, con aptitud para destruir la presunción de inocencia.

Así, la STC de 31 de Enero de 2000 (Sala Primera)⁵⁴ afirma:

“Pues bien, en el caso que nos ocupa, no existe tal lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Como puede apreciarse en el testimonio de las actuaciones judiciales, las dos Sentencias (la de la instancia y la de la apelación) basan esencialmente la culpabilidad del aquí demandante en la declaración de la víctima en el acto del juicio oral. Según ambas resoluciones, la perjudicada mantiene una versión coherente y creíble en sí misma, lo que, de conformidad con la doctrina anteriormente expuesta, sería ya suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que asistía al recurrente”.

También en la STC de 28 de octubre de 2002⁵⁵ se sigue la misma línea:

“En relación con la declaración de la víctima del delito, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que, practicada con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre (RTC 1989,201) F.4; 173/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 173) F.3; 229/1991, de 28 de noviembre (RTC 1991,229) F.4 y 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994,64), F.5”.

Estas sentencias son tan sólo dos ejemplos de las numerosísimas sentencias que aluden a esta cuestión.

En conclusión, la jurisprudencia es unánime al afirmar que las declaraciones de las víctimas de los delitos son equiparables a cualquier otra declaración testifical y que, por tanto, tienen aptitud para destruir la presunción de inocencia.⁵⁶

Una vez admitimos que la declaración de la víctima es una prueba testifical más, su valoración se regulará por las reglas de la sana crítica, de conformidad con lo

⁵³ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.208.

⁵⁴ STC (Sala Primera) de 31 de Enero de 2000 (Sr. Garrido Falla) (RTC 2000\16).

⁵⁵ STC de 28 de octubre de 2002 (Sr. Cachón Villar) (RTC 2002\195).

⁵⁶ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit, p.211.

dispuesto en el artículo 741 de la LECRIM, que se remite a las reglas de la lógica vulgar y a los principios de la experiencia, o sea, al sentido común. Así pues, no existe, en principio, ninguna particularidad diferenciadora con respecto a la valoración de las demás pruebas.⁵⁷

El sistema probatorio de este artículo, es acorde con la llamada valoración libre de la prueba. Este sistema se opone históricamente al denominado de prueba tasada, característico del proceso inquisitivo y en el que la propia Ley era la encargada de determinar *a priori* el valor probatorio de cada medio, de modo que aplicando las reglas predeterminadas de los instrumentos a los que la Ley concedía valor de prueba plena o semiplena, el Juez llegaba automáticamente a la determinación de los hechos probados. Una de las reglas de este sistema probatorio era la que refleja el adagio *testis unus, testis nullus*, según el cual el delito que se sustentaba en la declaración de un solo testigo no podía ser considerado probado.⁵⁸ Hoy en día este principio ya está superado y el testigo único es tan válido como el testigo plural. La jurisprudencia admite que la declaración de un testigo único pueda servir como base suficiente para fundamentar una declaración de culpabilidad, aunque esta declaración sea la de la víctima del delito, siempre que no aparezca causa alguna que ponga en duda su credibilidad.

Así se manifiesta en diversas sentencias, a modo de ejemplo la SAP de Girona de 5 de diciembre de 1997 (Sección 3ª)⁵⁹ que manifiesta lo siguiente:

“[...] no olvidemos que el convencimiento del juzgador puede perfectamente lograrse por la declaración de un solo testigo, aun cuando éste sea la propia víctima. El Tribunal Supremo, entre otras en Sentencias de 15 y 19 enero, 27 mayo y 6 octubre 1988 (RJ 1988\254, RJ 1988\383, RJ 1988\3851 y RJ 1988\7676), 4 mayo y 8 octubre 1990 (RJ 1990\3849 y RJ 1990\7821), 9 junio y 9 septiembre 1992 (RJ 1992\4887 y RJ 1992\7098), 26 mayo y 13 diciembre 1993 (RJ 1993\4321 y RJ 1993\9421), 24 febrero 1994 (RJ 1994\1564) y 30 diciembre 1995 (RJ 1995\9637), afronta este problema y viene a fijar la doctrina de que la prueba de cargo testifical «no se ha de centrar» tanto en el número de personas que declaran en un proceso penal sobre un hecho o punto determinados controvertidos, cuanto en las condiciones de «credibilidad de las mismas»” y continúa afirmando que: “En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 marzo 1992 (RJ 1992\1978), destaca el principio de libertad de prueba y de su valoración, tanto en sentido objetivo como en el subjetivo, que rige hoy en nuestro Derecho, al haber desaparecido el sistema que se plasmaba en el apotegma «testis unus, testis nullus» y entenderse que lo único esencial es que la prueba, por escasa que sea, se lleve a cabo en el plenario «in facie iudicis», siendo fundamentalmente su libre valoración por el Órgano «a quo», constituyendo o pudiendo constituir en definitiva, el testimonio único un válido medio probatorio de apreciación judicial, aunque proceda de la propia víctima del delito, siempre que por el juzgador o Tribunal de instancia se ponderen y valoren las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto”

y la SAP Alicante de 28 de junio de 2005 (Sección 7ª)⁶⁰ cuando en su Fundamento de Derecho primero señala que:

“Entre otras, (el T.S) en Sentencias de 21 de septiembre de 2000 y de 5 de mayo de 2003, viene declarando de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia”.

Pues bien, como reflejan ya estas sentencias, aunque la víctima tenga la condición formal de testigo a todos los efectos, su declaración no puede ser plena y

⁵⁷ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit, p.211.

⁵⁸ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit, p.332.

⁵⁹ SAP Girona (Sección 3ª) de 5 de diciembre de 1997 (Sr. Lacaba Sánchez) (ARP 1997\1967).

⁶⁰ SAP Alicante (Sección 7ª) de 28 de junio de 2005 (Sr. Jiménez Morago) (TOL1.275.754; JUR 2008\277904).

absolutamente equiparada a la declaración del testigo que es un tercero ajeno al hecho delictivo y que, por tanto, se halla en una posición de imparcialidad objetiva con respecto a tal hecho. A diferencia de éste, la víctima ha tenido una inevitable intervención pasiva en el hecho delictivo sobre el que declara, y tal hecho le ha ocasionado un perjuicio mayor o menor, por lo que las manifestaciones que realice sobre tal hecho están condicionadas en cierto grado por su mayor o menor animosidad contra el acusado.⁶¹ No significa esto que toda víctima vaya a declarar en perjuicio del acusado, pero es inevitable pensar que puede haber cierta parcialidad en su mente a la hora de declarar. Por tanto, las especiales condiciones de la víctima y el comprensible interés de ésta en la condena del imputado, motiva que se deba rodear de ciertas cautelas la apreciación de la declaración de la víctima como prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia⁶², y por ello es conveniente contar con alguna otra prueba que le dé credibilidad.

En definitiva, se puede considerar como un principio básico en materia de valoración de la prueba testifical el de que “no basta sólo con el testimonio de la víctima para destruir la presunción de inocencia, sino que el mismo ha de ir acompañado de otras pruebas o indicios objetivos que corroboren su credibilidad y disipe la inicial sospecha objetiva de parcialidad que soporta la víctima por su condición de tal”.⁶³

Hay ciertos delitos en los que, por sus especiales características, como son los delitos sexuales o los robos con intimidación (veremos más adelante que esto también se da en los delitos de violencia de género) no se cuenta con más prueba directa de cargo que el testimonio de la víctima⁶⁴.

Ha sido la jurisprudencia que se ha creado en torno a estos delitos la que ha ido perfilando cuáles son los requisitos que tienen que concurrir en la declaración de la víctima para que ésta pueda ser considerada prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia. Abundante jurisprudencia trata este tema, a modo de ejemplo citaremos la STS de 9 de junio de 1993 (Sala de lo Penal)⁶⁵ que dice lo siguiente:

“contra lo alegado por los recurrentes sí existió prueba de cargo contra éstos, centrada en la declaración de los menores víctimas de su delito. Y si bien es cierto que esas declaraciones son contradictorias con las de los penados, es doctrina ya consagrada de esta Sala (y que también acepta el Tribunal Constitucional en sus SS. 201/1989 (RTC 1989\201); 160/1990 (RTC 1990\160) y 229/1991 (RTC 1991\229)) el reconocimiento de la validez de las declaraciones inculpatorias de las personas ofendidas por el delito, incluso cuando se trate de menores de edad y más particularmente en aquellos delitos que, como suelen ser las agresiones sexuales, por su naturaleza se cometen buscando la soledad o el aislamiento, esto es, en circunstancias que no permiten normalmente la presencia de testigos imparciales u otra clase de pruebas (SS. 3-11-1988 (RJ 1988\8963); 30-11-1989 (RJ 1989\9362); 19-9-1990 (RJ 1990\7351); 16 enero, 29 mayo y 13 septiembre 1991 (RJ 1991\118, RJ 1991\3886 y RJ 1991\6177) y 11-12-1992 (RJ 1992\10163)). En tales casos la esencia del art. 741 de la LECRIM se presenta con toda su potencialidad, imponiendo al Tribunal la misión de valorar las pruebas contradictorias, aceptando aquellas que a través de la inmediación de su percepción y de su experiencia como juzgador mejor le convengan sobre la veracidad de lo expresado. Para lo que cuenta, además, con los datos y fundamentos de conocimiento que la propia víctima le proporcione”.

IV.2.c) Criterios valorativos aplicables a la declaración de la víctima

⁶¹ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.212.

⁶² FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.324.

⁶³ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.213.

⁶⁴ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.213.

⁶⁵ STS (Sala de lo Penal) de 9 de junio de 1993 (Sr. Conde-Pumpido Ferreiro) (TOL399.630; RJ 1993\4948).

Aunque el juzgador pueda alcanzar una convicción subjetiva o moral a partir únicamente de la declaración de la víctima, lo cierto es que en Derecho se parte de que dicha prueba no puede derivar como resultado objetivo una conclusión racional sobre la culpabilidad del acusado⁶⁶, en cuanto la declaración inculpatoria de la víctima no tiene más valor que la exculpatoria del imputado. Para que la declaración de la víctima pueda conducir objetivamente a la formación de la convicción será necesario que se la pueda asociar a datos o elementos externos a la misma que apoyen su credibilidad.⁶⁷

Por todo ello, es necesario que la declaración de la víctima esté rodeada de una serie de garantías que permitan que pueda fundamentar una sentencia condenatoria.⁶⁸ Se trata de requisitos que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, no pueden ser considerados reglas de prueba tasada, pues ello, tal y como antes hemos mencionado, contravendría el principio de libre apreciación de la prueba previsto en el artículo 741 LECRIM, sino que son sólo criterios que el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta para dotar de credibilidad al testimonio de la víctima. Por tanto, aunque con bastante frecuencia se han venido considerando los referidos criterios valorativos como requisitos, no son tales, sino simples directrices o criterios para realizar una adecuada crítica del testimonio de la víctima y determinar si tiene aptitud o no para ser considerada como prueba de cargo.

A título de ejemplo, la SAP de Madrid de 1 de julio de 2005 (Sección 6ª)⁶⁹ se refiere a esto cuando menciona:

“(...) la doctrina jurisprudencial, en los supuestos en que la declaración de la víctima sea la única prueba, viene exigiendo que se atienda a ciertos criterios orientativos o cautelas que en definitiva están orientados a constatar la inexistencia de razones objetivas que puedan hacer dudar de la veracidad de lo que se dice, pues en definitiva, en la medida que todo juicio es un decir y un contradecir, es preciso ponderar las pruebas de cargo y de descargo, eliminando cualquier planteamiento mecanicista que tienda, por igual, a aceptar acríticamente sin más la versión de la víctima, con su consecuencia de dictar una sentencia condenatoria, o a la inversa, rechazarla con absolución del inculpado” y continúa diciendo: “Por último debe señalarse que [...] la Jurisprudencia no exige ningún requisito como necesario para que la prueba testifical tenga eficacia de prueba de cargo bastante para desvirtuar la presunción de inocencia. Es cierto que la Jurisprudencia, fundamentalmente en relación con el testimonio único de la víctima como prueba de cargo hace alusión a ciertas cautelas o criterios para garantizar la veracidad de dicha prueba [...]. Pero la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que sirven de ejemplo las sentencias de 30 de junio de 2004 (RJ 2004,4912), de 4 de marzo de 2004 (RJ 2004,1458) y 26 de enero de 2004 (RJ 2004, 2178), entre otras, ha precisado que dichas reglas de valoración probatoria no han de ser tenidas por obligatorias, pues en el Derecho Procesal Penal Español rige el sistema de libre apreciación de las pruebas establecido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser tenidas aquellas reglas como criterios orientativos a tener en cuenta por el Tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción. En este sentido la sentencia del Tribunal de 5 de mayo de 2003 (RJ 2003,3881) establece: «Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan».”

⁶⁶ GRACIA MARTÍN, L.: “Consideraciones en cuanto a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito”, *RDPC*, 1998, núm. 1, pp.238-241.

⁶⁷ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.324.

⁶⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, p.271.

⁶⁹ SAP Madrid (Sección 6ª) de 1 de julio de 2005 (Sr. Serrano Gassent) (TOL771.710; JUR 2005\253814).

En los mismos términos, la SAP Castellón de 10 de febrero de 2003 (Sección 3ª)⁷⁰ cuando en su Fundamento de Derecho tercero se refiere a que:

“La sentencia de instancia razona en forma pormenorizada y exhaustiva las declaraciones inculpatorias del menor (...) y la concurrencia en las mismas de las tres características a que viene haciendo mención la jurisprudencia, cuales son la persistencia en la incriminación, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la existencia de elementos objetivos corroboradores. Criterios que no son condiciones de validez sino parámetros de razonable ponderación del testimonio de la víctima (STS de 17 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8631]. En palabras de la reciente STS de 18 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10986], estos criterios no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el Tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que, se reitera, la Ley exige sea racional”.

Pero, además de tener en cuenta estos criterios valorativos, convendrá escuchar en todo caso las alegaciones defensivas del acusado, así como valorar las pruebas propuestas por éste en su propio descargo.⁷¹

Encontramos muchísimas sentencias que hacen una exhaustiva explicación de estos criterios valorativos como por ejemplo son: la ya mencionada SAP Alicante de 28 de junio de 2005 (Sección 7ª) en su Fundamento de Derecho primero, o la también mencionada SAP Castellón de 4 de junio de 2009 (Sección 2ª) en su Fundamento Jurídico segundo.

Pues bien, estos criterios valorativos son:

IV.2.c.i) Ausencia de incredibilidad subjetiva

Esta exigencia hace referencia a la inexistencia de motivos de peso para pensar que la declaración es falsa. Para constatarlo, el TS considera relevante atender, en primer lugar, a las características propias de la víctima, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental y, en segundo lugar, a la posible existencia de móviles espurios tales como el odio o la enemistad con el acusado que hayan podido llevar a la supuesta víctima a prestar un testimonio falso.⁷² Conviene referirse por separado a cada uno de estos aspectos.

Por lo que se refiere a las *características propias de la víctima*, no es lo mismo que ésta sea mayor de edad o menor de edad, que padezca algún tipo de trastorno mental o que sea una persona sana mentalmente, que sea una persona drogadicta o alcohólica o que no lo sea, o que sea una persona emocionalmente estable o inestable.

Minoría de edad.

Es frecuente atribuir a los niños una capacidad de fabulación superior a lo normal. Aunque a veces ocurre así, no es posible atribuirles automáticamente tal capacidad para desechar por inválidos sus testimonios inculpativos. Un instrumento valioso para cerciorarse de la veracidad de los testigos menores de edad es el informe psicológico, que permite descartar aquellos supuestos en que el menor está claramente fabulando o apartándose de la realidad, generalmente por la influencia de familiares próximos, a su vez enfrentados con el autor de los hechos delictivos realizados contra

⁷⁰ SAP Castellón (Sección 3ª) de 10 de febrero de 2003 (Sr. Marco Cos) (ARP 2003\8).

⁷¹ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.217.

⁷² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Prueba y presunción...* ob.cit., p.272.

ese menor.⁷³ Este sería el caso de la madre que separada del padre influye en la actitud que la hija tiene respecto de su padre.

Sobre la conveniencia de la prueba pericial psicológica para determinar el grado de fiabilidad del testigo menor de edad se pronuncia la STS de 26 de octubre de 2009 (Sección 1ª)⁷⁴ :

“En cuanto al valor probatorio de dicha declaración, conviene recordar lo ya resuelto en los fundamentos de derecho anteriores, así: En cuanto a la credibilidad y veracidad del testimonio de la menor no existe motivo alguno para dudar, así en el informe de peritaje psicológico [...] se hace constar en el apartado de Exploración psicológica: "A nivel cognitivo no presenta dificultades de atención ni concentración. Es capaz de evocar recuerdos almacenados en la memoria, aportando la información con detalle. No se aprecia tendencia patológica a la fabulación", y en el apartado de conclusiones se hace constar: "Por lo que se refiere al relato de los hechos, realiza una elaboración espontánea, poco estructurada y fragmentada, donde las diferentes partes forman un conjunto coherente y lógico. Aporta información con gran cantidad de detalles de tipo colateral que no se limitan a las situaciones de maltrato. Esta estructuración del relato desde el punto de vista psicológico, le ofrece credibilidad. La menor no es sugestionable y verbaliza abiertamente cuando no sabe una cosa".”

Sobre las dificultades en la valoración del testimonio de los menores de edad la STS de 30 de septiembre de 2002⁷⁵ menciona:

“Cuando se trata de delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, las circunstancias de clandestinidad en que suelen ser cometidos dificultan la prueba, que suele quedar limitada a las manifestaciones de la víctima, sobre todo en aquellos casos en que el delito, ante la ausencia de violencia de cualquier clase, no ha dejado secuelas externas comprobables objetivamente. La dificultad es aún mayor cuando la víctima del delito es un menor, pues su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral en que la prueba se practica ante el Tribunal, máxime cuando, como no es anormal, ha transcurrido un período dilatado de tiempo entre los hechos, su denuncia y su enjuiciamiento. Si estas consideraciones apuntadas ya recomiendan cautela, ésta habrá de extremarse si la declaración de la víctima es la única prueba de la existencia misma del delito y si se produce en el marco de una ruptura sentimental entre los progenitores, pues no puede descartarse la utilización fraudulenta de los menores para otros fines distintos de su protección”.

Sin embargo, también encontramos alguna sentencia que hace referencia a que la declaración del menor es perfectamente valorable y no por el hecho de ser un menor se le ha de dar menor credibilidad si su relato es constante y coherente. En este sentido la ya mencionada SAP Castellón de 10 de febrero de 2003 (Sección 3ª) en su Fundamento de Derecho tercero declara que:

“ Se cuestiona la fiabilidad de las declaraciones del menor víctima [...] a partir de algunas carencias que dicen detectarse en la misma. / El testimonio de un menor de edad es perfectamente valorable. Claro es que el niño que ha sido objeto de una agresión no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos que ha vivido (STS de 4 de febrero de 1993 [RJ 1993, 934]). La validez del testimonio único inculpatario es también perfectamente utilizable, aun en los casos en que el testigo sea menor o adolezca de alguna deficiencia mental, ya que la minusvalía psíquica y la disminución intelectual de la víctima, no es obstáculo para que su testimonio pueda ser examinado y contrastado a la luz de todas las circunstancias concurrentes en el caso (STS de 4 de diciembre de 2000 [RJ 2000\10176]).” Y más tarde menciona que: *“La coherencia y forma de las declaraciones prestadas por un niño de ocho años, como es el caso, ha de ser la propia de la edad y de la inmadurez característica de dicha edad, a lo que cabe añadir que la presión a que*

⁷³ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.227.

⁷⁴ STS (Sección 1ª de la Sala de lo Penal) de 26 de octubre de 2009 (Sr. Monterde Ferrer) (TOL1.726.702; RJ 2010\112).

⁷⁵ STS de 30 de septiembre de 2002 (Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar) (TOL222.695; RJ 2002\8680).

naturalmente ha de verse sometido en un escenario judicial puede conducir a deficiencias en la estructura lógica de la narración, que si son accesorias e irrelevantes, como es el caso, no pueden servir para desvirtuar el crédito de aquellas declaraciones. Recordemos, finalmente, que han sido los peritos sicólogos quienes han informado acerca de la fiabilidad, coherencia y precisión de las manifestaciones del menor y lo detallado de su narración cuando se le piden precisiones, por lo que la conclusión judicial tiene el importante respaldo del dictamen pericial”.

Enfermedad mental o alcoholismo.

El alcoholismo, la enfermedad mental, la drogadicción o cualquier otro deterioro psíquico es un factor a ponderar en el momento en que el testigo, víctima del delito, vierte su declaración durante el acto del juicio.⁷⁶

Entre otras la STS de 16 de noviembre de 2004 (Sala de lo Penal)⁷⁷ se refiere a este tema diciendo lo siguiente:

“ (...) no es menos cierto que cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con desarrollo aún inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación, que pueden incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, y lo mismo ocurre, como en el caso enjuiciado, cuando se trata de la declaración inculpatoria de deficientes mentales [...]”. Más tarde afirma: “En relación al primer requisito, ausencia de incredibilidad subjetiva, en el caso de autos, el Tribunal de instancia valoró la declaración testifical de la víctima diagnosticada de esquizofrenia simple indiferenciada, estimando que la misma no adolece de incredibilidad a pesar de dicha enfermedad mental”. Y concluye así: “Pues bien, siendo el diagnóstico de la víctima el de esquizofrenia simple indiferenciada, la Sala valora en orden a su credibilidad la declaración del psicólogo y del psiquiatra, que siguieron la enfermedad de la misma durante varios años – incluidos aquéllos en que ocurrieron los hechos–, y hacen constar que en esa época no presentaba sintomatología activa tales como ideas delirantes y tendencia a la fabulación, que son más propias de la esquizofrenia paranoide y aunque puede coexistir, puesto que ambas son formas clínicas de la misma enfermedad, cuando la víctima ha tenido delirios o ha fabulado, su objeto no guardaba relación alguna con hechos como los enjuiciados y aunque los esquizofrénicos pueden presentar denuncias falsas, las mismas son muy apreciables y en cualquier caso, la víctima no es propensa a mentir y nunca la han visto hacerlo, de modo que los días en que relató los hechos – siendo además consciente de lo que es una relación sexual consentida y no consentida– dichos facultativos la creyeron, hallándose perfectamente lúcida y siendo su relato coherente”.

Inestabilidad emocional.

Cuando una persona padece un desequilibrio o inestabilidad emocional, derivada del acto delictivo que ha sufrido en su persona, la credibilidad de su testimonio puede quedar en entredicho, sobre todo si se advierten inexactitudes e incoherencias en sus declaraciones. Se trata de un problema a valorar por el tribunal sentenciador en cada caso concreto.⁷⁸

Por lo que se refiere a los *móviles espurios*, la jurisprudencia entiende que si la víctima declara con ánimo de vengarse del acusado, o movida por la enemistad, enfrentamiento, resentimiento, por un simple ánimo de fabulación, o por cualquier otro motivo de parecida índole, esta declaración será dudosa, y se tendrá que hacer un análisis crítico para ver si puede ser o no valorada como prueba de cargo. Encontramos un claro ejemplo de existencia de un móvil espurio en la SAP Castellón de 4 de junio de

⁷⁶ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.232.

⁷⁷ STS (Sala de lo Penal) de 16 de noviembre de 2004 (Sr. Berdugo y Gómez de la Torre) (TOL527.686; RJ 2004\8014).

⁷⁸ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.233.

2009 (Sección 2ª)⁷⁹, puesto que en el Fundamento Jurídico segundo, tras hacer una larga explicación de los criterios valorativos, menciona lo siguiente:

“Razonablemente puede empezar por cuestionarse el requisito de la ausencia de incredibilidad subjetiva. Es evidente el intenso resentimiento que la denunciante siente hacia el acusado; y que la ha llevado a declarar, a la mínima oportunidad en que ha tenido ocasión de hacerlo, que el acusado se dedica al tráfico de drogas (folios 44 y 57), así como a solicitar la privación de la patria potestad sobre la hija común por tiempo de cinco años, e incluso que la prohibición de aproximación alcance también a dicha hija común (a pesar de que, al folio 45, había reconocido que “con el bebé no se portaba mal”; y de que consta que era el acusado quien se hacía cargo de la hija menor durante la jornada laboral de la denunciante).

Asimismo, es un hecho que debe reputarse probado que la denunciante ha podido ver defraudadas las expectativas que pudo tener cuando inició la convivencia con el acusado, ya que este último no ha mantenido algunas de las pautas más elementales que, con carácter general, cabe esperar en una convivencia de pareja. Así, parece ser que el acusado no dudaba en ausentarse del hogar familiar en fines de semana o cuando le apetecía, o en mantener relaciones con otras mujeres. Con respecto a esto último, la testigo denunciante comenzó diciendo en el acto del juicio que “ella tenía sospechas, pero que nunca había visto nada”. Sin embargo, acabó reconociendo que mandó un mensaje telefónico a Mariana –con la que el acusado mantenía relación de pareja a fecha de la denuncia, según dijeron ambos–, y que también llamó por teléfono a otra chica amiga del acusado”.

Cabe matizar que los móviles espurios son preexistentes al delito, es decir, no se puede considerar como un móvil espurio el hecho de declarar como víctima de un delito contra el acusado.

Sólo cuando se advierta que la víctima trata de abusar maliciosamente de su posición y de perjudicar al acusado más allá de lo que por ley le corresponde, procederá descartar dicho testimonio. Pero hay que tener presente, que el simple hecho de ser la víctima del delito no inhabilita a nadie para declarar.⁸⁰

Este presupuesto de ausencia de incredibilidad subjetiva, ha sido limitado en su valor por la propia jurisprudencia y no debe ser determinante a la hora de valorar la efectividad probatoria de la declaración de la víctima.⁸¹ Puede suceder que cuando un delito se comete, existiera un previo conflicto entre la víctima y el autor del delito, aquí se vería incumplido el requisito de ausencia de móvil espurio, pero no por ello se ha de excluir totalmente la credibilidad de la declaración de la víctima, sobre todo si se cumplen los demás requisitos. Por tanto, de lo que se trata es de valorar todos los criterios valorativos en su totalidad, pues puede ser que uno de ellos falle, sin embargo, los otros dos tengan la fuerza necesaria para considerar válida la declaración.

IV.2.c.ii) Verosimilitud de la declaración: concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas

Este criterio ha de apreciarse atendiendo a dos aspectos fundamentales: en primer lugar, a que la declaración prestada no resulte fantasiosa o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia y, en segundo lugar, a que la declaración sea corroborada mediante datos periféricos de carácter objetivo.⁸² Es posible que el hecho central de la declaración, la comisión del delito en sí misma

⁷⁹ SAP Castellón (Sección 2ª) de 4 de junio de 2009 (Sr. Altares Medina) (TOL1.603.323; ARP 2009/958).

⁸⁰ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.235.

⁸¹ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.326.

⁸² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.: *Prueba y presunción...* ob.cit., p.272.

considerada, no pueda ser probada de otro modo que por las manifestaciones del ofendido vertidas en juicio; sin embargo, es posible que ciertos datos periféricos de la declaración sean constatados por otros medios de prueba, ya sea por testimonios de otras personas, o por la existencia de vestigios físicos como lesiones, marcas, roturas de ropa, manchas de esperma, etc., o informes periciales que ratifiquen la declaración de la víctima.⁸³ Se trata de procurar alguna prueba que corrobore y dé verosimilitud a lo manifestado por la víctima.

Por tanto, el primer aspecto fundamental a tener en cuenta en este segundo criterio valorativo es:

Que la declaración sea lógica.

Una declaración lógica es aquella que no es contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia.

Un ejemplo sobre esta exigencia es la STS de 23 de enero de 2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)⁸⁴ en la que se declara lo siguiente:

“Los epítetos de la Sala sentenciadora son rotundos: insólito, extrañeza, sorpresa y asombro, cada uno dedicado a otros tantos aspectos que le producía la declaración inculpativa de la víctima”. Añade dicha sentencia más adelante que: “los argumentos a través de los cuales el Tribunal sentenciador justificó la credibilidad otorgada a la declaración de Paloma no superan el exigible nivel de razonabilidad desde las exigencias derivadas de las máximas de experiencia, reglas de la lógica o principios científicos. La situación de estrés o las razones del porqué de la denuncia puesta por Paloma son cuestiones ajenas a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de los condenados, única cuestión que debe ser analizada. / Los dos recurrentes fueron condenados por el Tribunal sentenciador, en este control casacional hemos verificado y acreditado que el juicio de inferencia a través del cual se arribó a la certeza condenatoria expresada en el fallo no es razonable a consecuencia de haber concedido una credibilidad a la declaración de la víctima que en el presente caso, por las razones expresadas no permiten aceptar tal credibilidad, ni en consecuencia mantener la condena, en definitiva verificamos en este control casacional que no son admisibles las pautas valorativas o discursos argumentativos efectuados por el Tribunal sentenciador para otorgar credibilidad a la declaración de la víctima”.

Que existan corroboraciones periféricas.

En cuanto al segundo aspecto de este criterio, es decir, las corroboraciones periféricas objetivas, cabe distinguir entre:

Lesiones. Es reiterada la jurisprudencia que, sobre todo en materia de delitos sexuales, se refiere a las lesiones de la víctima como indicio probatorio que permite objetivar y dar verosimilitud a la denuncia de la víctima.⁸⁵ Así la STS de 8 de Mayo de 1997 (Sala de lo Penal)⁸⁶ menciona que:

“[...] de igual manera, en sentido absolutamente coincidente, se ha pronunciado esta Sala (SSTS, entre innumerables, 1180/1992, de 26 mayo (RJ 1992\4492), 2269/1992, de 28 octubre (RJ 1992\8549), 668/1994, de 28 marzo (RJ 1994\2610) y 60/1995, de 28 enero (RJ 1995\34)); pues dada la índole clandestina en que suele producirse la dinámica comisiva en estos tipos delictivos, difícil es que puedan sobreañadirse corroboraciones inculpativas de otro signo; pero la verosimilitud de la inculpativa resulta incrementada por los vestigios parcialmente acreditados del ejercicio de violencia física sobre la persona de la víctima para vencer su resistencia frente a la brutal agresión a su libertad sexual”.

⁸³ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.327.

⁸⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 23 de enero de 2007 (Sr. Giménez García) (TOL1.038.365; RJ 2007\625).

⁸⁵ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.243.

⁸⁶ STS (Sala de lo Penal) de 8 de mayo de 1997 (Sr. Montero Fernández-Cid) (TOL407.238; RJ 1997\4036).

En la anteriormente mencionada SAP Valencia de 14 de abril de 2008 (Sección 1ª) son estas lesiones las que dan veracidad a lo manifestado por la víctima, pues tal como se expresa en el Fundamento Jurídico primero:

“En efecto, la mujer desde el primer momento cuenta que el acusado le abofeteó, empujó y retorció los dedos de la mano derecha. En congruencia con ello, se cuenta con los partes de asistencia obrantes a los folios 16 y 45, extendidos a las 15,12 horas del día 20 de enero, en el que se hace constar la existencia de contusión en 5º dedo de la mano derecha e inflamación y dolor en región maxilar izquierdo (folio 45) y dolor y tumefacción en extremo distal del 5º dedo de mano derecha y dolor en mandíbula y oído (folio 16). Estos particulares aparecen confirmados por el posterior informe forense. A su vez, el acusado si bien admite la realidad de la discusión niega el empleo de violencia. No obstante la declaración de la víctima corroborada por los partes médicos vendría a demostrar la existencia del quebranto corporal compatible en todo con la versión de la mujer y sobre el que el acusado ninguna explicación creíble da, en la medida que niega toda intervención en esa agresión, sin dar una justificación sobre el acreditado resultado lesivo a salvo de decir, refiriéndose al dedo, que "eso ya lo llevaba desde antes", en la declaración efectuada en el Juzgado de Instrucción. En fin, esa corroboración es bastante para entender probada la narración de la denunciante en los particulares declarados probados”.

Declaraciones. Muchas veces tienen perfecta validez probatoria las manifestaciones de personas que han percibido algún hecho que, sin ser propiamente el hecho delictivo, tienen que ver con algún aspecto fáctico mencionado por la víctima en su denuncia, y cuya comprobación puede contribuir a dar verosimilitud o credibilidad a esa denuncia.⁸⁷

Así, la SAP de Soria de 2 de noviembre de 2001⁸⁸ se refiere a este tipo de declaraciones cuando afirma que:

“Además, la declaración de la víctima viene avalada por un conjunto de corroboraciones objetivas y de testimonios que, si bien no versan sobre el núcleo central de los hechos, sí confirman una serie de aspectos periféricos dotando de verosimilitud a dicha declaración. Así, su hermano declaró [...], que su padre y Raquel «a veces dormían juntos, aunque cada uno tenía su cama y su habitación, le parecía raro pero no les preguntó nada». La testigo [...], educadora de la «Ciudad Escuela de los Muchachos», donde se encuentra la menor [...], declaró que tuvo una reunión con los abuelos, la madre de Raquel, y la menor el 7 de enero de 2001, donde Raquel les manifestó que había tenido relaciones sexuales con su padre, pero que no lo dijo antes porque era su padre y no quería hacerle daño, y que lo hicieron desde los 13 años, en un período de dos años. Esther M. N., madre de la menor [...] confirmó haber estado en la referida reunión, y que Raquel les dijo que su padre había roto su virginidad y que hacía dos o tres años que mantenía relaciones sexuales con él. Más aún, concurren una serie de testimonios que dan fe de una serie de conductas que se han descrito en los hechos probados, y que apoyan el testimonio de Raquel: la testigo Marta Jesús O. A., manifestó que «alguna vez ha pensado que Raquel tenía relaciones sexuales con su padre, porque se sentaba en las rodillas de su padre y éste le tocaba el culo y acariciaba de una forma que no es normal entre padre e hija». Katty Alejandra P. G. declaró que «vio que tocaba a su hija de una forma que no era normal; en la verbena de Las Casas, Raquel y Manuel se comportaban como pareja, dieron un espectáculo tocándose y besándose; también ha visto cosas similares en su casa» [...]. Eloy R. G. dijo que «no le pareció normal la forma en que bailaban, le parecía excesivo; Manuel la tocaba y la besaba, iban bebidos y el alcohol se lo proporcionaba Manuel» [...]. Herminio M. A. relató que vio al procesado con su hija en el Bar Rodeo, y que «la forma de bailar no era normal, que lo hacían rozándose de forma impropia entre padre e hija, toqueteándose, que estaban embriagados y que su padre le echaba whisky con Coca Cola». Finalmente el testigo Domingo M. R. relató el episodio ocurrido en el interior del turismo del acusado a las afueras de club Panache de Soria, donde el acusado besó, acarició e hizo movimientos obscenos con su hija”.

⁸⁷ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.245.

⁸⁸ SAP Soria de 2 de noviembre de 2001 (Sr. Carnicero Giménez de Azcárate) (TOL126.419; ARP 2001\859).

Este tipo de declaraciones de vecinos del pueblo, de hermanos, de la madre... que muchas de ellas no se refieren directamente al hecho delictivo, pero sí a aspectos denunciados por la víctima, son los que dotan de credibilidad la denuncia de la víctima.

También pueden tener valor corroborador las declaraciones de los policías que acudieron al lugar donde se cometió el hecho delictivo y presenciaron algunos aspectos relacionados con el mismo.⁸⁹ Dice la STS de 26 de enero de 2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)⁹⁰ que:

“el Tribunal de instancia ha expuesto en su sentencia (Fundamentos Jurídicos 1º y 2º) los elementos probatorios que le han servido para formar su convicción inculpatoria contra este acusado: las concluyentes declaraciones de la víctima, las no menos concluyentes declaraciones de los policías nacionales que hicieron acto de presencia en el lugar donde se desarrollaba la agresión de que fue víctima la mujer, el reportaje fotográfico levantado por la policía científica del estado en que quedó la cara de la víctima, el informe del Hospital de Móstoles y el informe de sanidad emitido por el Médico Forense”.

En ocasiones es el testimonio unánime de varias víctimas lo que da credibilidad a todas las declaraciones inculpativas, e incluso finalmente, es la propia declaración del acusado la que puede contribuir a corroborar la versión de la víctima.

Pericias. Los dictámenes periciales también pueden servir para confirmar o desmentir la realidad de una determinada denuncia.

En la SAP Valencia de 8 de marzo de 2004 (Sección 1ª)⁹¹ los dictámenes periciales sirven para corroborar la acusación de la víctima:

“El testimonio de la víctima es bien descriptivo y está amparado en este caso por las heridas recibidas, bien reflejadas fotográficamente y perfectamente diagnosticadas pericialmente, tratándose pues de una agresión probada sin paliativos”.

Por el contrario, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 29 de junio de 2006 (Sección 2ª)⁹² estas pericias sirven para desmentir la acusación de la víctima:

“La declaración de la víctima debía venir corroborada en su resultado lesivo por la prueba pericial desarrollada en el juicio. Dicho resultado fue de carácter leve, no precisando asistencia médica para sanar y sobre él estructuró el Ministerio Fiscal la imputación de la falta de lesiones. La pericial médica, en defecto de penetración sexual, se debió limitar a las lesiones externas, sin que los peritos pudieran afirmar categóricamente su vinculación al acto sexual intentado, aunque manifestaron su compatibilidad. Tampoco pudieron delimitar qué lesiones se correspondían con agresión y cuales propiamente conformaban la fuerza física necesaria en el delito de agresión sexual violento”.

En esta misma sentencia tenemos un ejemplo de lo que ocurre cuando no hay corroboraciones periféricas objetivas, o más bien, cuando éstas no sirven para aclarar la comisión del delito sino que lo ponen aún más en duda y además la declaración de la víctima es dudosa, así menciona que:

“Entrando ya a analizar la declaración de la denunciante [...] debemos afirmar que no se mostró convincente y segura en el recuerdo de los hechos que exponía, presentaba serias lagunas que han suscitado dudas razonables en el tribunal, determinantes de la resolución adoptada. La propia Guardia Civil que redactó el atestado ya recogía esas mismas dudas, llegando a afirmar la «evidencia de la existencia de una presunta denuncia falsa». No podemos llegar a dichos

⁸⁹ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.245.

⁹⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 26 de enero de 2009 (Sr. Román Puerta Luis) (TOL1.448.784; RJ 2009\1387).

⁹¹ SAP Valencia (Sección 1ª) de 8 de marzo de 2004 (Sr. Castellano Rausell) (TOL434.866; JUR 2004\163603).

⁹² SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) de 29 de junio de 2006 (Sr. Astor Landete) (ARP 2006\580).

extremos, pero lo cierto es que la denunciante manifestó que no acudió a ningún centro médico y que sólo había sido observada por el médico forense, lo que desmiente la documental aportada. Si bien negó reiteradamente sufrir lipotimias, terminó reconociendo que en la juventud sí las había sufrido y que pudiera ser que el día de autos tuviera un desvanecimiento por el estrés causado. Relató la denunciante, que su esposo durante el viaje al domicilio no cesó en darle fuertes codazos y estirones de pelo y que ya en el domicilio la agredió en distintas ocasiones, antes y después de introducirla por la fuerza en la bañera. Mantiene que el procesado, para agredirla sexualmente, al menos en dos ocasiones distintas le rompió la ropa, por lo que tuvo que cambiarse sucesivamente. De dichos actos repetidos de violencia física apenas encontramos rastro en el parte de lesiones y en la pericia médica, no existiendo eritemas, erosiones o arañazos propios. Todo ello al menos cuestiona la cantidad y la intensidad de la violencia física que se dice haberse ejercido. En relación a la forma comisiva de la agresión sexual también mantuvo una postura contradictoria, pues si bien en un primer momento relataba que le separaba las piernas por la fuerza, tumbado sobre ella, en otros momentos declaró que el intento de agresión sexual fue estando él de pie, entre sus piernas, cuando ella estaba tumbada sobre su espalda". Y continuando con el tema de las pericias añade la misma que: "En relación con el delito de lesiones psíquicas objeto de las acusaciones, no se han podido objetivar en la pericia médico-forense. La pericia psicológica sí alude a ella, pero resulta que se basó en el examen de la denunciante en una sola mañana, y varios meses después, cuando ya se había formalizado la separación judicial de los cónyuges. En cualquier caso, el resultado de ansiedad severa y estrés postraumático lo asocian las peritos a un maltrato habitual, lo que no ha sido objeto de acusación, y no a un hecho acaecido en unidad de acto. / En su consecuencia nos vemos en la obligación de aplicar el principio interpretativo in dubio pro reo y dictar sentencia absolutoria del procesado por el delito de agresión sexual y por el delito de lesiones psíquicas y sentencia condenatoria por la falta de lesiones".

A veces, es muy difícil lograr corroboraciones periféricas objetivas, ya que hay determinados delitos cuya comisión se realiza en la intimidad y la única prueba que tenemos es la declaración de la víctima. En estos casos, no se restará valor a dicha declaración por esta falta de corroboraciones, sino que se tendrá en cuenta los otros dos criterios valorativos y en base a ello se tomará la decisión, es decir, si la víctima no tiene ningún móvil espurio, su declaración es lógica, persistente, sin ambigüedades y coherente se tomará su testimonio como válido para dictar sentencia condenatoria aunque no exista ninguna corroboración periférica.

IV.2.c.iii) Persistencia en la incriminación: ausencia de ambigüedades y de contradicciones

El tercer criterio valorativo que se exige a la declaración victimal es que la incriminación realizada por la víctima sea prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones.⁹³ De esta forma se redondea la verosimilitud del testimonio de la víctima y es posible valorarlo como prueba de cargo capaz de destruir la presunción de inocencia.⁹⁴

A la falta absoluta de las exigencias de este tercer criterio se refiere la ya mencionada anteriormente SAP Castellón de 4 de junio de 2009 (Sección 2ª).⁹⁵

⁹³ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.328.

⁹⁴ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.250.

⁹⁵ La misma en su Fundamento Jurídico segundo refiere lo siguiente: "Con respecto al último requisito exigido, nos parece indudable que no se puede decir que la denunciante haya hecho un relato claro y preciso, sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, y carente de contradicciones [...] / En la denuncia inicial [...] se refiere lo ocurrido el día 19 de abril de 2005, diciendo que "sobre las 10,15 horas de la mañana, cuando regresó Cándido al domicilio, comenzó a gritarla y a proferirle todo tipo de insultos a la vez que le propinaba empujones, golpes por la espalda, y a tirarle del pelo; también la amenazaba y casi la tira por las escaleras de la vivienda"; y, con respecto a lo ocurrido el día 20 de abril de 2005, no hay siquiera un relato propiamente dicho de lo ocurrido, refiriendo que sobre las 14,45, "su pareja comenzó con otro episodio violento similar a los relatados". / En la declaración prestada el día 21 de abril de 2005 en el juzgado de instrucción [...], sobre lo ocurrido el día 19 de abril tan sólo precisó "que antes de ayer le

Para entenderlo mejor, explicaremos por separado los tres aspectos que inciden en este tercer criterio valorativo.

Persistencia (sin modificaciones).

Cuando la declaración de la víctima, o de cualquier otro testigo, se reproduce o se repite materialmente en cada ocasión en que se presta ante presencia judicial, se está contribuyendo a convencer al destinatario de que dicha declaración es cierta.⁹⁶ Debe tomarse más bien en sentido negativo que positivo, esto es, no se otorga más credibilidad si las declaraciones son persistentes en el tiempo, sino que ésta se resta cuando hay contradicciones entre las distintas declaraciones en las distintas fases procesales.

A este requisito se refiere la STS de 6 de febrero de 2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)⁹⁷ cuando afirma:

“En cuanto a la persistencia en la incriminación, la sentencia destaca la coherencia y congruencia de la declaración de la víctima en el juicio oral, con la prestada en la fase instructoria. / En consecuencia la concurrencia de esos tres parámetros mínimos de contraste jurisprudencialmente establecidos por esta Sala, como pautas lógicas y criterios orientativos para fundamentar una condena penal ha quedado constatada en este caso cumplidamente, pues el relato de la menor en lo esencial fue lógico, persistente y verosímil y corroborado objetivamente por otros datos. La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatorios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones”.

También encontramos la SAP Castellón de 1 de marzo de 2005 (Sección 1ª)⁹⁸ que en relación con la persistencia en la incriminación versa así:

“La denuncia fue interpuesta nada más recibir la agresión y ser atendida médicamente de sus lesiones, habiendo mantenido aquella la misma versión del suceso en las tres declaraciones que ha prestado en la causa”.

Concreción (sin ambigüedades)

La víctima no se debe quedar en generalidades, ambigüedades o vaguedades, sino que debe especificar con precisión cuáles fueron los actos delictivos sufridos, se le

arrancó un mechón del pelo". Sobre lo ocurrido el día 20 de abril, dijo "que ayer Cándido acudió a la casa con un amigo al que le va a vender la moto y le pidió a la declarante el móvil, que ella se negó y él le dio un empujón y le quitó el móvil, que desconoce el nombre del chico que le acompañaba". Nada precisó en la declaración prestada en el Juzgado de Cádiz [...] / En el acto del juicio la testigo dijo no recordar, y ser incapaz de poder precisar lo ocurrido los dos últimos días. Dijo que el último día el acusado le dio un empujón, y ella salió corriendo. Con respecto a lo ocurrido el día anterior, dijo no poder precisar nada. Preguntada por el Ministerio Fiscal específicamente por lo que en instrucción dijo sobre el mechón de pelo, dijo que sí le arrancó un mechón, "por esas fechas", pero que no podía precisar las circunstancias. / El letrado del acusado volvió a preguntar nuevamente sobre los dos últimos incidentes, sin obtener mayores precisiones. Al intentar aclarar algunas aparentes divergencias o contradicciones (si se cayó al suelo, si le golpeó en la cabeza, si se pudo caer por las escaleras, cómo fue golpeada, ...), no fue posible aclarar todos esos extremos dudosos. Así, por ejemplo, cuando se le preguntó si intentó tirarla por las escaleras, o si pudo o estuvo a punto de caer por ellas, –tal y como se recoge en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida–, la testigo preguntó, sorprendida, que si le preguntaban si ella había intentado tirarle a él por las escaleras. Tras aclararle que la pregunta se refería a si ella fue quien pudo haber caído por las escaleras, contestó que eso fue "una vez", "otro día", "no sé"."

⁹⁶ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.250.

⁹⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 6 de febrero de 2008 (Sr. Berdugo y Gómez de la Torre) (TOL1.288.762; RJ 2008\1850).

⁹⁸ SAP Castellón (Sección 1ª) de 1 de marzo de 2005 (Sra. Diego González) (ARP 2005\297).

exige un nivel de concreción equivalente al que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de efectuar.⁹⁹ Si esto se hace así, aumentará la credibilidad que a la víctima pueda conceder el tribunal sentenciador.

Con relación a la concreción encontramos la SAP de Murcia de 29 de junio de 2009 (Sección 3ª)¹⁰⁰ que versa así:

“En efecto, las contradicciones son tan evidentes que no parece necesario hacer un análisis exhaustivo de las mismas, baste mencionar las más destacadas: en primer lugar, la denunciante no ha sido capaz de concretar ninguna fecha de estas presuntas violaciones, ni siquiera de la última acontecida antes de la presentación de la denuncia, variando considerablemente en sus distintas declaraciones la fecha de la primera de estas relaciones: en julio o agosto de 2007 [...] –según la primera versión–, finales de 2005 –según versión ofrecida en el plenario–. En segundo lugar, tampoco hay persistencia en cuanto al número de violaciones padecidas: en instrucción declaró que mantuvo relaciones con Jesús, Miguel Ángel y Rodolfo –con los tres hombres de forma sucesiva– en tres ocasiones, sin embargo en el plenario asegura que sucedió con Jesús y Miguel Ángel en una ocasión y otra vez con los tres varones(...).”

En esta sentencia queda claro lo que es la falta de persistencia en la incriminación y de concreción en los hechos (puesto que, a veces es normal que la víctima no recuerde la fecha de los hechos si estos han ocurrido hace mucho tiempo o por algún otro motivo como padecer un estado de *shock*, por tanto, se podría admitir que no recordara el día o mes exacto, pero lo que no es admisible es decir que los hechos ocurrieron en 2007 y luego manifestar que fueron en 2005, es un lapso de tiempo demasiado largo como para confundirse).

Coherencia (sin contradicciones)

La coherencia hace referencia a la ausencia de contradicción. Una declaración será coherente cuando exista conexión lógica entre sus diversas partes, esto es, que no se dé ninguna contradicción interna entre diversas partes de la declaración (coherencia intrínseca o ausencia de contradicciones internas). Por su parte, la coherencia extrínseca o ausencia de contradicciones externas hace referencia a que guarde correlación con otras declaraciones con las que, por sus propias características, ha de estar lógicamente conectada.¹⁰¹

La sentencia mencionada supra (la SAP Murcia de 29 de junio de 2009), también hace referencia a la falta de coherencia intrínseca cuando menciona que:

“En tercer lugar, se retracta Edurne en el plenario de sus declaraciones ante la Guardia Civil afirmando que “a los muchachos” –Miguel Ángel y Rodolfo– no les mostró su oposición a mantener las relaciones sexuales manteniendo una actitud activa en las mismas y, en ningún momento, les comentó que ella mantenía dichas relaciones forzada por Jesús. Lo que provocó la modificación del escrito de acusación del Ministerio Fiscal y de la propia Acusación Particular. En efecto, esta contradicción es de tal calibre que por sí misma bastaría para no proseguir con el silogismo lógico ya que en instancias anteriores expresó de forma contundente que Miguel Ángel y Rodolfo habían mantenido con ella relaciones en tres ocasiones sabiendo perfectamente que ella no quería mantenerlas”.

La ya mencionada SAP Castellón de 21 de septiembre de 2009 (Sección 2ª) también hace referencia a la coherencia intrínseca, concretamente en su Fundamento Jurídico segundo:

“Tampoco se puede decir que el testimonio de la testigo denunciante esté revestido por la virtud de la precisión, y que el mismo aporte una versión clara de lo sucedido, sin ambigüedades

⁹⁹ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.329.

¹⁰⁰ SAP Murcia (Sección 3ª) de 29 de junio de 2009 (Sra. Carrillo Carrillo) (ARP 2009/970).

¹⁰¹ CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba...* ob.cit., p.252.

ni contradicciones. En el acto del juicio se pusieron de manifiesto determinados extremos expuestos de forma poco clara por la testigo, y contradictoria en sus sucesivas declaraciones; sin que dichos extremos fueran aclarados de forma convincente. Así, la testigo tan pronto decía que "se pusieron a pegarle como unas fieras" (acto del juicio), y que "había muchas manos volando" [...], como que fueron el acusado y Belén quienes la agredieron (acto del juicio), o que fue Bernardino tan sólo quien le pegó (acto del juicio, y folio 45; tras haber dicho en ambos actos que fueron varias personas quienes la agredieron: al folio 45 dijo, tras decir que "la única persona que le pegó y reconoció fue al detenido", que "no reconoció a los demás que le pegaron"). / Tampoco queda claro si el acusado la habría golpeado con el puño o con la mano abierta; y tras ponerle de manifiesto en el acto del juicio que al folio 45 había declarado que fue golpeada "con un puñetazo, con la mano abierta", dijo que no recordaba si fue con el puño cerrado".

Por su parte, a la coherencia extrínseca se refiere la SAP de Madrid de 22 de mayo de 2003 (Sección 16ª)¹⁰² cuando menciona que:

"Precisamente el testimonio de don Roberto y el testimonio de don Francisco, refiriendo que les fueron arrebatados mediante violencia e intimidación 2.000 ó 3.000 pesetas y un reloj [...], testimonios vertidos en el acto de juicio oral con todas las garantías, es prueba de cargo de la preexistencia del dinero y del reloj, testimonios que el Magistrado del Juzgado de lo Penal ha escuchado bajo el principio de inmediación y ha considerado de «plena credibilidad», dando una versión coherente y coincidente todo lo acontecido y coincidiendo, en algunos extremos, con las propias declaraciones de alguno de los acusados. Por lo tanto, también existe prueba de cargo de la realidad de la existencia del dinero y del reloj objeto de apoderamiento por parte de los ahora acusados. / Además se aprecia la coherencia de las declaraciones de los testigos víctimas de los hechos con los hechos posteriores a lo acontecido y referidos por los funcionarios de Policía Local y Nacional que acudieron al lugar de los hechos a instancia de las víctimas".

Sin embargo, es necesario someter a cierta crítica este criterio jurisprudencial. Se tiende a pensar que los testimonios que se prestan en juicio son fiables siempre que no haya un interés en quien declara en mentir o engañar al Tribunal. Pero los resultados de los estudios que en el campo de la Psicología social se han desarrollado sobre el comportamiento de los testigos, indican que en ocasiones los procesos de formación de la memoria y posterior recuperación de los datos por parte del testigo no coinciden con las experiencias del "sentido común", sino que lo contradicen.¹⁰³ El estado psicológico de la víctima durante y con posterioridad a la comisión del hecho delictivo provoca un estado mental que imposibilita que ésta pueda reaccionar como es debido, y que puede provocar estados de bloqueo mental que le impiden recordar los hechos acaecidos con toda claridad o de modo coherente. Sin embargo, puede que posteriormente la víctima consiga acordarse de nuevos datos o clarificar sus recuerdos, desmintiendo tal vez, aspectos de la primera declaración. La jurisprudencia interpreta este cambio en las declaraciones como una falta de verosimilitud, pero las investigaciones psico-sociales nos demuestran que es perfectamente probable que aun diciendo la verdad caiga en contradicciones o incoherencias.¹⁰⁴ Todo esto pone de manifiesto la necesidad de extremar el cuidado en el interrogatorio de la víctima, pues muchas veces los criterios de la sana crítica no serán suficientes para poder valorarlos, sobre todo en el caso de víctimas especialmente influenciables. En estos casos podrá admitirse que las declaraciones de las víctimas sean interpretadas por peritos psicólogos que den algún tipo de explicación al comportamiento victimal. Además, puede ser conveniente que la Policía evite la toma de una declaración exhaustiva a la víctima en los momentos inmediatamente posteriores a la comisión del delito, más allá de lo necesario para la identificación y aprehensión del imputado, difiriendo la declaración a un momento

¹⁰² SAP Madrid (Sección 16ª) de 22 de mayo de 2003 (Sr. Ventura Faci) (TOL318.223; ARP 2003(660).

¹⁰³ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.329.

¹⁰⁴ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.330.

posterior donde el estado psicológico de la víctima se haya estabilizado y pueda exponer de un modo sereno y reflexivo sus vivencias relacionadas con la comisión delictiva.¹⁰⁵

Por tanto, como conclusión, decir que en relación a los criterios valorativos, como criterios que son, no es necesario que se den todos para que el Juez llegue a la convicción de que la víctima-testigo dice la verdad, sino que habrá casos en los que uno de ellos no se dará, pero los otros dos serán suficientes para condenar al acusado y en otros casos no lo serán. Yo creo que hay que ir analizando caso por caso, ya que nunca dos casos son exactamente iguales, y una vez nos enfrentamos a un caso en concreto, hay que ir viendo las peculiaridades y características del mismo y ver si conforme a estos criterios (tenidos en cuenta de forma general) llegamos a la conclusión de que la declaración de la víctima es prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia o no lo es. Ya que si consideramos que estos tres criterios valorativos son exigencias, y si falta uno de ellos el testimonio se considera inveraz, en los casos en que existiesen desavenencias graves de carácter previo entre ofensor y ofendido, que puedan actuar de móvil del delito, como ocurre por ejemplo en las separaciones matrimoniales, o en muchos casos de violencia de género, como veremos más adelante, sería imposible condenar al autor del delito con el testimonio sólo de la víctima, ya que uno de los criterios no se cumpliría. Esto, como acabamos de argumentar no es así, sino que se tiene en cuenta todos los criterios en su conjunto y se valoran en el caso concreto.

V. Estudio de la víctima-testigo en el ámbito de la violencia de género

V.1. Introducción a la violencia de género

El uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres.¹⁰⁶

Las iniciativas legislativas de carácter penal en materia de violencia doméstica, desde la primera de 1989 que otorgó nombre y autonomía como delito específico al “maltrato habitual”, surgieron por el impulso y las demandas formuladas inicialmente por Asociaciones de Mujeres que exigían a los poderes públicos y al sistema de justicia una intervención efectiva y adecuada para atajar las extendidas prácticas de violencia en la pareja.¹⁰⁷

La importante reforma operada por la Ley Orgánica (LO) 14/1999 de modificación del código penal y de la LECRIM en materia de protección de víctimas de malos tratos marcó un momento decisivo en la línea correcta, después de haberse desaprovechado la ocasión para esa necesaria adecuación al aprobarse el código penal de 1995 que prácticamente reprodujo la antigua descripción típica del maltrato habitual.¹⁰⁸

También la reciente reforma operada por la LO 11/2003, y las que la LO 15/2003 introduce en materia de penas para los delitos de violencia doméstica,

¹⁰⁵ FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima...* ob.cit., p.331.

¹⁰⁶ MAQUEDA ABREU, M^a L.: “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *RECPC*, 08-02 (2006) p. 2.

¹⁰⁷ ASUA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la L.O 11/2003, de 29 de septiembre”, publicado en *AA.VV., Las recientes reformas penales: algunas cuestiones recientes*, 2004, p.1.

¹⁰⁸ ASUA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos...” ob.cit, p.2.

pretenden responder también a las necesidades de ulteriores ajustes. De forma más evidente con la instauración de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica por la Ley 27/2003 se aborda una de las necesidades más acuciantes en este ámbito.¹⁰⁹

¿Por qué hacía falta una Ley de protección integral contra la violencia de género? Pues bien, las circunstancias que contribuyeron al nacimiento de esta Ley fueron: la voluntad del legislador de punir el maltrato familiar en general y la violencia contra las mujeres en particular; las estadísticas que evidenciaban que más del 90% de las víctimas de violencia doméstica eran y siguen siendo hoy en día mujeres; el sentimiento nacido bajo la constatación de la realidad, acerca de que la violencia que sufren las mujeres maltratadas, debe dejar de ser un asunto privado; y el apoyo directo e indirecto que brinda la Constitución a la lucha contra la violencia de género. Así, el artículo 10 de la CE, garantiza el derecho a la dignidad o al libre desarrollo de la persona, el artículo 15 CE, garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Pues bien, la constatación de que las mujeres víctimas de violencia de género ven negados estos derechos no puede dejar impasible ni a la sociedad ni a los poderes públicos.¹¹⁰ Sobre todo, cuando el artículo 9.2 CE menciona que:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Si ya desde la primera iniciativa legal (como hemos visto) en 1989, fue la presión de la sociedad la que condicionó que se regularan más específicamente este tipo de delitos, el creciente número de mujeres que morían a manos de sus parejas o exparejas aún promovió más esta presión social que junto con la presión de los medios de comunicación, es también un factor que influye en el nacimiento de esta Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LMPIVG).

V.2. La denuncia de los delitos de violencia de género

Los delitos que son de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, son delitos públicos.¹¹¹ Las especialidades surgen de las interioridades que convergen en ese hecho (las historias muchas veces son íntimas de las personas en conflicto, de amor, de desamor, de celos...), del entorno muchas veces secreto o cerrado en el que se comete la acción punible, de la escasez de pruebas, o de la fuerte contradicción que suele haber entre lo que alega la denunciante y el denunciado (que tiene derecho a guardar silencio, a no contestar lo que no desee responder y a no reconocerse culpable). Pero no cabe duda de que las acciones que constituyen esa categoría que denominamos “actos de violencia de género”, entran todas, sin excepción, en la categoría de delito público.¹¹²

El que sea un delito público significa que no es preceptiva la denuncia de la víctima para que se pueda perseguir el delito, esto acarrea que el Ministerio Fiscal no

¹⁰⁹ ASUA BATARRITA, A.: “Los nuevos delitos...” ob.cit, p.2.

¹¹⁰ Siguiendo el esquema del libro de CHIRINOS RIVERA, S.: *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp.13 y 14.

¹¹¹ “La violencia de género – inicia así su Exposición de Motivos el legislador- no es un problema que afecte al ámbito privado...”

¹¹² CHIRINOS RIVERA, S.: *La ley de...* ob.cit., p.36.

sólo puede denunciar, sino que debe hacerlo, cuando tenga indicios de que se ha cometido un delito de estas características.

Pueden denunciar estos delitos la propia víctima, un tercero que tenga conocimiento de los hechos, el Ministerio Público, el servicio de urgencias del hospital (en el caso de que un médico atienda a alguien que crea que ha podido ser víctima de un supuesto delito de violencia de género), y el representante legal de una menor de edad.¹¹³ Sin embargo, no pueden sino que deben de denunciar los funcionarios o empleados públicos que conocen de la comisión del delito, por razón de su profesión, cargo u oficio¹¹⁴.

Ahora bien, conviene denunciar bien los hechos, ya que muchas veces la víctima se encuentra con una gran dificultad para probar lo que asegura. De aquí deriva la importancia de hacer un buen relato de los hechos que se denuncian y que éste sea coherente, sostenible y ordenado.

De la forma como esté establecida la relación de hechos, puede depender, en gran parte, el éxito de la acusación.

V.2.a) ¿Cómo se denuncia?

El carácter íntimo de este tipo de delitos y la falta de testigos que presenciaron la agresión, hace que la denuncia de los mismos resulte difícil y compleja.

No hay modos preestablecidos de denunciar. Cualquier forma, que ponga en conocimiento la “noticia” del hecho delictivo puede servir como denuncia.¹¹⁵

Se puede denunciar a través de una llamada telefónica que ponga en conocimiento hechos que podrían ser constitutivos de este tipo de delito; por otro lado, si la Policía sospecha que se está produciendo un hecho de violencia de género, puede dar lugar a su intervención y a formar el atestado; la denuncia puede también consistir en un parte médico de un hospital que se envía al Decanato de los Juzgados, donde se pone en conocimiento que se ha atendido a una mujer que podría ser víctima de un delito de violencia de género; o puede ser la propia víctima la que vaya a Comisaría a interponer la denuncia.

V.2.b) ¿Dónde se denuncia?

Cuando la víctima decide denunciar, acudirá a la instancia policial (nacional, municipal, autonómica o Guardia Civil) que desee; a la Fiscalía o al Juzgado de Guardia o Decanato de los Juzgados.¹¹⁶

Aunque la mujer que es víctima de un delito de violencia de género puede denunciar sola, es recomendable que sea asistida por Letrado o Letrada.

La LMPIVG, en su artículo 20 otorga a las víctimas de violencia de género, que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, el derecho a la defensa y representación gratuita.

¹¹³ CHIRINOS RIVERA, S.: *La ley de...* ob.cit., p.37.

¹¹⁴ De hecho (como se ha apuntado ya *supra* III.3.a, y se matizará *infra* V.3.b), el 259 LECRIM obliga también a los particulares a denunciar, aunque en la práctica no se sancione esta omisión...

¹¹⁵ CHIRINOS RIVERA, S.: *La ley de...* ob.cit., p.38.

¹¹⁶ CHIRINOS RIVERA, S.: *La ley de...* ob.cit., p.39.

V.3. Los problemas en relación con la prueba

Los delitos de violencia de género al ocurrir, en la mayoría de los casos, en el seno del hogar familiar implican que las personas que tienen conocimiento de los hechos, es decir, los testigos, queden reducidos en muchas ocasiones sólo a la víctima, lo cual supone que en muchos casos la única prueba de la que va a poder disponer el juez para alcanzar su convicción será la declaración de ésta.

Como hemos visto anteriormente al referirnos a la declaración de la víctima-testigo en los procesos penales, la jurisprudencia considera esta declaración como prueba testifical y además puede constituirse como única prueba de cargo en la que el juez base su convicción para poder desvirtuar la presunción de inocencia. Se exigen los tres criterios valorativos exigidos en toda declaración de la víctima-testigo: a) ausencia de incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud de la declaración: concurrencia de corroboraciones periféricas objetivas y c) persistencia en la incriminación: ausencia de ambigüedades y de contradicciones (requisitos explicados ya con detenimiento anteriormente). Pero ahora toca analizar estos tres criterios en el caso concreto de la violencia de género. Así pues, el carácter relativo de los mismos debe ponerse particularmente de manifiesto en los supuestos de violencia de género en el ámbito familiar en los que la víctima atraviesa por unas relaciones personales y vitales de agresión, depresivas, que generan sentimientos contrapuestos de amor-odio para con su agresor y que la encierran en un extraño círculo vital del que difícilmente podrá salir.¹¹⁷

Por lo que respecta al primero de los criterios valorativos, en muchas ocasiones, no es de extrañar, que la víctima presente sentimientos de venganza o de resentimiento hacia el agresor, pues es normal que si durante un tiempo ha estado sometida a malos tratos tanto físicos como psíquicos, ésta tenga estos sentimientos hacia su pareja o ex-pareja. Pero esto no significa que si se da este sentimiento de enfrentamiento o venganza no se pueda ya tener en cuenta la declaración, sino que se tendrán que valorar los otros dos criterios, pues en caso contrario, todos los delitos de violencia de género en los que la única prueba fuera la declaración de la víctima quedarían impunes.

Refiriéndonos al segundo criterio valorativo, en ocasiones habrá corroboraciones periféricas objetivas que apoyen el testimonio de la víctima, en cuyo caso, éste gozará de mayor credibilidad, pero en ocasiones las corroboraciones serán mínimas, pues hay delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECRIM). En estos casos no se desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes del hecho, tal y como sostiene por ejemplo la STS de 29 de septiembre de 2003.

Por último, en relación con el tercer criterio valorativo, tal y como hemos comentado anteriormente, hay ocasiones en que por las circunstancias en las que se produce el delito, la víctima entra en estado de *shock* y es posible que en un primer momento no recuerde todo lo sucedido pero después vaya recordando cosas, por tanto, es relevante que sea persistente en la incriminación, pero también es importante tener en cuenta las posibles circunstancias a las que ha estado expuesta la víctima.

V.3.a) Modificaciones en la declaración de la víctima durante la tramitación del procedimiento

Distinto análisis merece el intento de la víctima de retirar la denuncia interpuesta, que la posible retractación en el juicio oral de las imputaciones sostenidas

¹¹⁷ FUENTES SORIANO, O: *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Iustel, Madrid, 2009, p. 127.

durante la instrucción y que la modificación, por último, del contenido de las imputaciones.¹¹⁸

Mientras que la primera situación (la retirada de la denuncia) no tiene consecuencia procesal alguna (pues el delito es público y, al margen de que la víctima pretenda retirar su denuncia y no tenga voluntad de acusar, el procedimiento continuará y la acusación será sostenida, en su caso, por el Ministerio Fiscal), en el supuesto de la posible retractación en el juicio habrá que determinar qué valor probatorio tendrán las declaraciones que se hicieron durante la instrucción del procedimiento, y en el supuesto de leves variaciones en lo que a la narración de los hechos se refiere, los criterios jurisprudenciales que antes hemos analizado (concretamente la “persistencia en la incriminación”) orientarán al juez en torno al valor probatorio que cabrá otorgar a la declaración de la víctima.¹¹⁹

Generalmente, entre la interposición de la denuncia y la celebración del juicio oral transcurre un tiempo excesivo, que en el ámbito doméstico, conlleva consecuencias especialmente perniciosas tales como la inasistencia de la víctima al acto del juicio oral o su cambio de declaración en relación con la de la fase de instrucción, o incluso que opten por acogerse a la posibilidad de no declarar que establece el artículo 416.1º LECRIM, en relación a los cónyuges.

Como en muchas ocasiones la declaración de la víctima puede ser la única prueba de cargo con la que cuente el tribunal, la actividad investigadora desplegada en la fase de instrucción adquiere una importancia decisiva en el desarrollo del juicio oral y en la posterior sentencia que se dicte; y, por ello, surge la necesidad de coordinar, a través de los “protocolos de actuación”, la actividad de todos aquellos profesionales que intervienen en la fase de investigación de un proceso por violencia de género, con el fin de elaborar un expediente instructorio completo que facilite posteriormente al tribunal claros elementos de juicio.¹²⁰

Así pues, cuando la víctima se retracte de las declaraciones que hizo en la fase de investigación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (JVM) o bien incurra en contradicciones, nada impide que dichas declaraciones sean introducidas en el juicio oral a través de su lectura en virtud del artículo 714 LECRIM. En este caso, según amplia jurisprudencia el órgano jurisdiccional tiene libertad para decidir a qué declaraciones otorga más credibilidad.

Esta libertad del tribunal sentenciador de ponderar ambas declaraciones adquiere especial relevancia en los supuestos de violencia de género en el ámbito doméstico en los que, por las razones aludidas, tan frecuentes son estas modificaciones en la declaración de la víctima. Dejar de reconocer valor alguno a las declaraciones instructoras supondría dejar sin soporte probatorio a un porcentaje demasiado importante del total de los asuntos que a este respecto se tramitan.¹²¹

Se exige, por tanto, para poder llevar las declaraciones prestadas en fase de instrucción a la fase plenaria, que las declaraciones prestadas durante la instrucción lo fueran con todas las garantías; y, en segundo lugar, que dichas declaraciones sean

¹¹⁸ FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de...* ob.cit., p. 136.

¹¹⁹ FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de...* ob.cit., p. 136.

¹²⁰ Sobre este tema habla ampliamente FUENTES SORIANO, O.: “Los protocolos de actuación: posible solución ante la dificultad probatoria de los malos tratos”, *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3, Perú, 2002, pp. 61 a 76.

¹²¹ FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de...* ob.cit., p. 136.

introducidas en el plenario mediante su lectura, tal y como recoge el artículo 714 LECRIM, para que puedan ser sometidas a contradicción y posibilitar así el derecho de defensa del acusado, ante la inmediación del órgano judicial que ha de dictar la sentencia.¹²²

En este sentido, encontramos la STS de 25 de enero de 2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)¹²³ que menciona que:

“Como hemos declarado recientemente (STS 303/2207, de 10 de abril (RJ 2007, 2447), la doctrina de esta Sala Casacional acerca de la retractación (como es de ver, entre otras, en STS 75/2006, de 3 de febrero (RJ 2006, 2764), en orden a la valoración probatoria, y como así es de ver también en la STS de 16 de octubre de 2001 (RJ 2001, 9423)), declara que cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, si la parte que formula el interrogatorio aporta el testimonio de la declaración sumarial, y ésta se incorpora al acta del juicio, el Tribunal puede contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia”.

Sin embargo, plantea mayores problemas la posibilidad de valorar la declaración policial de la víctima en aquellos supuestos en los que, en el acto del juicio oral, se retracta de la versión sostenida.

V.3.b) La exención de la obligación de declarar del artículo 416 LECRIM

El genérico deber de denunciar que pesa sobre cualquier persona conocedora de la comisión de un hecho delictivo (art. 259 LECRIM) adquiere carácter meramente potestativo en los supuestos de violencia de género en el ámbito doméstico, debido al juego de los artículos 261 y 103 LECRIM.

De conformidad con ello, la víctima de violencia de género no estará obligada a denunciar a su cónyuge (art. 261) pero sí podrá hacerlo, e incluso sostener la acusación frente a él, *ex* artículo 103.1.¹²⁴

En la práctica, es frecuente que debido a la contradictoria situación por la que atraviesan las víctimas de violencia de género en su entorno doméstico, así como el desgaste psicológico sufrido por el continuado ataque hacia su persona, en muchas ocasiones, una vez interpuesta la denuncia por la propia víctima, llegado el momento del juicio oral, ésta decide acogerse a la exención respecto a la obligación de declarar que se regula en el artículo 416 LECRIM.

Pues bien, ante la ausencia de declaración de la víctima que se acoge al artículo 416, se plantea la cuestión de si es posible traer al plenario las declaraciones sumariales vertidas durante la instrucción, mediante el mecanismo de su lectura en el acto del juicio oral previsto en el artículo 730 LECRIM. Sin embargo, el artículo 730 dice que:

“Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”.

El TS ha sido reticente a admitir tal posibilidad por considerar que el caso concreto en el que nos encontramos (es la propia voluntad del testigo de no declarar), no puede ser incluido entre las situaciones que según el artículo 730 LECRIM permiten proceder a su lectura en el plenario.

¹²² FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de...* ob.cit., p. 138.

¹²³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 25 de enero de 2008 (Sr. Sánchez Melgar) (TOL1.292.767; RJ 2008\1563).

¹²⁴ FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de...* ob.cit., p. 142.

Sobre este tema se pronuncia la STS de 10 de febrero de 2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)¹²⁵ en los siguientes términos:

“La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECRIM, en relación con el art. 416 de la LECRIM, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial”. Y continúa diciendo más adelante que: “Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECRIM, que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproducibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas –como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario– o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye”.

En el mismo sentido encontramos la STS de 12 de febrero de 2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)¹²⁶ que en su Fundamento de Derecho tercero hace referencia a la sentencia anterior cuando menciona:

“Antes de continuar, hemos de poner de manifiesto que, según resulta de nuestra Sentencia 129/2009 (RJ 2009, 446), las declaraciones sumariales de la víctima, que se acoge en el acto del plenario al derecho a no declarar contra sus parientes (entre ellos, su cónyuge), no pueden ser “reintroducidas” mediante su lectura en el juicio oral, para hacerlas ingresar válidamente en el proceso, y ser, en consecuencia, valoradas por el Tribunal sentenciador. Dicha sentencia sienta la doctrina, posteriormente seguida por otras resoluciones de este Tribunal Supremo, de que la víctima es libre de mantener o no, sus declaraciones anteriores, y si no lo hace, ni existe una situación de imposibilidad de declarar (ex art. 730), ni de contradicción (ex art. 714) con lo ya declarado, por lo que no es la posible la “reintroducción en el plenario” por esa vía indirecta”.

Como acabamos de ver, es constante la jurisprudencia del TS que exige la inasistencia física del testigo al acto del juicio oral para que sea viable la aplicación del artículo 730. Pero aún es más, puesto que en algunas sentencias de nuestro más alto Tribunal se exige, para la aplicación de dicho precepto legal, que la inasistencia del testigo se produzca tras haber agotado todas las posibilidades legales de búsqueda y localización. Como ejemplo encontramos la STS de 14 de marzo de 2003 o la STS de 19 de julio de 2005.

¹²⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 10 de febrero de 2009 (Sr. Prego de Oliver y Tolivar) (TOL1.459.585; RJ 2009\446).

¹²⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 12 de febrero de 2010 (Sr. Sánchez Melgar) (TOL1.798.203; RJ 2010\1463).

Sin embargo, encontramos distintas sentencias de Audiencias Provinciales de la Comunidad Valenciana que defienden la postura contraria, es decir, están a favor de introducir las declaraciones sumariales en el juicio oral por la vía del art. 730 LECRIM. Entre ellas encontramos la ya mencionada SAP Castellón de 20 de diciembre de 2007 (Sección 2ª) que entre sus argumentos menciona los siguientes:

"[...] si el derecho del acusado a no declarar no impide valorar las declaraciones sumariales, tratándose de un derecho fundamental, podemos afirmar, de manera razonable, que el uso de la dispensa de declarar (como opción a la declaración o a contestar a las preguntas que puedan resultar favorables) no priva de valor a las previas declaraciones prestadas con advertencia de esa misma facultad o derecho, siempre y cuando lo hayan sido en condiciones de estricta observancia de las garantías legales e introducidas en el acto del juicio con posibilidad de efectiva contradicción"[...], "la cuestión ya fue estudiada por este tribunal en la sentencia núm. 115/06, de 13-3 (JUR 2006, 290119) (Ponente: Antón Blanco, José Luis). Reproducimos a continuación algunas de las consideraciones que en ella se hicieron¹²⁷: / "En este caso lo que se plantea es la posibilidad de introducir como prueba incriminatoria el testimonio de la esposa (o en su caso otro pariente) en fase de instrucción, cuando ésta no ha declarado voluntariamente en juicio, y en caso afirmativo en qué condiciones podría hacerse válidamente tal incorporación. / Desde nuestro punto de vista, sin desconocer el criterio dispar de otras Audiencias, resulta factible tal introducción en juicio del testimonio anterior dado en fase de instrucción, como una prueba más, siempre que en ese testimonio se haya dado advertencia de la dispensa legal del art. 416 LECRIM [...], habiendo renunciado el testigo a hacer uso de la misma, y se haya respetado el principio de contradicción por medio de la presencia del Letrado defensor con posibilidad de intervenir en el interrogatorio. / El medio de introducción en el juicio como prueba valorable es el art. 730 LECrim. / A nuestro modo de ver la dispensa que concede el art. 416 LECrim [...] no aparece concebida para proteger al reo, sino para evitar al testigo pariente el doloroso trance de tener que soportar el conflicto personal entre la común obligación de declarar de toda persona colaborando con la justicia, y el apego y natural afecto que se profesa al acusado deseándose que sea absuelto. / Se trata por lo tanto de un derecho personal del testigo, jamás del reo quien tiene su propio derecho a no declarar"¹²⁸. Más adelante menciona que: "Por otro lado, no convendrá perder de vista el ámbito de origen en el que impera dominante el agresor de género, sometiendo como auténticas víctimas a posibles denunciadores y testigos de sus hechos. No puede faltar la idea del porqué comúnmente se producen las retractaciones o los sobrevenidos silencios de las supuestas víctimas cuando han de testificar pasado un tiempo. Es, en no pocos casos, sólo la muestra de la continuación del sometimiento padecido" [...] "E insistimos en que este planteamiento resulta especialmente indicado cuando el testigo pariente es víctima del delito, dentro del ámbito de la denominada violencia doméstica y de la violencia de género. En dicho ámbito, la complejidad de los intereses afectados en la relación familiar subyacente, hace que no sean infrecuentes las reconsideraciones y retractaciones del testigo víctima respecto de su voluntad de denunciar y de declarar. Pero, estando la denuncia ya presentada, y partiendo de una declaración sumarial incriminatoria, practicada con todas las garantías, la propia seriedad del proceso y la configuración del delito como delito público, hacen que no se pueda atribuir al testigo víctima una completa disponibilidad sobre el objeto del proceso como la que se produciría caso de que no se atribuyera relevancia probatoria alguna a la anterior declaración".

La SAP Castellón de 13 de marzo de 2006 (Sección 2ª) además de utilizar, como ya he dicho, idénticas palabras que la sentencia mencionada supra, introduce un párrafo que creo que es digno de analizar, dicho párrafo es el siguiente:

"No puede obviarse que lo declarado voluntaria y válidamente en la fase de preparación de la vista, y que determina la progresión hacia la misma, es diligencia que existe y que merece la calificación de sumarial; y por otra parte es evidente que si no se puede reproducir en juicio es por causa ajena a la voluntad de las partes, pues ha dependido de la voluntad del testigo, de no prestarse a su reproducción. A buen seguro que las partes al acudir al juicio, tenían intención de interrogar a la testigo sobre las circunstancias que antes había expuesto en la denuncia y después

¹²⁷ Idéntica remisión se hace en la SAP Castellón (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2006 (JUR 2007\76488).

¹²⁸ Idénticas palabras utiliza la SAP Castellón (Sección 2ª) de 13 de marzo de 2006 (JUR 2006\290119).

en su declaración. En realidad ya lo habían hecho en las diligencias urgentes, pero podían hacerlo en juicio. Si no lo pudieron finalmente hacer fue por la utilización de la dispensa, pero – se insiste– ello no saca ni invalida la declaración anterior del sumario. El derecho de la testigo no alcanza a tanto”.

Pues bien, creo que este párrafo merece ser analizado, puesto que, está claro que es la propia voluntad de la parte el motivo de no comparecer, y esta sentencia deja entrever que la voluntad no es de la parte. Pues bien, ¿de quién es entonces la voluntad si el testigo-víctima es justamente la parte demandante? Pienso que por querer defender esta postura, se ha llegado a una conclusión absurda. Yo estoy completamente de acuerdo con la actitud que mantiene el alto Tribunal de que no se puedan introducir las declaraciones sumariales por la vía del art. 730 LECRIM, pues de la lectura del mismo queda claro que las causas han de ser independientes a la voluntad de las partes, y que la víctima-testigo del delito se acoja al derecho de no declarar es fruto de su voluntad, por tanto, si defendemos la postura contraria, estaríamos yendo contra la letra de la Ley. Otra cuestión distinta es que, tal y como menciona alguna sentencia, esa voluntad de no querer declarar sea libre o que la víctima esté condicionada por su pareja, cosa que en muchos casos puede ocurrir, pero no creo que la solución para acabar con ello sea decir que sí se podrán tener en cuenta las declaraciones sumariales, sino que lo que hay que hacer es poner muchos más medios de atención, asistencia y protección a las víctimas para que éstas se sientan amparadas y protegidas y no tengan miedo de seguir declarando en contra de su agresor.

Por otro lado, hay sentencias que consideran que en el caso en el que fue la propia víctima quien interpuso la denuncia puede entenderse perfectamente que ejerció una renuncia tácita frente a la posibilidad que le brinda el artículo 416 LECRIM de no declarar contra su marido.

En este sentido encontramos la STS de 23 de Marzo de 2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)¹²⁹ que se pronuncia sobre esta posibilidad en el siguiente sentido:

“Es por ello indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho. Es fácil entender que el ejercicio de esa dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el Juez instructor, sino también por la Policía (SSTS 385/2007, 10 de mayo (RJ 2007, 3261) y STS 1128/2004, 6 de octubre (RJ 2005, 4145) recordando esta Sala que, en caso de renuncia, ésta ha de resultar “concluyentemente expresada”, incluso en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (STS 662/2001, 6 de abril (RJ 2001, 3350))). Pero también hemos dicho que en aquellos casos en los que el pariente es la propia víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia “advierte claramente su voluntad espontánea de declarar” (STS 326/2006, 8 de marzo (RJ 2006, 1905)). Dicho en palabras de la STS 625/2007, 12 de julio (RJ 2007, 5109), “...cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal, no es aplicable el art. 416.1º LECRIM que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas”. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciante espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección. La valoración de las declaraciones de la víctima por parte del Tribunal en lo que respecta a la inculpación del autor, en consecuencia, no debería haber dependido de la forma en la que las mismas fueron obtenidas, sino de los principios generales que rigen al respecto. / En el presente caso, las víctimas declararon en el Juzgado de instrucción, donde se les hizo el ofrecimiento de acciones, compareciendo posteriormente ante el propio Juez para decir que deseaban retirar la denuncia y

¹²⁹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de Marzo de 2009 (Sr. Marchena Gómez) (TOL1.499.111; RJ 2009\3062).

ejercer su derecho a no declarar en contra de su pariente. La legitimidad de esa actitud era incuestionable. Sucede, sin embargo, que en el acto del juicio oral, cuando conocían perfectamente la ausencia de todo deber de declarar –arts. 416.1 y 707 LECRIM– no pusieron obstáculo alguno a su testimonio. Trataron, eso sí, de alterar lo que en su momento habían declarado ante el instructor. Pero esa declaración de complacencia se incorpora al material probatorio a valorar por el Tribunal a quo, en sí mismo y en su valoración contrastada con el resto de los testimonios prestados durante la fase de investigación”.

Esta sentencia es digna de analizar con detenimiento, pues en primer lugar, dice que ya la Policía debe poner en conocimiento del testigo la dispensa del artículo 416.1º de la LECRIM, cuando dicho artículo en su párrafo segundo menciona que:

“El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”.

Por tanto, ésta es una advertencia que debe hacer el Juez, pero la ley nada dice sobre la declaración ante la Policía. De otro lado, el artículo 416 no sólo contiene una dispensa para aquellos testigos que no son víctimas del delito, pues sólo dice: *“El Juez instructor advertirá al testigo...”*, sin embargo, en ningún momento dice la ley que por el hecho de ser también víctima del delito, ya no puedes acogerte a dicha dispensa, por tanto, las conclusiones a las que llega esta sentencia, a mi juicio, van en contra del articulado de la Ley, y mientras ésta no se modifique, si es que en algún momento ocurre esto, no tendrían que ser consideradas como válidas.

De otro lado, si en algún momento se llegara a modificar este artículo y en los casos en que presentara la denuncia la víctima se entendiera que ésta ya no tiene derecho a acogerse a dicha dispensa, desde mi punto de vista, tampoco sería una solución al problema, puesto que la víctima perdería un derecho que está protegido en el artículo 24.2 párrafo segundo de la CE que dice que: *“La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*, y además, se obligaría a la víctima a declarar, pero perfectamente puede desdecirse de lo que dijo en fase sumarial y decir todo lo contrario, en cuyo caso, tampoco pondría fácil al Tribunal Sentenciador la valoración de la prueba. Y es más, según datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, tan sólo el 8% de las denuncias son presentadas por la víctima, por lo que esta solución sería aplicada, en caso de que algún día llegase a modificarse, en muy pocos casos.

Este tema está siendo objeto de debate y reflexión en el seno de la Subcomisión de Violencia de Género creada dentro de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados. En las comparecencias de expertos llamados a informar al respecto, se ha propuesto también la posibilidad de que la declaración de la víctima de violencia de género durante la instrucción se tome siempre como prueba anticipada, ante la presencia del juez instructor y con todas las garantías. Siendo ello así, se evita la necesidad de que declare posteriormente en el acto del juicio oral y con ello, además, se merma el efecto victimizador que la tramitación del proceso, inevitablemente, genera sobre la víctima.¹³⁰

¹³⁰ Posibilidad planteada por D. Vicente Magro Servet en su comparecencia, como experto, ante la subcomisión de Violencia de Género del Congreso de los Diputados, el 17 de marzo de 2009. En ella planteó la conveniencia de introducir un nuevo párrafo al artículo 777 a partir del cual la lectura de las declaraciones de la víctima en el acto del juicio oral tendría pleno encaje legislativo. Su propuesta consistiría en añadir un segundo párrafo al número 2 del artículo 777, con el siguiente tenor literal: “Se procederá del mismo modo cuando se trate de víctimas de violencia de género, para lo cual tendrá el valor de prueba preconstituida la declaración llevada a cabo ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer con

Desde mi punto de vista, darle a estas declaraciones la consideración de prueba anticipada no es una decisión acertada, pues no se trata de una prueba que sea irreproducible ni tampoco imposible de ser practicada en el juicio oral, sino que se le daría tal consideración, sólo por el hecho de que así la víctima nunca podría retractarse o acogerse a su derecho a no declarar, y con una simple declaración ya tendríamos la prueba para poder condenar. Pero, además, desde mi humilde opinión, el convertirla en una prueba preconstituida va en contra de uno de los tres criterios valorativos para poder dar credibilidad a la declaración de la víctima, pues el hecho de que no tenga que volver a declarar en el juicio oral, conlleva que se limitará la “persistencia en la incriminación” y se tendrá que dar más valor a los otros dos criterios, y como ya hemos visto, en muchas ocasiones, sí existe un móvil espurio (ya sea, resentimiento o venganza) que pudiera motivar la actuación de la víctima, por tanto, si también se nos queda un poco coja la persistencia en la incriminación, esta solución considero que sería bastante improductiva.

Por otro lado, encontramos sentencias que hacen referencia al hecho de que si el Juez no advierte a la víctima de la dispensa que tiene de declarar de conformidad con el artículo 416.1º LECRIM, dicha declaración no se podrá tener como válida, por no haberse prestado con todas las garantías debidas.

En este sentido, encontramos la STS de 20 de enero de 2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)¹³¹:

“...las declaraciones prestadas contra el procesado por los parientes que señala la ley, sin la previa advertencia prevista en el artículo 416 de la LECRIM, en cuanto que no han sido prestadas con todas las garantías, deben reputarse nulas y no pueden utilizarse válidamente como prueba de cargo por la vía del artículo 714 de la misma Ley. En estos casos, las únicas declaraciones válidas son las prestadas una vez que ha sido informado de su derecho a no declarar contra el procesado”.

Esta misma sentencia, también hace referencia a otro requisito que la jurisprudencia ha ido acotando para que la declaración de la víctima pueda acogerse a la exención de declarar que nos ocupa. Dicho requisito que también refleja la sentencia anteriormente mencionada es que, para que dicha exención sea aplicable, la relación de convivencia entre víctima y agresor ha de permanecer en el momento del juicio. Por tanto, si llegado el acto del juicio oral la convivencia entre ambos hubiera cesado, no puede el Tribunal plantear a la víctima la posibilidad de acogerse a la exención de no declarar prevista en el artículo 416 LECRIM, frente a la obligación general del artículo 410; en tal caso, la víctima queda obligada pues a declarar conforme a la regla general.

En palabras de la STS de 20 de enero de 2009:

“...la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 8 de abril de 2008 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)¹³² cuando menciona:

todas las garantías procesales y facilitándose la debida contradicción para su eficacia como prueba en el plenario”.

¹³¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) (Sr. Colmenero Menéndez de Luarca) de 20 de enero de 2009 (TOL1.441.121; RJ 2009\1383).

¹³² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) (Sr. García Pérez) de 8 de abril de 2008 (TOL1.303.038; RJ 2008\1726).

“Esta Sala viene asimilando, al seguir la línea marcada por varios artículos del Código Penal que cita el Tribunal a quo, la convivencia more uxorio con el matrimonio, a los efectos del art. 416.1º LECRIM; aduciendo al respecto que la dispensa resuelve el conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en al equiparada. Pero, en consonancia con tal argumento, supedita la dispensa a que la situación de pareja persista al tiempo del juicio - así aparece claramente en la sentencia de 22/2/2007 (RJ 2007, 1558). / En la resolución de la Audiencia se hace constar que María Teresa declara que había sido pareja de hecho del acusado "conviviendo juntos" durante cuatro años. Lo que quiere decir que ya no lo era al tiempo del juicio, sin que haya alusión alguna a que el cese fuera temporal”.

En esta sentencia sucede que tras la absolución del agresor por falta de pruebas al acogerse la víctima a la exención de declarar que le planteó el Tribunal, el Ministerio Fiscal recurrió en casación la sentencia de instancia alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE al haber sido privado de una prueba previamente admitida, produciéndole así indefensión.

Por último, encontramos sentencias que hacen referencia al hecho de que las relaciones de convivencia se equiparan a la relación conyugal. En esta línea la STS de 22 de febrero de 2007 (Sala de lo Penal, Sección 1ª)¹³³ menciona que:

“Si bien no consta en el factum, en la argumentación de la sentencia –FJ primero–, se afirma que la relación de convivencia continúa, considerándose la víctima como pareja de hecho, bien que físicamente esta convivencia no puede existir por la situación de prisión por esta causa en la que se encuentra el recurrente desde el día 26 de abril de 2005, en cuya situación continúa; en este sentido se recoge en dicho FJ citado que en el último trimestre del 2005 mantuvo «vis a vis» con el recurrente. Más aún en su declaración en el Plenario que tuvo lugar el 20 de abril de 2006 se acogió al derecho de no declarar de conformidad con el art. 416 LECRIM, lo que fue admitido por el Tribunal sentenciador en una interpretación que asimilaba la relación de convivencia declarada por la víctima con el recurrente a la relación conyugal que se cita en el art. 416 de la LECRIM con la consecuencia de aceptarle la dispensa de declarar en el Plenario. Realmente esta cuestión y decisión del Tribunal de la Audiencia que fue cuestionada y protestada por el Ministerio Fiscal, ha quedado extramuros del ámbito del control casacional ya que no ha sido motivo de recurso, no obstante ello, debemos declarar expresamente que actuó correctamente la Audiencia al equiparar a la relación conyugal la de convivencia de hecho declarada y proclamada por la víctima en el Plenario, bien que por la situación de prisión no pudiera ser completa”.

Y, para terminar, no puede olvidarse, en todo caso, que el hecho de que una víctima se acoja a la posibilidad legal de no declarar contra su agresor, en modo alguno supone que se emita una sentencia absolutoria. Pues, aunque es cierto que en la mayoría de los casos la declaración de la víctima es la fuente de prueba trascendental, no siempre es la única fuente de prueba existente, y no olvidemos que el Ministerio Fiscal siempre tendrá la posibilidad de seguir con la acusación. Por todo ello, a la vista de la totalidad de la prueba practicada en el acto del juicio oral, el juez decidirá el sentido de la sentencia.¹³⁴

¹³³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) (Sr. Giménez García) de 22 de febrero de 2007 (TOL1.050.648; RJ 2007\1558)

¹³⁴ FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de...* ob.cit., p. 149.

VI. Conclusiones

Tras el estudio del papel procesal de la víctima en su condición de testigo llegamos a las siguientes conclusiones:

- Está claro que la víctima declara en condición de testigo, puesto que no se ha creado ninguna figura específica, sin embargo, es un testigo cualificado, cuyas declaraciones estarán sometidas a tres criterios valorativos (credibilidad, verosimilitud y persistencia) para decidir si constituyen prueba de cargo válida.
- También hemos hecho hincapié a lo largo de la exposición en que no se trata de tres requisitos que se han de dar necesariamente y en el caso de que uno no se dé ya no resulta fiable la declaración de la víctima; sino que se trata de tres criterios valorativos que han de ser ponderados en su conjunto y vistos caso a caso, para así poder llegar a una solución más adecuada y certera sobre el asunto.
- Estos criterios valorativos en los casos de violencia de género se han de valorar de manera un poco diferente, pues es común que entre víctima y acusado exista un enfrentamiento o sentimiento de venganza, y no por ello, se debe privar de veracidad a la declaración de la víctima, sino que se han de ver los otros criterios y valorar si todos en su conjunto aportan veracidad o no a la declaración de la víctima y ésta puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.
- Hay ciertos delitos que por sus especiales características no dejan huellas o vestigios y es difícil encontrar corroboraciones periféricas objetivas, pues bien, argumentando esto, es posible llegar igualmente a la convicción de que la declaración de la víctima merece credibilidad aunque no existan o sean mínimas las corroboraciones periféricas, a través de la valoración de los otros dos criterios.
- Ya centrándonos en el caso de qué ocurre cuando la víctima-testigo se acoge a la exención de no declarar del artículo 416.1º LECRIM, recalcar, en primer lugar, que no creo que por medio del artículo 730 LECRIM, se pueda llevar al juicio oral las declaraciones vertidas en fase sumarial, pues, no se da la imposibilidad de alguna de las partes de comparecer al acto de juicio oral ni de practicarse en el mismo la prueba, además el hecho de que la víctima comparezca al acto y una vez allí se acoja a la dispensa es del todo incompatible con tal artículo.
- Sin embargo, y a pesar de ello, hemos visto, que las Audiencias Provinciales de nuestra Comunidad Autónoma (y en concreto, la Audiencia Provincial de Castellón) son propensas a admitir que por medio del artículo 730 LECRIM se puedan llevar al juicio oral las declaraciones dadas en fase sumarial. Repetimos una vez más, que vemos mucho más acertada la posición que adopta el TS de no admitir tal posibilidad.
- La solución defendida en alguna sentencia, según la cual en el caso de que sea la propia víctima la que denuncie el delito no se debe aplicar el artículo 416 considero que no es una solución acertada. Por un lado, se priva a la víctima de un derecho que tiene reconocido, y por otro lado, no es una solución que vaya a servir de mucho, pues esta solución va contra el tenor literal de la Ley, ya que la misma no dice nada de que por el hecho de ser víctima del delito se te pueda privar del derecho de no declarar contra tu cónyuge o ex-cónyuge. La solución acertada, desde mi punto de vista, sería por un lado, que los poderes públicos hagan un esfuerzo no sólo legislativo (que ya se ha hecho parcialmente a través

de la LOMPIVG), sino también divulgativo (a través de la televisión, prensa, radio...) para potenciar la concienciación de las víctimas respecto de la importancia de mantener la denuncia como única vía posible para erradicar los malos tratos. Y por otro lado, que tanto los poderes públicos como las administraciones competentes integren todos los recursos humanos y materiales que estén a su alcance para conseguir una buena atención a la víctima que mitigue al máximo la inevitable victimización secundaria que la tramitación del procedimiento va a causar en ella, y que esto no influya en su decisión de no declarar contra el agresor. Es decir, lo que de verdad hace falta son más medidas de protección a la víctima que sean realmente eficaces, puesto que, aunque tenemos la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de Diciembre de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, su aplicación práctica es muy deficiente, por ello, hacen falta más medidas como pudiera ser crear programas de asistencia a víctimas y testigos, que procuren ofrecer servicios para eliminar sus reticencias a colaborar con el sistema de justicia penal y asegurar su protección, seguridad e intimidad.

VII. Especial referencia a la jurisprudencia (sistematización con particular atención a las Audiencias de la Comunidad Valenciana)

- 1) Principio de inmediación: SAP Castellón de 1 de marzo de 2005 (Sección 1ª); SAP Valencia de 1 de octubre de 2009 (Sección 1ª); SAP Alicante de 18 de julio de 2008 (Sección 1ª); SAP Alicante de 28 de diciembre de 2007 (Sección 1ª); SAP Alicante de 28 de junio de 2005 (Sección 7ª); SAP Castellón de 23 de septiembre de 2009 (Sección 2ª); SAP Castellón de 4 de junio de 2009 (Sección 2ª); SAP Castellón de 10 de febrero de 2003 (Sección 3ª); SAP Valencia de 10 de abril de 2008 (Sección 4ª); SAP Valencia de 3 de abril de 2008 (Sección 2ª) y SAP Valencia de 10 de octubre de 2002 (Sección 3ª).
- 2) Contradicciones entre las declaraciones sumariales y plenarios: SAP Alicante de 22 de julio de 2009 (Sección 1ª); SAP Alicante de 14 de julio de 2009 (Sección 1ª); SAP Alicante de 13 de diciembre de 2007 (Sección 1ª) y SAP Alicante de 16 de septiembre de 2004 (Sección 7ª).
- 3) Declaración de la víctima:
 - a. considerada prueba testifical: la STS de 27 de febrero de 1995 (Sala de lo Penal) y la SAP Valencia de 14 de abril de 2008 (Sección 1ª).
 - b. La sola declaración de la víctima del delito es base suficiente para fundamentar una declaración de culpabilidad: la SAP Girona de 5 de diciembre de 1997 (Sección 3ª) y la SAP Alicante de 28 de junio de 2005 (Sección 7ª).
- 4) Los criterios valorativos:
 - a. Son simples directrices, son criterios orientativos: SAP Madrid de 1 de julio de 2005 (Sección 6ª) y SAP Castellón de 10 de febrero de 2003 (Sección 3ª).
 - b. En general: la SAP Castellón de 1 de marzo de 2005 (Sección 1ª); la SAP Valencia de 14 de abril de 2008 (Sección 1ª); la SAP Valencia de 8 de marzo de 2004 (Sección 1ª); la SAP Alicante de 28 de junio de 2005 (Sección 7ª); la SAP Castellón de 4 de junio de 2009 (Sección 2ª); la

SAP Castellón de 10 de febrero de 2003 (Sección 3ª) y la SAP Castellón de 21 de septiembre de 2009 (Sección 2ª).

5) Dispensa de declarar del artículo 416 LECRIM

- a. Dispensa de declarar del artículo 416 LECRIM y posible introducción o no de las declaraciones sumariales por vía del artículo 730 LECRIM: la STS de 10 de febrero de 2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª); la STS de 12 de febrero de 2010 (Sala de lo Penal, Sección 1ª); la SAP Castellón de 20 de diciembre de 2007 (Sección 2ª); la SAP Castellón de 13 de marzo de 2006 (Sección 2ª).
- b. La dispensa sólo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración: la STS de 20 de enero de 2009 (Sala de lo Penal, Sección 1ª).

VIII. Bibliografía citada y Jurisprudencia analizada

ASUA BATARRITA, A: "Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la L.O 11/2003, de 29 de septiembre", publicado en AA.VV., *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones recientes*, 2004.

CHIRINOS RIVERA, S.: *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: cuestiones prácticas y básicas en torno a la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CLIMENT DURAN, C.: *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

COBO DEL ROSAL, M.; QUINTANAR DÍEZ, M.; ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: *Derecho Procesal Penal Español*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M: *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005.

FERREIRO BAAMONDE, X.: *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.

FUENTES SORIANO, O.: "Los protocolos de actuación: posible solución ante la dificultad probatoria de los malos tratos", *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, nº 3, Perú, 2002.

FUENTES SORIANO, O.: *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Iustel, Madrid, 2009, p. 127.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2004.

GRACIA MARTÍN, L.: "Consideraciones en cuanto a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito", *RDPC*, 1998, núm. 1, pp. 238-241.

MAQUEDA ABREU, Mª L.: "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social", *RECPC*, 08-02 (2006).

MONTÓN REDONDO, A.; MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.L.; BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

O.N.U.: Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Declaración sobre las víctimas), 1985.

SANZ HERMIDA, A. Mª: *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

STC (Sala Primera) de 15 de enero de 2007 (Sr. Aragón Reyes) (TOL1.032.872; RTC 2007\10).

STC (Sala Primera) de 31 de Enero de 2000 (Sr. Garrido Falla) (RTC 2000\16).

STC de 28 de octubre de 2002 (Sr. Cachón Villar) (RTC 2002\195).

STC de 7 de julio de 1988 (Sr. Leguina Villa) (RTC 1988\137).

STS (Sección 1ª de la Sala de lo Penal) de 26 de octubre de 2009 (Sr. Monterde Ferrer) (TOL1.726.702; RJ 2010\112).

STS (Sala de lo Penal) de 16 de noviembre de 2004 (Sr. Berdugo y Gómez de la Torre) (TOL527.686; RJ 2004\8014).

STS (Sala de lo Penal) de 27 de febrero de 1995 (Sr. Hernández Hernández) (TOL405.531; RJ 1995\5344).

STS (Sala de lo Penal) de 8 de mayo de 1997 (Sr. Montero Fernández-Cid) (TOL407.238; RJ 1997\4036).

STS (Sala de lo Penal) de 9 de junio de 1993 (Sr. Conde-Pumpido Ferreiro) (TOL399.630; RJ 1993\4948).

- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) (Sr. Colmenero Menéndez de Luarca) de 20 de enero de 2009 (TOL1.441.121; RJ 2009\1383).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) (Sr. García Pérez) de 8 de abril de 2008 (TOL1.303.038; RJ 2008\1726).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) (Sr. Giménez García) de 22 de febrero de 2007 (TOL1.050.648; RJ 2007\1558)
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 10 de febrero de 2009 (Sr. Prego de Oliver y Tolivar) (TOL1.459.585; RJ 2009\446).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 12 de febrero de 2010 (Sr. Sánchez Melgar) (TOL1.798.203; RJ 2010\1463).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 23 de enero de 2007 (Sr. Giménez García) (TOL1.038.365; RJ 2007\625).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 25 de enero de 2008 (Sr. Sánchez Melgar) (TOL1.292.767; RJ 2008\1563).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 26 de enero de 2009 (Sr. Román Puerta Luis) (TOL1.448.784; RJ 2009\1387).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 6 de febrero de 2008 (Sr. Berdugo y Gómez de la Torre) (TOL1.288.762; RJ 2008\1850).
- STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 23 de Marzo de 2009 (Sr. Marchena Gómez) (TOL1.499.111; RJ 2009\3062).
- STS de 20 de octubre de 1997 (Sr. Bacigalupo Zapater) (RJ 1997\9403).
- STS de 30 de septiembre de 2002 (Sr. Colmenero Menéndez de Luarca) (TOL222.695; RJ 2002\8680).
- SAP Alicante (Sección 1ª) de 13 de diciembre de 2007 (Sr. Facorro Alonso) (TOL1.799.610; JUR 2008\109177).
- SAP Alicante (Sección 1ª) de 14 de julio de 2009 (Sr. Gil Martínez) (JUR 2009\472437).
- SAP Alicante (Sección 1ª) de 17 de diciembre de 2007 (TOL1.799.621; JUR 2008\108960).
- SAP Alicante (Sección 1ª) de 18 de julio de 2008 (Sr. Dura Carrillo) (JUR 2009\5362).
- SAP Alicante (Sección 1ª) de 22 de julio de 2009 (Sr. Dura Carrillo) (JUR 2009\472089).
- SAP Alicante (Sección 1ª) de 28 de diciembre de 2007 (TOL1.799.628; JUR 2008\116499).
- SAP Alicante (Sección 7ª) de 28 de Junio de 2005 (TOL1.275.754; JUR 2008\277904).
- SAP Alicante (Sección 7ª) de 16 de septiembre de 2004 (Sra. Serrano Ruiz de Alarcón) (TOL1.277.359; JUR 2008\278216).
- SAP Alicante (Sección 7ª) de 28 de junio de 2005 (Sr. Jiménez Morago) (TOL1.275.754; JUR 2008\277904).
- SAP Castellón (Sección 1ª) de 1 de marzo de 2005 (Sra. de Diego González) (ARP 2005\297).
- SAP Castellón (Sección 1ª) de 1 de marzo de 2005 (Sra. Diego González) (ARP 2005\297).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 13 de marzo de 2006 (JUR 2006\290119).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 13 de marzo de 2006 (Sr. Antón Blanco) (JUR 2006\290119).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 17 de octubre de 2006 (JUR 2007\76488).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 20 de diciembre de 2007 (Sr. Altares Medina) (ARP 2008\277).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 21 de septiembre de 2009 (JUR 2009\498529).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 23 de septiembre de 2009 (Sr. Altares Medina) (JUR 2009\498449).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 4 de junio de 2009 (Sr. Altares Medina) (TOL1.603.323; ARP 2009\958).
- SAP Castellón (Sección 2ª) de 4 de junio de 2009 (TOL1.603.323; ARP 2009\958).
- SAP Castellón (Sección 3ª) de 10 de febrero de 2003 (Sr. Marco Cos) (ARP 2003\8).
- SAP Castellón (Sección 3ª) de 10 de febrero de 2003 (Sr. Marco Cos) (ARP 2003\8).
- SAP Girona (Sección 3ª) de 5 de diciembre de 1997 (Sr. Lacaba Sánchez) (ARP 1997\1967).
- SAP Madrid (Sección 16ª) de 22 de mayo de 2003 (Sr. Ventura Faci) (TOL318.223; ARP 2003\660).
- SAP Madrid (Sección 27ª) de 3 de diciembre de 2007 (Sra. Pérez Marugán) (JUR 2008\55707).
- SAP Madrid (Sección 6ª) de 1 de julio de 2005 (Sr. Serrano Gassent) (TOL771.710; JUR 2005\253814)
- SAP Murcia (Sección 3ª) de 29 de junio de 2009 (Sra. Carrillo Carrillo) (ARP 2009\970).
- SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) de 29 de junio de 2006 (Sr. Astor Landete) (ARP 2006\580).
- SAP Soria de 2 de noviembre de 2001 (Sr. Carnicero Giménez de Azcárate) (TOL126.419; ARP 2001\859).
- SAP Valencia (Sección 1ª) de 1 de octubre de 2009 (Sra. Melero Villacañas-Lagranja) (TOL1.744.259; JUR 2009\498084).
- SAP Valencia (Sección 1ª) de 14 de abril de 2008 (Sr. Huerta Garicano) (TOL1.328.818; JUR 2008\188552).
- SAP Valencia (Sección 1ª) de 8 de marzo de 2004 (Sr. Castellano Rausell) (TOL434.866; JUR 2004\163603).

SAP Valencia (Sección 2ª) de 3 de abril de 2008 (TOL1.328.780; JUR 2008\189524).

SAP Valencia (Sección 3ª) de 10 de octubre de 2002 (Sr. Vera Llorens) (JUR 2003\112576).

SAP Valencia (Sección 4ª) de 10 de abril de 2008 (Sr. Megía Carmona) (TOL1.328.724; JUR 2008\188910).

..ReCrim2012..

VIOLENCIA SOBRE LOS ADULTOS MAYORES: INCIDENCIA ACTUAL EN CUBA

Celín Pérez Nájera

Doctora en Ciencias Jurídicas – Especialista en Derecho Penal
Profesora de Criminología de la Facultad de Derecho en la Universidad de Ciego de Ávila (Cuba)
Presidenta del Capítulo de Derecho penal de la provincia de Ciego de Ávila*

violencia – adulto mayor – social – comunitario – intrafamiliar
violence – bigger adult – social – community – interfamilial

En el desarrollo de este artículo analizamos la violencia sobre los adultos mayores, fundamentando la visión teórico-doctrinal del fenómeno y desarrollando criterios clasificatorios de los ambientes sociales de ocurrencia de la manifestación nociva estudiada, entornos que se organizan en tres niveles socio-ecológicos de incidencia: el contexto social, comunitario e intrafamiliar.

Estudiamos al adulto mayor a partir del envejecimiento poblacional, como un problema real y de envergadura, así como las cifras de actos violentos que tienen como víctima a este estrato social, valorando en su incidencia en los contextos de ocurrencia en Cuba.

In the development of this article we analyze the violence on the biggest adults, basing the theoretical-doctrinal vision of the phenomenon and developing classificatory approaches of the social atmospheres of occurrence of the studied noxious manifestation, environments that are organized in three partner-ecological levels of incidence: the social, community and interfamilial context.

We study the biggest adult starting from the populational aging, as a real problem and of span, as well as the figures of violent acts that have as victim to this social stratum, valuing in their incidence in the occurrence contexts in Cuba.

Recibido: 28/05/12

Publicado: 31/12/12

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introducción - II. Conceptualización de la violencia - III. El adulto mayor como grupo de riesgo victimal frente a la violencia - IV. Maltrato por violencia contra el adulto mayor - V. La vulnerabilidad física-psicológica de los adultos mayores - VI. Victimización de los adultos mayores en los diferentes niveles contextuales de ocurrencia en Cuba - VI.1. La victimización social de los adultos mayores - VI.2. La victimización comunitaria de los adultos mayores - VI.3. La victimización intrafamiliar de los adultos mayores - VII. Conclusiones - Bibliografía - Anexo: Comparativa terminológica.

I. Introducción

La violencia se ha convertido en un problema de extraordinaria magnitud que requiere de la máxima preocupación de los gobiernos y la sociedad civil de las diversas naciones; y a tenor con su complejidad reclama respuestas de entidad multidisciplinaria que incluyan los enfoques: psicológico, psiquiátrico, criminológico, sociológico, etc.;

* celin@derecho.unica.cu

con vistas a prevenirlo, estableciendo acciones protectoras y regulativas que mejoren las condiciones de vida social, comunitaria y familiar.

Una de las variantes preventivas y reductoras de la violencia que posee mayor factibilidad de aplicación radica en la localización y especial protección de los sectores poblacionales más predispuestos a convertirse en víctimas de este flagelo; dentro de los sectores humanos de mayor vulnerabilidad encontramos los niños, las mujeres y los adultos mayores, siendo estos últimos el grupo victimal menos estudiado y el eje central de nuestra investigación. Los adultos mayores por sus propias características de vulnerabilidad desde el orden bio-físico-psíquico y, teniendo en cuenta, el incremento del envejecimiento de la población requieren ser evaluados y protegidos en cualquier espacio donde se encuentren.

El acelerado envejecimiento de la población mundial en el presente siglo nos aboca a una situación singular, cada día más personas sobrepasan las barreras cronológicas que el hombre ha enmarcado como etapa de la vejez, de manera tal, que el envejecimiento ha dejado de ser una exclusividad de algunos para convertirse en la oportunidad de muchos. Siendo, esto uno de los mayores logros de la humanidad, que puede transformarse contradictoriamente en un problema social de envergadura, en un serio desafío, si las diferentes sociedades no son capaces de brindar soluciones adecuadas a las consecuencias que del mismo se derivan.

Según los datos ofrecidos por la Organización de Naciones Unidas, la población mundial continúa creciendo de una manera alarmante, en la actualidad somos 7 000 millones de personas y para el 2050 se pronostica la cifra de 9 500 millones de habitantes.¹ Preocupa entonces el análisis de las estadísticas en los adultos mayores, en las que se predice que el número de personas mayores de 65 años en el planeta se triplique, de 650 millones en la actualidad a casi 2 000 millones en el 2050.²

No obstante, el envejecimiento es mucho más que una cuestión de cifras. Las personas adultas mayores plantean desafíos específicos, al constituirse como una población heterogénea en términos de salud, discapacidad y demanda de servicios, lo cual insta y reclama atención priorizada y especializada desde toda la sociedad. Debemos tener en cuenta que junto al progresivo proceso de envejecimiento, aumentan los índices de dependencia de estas personas, por ello, las salidas a este problema demográfico tan importante transitan por el desarrollo atemperado y evolutivo de las estructuras sociales, económicas y culturales.

En el caso de Cuba, el envejecimiento poblacional se produce por la acción combinada de dos connotadas transformaciones sociales que poseen una fuerte relación entre sí: la transformación demográfica y la transformación epidemiológica o de salud. Definidas brevemente, la transformación demográfica se refiere a los cambios en las estructuras de la población, debido esencialmente a las bajas tasas de fecundidad y de mortalidad existentes en nuestro país.³ La transformación epidemiológica responde a los

¹ *Informe de la Sección de Población de Naciones Unidas*, Organización de Naciones Unidas, mayo 2011, p. 1.

² *Informe Mundial sobre la violencia y la salud*, Organización Mundial de la Salud, diciembre 2010, p. 2.

³ En Cuba, “los niveles de reproducción de la población son bajos, decrecen los nacimientos en 2 mil 290 con respecto al 2009 para una tasa de natalidad de 11 nacimientos por mil habitantes, más elevada en Santiago de Cuba y Guantánamo, una tasa de fecundidad general de 43,4 nacimientos por mil mujeres en edad reproductiva y un promedio de hijos por mujer de 1,70. La tasa cruda de mortalidad general es de 8,1 por mil habitantes en el 2010, (...), así, el mayor incremento de las defunciones se produce en la población de 65 años y más”, *Anuario Estadístico de Salud*, Ministerio de Salud Pública, Dirección

enormes avances de Cuba en materia de salud humana, progresos caracterizados por la existencia de menor incidencia, prevalencia y letalidad de las enfermedades crónicas degenerativas e incapacitantes.

Según la proyección evolutiva del envejecimiento poblacional de Cuba para el año 2025, nuestros ciudadanos se convertirán en los más envejecidos de la región latinoamericana.⁴ Tomando como base los datos de la Oficina Nacional de Estadísticas,⁵ Cuba posee una población general de 11.241.161 habitantes y de ellos 1.434.973 habitantes mayores de 65 años de edad, lo que demuestra la alta esperanza de vida en el país, que alcanza los 78 años.⁶

En tal sentido nos hemos sensibilizado con la necesidad que existe de investigar sobre esta temática, y por tanto nos proponemos el siguiente *problema científico*:

¿Cómo especificar la victimización sobre los adultos mayores en los diferentes niveles contextuales de ocurrencia del fenómeno?

Para desarrollar la investigación nos trazamos el siguiente *objetivo general*:

Caracterizar la victimización sobre los adultos mayores en los diferentes niveles contextuales de ocurrencia en Cuba.

La confluencia de los altos índices de envejecimiento de la población, la alta proclividad de las personas adultas mayores a ser victimizadas y el recrudecimiento de la violencia, constituyen las coordenadas de análisis de nuestro trabajo científico y motivación que fundamenta la pretensión de ofrecer una visión general y de conjunto respecto a la victimización de la población adulta mayor.

II. Conceptualización de la violencia

El fenómeno de la violencia se refleja en las tradiciones, peculiaridades y manifestaciones de los pueblos, constituye sin lugar a dudas una de las afectaciones negativas más prolongadas que ha conocido la humanidad; si partimos del análisis de sus niveles de expresión en el orden individual y colectivo, de los factores que intervienen en ella y de las consecuencias que provoca, podemos afirmar que la violencia es un problema social complejo.

ENGELS, precisaba desde su concepción filosófica marxista que “el inicio de la violencia se aprecia en la práctica de una política de hierro y sangre como forma de

Nacional de Registros médicos y Estadísticas de Salud, La Habana, abril 2011, p. 4. No se reflejan los datos demográficos del 2011 debido a que la información se encuentra en procesamiento por la Organización Nacional de Estadística, por lo que no se encontraba concluida al momento del cierre del informe de la presente investigación.

⁴ CASTRO RUZ, Raúl, “Socialismo significa justicia social e igualdad, pero igualdad no es igualitarismo”, discurso pronunciado con motivo a las conclusiones de la primera sesión ordinaria de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Palacio de las Convenciones, La Habana, 11 de Julio del 2008, p. 1.

⁵ Esta información que se presenta tiene cierre 31 de diciembre del 2010, de ese total de población son del sexo masculino 5.628.996 y del sexo femenino 5.612.165, mientras que de las personas mayores de 65 años, 671.574 son hombres y 763.399 mujeres, todo lo que se puede ampliar en, *Datos estadísticos de Cuba*, Oficina Nacional de Estadísticas, La Habana, diciembre 2010, pp. 1-3.

⁶ La esperanza de vida al nacer en Cuba, en general, es de 78 años: 76 para los hombres y 80,02 para las mujeres, actualmente viven en nuestro país 1.551 personas que rebasan los 100 años, *Idem*, p. 3.

exhibir un poder y ofrecer a la vez, una condición de paz”,⁷ evidenciando la necesidad del respeto por los semejantes y la toma de decisiones.

Según la valoración de BUENO MARTÍNEZ,⁸ el origen de la violencia puede ser evaluado desde tres enfoques analíticos excluyentes: el genético, el psíquico y el cultural. El primero fundamenta que la violencia se genera mediante una formación genética,⁹ el segundo atribuye su concepción al desarrollo de la personalidad del hombre¹⁰ y el tercer enfoque niega los dos anteriores y asocia el origen de la agresividad a una situación meramente cultural¹¹ de acuerdo con el progreso de las condiciones en las cuales se forma el ser humano.

En la investigación se defiende el criterio de que cualquier intento de explicación acerca de las raíces de la violencia no puede ignorar las variables de índole biológica, psicológica y socio-cultural, todo ello derivado de la naturaleza bio-psico-social¹² del hombre. El origen multicausal de la violencia incide en la estructuración negativa de la personalidad del individuo, conformándose a partir de la interrelación con el ambiente socio-psicológico desfavorable que influye directamente en él y que tiene como premisa la tradición cultural y social que ha incorporado el individuo en el proceso socializativo de su personalidad.

Refiriéndonos al concepto de violencia propiamente dicho, debemos partir en nuestro análisis que “el término violencia es una traducción del vocablo latino *“violentia”*, derivado de la raíz *“violo”*, que quiere decir: atentar, violar”.¹³

El Diccionario CERVANTES, Manual de la Lengua Española de 1978 identifica la violencia como el “conjunto de acciones que quebrantan la Ley, caracterizándose por la impetuosidad en los actos para obligar, forzar, aplicar medios violentos a personas con el objetivo de vencer su resistencia”.¹⁴

⁷ ENGELS, Federico, “El papel de la violencia en la historia”, *Die Neue Zeit*, Bd. 1, Números 22-26, 1895-1896, en *Bibliotecas de textos marxistas, Obras Escogidas, Tomo No. 3*, editorial Progreso, editado por Marxists Internet Archive, Moscú, 1988, p. 2.

⁸ La teoría causal del origen de la violencia se basa en el análisis de las instancias físicas, orgánicas, culturales y humanas, *Vid.* BUENO MARTÍNEZ, Gustavo, “La violencia no se puede eliminar”, disponible en <http://www.fgbueno.es/hem/2005r27.htm>, (Consultada el 22-4-2008), 2005, párrafo 3.

⁹ Sostiene la formación genética a partir de concebir internamente un código de genes violentos o agresivos, *Idem*.

¹⁰ Los elementos psicológicos esencialmente se deben a “que la clave de la violencia acaba estando en la educación, (...) somos violentos porque en la infancia fuimos violentos y en ese proceso socializativo se construyó una personalidad signada por códigos violentos de comportamiento adquirido”, *Ibidem*.

¹¹ En el aspecto cultural, “expone su base mediante un materialismo cultural: la violencia no es ni genética ni adquirida, depende de las culturas, que en buena medida están marcadas por las condiciones de producción y son las que hacen que una persona o un grupo sea o no violento, la violencia humana procede de distintas fuentes”, *Ibidem*, párrafo 4.

¹² La naturaleza bio-psico-social del hombre se puede explicar desde la concepción materialista dialéctica sobre la formación y desarrollo de la personalidad, la cual “expresa la unidad entre las condiciones internas y externas del desarrollo lo que significa a su vez la unidad entre lo biológico y lo social, así el factor biológico aporta las premisas anatómo-fisiológicas al desarrollo de la personalidad (...) y el factor social constituye la fuente de desarrollo de la cual se nutre la experiencia del individuo. Ninguno de estos factores por sí mismos pueden determinar el desarrollo de la personalidad, solo gracias a la actividad y la comunicación puede ocurrir dicho desarrollo”, BERMÚDEZ MORRIS, Raquel, *et al.*, *La personalidad: diagnóstico de su desarrollo*, Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona, La Habana, 1997, p. 8.

¹³ *Vid.* MOSQUERA RIAL, Ana M., “Cuerpos marcados: violencia doméstica: una aproximación desde la Ley Penal Uruguaya”, disponible en <http://www.margen.org/margen17/alveardomest.html>, (Consultada el 7-6-2007), 2005, párrafo 1.

¹⁴ ALVERO FRANCÉS, F., *Diccionario Cervantes Manual de la Lengua Española*, 3ª edición, editorial Pueblo y Educación, Instituto cubano del libro, La Habana, 1978, p. 880.

La conceptualización de la violencia se ha abordado ampliamente, su estudio ha sido objeto de múltiples investigaciones en diferentes áreas del conocimiento, tales como: la Sociología, la Psiquiatría, la Psicología y la Criminología, entre otras. Lograr un entendimiento en la definición de violencia, un adecuado acercamiento a su realidad y una identificación de los sujetos víctimas de este fenómeno es una preocupación doctrinal que ocupa hoy a los estudiosos del tema, es por ello que nos detendremos a valorar la definición de violencia a partir de tres enfoques fundamentales: desde la Psicología, desde la Sociología y desde lo Jurídico.

En el ámbito de las investigaciones psicológicas se considera que la violencia es “toda fuerza o condición que impida, limite o distorsione la actividad de un organismo en pos de la satisfacción de sus necesidades”,¹⁵ se analiza el término con mucha mayor frecuencia desde la psicología social,¹⁶ a partir de “cómo los pensamientos, sentimientos y comportamientos de las personas son influenciados por la presencia real, imaginada o implicada de otras personas. (...) se estudian los fenómenos sociales y se intenta descubrir las leyes por las que se rige la convivencia”.¹⁷

De acuerdo con otra definición psicológica se concibe la violencia como “un acto que tiene como consecuencia la no realización de la satisfacción de las necesidades afectivas, somáticas y mentales del individuo por causa de otro”;¹⁸ mientras que la Organización Mundial de la Salud ha conceptualizado a la violencia como “el uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”.¹⁹

El enfoque sociológico al examinar la violencia parte de definirla como “todo aquello que pudiera producir un mal o perjudicar a uno mismo, a otro o al entorno social o natural”,²⁰ también se analiza que “es consustancial a las sociedades, porque parte de una concepción más o menos conflictiva del orden social, toda reflexión sobre la sociedad incorpora necesariamente la noción del conflicto social, y la violencia como recurso permanente del conflicto. Ninguna teoría sobre el orden social puede evitar la reflexión sobre el poder y la dominación”,²¹ como ejemplo pudiéramos citar la teoría social de la dominación masculina.²²

¹⁵ RAMÍREZ, Augusto V., “La violencia: aproximaciones biopsicológicas”, disponible en <http://www.psicologiacientifica.com/bv/psicologia-406-1-la-violencia-aproximaciones-biopsicologicas.html#>, (Consultada el 4-12-2011), 2003, párrafo 2.

¹⁶ Contamos con cinco enfoques dentro de la psicología social que resultan de vital importancia para su desarrollo ellos son: el conductismo, el psicoanálisis, la psicología posmoderna, el enfoque del materialismo dialéctico, y la perspectiva de los grupos, esta última permite que la violencia se pueda apreciar de forma más evidente y sus consecuencias se aprecien más rápidamente, *Vid.* PERLOFF, R. M., *The dynamics of persuasion*, editorial UCTV, Mahwah, 2003, p. 121.

¹⁷ ALLPORT, G. W., *The historical background of social psychology, the handbook of social psychology*, editoprail CEPITEC, New York, 1985, p. 23.

¹⁸ GALTUNG, Johan, *Marco conceptual Violencia*, disponible en <http://www.difzapopan.gob.mx/observatorio/marcoconceptual.htm>, (Consultada el 3-3-2008), 1995, párrafo 4.

¹⁹ ALOIN, Joxe, “Violencia: un concepto polisémico”. Disponible en <http://www.apdh-argentina.org.ar/violencia/trabajos/unesco20060101.asp>, (Consultada el 18-11-2010), 2006, párrafos 1-2.

²⁰ FERNÁNDEZ, Manuel, *La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica*, Cuadernos de Trabajo Social, Volumen 1, Madrid, 2005, p. 7.

²¹ GEGUNDE, Horacio, *O novo paradigma de violencia, em el tiempo social, departamento de Sociología, FFLCH-USP*, volumen 9, Sau Paulo, mayo 2001, p. 5.

²² Según esta teoría la posición dominante del hombre en la sociedad, se encuentra amparada por los estereotipos sexuales y por la propia estructura patriarcal de la familia, para algunos hombres la violencia

En igual sentido sociológico afirma DÍAZ-AGUADO que la violencia “es una conducta compleja, biológicamente sustentada en los correlatos fisiológicos de la agresividad y expresada conductualmente a partir de la interacción de esa agresividad (...) y del entorno cultural en que está inscrito el sujeto. Es decir, es una conducta social, compleja y aprendida adquirida e interiorizada a partir de claves de socialización”.²³

Por su parte desde una zona muy cercana a la concepción jurídica podemos valorar el análisis que realiza la criminóloga DEL OLMO, señalando que la violencia se concreta en “el uso de la fuerza, abierta u oculta, con la finalidad de obtener, de un individuo o de un grupo, algo que no quiere consentirse libremente, es una de las manifestaciones más importantes del deterioro de la calidad de vida en las ciudades contemporáneas”,²⁴ mientras que para PÉREZ GONZÁLEZ el fenómeno analizado constituye “cualquier imposición de poder que afecta la calidad de vida en términos psicológicos, biológicos y sociales”.²⁵

La violencia también puede ser conocida como “una fuerza que daña y abusa, y aunque es un concepto complejo y admite multitud de matices, (ya que es multicausal y multifacética) tiene como rasgo en común, que de algún modo implica el abuso de fuerza física, de la amenaza, coacción moral o social, para lograr fines determinados”.²⁶

Otra visión del término conceptualiza la violencia como el “uso intencionado de la fuerza física en contra de un semejante con el propósito de herir, abusar, robar, humillar, dominar, ultrajar, torturar, destruir o causar la muerte”.²⁷

Sin pretender asumir posturas absolutas, nuestro criterio es entender la violencia como un fenómeno social, cultural e histórico; concebimos su carácter social teniendo en cuenta que su origen, manifestaciones y consecuencias se producen en el entorno de la sociedad modificándose con la evolución social, la esencia cultural se explica por ser la violencia un fenómeno de creación humana²⁸ manifestada en los ámbitos socio-comunitarios concretos en los que se establecen relaciones de poder y dominio de unos hombres sobre otros, mientras su connotación histórica se valora en tanto sus expresiones están determinadas por las variables temporales y espaciales, marcadas a su

es una vía importante para expresar su identidad y, como tal, representa una manifestación de su masculinidad, es por ello que resultan más comunes las víctimas del sexo femenino, *Vid.* Polk, K., *When men kill. Scenarios of Masculine Violence*, New York, 1994, p. 16.

²³ DÍAZ-AGUADO, María J., “Hablemos de la violencia”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológica*, Madrid, 2004, párrafo 6.

²⁴ DEL OLMO, Rosa, “Ciudades duras y violencia urbana”, disponible en <http://www.ecovisiones.cl/informacion/ciudadesdurasyviolencia.htm>, (Consultada el 20-6-2007), 2000, párrafo 7.

²⁵ Concepto genérico aportado por el destacado médico legista y criminólogo cubano PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto, “Violencia doméstica. La espiral del maltrato”, *Revista Bohemia* No. 5, La Habana, 1997, p. 33.

²⁶ MUÑOZ ALFONSO, Yisel, *et al.*, *La violencia intrafamiliar sobre el adulto mayor. Protección jurídica*, Informe Final del Proyecto de investigación-desarrollo e innovación tecnológica del programa científico-técnico territorial titulado, Estudios Sociales en Villa Clara de la Universidad Central “Marta Abreu” de las Villas, Villa Clara, 2010, p. 87.

²⁷ ROJAS, L., *Las semillas de la violencia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1995, p. 11.

²⁸ La violencia constituye una expresión propiamente humana. A diferencia de la violencia, la agresividad es un fenómeno que existe en las especies biológicas, consistente en una manifestación de supervivencia de estas especies, respuesta adaptativa destinada a afrontar situaciones peligrosas. En la especie humana se manifiesta la agresividad como una variante instrumental destinada a la satisfacción de las necesidades indispensables para la vida; sin embargo, cuando esa agresividad se torna innecesaria, adquiriendo una connotación maligna e injustificada nos encontramos ante la violencia como manifestación de una agresividad destructiva propiciada por la cultura humana deformada.

vez por las condiciones concretas de vida de un momento histórico determinado, circunstancias que varían de acuerdo al movimiento evolutivo social.

Concretamente desde nuestra posición conceptual definimos la violencia como un fenómeno sociocultural e histórico consistente en el ejercicio del poder en la solución de conflictos interpersonales y en la configuración de determinadas relaciones sociales, mediante el empleo de la fuerza, la coacción o cualquier otro recurso, pudiéndose manifestar tanto a nivel individual, grupal o social.

En una precisión del concepto de violencia podemos afirmar que implica un sujeto dominante que mediante la agresión física, psicológica²⁹ o de cualquier tipo, posee como fin cumplimentar un deseo contra la voluntad de otra persona. La violencia como fenómeno se puede encontrar en todos los niveles sociales, en las relaciones humanas propia de la sociedad actual.

III. El adulto mayor como grupo de riesgo victimal frente a la violencia

A finales del Siglo XX comenzaron a desarrollarse algunos estudios sobre la temática de la violencia en la etapa de la vejez, asunto que hasta ese momento resultaba un tema virtualmente ignorado; este interés por la materia respondió a los altos índices de agresión que se producían contra ese grupo de riesgo victimal, incremento de la victimización asociado al envejecimiento acelerado de la población.

Con el objetivo de lograr una visión profunda del tema, conviene esclarecer las características del momento de la vejez en el ciclo vital humano, a tales efectos LASLETT³⁰ propuso una clasificación de cuatro etapas de la vida humana, identificadas como: dependencia y socialización, independencia y responsabilidad, realización personal, y por último dependencia final y decrepitud. Por su parte FERNÁNDEZ BALLESTEROS³¹ asume cuatro momentos importantes en el comportamiento humano: la infancia, la adolescencia, la edad adulta y la vejez.

Centraremos nuestra atención en la etapa de la vejez y en esclarecer en qué consiste el proceso de envejecimiento. Al respecto, una distinción imprescindible de realizar “es la que puede establecerse entre el proceso de envejecimiento que ocurre a lo largo de la vida y la vejez como un estado que comienza en un momento del ciclo de la vida. En realidad, el proceso de envejecimiento empieza cuando empieza la vida, de forma tal que no hay vida orgánica sin envejecimiento”.³² El envejecimiento “es un proceso dinámico, continuo, irreversible, (...) no es otra cosa que las impresiones o marcas que el paso de los años deja sobre una persona”.³³ De acuerdo a lo anterior, el período de la vejez es entendido como la etapa de la vida en que se presentan síntomas

²⁹ Entre las múltiples formas de manifestarse la coacción o violencia psicológica aparece la indiferencia que se expresa como un mecanismo violento de carácter psíquico que influye directamente en la autonomía personal del hombre agredido.

³⁰ Muestra en su trabajo que la vejez o ancianidad solo se incluirá en la fase de dependencia final, LASLETT, P., *A Fresh Map of Life*, 2ª edición, Londres, 1996, p. 4.

³¹ En esta última las funciones intelectuales se declinan en función de la edad, se incrementan las formas de juicio y comprensión, mientras que con relación al factor afectivo ocurren cambios emocionales importantes. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Rocío, *La Psicología de la vejez*, ediciones Pirámide, grupo Anaya S.A., Madrid, 2000, p. 11.

³² *Idem*, p. 14.

³³ DUARTE VEGA, Manuel, “Gerontología”, disponible en <http://www.manuelduarte.com.geront/geriatriasaffa.htm>, (Consultada el 8-1-2012), 2008, párrafo 1.

de involución en el aspecto somático y psíquico, produciéndose un proceso determinado en cierto modo por las condiciones previas del organismo de la persona envejecida.

El proceso de envejecimiento, se va a definir como un “asunto fisiológico que (...) ocasiona cambios característicos de la especie, el ciclo vital, esos cambios producen una limitación a la adaptabilidad del organismo en relación con el medio. (...), en realidad decimos que una persona está envejeciendo cuando aparecen en ella ciertas características físicas (canas, arrugas, lentitud), psicológicas (falta de motivación por ciertas actividades, decrecimiento de energía vital) y sociales (aislamiento o poca participación, pérdida de roles), podemos hablar también de indicadores biológicos, cronológicos, fisiológicos, sociales, psicológicos, que indican que el envejecimiento es un fenómeno individual”.³⁴

“El significado de la condición de vejez ha variado y seguirá transformándose en el tiempo, pues varía en un mismo momento histórico de una cultura a otra, de una región a otra, de un país a otro. Dentro de un mismo país, la salud, la situación económica, social y familiar y sus implicaciones para el bienestar de los adultos mayores son claramente diferentes según las condiciones socioeconómicas, género, etnia y lugar de residencia”.³⁵

El proceso de envejecimiento depende en gran medida del contexto sociocultural y económico en que se desenvuelve la persona, no todos envejecemos de la misma forma, ni con el mismo ritmo temporal; se envejece paulatinamente como parte de un componente individual, conformado de forma disímil en cada sujeto a partir de las diferencias en su interacción con el medio y sus concretas condiciones de vida.

Con vistas a la investigación, también resulta necesario precisar definiciones que aparecen en la literatura científica y que, en dependencia del autor y de su enfoque, son utilizadas de manera correcta o abordadas inadecuadamente de forma indistinta, nos referimos a conceptos tales como: tercera edad, adulto mayor, anciano, cuarta edad, longevo y centenario.

La tercera edad constituye “un término antrópico-social que hace referencia a la población de personas mayores o ancianas. En esta etapa el cuerpo se va deteriorando y, por consiguiente, es sinónimo de vejez y de ancianidad. Se trata de un grupo de la población que está jubilada y tiene 65 años de edad o más. Hoy en día, el término va dejando de utilizarse por los profesionales y es más utilizado el término personas mayores (en España y Argentina) y adulto mayor (en América Latina)”.³⁶ La tercera edad es un término, que desde la óptica del Sistema de Salud cubano, se utiliza para valorar a las personas comprendidas entre los 60 años y 74 años de edad.³⁷

Existe una distinción entre los términos tercera edad y adulto mayor, el primero se construye a partir de lo psicológico, mientras adulto mayor es un término demográfico usado para definir a un segmento de la población, en oposición a la antigua

³⁴ MARTÍNEZ ALMANZA, Leocadio, *Las personas de edad en Cuba. Principales tendencias demográficas y morbimortalidad*, Centro Iberoamericano de la Tercera edad, La Habana, 2009, p. 78.

³⁵ OROSA FRAIZ, Teresa, *La tercera edad y la familia. Una mirada desde el adulto mayor*, editorial Félix Varela, La Habana, 2000, p. 2.

³⁶ PALACIOS, Jesús, “*Tercera edad*”, editorial Melesas, Madrid, 2003, p. 3.

³⁷ *Programa Nacional al adulto mayor*, Ministerio de Salud Pública, La Habana, 2000, p. 31.

denominación de “viejo”, cuya connotación peyorativa se asociaba a la incapacidad, la invalidez y la enfermedad.³⁸

El término adulto mayor fue adoptado por el Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento,³⁹ noción a la que se afilió la Organización Mundial de la Salud, conceptualizándolo como “aquel individuo cuyo estado de salud se considera no en términos de déficit, sino de mantenimiento de capacidades funcionales y que arriba a los 60 años”.⁴⁰ Tomando como base la definición anterior, el Ministerio de Salud Pública en Cuba reconoce la persona adulta mayor partir de los 60 años de edad, criterio etareo que predomina con independencia de que la persona presente deterioro o no en su salud.

Aunque consideramos que la definición de adulto mayor se debe apreciar no con énfasis en el deterioro de la persona sino tomando en cuenta el proceso de envejecimiento activo, a fin de obtener una persona de edad avanzada más saludable, activa, próspera, sabia y experimentada.⁴¹

Respecto a la definición del término anciano, el diccionario CERVANTES, Manual de la Lengua Española, lo conceptualiza “como la persona de mucha edad, antigua, que existe desde hace tiempo, caracterizándola por su propia vejez”,⁴² identificando la vejez como “la cualidad de ser viejo, con edad senil, senectud, achaques, manías, actitudes propias de la edad”.⁴³ Para BEAUVOIR, se considera anciano a la persona “con deterioro de la reserva homeostática de cada sistema orgánico con un déficit gradual desde el punto de vista físico, psicológico, sexual y consecuentemente con detrimento en el aporte económico”.⁴⁴

La Organización Mundial de la Salud define como anciano “cualquier persona mayor de 60 años que puede verse afectada por problemas propios de la tercera edad como resultado de haber sufrido enfermedades o una exposición continuada a malas condiciones de vida”.⁴⁵

³⁸ FONTANET VÁZQUEZ, Mara y CARVAJAL ENRÍQUEZ, Gilda E., *El adulto mayor recluso en el sistema penitenciario cubano. Especial referencia a su tratamiento diferenciado*, La Habana, 2011, p. 15, esta concepción es abordada en la entrevista realizada en su investigación a la especialista TERESA OROSA.

³⁹ En este instrumento se “formularon y aplicaron políticas a los niveles internacional, regional y nacional para realzar la vida de las personas de edad como individuos, a fin de que, espiritual y físicamente, disfruten plena y libremente de sus años avanzados en paz, salud y seguridad, y se estudian las consecuencias del (...) desarrollo sobre las personas de edad, con miras a lograr la plena realización del potencial de las personas de edad y a mitigar, mediante medidas apropiadas, cualesquiera efectos negativos”, a partir de esa fundamentación de comenzó a utilizar el término adulto mayor para referirse a este sector poblacional, *Vid.* Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento. Asamblea mundial sobre el envejecimiento, Viena, 26 julio a 6 de agosto de 1982, p. 1.

⁴⁰ ISERN, J. “Inteligencia emocional en el adulto mayor, avances y desafíos para un enfoque integral”, *Seminario internacional la tercera edad en el tercer milenio*. Un desafío para todos, Santiago de Chile, 1999, p. 74.

⁴¹ Desde la psicología del desarrollo se puede apreciar una nueva cultura del envejecimiento que valore la dignidad, actividad, productividad, integración social y salud de los adultos mayores, *Vid.* ENGLER, Tomás, *Marco conceptual del envejecimiento exitoso, digno, activo, productivo y saludable*, Capítulo V, Centre for Ageing Research, Montevideo, 2001, p. 55.

⁴² ALVERO FRANCÉS, F., *op cit.*, p. 60.

⁴³ La vejez es un proceso donde intervienen diversos factores psicológicos, físicos y sociales, su conceptualización la podemos encontrar en, *Idem*, p. 867.

⁴⁴ BEAUVOIR, S., *La vejez*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1970, p. 1.

⁴⁵ *Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Primera y segunda parte, Organización Mundial de la Salud, 2005, p. 2, en Cuba se valora que una persona es anciana si supera los 60 años de edad, *Vid. Programa Nacional, op cit.*, p. 31.

Se reconoce por BEAUVOIR⁴⁶ tres etapas de la ancianidad en las que puede resultar variable la edad de aparición, de acuerdo con la individualidad de la persona: la fase inicial del envejecimiento o inicio de la misma (aproximadamente entre los 60 y 70 años de edad), el cuadro florido del envejecimiento (aproximadamente desde los 70 años hasta los 85 años de edad) y la declinación o fase terminal del anciano (más de 85 años de edad).⁴⁷

Por su parte, el término de cuarta edad⁴⁸ se concibe para las personas comprendidas entre los 75 y 89 años de edad, siendo este el único criterio distintivo de la noción “cuarta edad”.

Otra de las expresiones a analizar es la de longevidad, la cual es utilizada principalmente por los estudios demográficos y sociológicos. El término, en general, tiene que ver con la duración de vida de un ser humano o de un organismo biológico y en él se contempla a las personas entre los 90 y 99 años de edad;⁴⁹ y por último contamos con las personas centenarias refiriéndonos solo a los individuos mayores de 100 años.⁵⁰

Como se ha analizado en todas las definiciones anteriores existe una variable que posibilita un límite dentro de cada término, nos referimos a la edad, aun cuando en el caso de la tercera edad, el adulto mayor y el anciano se produce una superposición etarea.

Con el fin de puntualizar comparativamente los términos utilizados para identificar el grupo etareo envejecido de la población, remitimos al análisis del *Anexo*, que contiene una valoración comparativa entre: tercera edad, adulto mayor, anciano, cuarta edad, longevo y centenario. Las principales conclusiones de este análisis son las siguientes: en el caso de los tres primeros términos (tercera edad, adulto mayor y anciano) no existe una claridad diferenciadora en cuanto al rango de edades que delimitan sus conceptos, pues se produce una coincidencia de edades, utilizándose estas definiciones de una forma superpuesta en cuanto al criterio etareo; sin embargo, las últimas tres expresiones analizadas (cuarta edad, longevo y centenario), se encuentran muy bien delimitadas en cuanto a este aspecto.

A los efectos de nuestra investigación asumimos el término de adulto mayor, como concepto socio-demográfico para referirnos al sector poblacional objeto de nuestro estudio científico, por ello en aras de una delimitación del vocablo adulto mayor analizaremos el tema de la edad, que constituye un aspecto vital a valorar. En la actualidad existe una tendencia a clasificar los diferentes tipos de edades en: edad cronológica, edad biológica, edad social y edad legal.⁵¹

⁴⁶ BEAUVOIR, S., *op cit.*, p. 2.

⁴⁷ El criterio de la edad en la cual comienza la ancianidad ha variado por siglos, en el XIII se era viejo a los 30 años, a principios del siglo XIX se consideraba a partir de los 40 años y hoy existen diversos criterios al respecto, *vid.* MARTÍN GUERRA, Milagros, *op cit.*, párrafo 3.

⁴⁸ *Programa Nacional*, *op cit.*, p. 31.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ La edad cronológica se refiere a la fecha de nacimiento de la persona, la edad biológica se enmarca en los cambios funcionales de algunos órganos, la edad social es un consenso de la sociedad para el desempeño de determinadas funciones que requieren de alguna idoneidad, y por último la edad legal, es la autorización que ofrece el ordenamiento jurídico a los sujetos para realizar algún acto, estos criterios se pueden ampliar en, IMBERT MILÁN, Liset M., *El entorno familiar del adulto mayor. Realidad versus legislación*, Granma, 2010, p. 22.

La variabilidad en la concepción del adulto mayor se encuentra en relación con la edad cronológica y a los factores biológicos, económicos y sociales, por ello el criterio etareo delimitador de la adultez mayor posee gran movilidad de una cultura a otra. Siendo así, la definición cronológica de la edad es un asunto sociocultural, pues cada sociedad instituye la edad a partir de la cual una persona se considera adulto mayor, la que depende en gran medida de la pérdida de ciertas capacidades biológicas y físicas para conservar la independencia y funcionalidad.

Reafirmamos el criterio de que la definición de una edad exacta a partir de la cual aparece la adultez mayor constituye una construcción social, que parcialmente está determinada por factores biológicos o psicológicos. La categoría adulto mayor, es por consiguiente, un estado socio-psicológico asignado y no elegido por las personas incluidas en ese sector poblacional.

Visto lo anterior, somos del criterio de que a pesar de existir en la doctrina una tendencia a considerar adulta mayor a una persona a partir de los 60 años de edad, a los efectos de nuestra investigación y teniendo en cuenta la realidad cubana valoramos que en Cuba, por sus características actuales, se debe considerar un adulto mayor a partir de los 65 años de edad. Si partimos del criterio que la etapa de la adultez mayor como fenómeno bio-psico-social se encuentra influenciada por las condiciones concretas de vida, tanto en lo individual como en lo societal, vale esgrimir como razón poderosa para establecer la frontera etaria de los 65 años, el argumento de que a tenor con las condiciones socioculturales, económicas y de salud pública de nuestro país, la persona hasta los 65 años posee una plena capacidad de trabajar, de interrelacionarse, de aportar productiva y económicamente a la sociedad, así como a su familia, cuestión que a nuestro juicio, la preserva de la fragilidad propia de la senectud.⁵²

Unido a lo señalado anteriormente, valoramos que a partir de los 65 años de edad ya comienza a evidenciarse un mayor deterioro de los indicadores biológicos y psicológicos, la pérdida de ciertas capacidades funcionales, características que no se comportan en todos los adultos mayores de igual forma; pero obviamente a los efectos definitorios, resulta necesario delimitar un margen de edad para establecer mecanismos que permitan la protección y atención de este segmento poblacional, buscando un envejecimiento activo, próspero y saludable.

Por ello la conceptualización de adulto mayor que acogemos, concibe al adulto mayor como la persona que arriba a los 65 años de edad y que presenta características de vulnerabilidad física, psicológica y social debido a las particularidades propias de la edad. En concordancia con lo expresado anteriormente debemos enfatizar la protección y atención a este grupo de riesgo victimal en cualquier contexto en que se encuentren.

⁵² La plena capacidad productiva y económica hasta los 65 años de edad la asume la sociedad cubana con la Ley No. 105 de Seguridad Social, la cual expresa que “la población cubana se caracteriza por un proceso de envejecimiento, resultado de la baja natalidad y el aumento de la esperanza de vida al nacer, lo que influye en la disminución de los arribantes a la edad laboral y en un creciente impacto en la disponibilidad de los recursos humanos, factor este esencial para satisfacer las necesidades de la sociedad”, Ley No. 105, Ley de Seguridad Social, editora Mayor General Ignacio Agramonte y Loynaz del Ministerio de Justicia, La Habana, 27 de diciembre de 2008, p. 3.

IV. Maltrato por violencia contra el adulto mayor

Unido al concepto de adulto mayor resulta necesario identificar las diversas muestras de ultraje o maltrato por violencia hacia este grupo victimal, valorando por ello que el término maltrato “está cargado de connotaciones negativas que lo han convertido en tabú: no se habla del problema como tal, este se evita, no se reconoce y de esa forma hace entender que no existe (...), a pesar que en los últimos años se han ido dejando de lado los prejuicios y miedos”,⁵³ produciéndose un pequeño avance en las denuncias de estos nocivos hechos de violencia sobre las personas envejecidas.

“La naturaleza del maltrato permite que la gente no vea, no escuche y no hable sobre conductas que son totalmente contradictorias a nuestro sistema de valores de compasión, ayuda y apoyo moral”,⁵⁴ que no se sensibilicen ante estos actos que a diario nos encontramos. El maltrato hacia los adultos mayores “es producto de una deformación en nuestra cultura, que siente que lo viejo es inservible e inútil. De una u otra manera los viejos son sentidos como estorbos, y como una carga que se debe llevar a costas, además de la familia que hay que sostener”.⁵⁵

Según la definición adoptada por la Red Internacional para la Prevención del maltrato de las personas mayores (INPEA según sus siglas en inglés), se asume que el maltrato hacia el adulto mayor “consiste en realizar un acto único o reiterado o dejar de tomar medidas necesarias, en el contexto de cualquier relación en la que existen expectativas de confianza, y que provocan daño o angustia a una persona mayor”.⁵⁶

En términos generales, SÁNCHEZ DEL CORRAL considera que el maltrato a los adultos mayores consiste “en cualquier acto u omisión que produzca daño, intencionado o no, practicado sobre personas de 60 años o más, que ocurra en el medio familiar, comunitario o institucional, que vulnere o ponga en peligro su integridad física o psíquica, así como el principio de autonomía o el resto de derechos fundamentales del individuo, constatable objetivamente o percibido subjetivamente”.⁵⁷

Es dable entonces, precisar la definición de victimización o maltrato por violencia contra este grupo de riesgo victimal; algunos autores consideran este término como “toda acción u omisión que provoca daños físicos o psicológicos. Comprende agresiones físicas, tratamiento despectivo, descuido de alimentación, medicamentos, abuso verbal, financiero, de parte de los hijos u otros miembros de la familia”.⁵⁸ Las formas más comunes de expresarse el maltrato o violencia sobre los adultos mayores

⁵³ GONZÁLEZ CEINOS, Martha, *et al.*, “Reflexiones sobre el maltrato a los ancianos en la sociedad occidental”, *Revista Cubana Medicina General Integral*, 21(1), La Habana, 2006, p. 4.

⁵⁴ Este criterio lo aporta LÍA SUSANA DAICHMAN desde su condición de Presidenta de la Red Internacional para la Prevención del maltrato de las personas mayores, *Vid.* DAICHMAN, Lía S., “Naturaleza y dimensiones del abuso y maltrato en la vejez”, disponible en <http://es.shvoong.com/humanities/1567-naturaleza-dimension-abuso-maltrato-vejez/>, (Consultada el 18-7-2007), 2005, párrafo 6.

⁵⁵ RODRÍGUEZ MIRABAL, Esvalso, *et al.*, “Maltrato a los ancianos. Estudio en el Consejo Popular de Belén, Habana Vieja”, *Revista Cubana de Enfermería*, La Habana, septiembre-diciembre 2002, p. 1.

⁵⁶ Esta concepción la propone la organización denominada “acción contra el maltrato de los adultos mayores en el Reino Unido”, se puede encontrar en, LÓPEZ PÉREZ, Mary B., “Maltrato en el adulto mayor”, en *Temas de psicogerontología*, Capítulo III.5, compilados por Teresa Orosa y Vanesa Pérez, La Habana, 2010, p. 356.

⁵⁷ SÁNCHEZ DEL CORRAL USAOLA, F., *Violencia en el anciano*, Informes Portal mayores No. 21, Madrid, 2007, p. 7.

⁵⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Izamir, *et al.*, “Violencia en pacientes geriátricos”, *Revista Archivo Médico*, No. 6, La Habana, 2007, p. 2.

son: la física, la psíquico-emocional, la económica o material, la negligencia, el abandono y maltrato estructural, etc.⁵⁹

Por su parte, otra forma de violencia maltratadora la constituye la “gerofobia”, término que puede entenderse como “rechazo a lo viejo” es una actitud negativa que sufre el adulto mayor, se señala que por el solo hecho de ser vieja, una persona puede suscitar rechazo de carácter premeditado o no; condición que actúa como precipitadora de la victimización.⁶⁰ Mientras que el “ageísmo” como “conjunto de contravalores, y actitudes peyorativas que vienen a marginar y excluir en todos los órdenes de la vida social al adulto mayor”⁶¹ también se configura como un fenómeno muy negativo que se manifiesta contra este sector poblacional.

Desde nuestra óptica concebimos el término de victimización sobre los adultos mayores, como todo aquel maltrato o agresión física, psíquica, sexual y patrimonial que se desarrolla de forma habitual o esporádica y trae como consecuencia un daño o una amenaza⁶² para la salud o la integridad del geronte.

El análisis del maltrato por violencia contra los adultos mayores debe clasificarse a partir del estudio de tres elementos asociados a la acción dañosa violenta: la voluntad del agresor, las causas que originan la agresión y las consecuencias que provoca.⁶³ En la primera variable mencionada se evidencia la intencionalidad del abuso,

⁵⁹ El maltrato físico se define como el acto de causar dolor o lesiones, ejercer coerción física o restringir la libertad de movimientos mediante la fuerza o el uso de drogas, incluyendo el sexual, el maltrato psíquico o emocional se define como infligir el sufrimiento psíquico, por su parte el maltrato económico o material es explotar a una persona mayor o hacer uso de sus fondos o recursos en forma ilícita o indebida, la negligencia se concibe como la negativa de cumplir con la obligación de atender a una persona mayor, el abandono se refiere al desamparo de una persona que había asumido la responsabilidad de proporcionarle cuidados, o bien por la persona a cargo de su custodia, LÓPEZ PÉREZ, Mary B., *op cit.*, pp. 356-357; en cuanto al maltrato estructural, el mismo se manifiesta en la falta de políticas sociales y de salud adecuada, el desconocimiento que poseen los gerontes de sus derechos como adultos mayores y la existencia de normas jurídicas que cosifican o infantilizan al geronte, desvalorizando la imagen del envejecido, SUÁREZ, Amalia, *Los mitos y prejuicios en la vejez: ¿Fundamentan la violencia en la población residente de la zona del CGPC N° 6, de la Ciudad de Buenos Aires?*, Tesis de Especialización en Gerontología Comunitaria e Institucional, Buenos Aires, 2009, p. 22.

⁶⁰ Existen tres tipos de gerofobia que resultan muy difíciles de manejar por la persona mayor: la social, la profesional y la comunal: la gerofobia social se manifiesta en forma de jubilación forzosa, políticas discriminatorias en los servicios de cuidado de salud y en los beneficios de seguros sociales limitados en función de la edad, por su parte la gerofobia profesional se puede encontrar cuando los profesionales de ayuda tratan a las personas adultas mayores como si fueran niños, mientras que la gerofobia comunal se refleja en la falta de atención comunal a las necesidades de los adultos mayores y en mejores servicios sociales, recreativos y de salud, para todos, menos para esta población. *Vid.* GARCÍA ARANEDA, Nelson, *Bioética y maltrato a personas mayores*, Universidad de bío-bío, Santiago de Chile, 2008, p. 6.

⁶¹ *Idem*, p. 8.

⁶² El término amenaza es utilizado como la posible causa de riesgo, daño o perjuicio para alguien, incluyendo en su concepción el análisis como vicio de la voluntad que recoge nuestro Código Civil cubano, precisando que “es la intimidación o coacción moral, que es el temor racional y fundado que se inspira a una persona por otra, para obligarle, mediante amenaza injusta o ilícita, contraria a derecho, a emitir una declaración de voluntad. El artículo 72 regula este vicio bajo el nombre de amenaza, señalando que la misma existe si el manifestante obra bajo los efectos del temor provocado por medio del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de él o de un tercero. La amenaza se caracteriza por tener efectos mediatos, es decir, normalmente media un período de tiempo determinado entre el actuar del agente que infunde el temor y el actuar del que sufre la intimidación”, *Vid.* VALDÉS DÍAZ, Caridad, “Causas de las relaciones jurídicas civiles”, *Derecho Civil Parte general*, Capítulo VI, coordinado por Caridad Valdés, La Habana, 2000, p. 227.

⁶³ La autora CAMPILLO MOTIVA, nos muestra un análisis de elementos que caracterizan la violencia contra los adultos mayores, desde nuestra concepción hemos aportado algunas cuestiones que nos permiten

el deseo o placer que desarrolla el victimario de hacer valer su autoridad o criterio mediante el acto despiadado hacia las personas de este sector poblacional; en el segundo elemento referido a las causas que propician la violencia hacia los adultos mayores, se representan las fuentes, procedencia y fundamentos en los que basan las agresiones, podemos significar que se han desarrollado muchas teorías para explicar la conducta injusta, desmedida hacia las personas adultas mayores y existe un número de factores psicológicos, sociales, económicos que interrelacionan en este asunto. El tercero de los elementos que proponemos en el análisis del maltrato se dirige a las consecuencias que provoca la violencia, en la mayoría de los casos sus secuelas provocan serios daños contra la salud, bienestar o integridad física.

Sin pretender ahondar en los diversos fenómenos asociados a la violencia sobre este grupo etareo, si vale mencionar que los factores incidentes en el maltrato al adulto mayor “han sido divididos en cuatro grandes categorías: deterioro físico y mental del paciente, estrés de quien lo cuida, violencia transgeneracional y sicopatología del abusador”.⁶⁴ Una de las disciplinas que más ha abordado el maltrato por violencia sobre los adultos mayores es la Bioética, a partir del desarrollo de los principios éticos destinados a proteger al adulto mayor en el contexto de las relaciones sociales, dichos principios son: el principio de no-maleficencia, el principio de justicia, el principio de autonomía y el principio de beneficencia.⁶⁵

En resumen, podemos apreciar ante la complejidad de la violencia contra los adultos mayores que en su conceptualización existe un denominador común el acto violento en contra de estas personas con limitaciones propias debido al normal envejecimiento por el transcurso de los años.

Se profundizó en la fundamentación doctrinal y teórica del concepto de violencia, haciendo énfasis en la clasificación socio-ecológica de este fenómeno, la que concibe la existencia de tres tipos de violencia: la social, la comunitaria y la intrafamiliar. Como eje central de nuestra investigación analizamos al adulto mayor como grupo de riesgo victimal frente a la violencia, estructurando un análisis profundo

ilustrar un poco más cada uno de estos criterios, CAMPILLO MOTIVA, Rita, “Violencia con el anciano”, *Revista Cubana de Medicina General Integral*, No. 4, La Habana, 2002, p. 6.

⁶⁴ En el análisis de las teorías del maltrato se debe partir de la fragilidad del geronte, su deterioro físico y mental se ve asociado a su disminución en la capacidad para actuar y defenderse, seguidamente encontramos la categoría del estrés de quien lo cuida a partir de factores como el abuso de alcohol y las drogas, el comportamiento violento, la situación financiera y la propia incapacidad del adulto mayor que en oportunidades propician la cólera del cuidador, el tercer grupo de la teoría del maltrato se refiere a la violencia transgeneracional que nos indica que la conducta violenta es aprendida y se transmite de una generación a otra y por último valoramos la sicopatología del abusador, refiriéndose a la deficiencia psicológica del abusador que conduce al abuso, los desórdenes de la personalidad, el retardo mental y la demencia, para una mejor profundización en estas teorías del maltrato *vid. Idem*, p. 4.

⁶⁵ El principio de no-maleficencia implica no realizar acciones contraindicadas y promover y realizar aquellas que están claramente indicadas, valorando adecuadamente la razón beneficio y riesgo, el principio de justicia se aprecia a partir de la distribución de los recursos y la accesibilidad a los mismos sea racional y equitativa, no discriminando a nadie por motivos sociales y protegiendo a los más necesitados, el principio de autonomía se refiere a que todas las personas son, por principio y mientras no se demuestre lo contrario, capaces de tomar decisiones respecto a la aceptación o el rechazo de todo aquello que afecte a su proyecto vital y el principio de beneficencia se refiere a la obligación moral de actuar en beneficio de otros, ayudándoles a promover sus legítimos intereses y respetando lo que el afectado entienda por beneficioso para él. La persona mayor también tiene otras necesidades, que podemos denominar de honor, cariño y respeto, que son deberes de beneficencia a los que sí parecen estar obligadas las familias, GARCÍA ARANEDA, Nelson, *op cit.*, pp. 6-8.

que valoró las manifestaciones de la violencia desde la tipologización socio-ecológica aplicado a este grupo poblacional.

V. La vulnerabilidad física-psicológica de los adultos mayores

La vulnerabilidad de los adultos mayores es otro de los temas abordados por la Victimocriminología, nadie pondrá en duda la inferioridad física y social de estas personas, todo esto conduce a que nos encontremos ante una persona vulnerable, que en dependencia de la personalidad del geronte, puede ser también una víctima callada y temerosa, lo que ampliaría la fragilidad al plano psicológico, convirtiendo a ese sujeto en un ser incapaz, en la mayoría de los casos, de procurarse protección jurídica reaccionando y denunciando los malos tratos a que se enfrenta.

Una gran parte del deterioro físico y mental que muestran algunos adultos mayores tiene “sus inicios en el aislamiento de las actividades diarias en el hogar y la comunidad, la carencia de ese rol profesional y laboral desempeñado por tantos años con el que se identifican como personas, dan lugar a la depresión, la reclusión y gradualmente a la falta de interés en el arreglo personal, en alimentarse balanceadamente y en mantener una vida social activa. La depresión comúnmente afecta la memoria reciente, la lucidez y el cuidado personal. Muchos hijos, adultos enfrentados con este cuadro, confunden los síntomas de una reversible depresión y apatía, con senilidad y otros rótulos empleados al referirse a los gerontes”.⁶⁶

Existen puntos de coincidencia entre los autores⁶⁷ en relación con los factores que inciden en la determinación de fragilidad de los adultos mayores, concuerdan en que el perfil de la víctima adulta mayor está habitualmente caracterizado por la existencia de una persona pasiva, impotente, dependiente y vulnerable, unido a su edad avanzada, incapacidad, falta de opciones, miedo, aislamiento y baja autoestima;⁶⁸ todos los anteriores elementos dificultan sus condiciones de vida y lo vulnerabilizan. En el adulto mayor persisten una serie de características que lo tipifican como un grupo vulnerable; las que se pueden resumir en tres cuestiones esenciales: los cambios biológicos, los psíquicos y los sociales.⁶⁹

En el ámbito social, la vida del adulto mayor se caracteriza por el aumento de las vivencias negativas, lo que unido al decrecimiento psicofísico, genera en ese entorno

⁶⁶ SOMBRA, Basilia, Los viejos y la discriminación en nuestra sociedad, Disponible en <http://vlex.com/vid/viejos-discriminacion-sociedad-194011>, (Consultada el 3-3-2008), 2001, párrafo 5.

⁶⁷ Entre los autores que coinciden con los factores que inciden en la caracterización de fragilidad de los adultos mayores podemos encontrar a, DAICHMAN, Lía S., *op cit.*, párrafo 15, MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., “Malos tratos a personas mayores. Otra forma de violencia”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológica*, Madrid, 2004, p. 3, GONZÁLEZ CEINOS, Martha, *et al.*, *op cit.*, p. 5 y CORSI, Jorge, “Violencia Familiar: una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social”, disponible en <http://es.shvoong.com/humanities/114507-violencia-familiar-una-mirada-interdisciplinaria/>, (Consultada el 19-12-2007), 2006, párrafo 8.

⁶⁸ Aun cuando el perfil de la víctima adulta mayor se caracteriza por la impotencia y la vulnerabilidad, existen gerontes que contrariamente a dicho perfil manifiestan una actitud agresiva y tiránica sobre los demás sujetos que lo rodean, convirtiéndose en victimarios de sus familiares y cuidadores.

⁶⁹ Los cambios biológicos en el geronte se aprecian a partir del deterioro físico y genético que por su propia edad va enfrentando; por su parte resultan importantes las modificaciones psicológicas que afectan esencialmente sus motivaciones y cambios en la psiquis de estas personas, mientras que las afectaciones sociales parten de la desestructuración del entramado de relaciones sociales de la persona y el aumento de las limitaciones en sectores de salud o en las redes de acceso del adulto mayor, *Vid.* GARCÍA ARANEDA, Nelson, *op cit.*, p. 4.

societal el desarrollo de una imagen incua, con limitaciones de la capacidad de trabajar, con la obligada estructuración de una limitada economía personal adecuada a sus necesidades, llegando hasta la existencia de un rechazo sutil o abierto en medios socioculturales, educacionales y otros, que desdeñan “lo viejo”.

Estas barreras inciden sobre la subjetividad del adulto mayor afectando su autoimagen, reforzando los sentimientos de pérdida, propiciando el sentimiento de minusvalía social y un incremento del aislamiento⁷⁰ y la subestimación de sus capacidades, aun cuando las mismas se encuentren conservadas y con posibilidades para seguir utilizándolas de forma activa tanto social como laboralmente. Pues, a diferencia de generaciones anteriores, las personas adultos mayores conservan en la actualidad, mayoritariamente, una capacidad para seguir activas y con interés en ampliar sus posibilidades de desarrollo personal y comunitario y con la capacidad de mantenerse en una actitud de utilidad personal, familiar y social.

Son varios los factores que afectan la vida de los adultos mayores, sin lugar a dudas son físicamente más débiles, padecen de enfermedades propias de la vejez, tienen generalmente una dependencia financiera, pues a pesar de que, en la mayoría de los casos, poseen su pensión por jubilación o por seguridad social, el monto financiero de estos ingresos no cubre sus necesidades totales, máxime el costo económico que implica la real demanda de medicamentos en esta etapa de la vida; es así que en una gran parte el sentimiento de tristeza por su realidad socio-económica lo invade y comienza a deteriorarse con rapidez su capacidad cognoscitiva.

El maltrato por violencia hacia este grupo de riesgo es conocido, aunque poco tratado y enfrentado; también debemos valorar su alta frecuencia de comisión y las dolorosas secuelas que propicia; precisamente en interés de la temática de la vulnerabilidad que analizamos consideramos la posibilidad de reconocer la existencia de un fenómeno denominado “síndrome del adulto mayor maltratado”,⁷¹ caracterizado por los siguientes elementos:

- ✓ Poco dominio en su conducta: el adulto mayor decide no poner en práctica más maniobras para evitar las agresiones y su respuesta ante los estímulos exteriores es pasiva. Su aparente indiferencia le permite autoculpabilizarse por las agresiones que sufre y limita su capacidad de enfrentarlas.
- ✓ Identificación justificativa con el victimario: la víctima adulta mayor se siente responsable de las agresiones e incluso justifica la conducta del agresor, esta identificación, en la mayoría de las oportunidades, se refiere a un descendiente inmediato como puede ser un hijo, nieto; en fin, algún pariente cercano o el cuidador de la institución donde radica; por supuesto, mientras mayor dependencia tenga con el agresor más difícil le resultará romper su relación.

⁷⁰ “La relativa autonomía que adquiere la personalidad adulta mayor no debe engañarnos en cuanto a la vigencia de las necesidades gregarias de vínculo, potenciación o intercambio humano que permiten el desarrollo y una elevación de la calidad de vida del hombre”, *Vid.* ALARCÓN BORGES, Ramón, PÉREZ DUHARTE, Arlín Y MÉNDEZ LÓPEZ, Myrna, Prisión, “Género y adulto mayor. Entre las verdades y las meras palabras”, *Memorias del IV Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana sobre Temas Contemporáneos*, La Habana, 2008, p.2.

⁷¹ Dentro del síndrome del anciano maltratado según el criterio de RODRÍGUEZ MANZANERA “tenemos una extensa gama de conductas realizadas en su mayoría por los descendientes, que van desde golpes simples sin trascendencia aparente, como bofetadas, injurias y otras conductas que ofenden su honor, hasta lesiones de variada gravedad”, teniendo en cuenta que utilizamos en nuestra investigación el término de adulto mayor, identificamos “el síndrome del adulto mayor maltratado”, RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Cuarta edición, editorial Porrúa, 1998, Ciudad de México, p. 225.

- ✓ Indefensión culpable: el adulto mayor sin poder resolver la situación agresiva y encontrándose psíquica y mentalmente afectado, termina asumiendo los ataques como una condena merecida.

Los conceptos de vulnerabilidad y el de resiliencia⁷² se ponen en evidencia en la anterior caracterización junto a otras variables de riesgo de la violencia como: el maltrato, el abuso emocional, físico, sexual, la negligencia y el abandono.

Atención merece de igual forma, la necesidad de redoblar la importante tarea de las instituciones que tienen a su cargo el cuidado, atención y protección de los adultos mayores que acuden o son enviados a las instituciones, las personas que no pueden valerse por sí mismas son más propensas a ser víctimas de actos despectivos y con ellos comienza el primer síntoma de este fenómeno; los centros de atención a este grupo victimal constituyen su hogar, en ellos el geronte deposita sus últimas esperanzas de una vejez tranquila y no es siempre lo que encuentran, pues en ocasiones se presentan los insultos, la desatención, el descuido en la alimentación o en los medicamentos, la falta de higiene, la marginación o sencillamente la indiferencia envuelven a estas víctimas en el aislamiento y la tristeza.

En este sentido NEUMAN precisa que “cuando se conoce el interior de los hogares de ancianos, se ahonda en el espíritu, el sentido que cobra la cruel victimización de quienes acceden a ello, será necesario analizar la responsabilidad que tiene la comunidad y las formas de acción de sus profesionales, técnicos y organismos que intervienen”.⁷³

Como hemos podido apreciar las consecuencias físicas, mentales y conductuales que generan estos actos son sufridas por todas estas víctimas, en cualquier contexto donde se desarrollan.

VI. Victimización de los adultos mayores en los diferentes niveles contextuales de ocurrencia en Cuba

Aplicando nuestro modelo teórico clasificatorio organizado según los contextos espaciales de ocurrencia del fenómeno violento, valoraremos a continuación la victimización de este grupo etareo desde la siguiente organización estructural: victimización social, la victimización comunitaria y la victimización intrafamiliar de los adultos mayores en Cuba.

VI.1. La victimización social de los adultos mayores

Al referirnos a la victimización social la concebimos como un fenómeno de amplio espectro, que puede afectar a cualquier integrante de la sociedad; aunque existen sectores sociales más vulnerables que otros a la violencia victimizadora, nos referimos a los grupos de mayor riesgo victimal, es decir, a la gama poblacional de mayor debilidad en la sociedad: las mujeres, los niños y los adultos mayores.

⁷² Puede entenderse como resiliencia la capacidad del individuo de enfrentar situaciones adversas, saliendo fortalecido, preparado para continuar con su propio desarrollo, *Vid.* DOBRY, Elías, “Violencia institucional y violencia social”, *Curso el poder, la verdad y la cuestión del otro*, Buenos Aires, 2006, p. 2.

⁷³ NEUMAN, Elías, *Victimología y control social*, editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 111.

El abuso sobre los adultos mayores no es un problema social nuevo, existen varias razones para que la ocurrencia de la victimización social contra este sector de la población se caracterice como un problema complejo, entre ellas tenemos: el creciente aumento de la población adulta mayor, la desatención por parte de las nuevas generaciones y los elementos de vulnerabilidad que caracterizan a este grupo etareo.⁷⁴

En relación al primero de los factores expuesto, el aumento de la población de los adultos mayores, debemos analizar que las tasas de envejecimiento en Cuba crecen aceleradamente, en primer orden por el “problema de la baja natalidad, factor que ha venido decreciendo persistentemente en más de 4 mil habitantes, (...) y la otra incidencia de un carácter privilegiante en nuestra sociedad es la esperanza de vida al nacer, en Cuba en el período 1950–1955 (...), era de poco más de 59 años (...), en la actualidad se alcanza el 77,97 años para ambos sexos”,⁷⁵ y continúa aumentando en el 2010 logrando 78 años.⁷⁶

El crecimiento del porcentaje de ancianos respecto al conjunto de la población en general está trazando serios desafíos sociales, económicos y políticos, uno de los más importantes es el incremento de la demanda de servicios sociales, financieros, médicos y asistenciales, servicios para los que, en este momento, nuestra sociedad no posee la infraestructura necesaria.

La atención que requieren los adultos mayores de las nuevas generaciones, es el segundo elemento que precisa de una gestión individualizada y urgente, pues lo que resultó durante años una tradición de respeto hacia las personas más envejecidas, costumbre ancestral en la que los gerontes por su vasta experiencia ejercían papeles de liderazgo y eran percibidos con deferencia por su rol de transmisores de cultura, hoy desgraciadamente se ha perdido esa consideración privilegiada hacia este sector poblacional; por lo que debemos rescatarla, materializarla principalmente en la instauración de una cultura de respeto a los mayores y la creación de valores entre los miembros más jóvenes de nuestra sociedad, valores tales como: el humanismo, el respeto, la responsabilidad, etc. con las generaciones que le dieron origen, los educaron y protegieron en sus primeros años de vida y que necesitan de esa reciprocidad concretada en la protección y cuidado debido a la vulnerabilidad actual asociada a su senectud.

El tercer factor de incidencia de la victimización en los adultos mayores se enmarca en sus características de vulnerabilidad que los insertan dentro de los más

⁷⁴ Estas afirmaciones fueron demostradas en la Tesis de Especialidad que sirvió como antecedente investigativo, *Vid. PÉREZ NÁJERA, Celín, Estudio Criminológico de la Violencia Intrafamiliar ejercida sobre los ancianos en Cuba*, Tesis presentada en opción al grado de Especialista en Derecho Penal, Universidad “Marta Abreu” de las Villas, Villa Clara, 2008, p. 53.

⁷⁵ RAÚL CASTRO RUZ, *op cit.*, p. 1.

⁷⁶ Datos estadísticos de Cuba..., *cit.*, p. 9. En nuestro país se encuentra el Observatorio Nacional de Carga de Mortalidad y Esperanza de Vida en salud de los Adultos Mayores, el cual surgió en el 2006 y es atendido por el Ministerio de Salud Pública, con vistas a desarrollar una comunidad de conocimientos que permitiera responder a las oportunidades y retos que plantea el envejecimiento de la población cubana. Entre sus principales objetivos se encuentra: “perfeccionar el Sistema de Vigilancia en salud de los Adultos Mayores para detectar y alertar sobre desviaciones de la misma, recoger, procesar, analizar y diseminar información confiable y oportuna que permita la toma de decisiones con respecto a su salud, ofrecer asesorías sobre temas relacionados con la esperanza de vida en salud y promover vínculos intersectoriales para lograr impacto favorable en el incremento de la expectativa de vida”, *Observatorio Nacional de Carga de Mortalidad y Esperanza de Vida*, Ministerio de Salud Pública, La Habana, 2007, p. 1.

victimizados. La vulnerabilidad se asocia al inevitable proceso de envejecimiento que trasciende los ámbitos: biológico, psicológico y social.

Actualmente las personas adultas mayores poseen una limitación de sus interacciones sociales, asociada a la incapacidad socio-laboral que como construcción social negativa ha estructurado una incorrecta visión social de las verdaderas posibilidades de aporte y colaboración social que ciertamente poseen las personas gerontes.

La violencia en el contexto social depende en gran medida de los tradiciones culturales y del desarrollo general que se ha venido logrando, no podemos esperar que una sociedad en constante transformación desde el punto de vista productivo y social, con acelerados adelantos tecnológicos vaya a hacer coincidir su principal segmento laboral activo con los adultos mayores; sin embargo, es necesario reconsiderar los rangos limitativos por edad de la actividad laboral, tal y como ha sido recapacitado en nuestro país y refrendado en las modificaciones a la Ley de Seguridad Social.⁷⁷

El contexto social matizado por el acelerado proceso de envejecimiento presenta una peculiar contradicción, pues las nuevas generaciones tendrán la enorme responsabilidad de sostener la economía del país debido a que resulta una realidad el incremento de la población económicamente dependiente respecto de la población productiva, por lo que el cuidado de los gerontes resultará muy difícil para ellos, toda vez que siendo menos numéricamente hablando, tendrán que ocuparse de la producción en todos los sectores económicos.

Otro de los factores incidentes en la victimización social de este sector poblacional transita por el desconocimiento, desde los medios masivos de comunicación, de los intereses culturales y educativos del sector más envejecido de la población, despojándolos de los necesarios espacios de recreación y adquisición de cultura.

Concluimos que la victimización social de los adultos mayores es el conjunto de acciones violentas que se manifiestan de forma particularmente lesiva sobre los gerontes y posee un carácter multidimensional que incluye la dimensión política, económica, estructural, etc.

En una adecuada movilización de las ricas potencialidades de la sociedad vale analizar que las formas principales en que los gerontes pueden concretar un proyecto de vida que los llene de satisfacciones es mediante la unión de los adultos mayores, a través de grupos de trabajo, de autorreflexión, entre otros; que le permitan sentirse escuchados, valorados, compartir sus vivencias, reforzar su identidad y potenciar nuevos estilos de vida. Lo que se impone en este sentido es la conformación de una estructura social que permita la protección de los adultos mayores ante la violencia mediante acciones interdisciplinarias con un carácter sistemático y preventivo.

VI.2. La victimización comunitaria de los adultos mayores

Cuando afirmamos que el ser humano desarrolla su vida en sociedad, evidentemente nos enmarcamos en su ámbito específico, en este caso la comunidad como medio donde se forma y convive el individuo. La literatura criminológica utiliza expresiones como comunidad y acción comunitaria sin que su significado sea evidente,

⁷⁷ Ley No. 105 de Seguridad Social, *op cit.*, p. 2.

y si unimos a ello el término de victimización el resultado es idéntico, pues no existen conceptualizaciones previas sobre victimización comunitaria.

En sentido general, la victimización comunitaria se conceptualiza como la falta de acciones por parte del Estado en su rol protector de la seguridad y el bienestar de la población de sus comunidades concretas, cuestión que puede resolverse mediante la introducción de actividades políticas y medidas que ayuden a disminuir la posibilidad de manifestaciones victimizadoras en esos espacios medioambientales.⁷⁸

El envejecimiento es un proceso natural del desarrollo humano individual, precisamente tales años finales de la vida necesitan ser agradables, saludables y tranquilos, aunque deplorablemente esa no es hoy la realidad que viven todos los adultos mayores en el mundo.

La victimización de los adultos mayores se caracteriza en el contexto comunitario por un desconocimiento de las fases del envejecimiento, de sus características y limitaciones; entiéndanse por ello la ignorancia comunitaria hacia los problemas psicológicos y orgánicos, los cambios de aptitud y la disminución de capacidad del geronte, problemas y cambios que no son comprendidos y aceptados, en la mayoría de los casos, por el resto de las generaciones de la forma adecuada.

Una de las realidades que afectan a los adultos mayores en el entorno comunitario es la falta de especialistas médicos en Geriatria, a pesar de la amplia demanda y los beneficiosos índices de esperanza de vida existentes, no poseemos una cantidad suficiente de galenos con formación médica especializada que responda a la necesidad de la población adulta mayor, lo que nos obliga a un cambio de política médica formativa por el Ministerio de Salud Pública.

En nuestras comunidades se encuentran constituidas las casas de los abuelos, centros en los cuales el adulto mayor recibe cuidados y atención durante el horario del día; la existencia de estas instituciones si bien resuelven un problema comunitario en la atención a la vejez, poseen la limitación de que no cubren todas las solicitudes reales de atención a los sujetos necesitados, además de que solamente pueden acudir a dichos establecimientos los gerontes que no presenten alguna incapacidad; no obstante, en estos lugares también ocurren agresiones y negligencias que los afectan directamente, en esencia por los cuidadores y el personal especializado.

Por su parte, la falta de actividades recreativas en la comunidad, donde conviven estas personas adultas mayores, genera serias limitaciones para realizar sus propias diligencias, para ganar sus escenarios y para desarrollar las habilidades que han

⁷⁸ Las principales manifestaciones de la victimización comunitaria se presentan con mucho mayor auge en las zonas críticas de entidad marginal, la carencia de servicios sociales imprescindibles, los altos índices de delincuencia, entre otras; este tipo de victimización contextual comunitaria se manifiesta en las calles, las escuelas, los barrios, etc. y se configura en hechos como: la venta ilegal de armas, el comercio ilícito de drogas, etc. Las conocidas como zonas críticas son lugares propensos a las agresiones, a las comisiones de actos delictivos o de hechos vandálicos; en primer lugar porque el entorno social lo propicia, debido a la posesión de los elementos objetivos y subjetivos para ser vulnerables y son entonces sus habitantes los que van favoreciendo la condición de habitualidad de los actos victimizadores violentos y en consecuencia se tornan víctimas de sus propio contexto de convivencia. Cuando abordamos el término de zonas críticas nos referimos a un espacio geográfico determinado que se caracteriza por su inseguridad, entendamos barrios marginales, las zonas insalubres, etc., donde se producen altas tasas de hechos delictivos, siendo proclives sus habitantes a conductas antisociales tales como el consumo de alcohol, drogas o el ejercicio de la prostitución, *Vid. VANO, Emilio, La protección de las víctimas, Recomendación sobre Asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, Consideraciones sociopolíticas y un plan de acción*, Madrid, 2006, p. 6.

adquirido durante toda la vida y que aun se encuentran aptas para brindar, sintiéndose útiles desde el punto de vista socio-comunitario.

Otra limitación comunitaria que sufre la población envejecida es el fenómeno de la insuficiencia en el orden de prioridades de servicios comunitarios tales como: lavanderías, barberías y peluquerías, círculos sociales para sus actividades recreativas, elevación del número de casas de los abuelos y de instituciones destinadas al cuidado y atención de ellos, etc.; estas son algunas de las falencias sobre las cuales resulta de vital importancia incidir para aliviar la incidencia del fenómeno de la victimización comunitaria en los órdenes sociales, económicos y políticos contra el geronte. En este contexto comunitario ignorante de sus necesidades especiales se propicia que el adulto mayor se sienta alejado, limitado en sus relaciones interpersonales y en el desarrollo de sus actividades diarias, por lo que resulta preciso trazar estrategias socio-comunitarias para trabajar de forma multidisciplinaria en ayudarlos a superar estas limitaciones.

Al analizar el comportamiento de las redes de apoyo social de atención al geronte, debemos partir de considerarlas un instrumento orientado a la solución de problemas mediante programas específicos con un carácter multisectorial; dichas redes de apoyo no resultan todo lo efectivas que se requiere para la atención a esta población etarea; como ejemplo podemos citar, el déficit de las capacidades de atención de las casas de los abuelos a partir de la amplia demanda existente.

Refiriéndonos a la victimización comunitaria de los gerontes podemos definirla como la relación socio-comunitaria caracterizada por el uso de métodos innecesariamente agresivos en la solución de conflictos que incluyan a los adultos mayores, por la inexistencia de servicios comunitarios imprescindibles para este sector poblacional y por la prevalencia en la comunidad de estilos de vida marcados por la indiferencia, la rudeza y la coacción en contra de ellos.

La prevención comunitaria contra la violencia sobre los gerontes debe concebirse como una estrategia de carácter intersectorial, en una estrecha combinación de diferentes acciones y estrategias, mediante la coordinación de esfuerzos de diferentes sectores, instituciones, órganos y organizaciones.⁷⁹

El trabajo para la prevención de la violencia contra el adulto mayor debe contemplar tanto, la atención al geronte como a su familia; existen una serie de ocupaciones en las que se produce su protagonismo, tales como: la participación en actividades de las casas de los abuelos, los cursos de superación para los gerontes, los estudios en la cátedra del adulto mayor, las acciones del Grupo de Orientación y Recreación al adulto mayor,⁸⁰ etc., a lo que podemos agregar las acciones realizadas

⁷⁹ Recurrimos al criterio de prevención comunitaria de MARISOL SOÑORA, para abordar la falta de acciones en la comunidad en cuanto a la violencia contra los adultos mayores, de acuerdo a las valoraciones de esta autora, “las acciones y estrategias comprendidas en la prevención comunitaria deben ser consideradas como un proceso caracterizado por la organización, planificación y sistematicidad (...), tienen un carácter esencialmente participativo, son únicos, irrepitibles, pues obedecen a las particularidades de problemáticas, condiciones y acciones específicas”, SOÑORA CABALEIRO, Marisol, *Criminología*, Colectivo de Autores, Libro de autores cubanos, Capítulo IV, editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 191.

⁸⁰ Mediante los Grupos de Orientación y Recreación al adulto mayor, la atención no institucional, cobra un importante papel a través de la integración comunitaria de este grupo, como un factor decisivo en la elevación de su calidad de vida, consolidando el desarrollo del bienestar social y el uso de capacidades y habilidades que poseen los adultos mayores, estos grupos constituyen “agrupaciones de Círculos de Abuelos y otros adultos mayores de la comunidad no vinculados a los mismos que permiten el desarrollo de posibilidades existentes (habilidades y capacidades), y la participación activa de los adultos mayores,

desde la Casa de orientación a la mujer y la familia y la labor del Ministerio de Trabajo con la aportación de subsidios imprescindibles de la asistencia social.

De estas reflexiones puede concluirse que resulta necesario concientizar a la colectividad en propiciar la participación de los adultos mayores en la planificación de su vida socio-comunitaria, lo que se traduce en que estas personas intervengan activamente en las decisiones acerca de la proyección y aplicación de los procesos, programas y servicios que los satisfacen en sus necesidades concretas; es decir, que en charlas, conversatorios, talleres u otras vías los beneficiados gerontes, que son quienes mejor comprenden sus propios problemas y dificultades, tengan la posibilidad de proponer acciones que faciliten su vida en la comunidad y que limiten al mínimo las agresiones materializadas en diversas y sutiles formas de relegarlos o desconocerlos como miembros activos y con pleno derecho de sus comunidades, esto sin lugar a dudas es una herramienta valiosa que ayuda a los gerontes a luchar contra la victimización en la comunidad.

VI.3. La victimización intrafamiliar de los adultos mayores

La victimización intrafamiliar constituye la variante del fenómeno estudiado que más reconocen e identifican las personas; sus niveles de incidencia y afectación preocupan a todos en conjunto. La victimización intrafamiliar se conceptualiza como “las formas de abuso de poder o maltrato físico o psicológico de un miembro de la familia sobre otro, que se desarrollan en el contexto de las relaciones familiares y que ocasionan diversos niveles de daño a sus víctimas”;⁸¹ un segundo enfoque de definición lo aporta FRANCO AGUDELO cuando asegura que la victimización intrafamiliar es una acción que “impide la realización de los derechos humanos, comenzando por el fundamental, el derecho a la vida, apareciendo entonces la violencia como actividad humana nociva que menoscaba la integridad y limita los derechos en el hogar”.⁸²

Tradicionalmente el adulto mayor ha sido una persona respetada y escuchada en el entorno familiar dada su experiencia y conocimientos; sin embargo, la sociedad moderna caracterizada por una cotidianidad más apresurada, propicia que en diversas oportunidades se valore al geronte como una carga para la familia y se manifieste despreocupación y agresión sobre esa persona, debido a su debilitamiento físico y mental que lastra la acelerada dinámica familiar actual.

Las políticas de protección de la vejez abogan por colocar a la familia como el centro fundamental en el cuidado del adulto mayor⁸³ y respondiendo a ello han tratado de encontrar formas diferentes que le permitan seguir viviendo adecuada e independientemente dentro de la unidad familiar. A pesar de ello la realidad demuestra que no siempre el hogar es el lugar más seguro y confortable para los gerontes, su

en la solución de los problemas y necesidades, tanto sociales como médicas, manteniéndose en el seno de la comunidad en que vive”, a pesar que desarrollan acciones en las comunidades, estas son insuficientes, aisladas y no responden a las necesidades y demandas de los gerontes, recomendamos ampliar en *Indicaciones al Grupo de Orientación y Recreación al adulto mayor*, Ministerio de Salud Pública, La Habana, 2006, p. 1.

⁸¹ SILVA, Paola F., “La violencia Intrafamiliar”, disponible en <http://www.violenciaintraf.net/articulo3345enesp.htm>, (Consultada el 8-5-2007), 2007, párrafo 6.

⁸² FRANCO AGUDELO, Saúl, *Violencia Intrafamiliar*, Universidad de Colombia, Instituto de estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Bogotá, 1998, p. 1.

⁸³ BERGES DÍAZ, Celia, “Violencia Intrafamiliar”, *I Conferencia Internacional Mujer, Género y Derecho*, Dirección Nacional de la Federación de Mujeres Cubanas, La Habana, 2006, p. 9.

permanencia en el seno doméstico puede favorecer en ocasiones la agresión, el aislamiento, el rechazo o la indiferencia de los miembros de su propia familia.

Es en el contexto familiar donde ocurren con gran frecuencia las agresiones contra los adultos mayores, nos encontramos actos tales como: el despojo de los espacios propios, objetos e ingresos personales de los gerontes, partiendo de las dificultades en las condiciones de la vivienda, existen muchas familias que conviven con un gran hacinamiento y buscan como solución a las carencias habitacionales, desposeer a los adultos mayores de sus casas, habitaciones, pertenencias e incluso, los victimizan a partir de la utilización injusta de sus ingresos por parte de sus descendientes, convivientes o cuidadoras personales. Como otra agresión identificamos también la desatención alimenticia o de medicamentos hacia estas personas.

En muchas oportunidades el mayor agresor en el hogar son los nietos adolescentes que no comprenden los cambios de aptitud y las limitaciones en la capacidad de adaptación de los abuelos, aunque tampoco cuentan con padres que frenen y repudien estos actos, educándolos en el respeto a los adultos mayores. Debemos combatir dichos fenómenos, ayudando a eliminar los estereotipos negativos latentes y manifiestos en el seno de nuestras familias que desembocan en el maltrato.

También ocurre que en el seno familiar se utiliza al adulto mayor de forma indiscriminada para resolver los problemas cotidianos del hogar, tales como: buscar los mandados, comprar el periódico o encargarse del traslado y cuidado de los niños, etc.; aunque reconocemos que resulta conveniente implicar a la persona adulta mayor en los deberes del propios del hogar para que sean conscientes del valor de su aporte y la necesidad que aún se tiene de ellos, pero siempre valorando las verdaderas capacidades físico-psicológicas del geronte y la creación de los espacios de esparcimiento y recreación que necesitan, sin sobrecargarlos de responsabilidades.

Para algunos adultos mayores su hogar tradicional es sustituido por las instituciones que tienen a su cargo el cuidado de las personas gerontes que posean dificultades por su incapacidad, por la falta de hogar o por la carencia de familiares cuidadores; dicho centro no se encuentra exento de actos violentos; en esta institución la victimización sobre los gerontes es un fenómeno latente y muchas veces manifiesto; entre otras razones porque el personal que labora con el adulto mayor institucionalizado no es el más adecuado, por el exceso o aglomeración de gerontes que genera sobrecarga de trabajo y recursos materiales insuficientes y en otros casos por la despreocupación o crueldad con que son atendidos estas personas.

En fin, los programas de atención institucionalizada a los adultos mayores deben evitar en lo posible el aislamiento de los mismos, la necesidad de trabajar en la formación de los recursos humanos que laboran en las instituciones de atención y la prioridad del trato humano indispensable para garantizar la integridad físico-emocional de este sector tan vulnerable. Contamos con casos en que en el hogar o la institución no toma en cuenta los criterios y decisiones de los gerontes, se limitan de forma acelerada e indiscriminadamente sus derechos, produciendo un debilitamiento psicológico en el adulto mayor, debemos concientizar a ese personal especializado en que esas personas deben ser atendidas con dignidad y protegidos durante esta etapa.

Con el propósito de realizar acciones de índole preventiva y de protección a las víctimas, fundamentalmente las pertenecientes a los grupos de riesgo, se creó en Cuba, en septiembre de 1997 el grupo de trabajo para la prevención y atención de la violencia

intrafamiliar, el cual es dirigido por la Federación de Mujeres Cubanas en el nivel nacional.

Un aspecto analizar en el ámbito de nuestro trabajo radica en el enfoque de género y su asociación con la victimización de los adultos mayores. A pesar de resultar la violencia de género un fenómeno que puede afectar a este grupo etareo en cualquier contexto, es el hogar básicamente donde se evidencian con mayor frecuencia tales manifestaciones, partiendo esencialmente de la perspectiva machista que predomina en nuestra sociedad y que se traslada a las relaciones comunitarias e intrafamiliares; dicha visión machista conducen a una mayor profundidad en la victimización de la mujer adulta mayor, que sufre de forma agravada su condición de mujer geronte.

La violencia de género incidente sobre nuestra población adulta mayor se produce también intergerontes, en tanto se materializa en el dominio del más fuerte, en este caso el adulto mayor sobre la adulta mayor como sujeto más débil de la pareja etarea. Válido es aclarar que la violencia de género se da “desde diferencias sexuales, donde se han establecido roles de género, atributos sociales, económicos, jurídicos y políticos, estereotipos y pautas de comportamiento, que han tenido mucho que ver en la formación de la identidad de hombres y mujeres desde su nacimiento en la vida y en la sociedad”,⁸⁴ teniendo como base una formación machista.

En nuestro criterio consideramos la victimización intrafamiliar de los adultos mayores como el conjunto de actitudes o de comportamientos de abuso de un miembro de la familia contra el geronte que implican la afectación de su integridad física y psicológica; posee como objetivo el control del sujeto victimizado y puede tener carácter sistemático o periódico.

Ante lo complejo del fenómeno debemos priorizar la asistencia victimológica de los adultos mayores, con el fin de aliviar las consecuencias que provocan el ejercicio de la violencia descrito en el presente acápite de nuestro informe. Durante esta etapa de la vida los adultos mayores deben ser cuidadosamente protegidos mediante estrategias que eviten la victimización de este sector social en cualquier contexto que se encuentren y ante cualquier manifestación de la violencia.

VII. Conclusiones

Primera: La violencia posee un carácter sociocultural e histórico y consiste en el ejercicio del poder en la solución de conflictos interpersonales y en la configuración de determinadas relaciones sociales, mediante el empleo de la fuerza, la coacción o cualquier otro recurso, manifestándose tanto a nivel individual, grupal o social.

Segunda: A los efectos de nuestro modelo teórico de análisis estructuramos el fenómeno desde un criterio socio-ecológico destinado a organizar la violencia de acuerdo al ambiente o contexto espacial de ocurrencia, en función de lo cual reconocemos la existencia de tres tipos clasificatorios: la violencia social, la violencia comunitaria y la violencia intrafamiliar.

Tercera: Teniendo en cuenta las condiciones socioculturales y económicas actuales, las expectativas de vida y las especificidades del envejecimiento de la población en Cuba,

⁸⁴ TAMAYO VERDECIA, María E. y HERNÁNDEZ RANDO, Leticia I., “Una mirada interdisciplinaria a la luz del perfeccionamiento legislativo en violencia de género”, *II Conferencia Internacional Mujer, Género y Derecho*, Mayo 2008, La Habana, p. 8.

concebimos al adulto mayor como la persona que arriba a los 65 años de edad y que presenta características de vulnerabilidad física, psicológica y social debido a las particularidades propias de la edad.

Cuarta: El fenómeno de la violencia sobre el adulto mayor necesita ser enfrentado desde una visión multidisciplinaria que incluya, tanto, la regulación informal como la regulación formal. El enfrentamiento informal al problema estudiado debe sustentarse en un enfoque victimocriminológico central, perspectiva que implicaría la contribución de otras disciplinas sociales como la Sociología, la Medicina, la Psicología Social, etc.; mientras la regulación formal se materializa en los diversos enfoques jurídicos de amparo de este grupo poblacional. En el caso de Cuba la variante formal concretada en la protección jurídica de los adultos mayores parte de definiciones constitucionales especificadas en la protección de índole civil, familiar, de seguridad social, penal, etc.

Quinta: La victimización social ejercida contra los adultos mayores es entendida como el conjunto de acciones violentas que se manifiestan de forma particularmente lesiva sobre los gerontes y posee un carácter multidimensional que incluye la dimensión política, económica, estructural, etc. Como factores asociados a la victimización social en el ámbito espacial investigado aparecen el acelerado proceso de envejecimiento, la desatención de los adultos mayores por parte de las nuevas generaciones y la incidencia de los elementos de vulnerabilidad o fragilidad que caracterizan a este grupo etareo.

Sexta: La victimización comunitaria contra los gerontes se define como la relación socio-comunitaria caracterizada por el uso de métodos innecesariamente agresivos en la solución de conflictos que incluyan a los adultos mayores, por la inexistencia de servicios comunitarios imprescindibles para la población estudiada y por la prevalencia en la comunidad de estilos de vida marcados por la indiferencia, la rudeza y la coacción en contra de ellos. Este tipo de victimización en el área escogida se produce por el desconocimiento de las fases del envejecimiento, de sus características y sus limitaciones de todo tipo.

Séptima: La victimización intrafamiliar sobre los adultos mayores se delimita como el conjunto de actitudes o de comportamientos de abuso de un miembro de la familia contra el geronte que implican la afectación de su integridad física y psicológica; posee como objetivo el control del sujeto victimizado y puede tener carácter sistemático o periódico. Esencialmente se manifiesta en los hogares mediante la usurpación de sus espacios vitales, el despojo de objetos propios e ingresos personales, la desatención alimenticia o de medicamentos, etc.

BIBLIOGRAFÍA

I. TEXTOS

- ABREU VÁZQUEZ, María, "Una mirada al envejecimiento de la población", *Revista del Hospital Psiquiátrico*, No. 6(2), La Habana, 2009.
- ALARCÓN BORGES, Ramón, PÉREZ DUHARTE, Arlín y MÉNDEZ LÓPEZ, Myrna, "Prisión, Género y adulto mayor. Entre las verdades y las meras palabras", *Memorias del IV Encuentro Internacional: Escuela de Verano de La Habana sobre Temas Contemporáneos*, La Habana, 2008.
- ALESSANDRINI GONZÁLEZ, Roidel y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Kyrenia, "Tercera edad: Consideraciones Éticas", *Revista de Bioética*, No. 3, La Habana, Septiembre- Diciembre 2007.
- ALOIN, Joxe, "Violencia: un concepto polisémico", disponible en <http://www.apdh-argentina.org.ar/violencia/trabajos/unesco20060101.asp>, (Consultada el 18-11-2010), 2006.
- ALLPORT, G. W., *The historical background of social psychology, the handbook of social psychology*, editoprail CEPITEC, New York, 1985.

- ÁLVAREZ SINTES, Roberto, "Medicina General Integral", *Revista Salud y Medicina*, volumen I editorial Ciencias Médicas, La Habana, 2008.
- ALVERO FRANCÉS, F., *Diccionario Cervantes Manual de la Lengua Española*, 3ª edición, editorial Pueblo y Educación, Instituto cubano del libro, La Habana, 1978.
- Anuario Estadístico de Salud*, Ministerio de Salud Pública y Dirección Nacional de Registros médicos y Estadísticas de Salud, La Habana, abril 2011.
- ARGOTA MORA, Ana B., "Una mirada hacia la violencia. Una experiencia", disponible en <http://www.mujereshoy.com/secciones/2134.shtml>, (Consultada el 9-5-2007), 2006.
- ÁVALOS MANRESA, Elina, *Tratamiento Penal del adulto mayor*, Tesis presentada en opción al título de Especialista en Derecho Penal Universidad Central "Marta Abreu" de las Villas, Villa Clara, 2006.
- BEAUVOIR, Simone, *La vejez*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1970.
- BERGES DÍAZ, Celia, "Violencia Intrafamiliar", *I Conferencia Internacional Mujer, Género y Derecho*, Dirección Nacional de la Federación de Mujeres Cubanas, La Habana, 2006.
- BERMÚDEZ MORRIS, Raquel, *et al.*, *La personalidad: diagnóstico de su desarrollo*, Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona, La Habana, 1997.
- BUENO MARTÍNEZ, Gustavo, "La violencia no se puede eliminar", disponible en <http://www.fgbueno.es/hem/2005r27.htm>, (Consultada el 22-4-2008), 2005.
- CAMPILLO MOTIVA, Rita, "Violencia con el anciano", *Revista Cubana de Medicina General Integral*, No. 4, La Habana, 2002.
- CARDOSO NÚÑEZ, Oscarlyns, *et al.*, "Caracterización del maltrato en el anciano", *Revista Cubana Medicina General Integral*, No. 8, Policlínico Comunitario Docente Rodolfo Ramírez Esquivel, La Habana, 2004.
- CAROLINA DÍAZ, Claudia, "Introducción a la teoría del delito", *Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal*, editada en Criminogénesis, No. 4, Ciudad de México, octubre 2009.
- CASTRO RUZ, Raúl, "Socialismo significa justicia social e igualdad, pero igualdad no es igualitarismo", discurso pronunciado con motivo a las conclusiones de la primera sesión ordinaria de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Palacio de las Convenciones, La Habana, 11 de Julio del 2008.
- CORSI, Jorge, "Violencia Familiar: una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social", disponible en <http://es.shvong.com/humanities/114507-violencia-familiar-una-mirada-interdisciplinaria/htm>, (Consultada el 19-12-2007), 2006.
- DAICHMAN, Lía S., Naturaleza y dimensiones del abuso y maltrato en la vejez, disponible en <http://es.shvoong.com/humanities/1567-naturaleza-dimension-abuso-maltrato-vejez/>, (Consultada el 18-7-2007), 2005.
- Datos estadísticos de Cuba*, Oficina Nacional de Estadísticas, La Habana, diciembre 2010.
- DEL OLMO, Rosa, "Ciudades duras y violencia urbana", disponible en <http://www.ecovisiones.cl/informacion/ciudadesdurasyviolencia.htm>, (Consultada el 20-6-2007), 2000.
- DE MÉZERVILLE LÓPEZ, Claire, "Luchando contra la violencia dentro de la Familia", disponible en <http://www.enfoque.org/index.php?option=co=view&id=61>, (Consultada el 15-4-2008), 2006.
- DÍAZ-AGUADO, María J., "Hablemos de la violencia", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológica*, Madrid, 2004.
- DOBRY, Elías, "Violencia institucional y violencia social", *Curso el poder, la verdad y la cuestión del otro*, Buenos Aires, 2006.
- DUARTE VEGA, Manuel, "Gerontología", disponible en <http://www.manuelduarte.com/geront/geriatriasaffa.htm>, (Consultada el 8-1-2012), 2008.
- DULCE Y RUÍZ, E., "Ciclo vital, envejecimiento y vejez", *Revista Latinoamericana de Psicología*, editorial Década de la conducta, volumen 34, Bogotá, 2002.
- ENGELS, Federico, "El papel de la violencia en la historia", *Revista Die Neue Zeit*, Bd. 1, Números 22-26, 1895-1896, en *Biblioteca de textos marxistas, Obras Escogidas, Tomo No. 3*, editorial Progreso, editado por Marxists Internet Archive, Moscú, 1988.
- ENGLER, Tomás, *Marco conceptual del envejecimiento exitoso, digno, activo, productivo y saludable*, Capítulo V, Centre for Ageing Research, Montevideo, 2001.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Rocío, *La Psicología de la vejez*, ediciones Pirámide, grupo Anaya S.A., Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ, Manuel, *La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica*, Cuadernos de Trabajo Social, Volumen 1, Madrid, 2005.
- FONTANET VÁZQUEZ, Mara y CARVAJAL ENRÍQUEZ, Gilda E., *El adulto mayor recluso en el sistema penitenciario cubano. Especial referencia a su tratamiento diferenciado*, Trabajo de diploma, tutorada por la Dra. TANIA DE ARMAS FONTICOPA, La Habana, 2011.

- FRANCO AGUDELO, Saúl, *Violencia Intrafamiliar*, Universidad de Colombia, Instituto de estudios Políticos y Relaciones Internacionales, Bogotá, 1998.
- GALTUNG, Johan, "Marco conceptual: Violencia", Disponible en <http://www.difzapopan.gob.mx/observatorio/marcoconceptual.htm>, (Consultada el 3-3-2008), 1995.
- GARCÍA ARANEDA, Nelson, *Bioética y maltrato a personas mayores*, Universidad de bío-bío, Santiago de Chile, 2008.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, editora Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GEGUNDE, Horacio, *O novo paradigma de violencia, en el tiempo social, departamento de Sociología, FFLCH-USP*, volumen 9, Sau Paulo, mayo 2001.
- GONZÁLEZ CEINOS, Martha, *et al.*, "Reflexiones sobre el maltrato a los ancianos en la sociedad occidental", *Revista Cubana Medicina General Integral*, 21(1), La Habana, 2006.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta, *Fundamentos teóricos del control social de la criminalidad. Reflexiones desde la experiencia cubana*, Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de la Habana, La Habana, 2004.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Marta, "Trascendencia preventiva de los estudios sobre la víctima de los delitos", ponencia presentada en Evento Científico de Escuela Formadora de Trabajadores Sociales de la Universidad Central "Marta Abreu" de las Villas, Villa Clara, 2005.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Izamir, *et al.*, "Violencia en pacientes geriátricos", *Revista Archivo Médico*, No. 6, La Habana, 2007.
- IMBERT MILÁN, Liset M., *El entorno familiar del adulto mayor. Realidad versus legislación*, Granma, 2010.
- Indicaciones al Grupo de Orientación y Recreación al adulto mayor*, Ministerio de Salud Pública, La Habana, 2006.
- Informe de la Sección de Población de Naciones Unidas*, Organización de Naciones Unidas, mayo 2011.
- Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Organización Mundial de la Salud, diciembre 2010.
- Informe mundial sobre la violencia y la salud*, Primera y segunda parte, Organización Mundial de la Salud, 2005.
- ISERN, J. "Inteligencia emocional en el adulto mayor, avances y desafíos para un enfoque integral", *Seminario internacional la tercera edad en el tercer milenio. Un desafío para todos*, Santiago de Chile, 1999.
- LÓPEZ PÉREZ, Mary B., "Maltrato en el adulto mayor", *Temas de psicogerontología*, Capítulo III.5, compilados por TERESA OROSA y VANESA PÉREZ, La Habana, 2010.
- MARCHIORI, Hilda, "Redes Asistenciales Victimológicas", disponible en <http://www.tt.redes.es/imserso/Trabajo%2011%2001.htm>, (Consultada el 20-6-2007), 1993.
- MARTÍN GUERRA, Milagros, "Envejecimiento y cambios psicológicos", disponible en <http://www.indesol.gob.mx/web/Index.php?l=12>, (Consultada el 4-4-2010), 2001.
- MARTÍNEZ ALMANZA, Leocadio, *Las personas de edad en Cuba. Principales tendencias demográficas y morbimortalidad*, Centro Iberoamericano de la Tercera Edad, La Habana, 2009.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, "Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho Penal", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológica*, Madrid, 2002.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., "Malos tratos a personas mayores. Otra forma de violencia", *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológica*, Madrid, 2004.
- MOSQUERA RIAL, Ana M., "Cuerpos marcados: violencia doméstica: una aproximación desde la Ley Penal Uruguaya", disponible en <http://www.margen.org/margen17/alveardomest.html>, (Consultada el 7-6-2007), 2005.
- MUÑOZ ALFONSO, Yisel, *et al.*, *La violencia intrafamiliar sobre el adulto mayor. Protección jurídica*, Informe Final del Proyecto de investigación-desarrollo e innovación tecnológica del programa científico-técnico territorial titulado, Estudios Sociales en Villa Clara de la Universidad Central "Marta Abreu" de las Villas, Villa Clara, 2010.
- NEUMAN, Elías, *Victimología y control social*, editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- Observatorio Nacional de Carga de Mortalidad y Esperanza de Vida*, Ministerio de Salud Pública, La Habana, 2007.
- OROSA FRAIZ, Teresa, *La tercera edad y la familia. Una mirada desde el adulto mayor*, editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- PALACIOS, Jesús, *Tercera edad*, editorial Melesas, Madrid, 2003.
- PENALVA, Clemente, "El tratamiento de la violencia en los medios de comunicación", *Alternativas, Cuadernos de Trabajo Social*, No. 10, Madrid, 2002.
- PÉREZ BOCOURT, Vanesa, "Neuropsicología y envejecimiento", *Temas de psicogerontología*, Capítulo III.2, compilados por TERESA OROSA y VANESA PÉREZ, La Habana, 2010.

- PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto, "Violencia doméstica. La espiral del maltrato", *Revista Bohemia*, No. 5, La Habana, 1997.
- PÉREZ NÁJERA, Celín, *Estudio Criminológico de la Violencia Intrafamiliar ejercida sobre los ancianos en Cuba*, Tesis presentada en opción al grado de Especialista en Derecho Penal, Universidad "Marta Abreu" de las Villas, Villa Clara, 2008.
- PÉREZ NÁJERA, Celín, "Valoraciones del fenómeno de la violencia en la sociedad", editado en *Revista International E-journal of Criminal Sciences*, No. 4, Madrid, 2010.
- PERLOFF, R. M., *The dynamics of persuasion*, editorial UCTV, Mahwah, 2003.
- Polk, K., *When men kill. Scenarios of Masculine Violence*, New York, 1994.
- Programa Nacional al adulto mayor*, Ministerio de Salud Pública, La Habana, 2000.
- RAMÍREZ, Augusto V., "La violencia: aproximaciones biopsicológicas", disponible en <http://www.psicologiacentifica.com/bv/psicologia-406-1-la-violencia-aproximaciones-biopsicologicas.html#>, (Consultada el 4-12-2011), 2003.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, Cuarta edición, editorial Porrúa, Ciudad de México, 1998.
- RODRÍGUEZ MIRANDAL, Esvaldo, *et al.*, "Maltrato a los ancianos. Estudio en el Consejo Popular de Belén", *Habana Vieja, Revista Cubana de Enfermería*, La Habana, septiembre-diciembre 2002.
- ROJAS, L., *Las semillas de la violencia*, Espasa-Calpe, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ DEL CORRAL USAOLA, F., *Violencia en el anciano*, Informes Portal mayores No. 21, Madrid, 2007.
- SILVA F, Paola, "La violencia Intrafamiliar", disponible en <http://www.violenciaintraf.net/articulo3345enesp.htm>, (Consultada el 8-5-2007), 2007.
- SOMBRA, Basilia, "Los viejos y la discriminación en nuestra sociedad", disponible en <http://vlex.com/vid/viejos-discriminacion-sociedad-194011>, (Consultada el 3-3-2008), 2001.
- SOÑORA CABALEIRO, Marisol, *Criminología*, Colectivo de Autores, Libro de autores cubanos, Capítulo IV, editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- SUÁREZ, Amalia, *Los mitos y prejuicios en la vejez: ¿Fundamentan la violencia en la población residente de la zona del CGPC N° 6, de la Ciudad de Buenos Aires?*, Tesis de Especialización en Gerontología Comunitaria e Institucional, Buenos Aires, 2009.
- TAMAYO VERDECIA, María E. y HERNÁNDEZ RANDO, Leticia I., "Una mirada interdisciplinaria a la luz del perfeccionamiento legislativo en violencia de género", *II Conferencia Internacional Mujer, Género y Derecho*, La Habana, 2008.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad, *Causas de las relaciones jurídicas civiles*, Derecho Civil Parte general, Capítulo VI, coordinado por Caridad Valdés, La Habana, 2000.
- VANO, Emilio, *La protección de las víctimas, Recomendación sobre Asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, Consideraciones sociopolíticas y un plan de acción*, Madrid, 2006.
- VELAZCO GAMBOA, EMILIO, "Violencia Intrafamiliar: mal social, mal universal", disponible en <http://www.espacioalternativo.org/node/567>, (Consultada el 18-6-2007), 2001.
- VIDAL, FILADELFA, "Violencia contra la mujer. Su presencia en la familia Holguinera", *II Conferencia Internacional Mujer, Género y Derecho*, La Habana, 2008.

II. LEGISLACIONES

- Constitución de la República de Cuba actualizada, revisada y concordada por la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia*, ediciones Pontón Caribe, S.A., La Habana, 2005.
- Ley No. 105, Ley de Seguridad Social, editora Mayor General Ignacio Agramonte y Loynaz del Ministerio de Justicia, La Habana, 27 de diciembre de 2008.
- Declaración de Toronto para la prevención global del maltrato de las personas mayores*, 17 de noviembre del 2002.
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, disponible en <http://www.geocities.com/fmuraro/principiosfundamentalesdejusticia.htm>, (Consultada el 1-6-2007), 2000.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948.
- Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento*. Asamblea mundial sobre el envejecimiento, Viena, 26 julio a 6 de agosto de 1982.

Anexo.

**VALORACIÓN COMPARATIVA
EN CUANTO A LOS TÉRMINOS UTILIZADOS PARA IDENTIFICAR
EL GRUPO ETAREO ENVEJECIDO DE LA POBLACIÓN**

CRITERIOS DE ANÁLISIS COMPARATIVOS			
TÉRMINOS	DEFINICIÓN ETAREA	CARACTERÍSTICAS SEGÚN LAS DEFINICIONES DE LA DOCTRINA	DISCIPLINAS QUE UTILIZAN EL TÉRMINO CON MAYOR FRECUENCIA
TERCERA EDAD	Oscila en el período comprendido entre los 60 y 74 años de edad.	<ul style="list-style-type: none">➤ Etapa donde el cuerpo se va deteriorando.➤ Predomina el criterio etareo de los 60 años.	Psicología
ADULTO MAYOR	Prevalece los 60 años como requisito determinante.	<ul style="list-style-type: none">➤ Se debe apreciar no con énfasis en el deterioro de la persona, sino tomando en cuenta el proceso de envejecimiento activo.	Demografía
ANCIANO	Se considera a partir de los 60 años de edad.	<ul style="list-style-type: none">➤ Deterioro del sistema orgánico con un déficit gradual desde el punto de vista físico, psicológico y sexual.	Medicina y Demografía
CUARTA EDAD	De 75 años a 89 años.	<ul style="list-style-type: none">➤ Se sustenta en la edad cronológica.	Demografía
LONGEVO	De 90 años a 99 años.	<ul style="list-style-type: none">➤ Se sustenta en la edad cronológica.	Demografía y Sociología
CENTENARIO	A partir de los 100 años.	<ul style="list-style-type: none">➤ Se sustenta en la edad cronológica.	Demografía

..ReCrim2012..

**REFLEXOS DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS DO BRASIL
A PARTIR DA ANÁLISE DO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO
E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS**

Romulo Rhemo Palitot Braga
Professor de Direito penal*

Renan do Valle Melo Marques
Professor de Processo penal**

delitos contra la hacienda pública – intervención mínima –
principios penales – protección de bienes jurídicos
tax crimes – minimal intervention – general principles – harmfulness

El objetivo de esta contribución es analizar los delitos tributarios en Brasil, desde el prisma del desarrollo y de los principios constitucionales penales de intervención mínima y de protección de bienes jurídicos. Se busca con ello verificar si es realmente legítima la utilización del Derecho penal para obligar a los contribuyentes a cumplir sus obligaciones fiscales.

This paper analyses tax crimes in Brazil, and intends to check if constitutional penal principles of minimal intervention and harmfulness are respected and so penal punishment to enforce payment of taxes is really legitimate.

O objetivo do presente é analisar os crimes tributários no Brasil, sob o prisma do desenvolvimento e dos princípios constitucionais penais da intervenção mínima e da proteção de bens jurídicos. Busca-se, com isso, verificar se é realmente legítima a utilização do Direito Penal para obrigar os contribuintes a cumprirem as suas obrigações fiscais.

Recibido: 30/04/12

Publicado: 09/01/13

© 2012 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introdução - II. Desenvolvimento: breves considerações - III. Tributação e Desenvolvimento
IV. Tributação e o Desenvolvimento no Brasil - V. Crimes tributários, desenvolvimento do Estado
brasileiro e os princípios constitucionais penais - V.1. Crimes tributários e o princípio da estrita proteção
de bens jurídicos - V.2. Crimes tributários e o princípio da intervenção mínima - VI. Notas conclusivas
REFERÊNCIAS

I. Introdução

O objetivo do presente é analisar os crimes tributários no Brasil, sob o prisma do desenvolvimento e dos princípios constitucionais penais da intervenção mínima e da

* Mestre e Doutor em Direito Penal pela *Universitat de València*, Espanha; Professor Titular de Direito Penal do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ; Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB; Diretor Regional Adjunto (PB/RN) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; Advogado.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, Especialista em Ciências Criminais (IBCCRIM/UNIPÊ) e professor de Processo Penal do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

proteção de bens jurídicos. Busca-se, com isso, verificar se é realmente legítima a utilização do Direito Penal para obrigar os contribuintes a cumprirem as suas obrigações fiscais.

Para tanto, inicialmente, vai-se tecer breves comentários acerca do Desenvolvimento, bem como da influência que exercem o sistema e a carga tributária no processo de desenvolvimento no Brasil. Posteriormente, far-se-á uma análise dos crimes tributários à luz da noção de desenvolvimento e dos princípios penais da proteção de bens jurídicos e da intervenção mínima.

II. Desenvolvimento: breves considerações

Antes de qualquer coisa, para compreender melhor o que se irá expor, torna-se necessário tecer breves comentários acerca do conceito de desenvolvimento. Como observa Fábio Nusdeo¹, o tema do desenvolvimento econômico passou a atrair a atenção dos economistas do mundo acadêmico e profissional, a partir de meados da década de quarenta do século passado, antes mesmo do final da Segunda Guerra Mundial. Segundo ele, a humanidade passou a se aperceber de que paz mundial, tão duramente conquistada, estaria sob permanente ameaça enquanto as formidáveis diferenças de renda e de qualidade de vida, entre as nações e entre as regiões, não fossem superadas ou pelo menos minoradas.

Contudo, conforme pontua o mesmo autor, quando surgiu o interesse pelo tema, colocou-se, inicialmente, a questão de como avaliar os padrões de desenvolvimento econômico, alcançados pelos diversos países e de como acompanhar os seus progressos ou eventuais regressos. Para tanto, afirma o autor, os economistas já possuíam em seu estoque teórico um conceito bastante abrangente e completo – assim se pensava – para satisfazer essa necessidade: cuidava-se do Produto Interno Bruto.

Ocorre, contudo, que, ainda conforme Fábio Nusdeo², apesar de o PIB ser uma grandeza reveladora, ele não externa uma série de aspectos e de detalhes cuja percepção é absolutamente essencial para bem se poder acompanhar a evolução e os percalços do processo de desenvolvimento.

Na verdade, o que ocorreu, por algum tempo, foi que os estudos destinados ao desenvolvimento, restringiram-se a investigar apenas uma de suas vertentes: a econômica. Pois se acreditava que, com o desenvolvimento econômico de um determinado Estado, tudo o mais seria uma consequência inevitável.

Calixto Salomão Filho³, analisando algumas teorias que estudaram o desenvolvimento, releva que a teoria econômica sempre sofreu forte influência das matrizes teóricas econômicas anglo-saxônicas, sendo que a consequência mais grave de tal influência se fez sentir, justamente, naqueles ramos da teoria econômica que deveriam tratar de problemas estranhos às preocupações econômicas do mundo saxão, sendo certo que a teoria do desenvolvimento é um excelente exemplo disso. Segundo este autor, discute-se o desenvolvimento, em geral, apenas no âmbito da teoria

¹ NUSDEO, Fábio. “Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas.” In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-14.

² NUSDEO, Fábio. *Ob. Cit.*, p. 11-14.

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação e desenvolvimento”. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

macroeconômica e normalmente entendida como consequência necessária e natural do funcionamento dos mercados.

Vê-se, portanto, que, durante algum tempo, em decorrência das ideias nascidas nos Estados desenvolvidos, o conceito de desenvolvimento esteve sempre atrelado ao aspecto econômico, deixando de lado outros fatores que, atualmente, têm sido considerados imprescindíveis para que se possa falar em desenvolvimento.

Assim, deve-se encarar o desenvolvimento como um processo complexo, que perpassa o aspecto econômico, para abarcar, também, o social, o cultural e o político. De fato, como assevera Gilson Wessler Michels⁴, tendo em vista que as relações políticas, econômicas e sociais são interdependentes, não há mais espaço para se falar de um desenvolvimento apenas econômico, apenas político, ou apenas social. Avanços econômicos devem canalizar avanços políticos e sociais e, assim, reciprocamente. Sendo assim, avanços políticos e/ou sociais, também devem canalizar avanços econômicos.

Dentro dessa perspectiva, somente se poderá pensar em um Estado desenvolvido, quando houver um desenvolvimento econômico, social, político e cultural. Mas, para alcançar o desenvolvimento, o próprio Estado exerce uma função importantíssima, mormente através da regulação jurídica.

Com efeito, como assegura Amadeu Carvalhaes Ribeiro⁵, o Direito tem uma grande colaboração a dar ao desenvolvimento. Em verdade é ele (o Direito) que organiza a sociedade e, por isso, a sua influência sobre as estruturas sociais, políticas e econômicas é inegável.

No mesmo sentido, é o que pensa Gilson Wessler Michels⁶, quanto destaca que o Direito aparece imiscuído em todas as disciplinas que importam para o desenvolvimento, traduzindo em normas os anseios de cada sociedade. Dentro deste contexto, tem o Direito um importante papel também na esfera de uma das matérias mais relevantes para o desenvolvimento: a tributação.

Não é outra a conclusão de João Felix Pinto Nogueira⁷. Segundo ele existe uma relação estreita entre tributação e a promoção do desenvolvimento.

III. Tributação e Desenvolvimento

Não restam dúvidas de que, ao longo do tempo, o poder de tributar dos Estados foi motivo de inúmeros conflitos entre os cidadãos e os que se ocupavam do poder estatal. A alta carga tributária imposta à população sempre foi motivo de grande

⁴ MICHELS, Gilson Wessler. "Desenvolvimento e sistema tributário." In: BARRAL, Welber (org). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 226.

⁵ RIBEIRO, Amadeu Carvalhaes. "Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade reguladora." In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125-126.

⁶ MICHELS, Gilson Wessler. "Desenvolvimento e sistema tributário." In: BARRAL, Welber (org). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 228.

⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto. "Tributação e desenvolvimento: o contributo do direito fiscal internacional." *Direito e Desenvolvimento: Revista do Curso de Direito do UNIPÊ*, n. 2, João Pessoa: Editora do Unipê, Jul/Dez. 2010, p.199-218.

desconforto. Também é indubitável que, no decorrer dos séculos, o poder de tributar dos Estados foi sendo limitado. Exemplo disso são os vários princípios constitucionais limitadores da tributação previstos, inclusive, na Constituição do Brasil de 1988⁸.

No entanto, é inegável, como observa Gilson Wessler Michels⁹, que a tributação continua tendo, sobretudo no Brasil, um impacto significativo na vida dos cidadãos e de seus empreendimentos. De fato, pontua o mesmo autor, tributação excessiva traz segregação e degradação sociais, eis que não apenas limita o acesso do cidadão a bens básicos e fundamentais a uma vida digna e produtiva, como também enfraquece os elos de comprometimento do próprio cidadão com a sociedade de que faz parte.

Por outro prisma, não se pode perder de vista, que é através da arrecadação de tributos, que o Estado obtém recursos para fazer frente às políticas públicas promotoras do desenvolvimento. Em assim sendo, incontroversa é a conclusão de que tributação e desenvolvimento estão entrelaçados, não sendo equivocado concluir que a tributação estatal exerce grande influência o desenvolvimento.

IV. Tributação e o Desenvolvimento no Brasil

Como mencionado em linhas anteriores, o desenvolvimento é um processo complexo, composto de várias vertentes, sendo uma delas, a econômica e a social. Não se pode falar em desenvolvimento, sem observar o seu aspecto econômico e social.

Dentro dessa linha de raciocínio, é importante verificar se a tributação atualmente imposta no Brasil, bem como os mecanismos estatais utilizados para conferir coercitividade a essa tributação¹⁰, são promotores ou não do desenvolvimento do Estado brasileiro.

Em outras palavras, o sistema tributário e a carga tributária atualmente existente no Brasil e os instrumentos destinados a protegê-los, promovem ou retardam o desenvolvimento?

Antes de enfrentar essa questão, é importante mencionar, que a tributação pode trazer efeitos indesejáveis para o desenvolvimento.

Como assegura Gilson Wessler Michels¹¹, a tributação pode ser um poderoso instrumento de intervenção estatal. Contudo, ela pode trazer indesejáveis efeitos colaterais. É que, pontua o autor, a tributação excessivamente, onerosa e desigual induz à sonegação e à resistência ao cumprimento regular das obrigações tributárias. Por outro lado, a tributação altamente complexa, além de dificultar a compreensão do ordenamento para o conjunto da sociedade, elava os custos indiretos associados à

⁸ Para tanto basta observar o Título VI da Constituição Federal de 1988 que traz uma série de princípios limitadores do poder de tributar, a exemplo do princípio da vedação de confisco, o princípio da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, da espera nonagesimal, dentre outros.

⁹ MICHELS, Gilson Wessler. "Desenvolvimento e sistema tributário." In: BARRAL, Welber (org). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 227.

¹⁰ Deve-se destacar que um dos instrumentos utilizados pelo Estado brasileiro, com o nítido propósito de compelir os contribuintes a cumprir as suas obrigações perante o fisco são os chamados crimes tributários, previstos, sobretudo na Lei 8.137/90.

¹¹ MICHELS, Gilson Wessler. "Desenvolvimento e sistema tributário." In: BARRAL, Welber (org). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 226.

manutenção dos controles estatais, destinados ao cumprimento das chamadas obrigações tributárias acessórias. Por fim, o uso casuístico da imposição fiscal, revelado na elaboração, reiterada, de regras que mudam a todo o momento, transfere insegurança e incerteza jurídicas, com importantes influxos sobre a estabilidade do sistema jurídico e, conseqüentemente, sobre as decisões dos agentes econômicos privados.

Dito isso, volta-se à análise do questionamento anteriormente posto: no Brasil, qual é o efeito do sistema e da carga tributária para o desenvolvimento econômico?

Para responder a essa indagação, é preciso analisar primeiramente a atual carga tributária brasileira. Até 15 de setembro de 2010 o Brasil contava, segundo o IBPT - Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário¹², com a existência de 85 (oitenta e cinco) tributos –incluindo impostos, contribuições, taxas e contribuições de melhoria– sendo que, grande parte desses tributos, incidentes sobre os empreendimentos desenvolvidos no Brasil.

Deve-se ressaltar que, em matéria de carga tributária, não apenas os empreendedores são penalizados, sendo certo que os trabalhadores também não escapam da incidência de uma alta e complexa imposição tributária no Brasil. Em verdade, o Brasil tem a segunda maior carga tributária sobre os salários dos trabalhadores do mundo. Conforme releva o IBPT¹³, somente o Governo da União Federal impõe uma carga tributária entre 42% e 82% sobre o salário pago ao trabalhador. Entre os 26 países com maior tributação direta sobre os salários, o Brasil está em segundo lugar, ficando atrás, tão somente, da Dinamarca.

Por outro lado, o sistema tributário brasileiro é altamente complexo, sendo formado por um emaranhado de normas que dificultam o desenvolvimento das atividades empresariais no Brasil. Para se ter uma ideia, desde a Constituição Federal de 1988, inseriram-se, no ordenamento jurídico brasileiro, quase seis normas tributárias por hora. Atualmente, as empresas devem cumprir 3.422 normas, ou 38.429 artigos, 89.540 parágrafos, 286.296 incisos e 37.660 alíneas.

Em decorrência dessa quantidade de normas, as empresas gastam cerca de R\$ 42 bilhões por ano para manter pessoal, sistemas e equipamentos no acompanhamento das modificações da legislação tributária¹⁴. Assim, a alta carga tributária enseja uma série de conseqüências negativas que acabam, por certa medida, por embarçar não apenas o desenvolvimento econômico, mas também o social.

De fato, o grande peso da carga tributária brasileira, enseja um aumento dos valores de bens e serviços essenciais para a população. Some-se a isso o fato de que, os serviços públicos essenciais (como educação básica e saúde) prestados pelo estado, são extremamente precários, o que afeta, diretamente, o desenvolvimento social.

¹² Fonte: <http://www.portaltributario.com.br/tributos.htm>. Acesso em 25/10/2010.

¹³ Fonte: http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13889&PHPSESSID=14e0a95463abb9c42311de8e3f7061b4. Acesso em 25/10/2010.

¹⁴ Apenas para fins de comparação, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento apresentou no dia 02 de novembro de 2011 a lista de países ordenada por índice de Desenvolvimento Humano. Os países são divididos em quatro grandes categorias baseadas em seu Índice de Desenvolvimento Humano. As categorias estão divididas da seguinte forma: (i) muito alto; (ii) alto; (iii) médio; (iv) baixo. A Dinamarca se encontra no 16º lugar dentro da categoria “muito alto”, enquanto que o Brasil se encontra no 84º lugar da categoria alto. Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_pa%C3%ADses_por_%C3%8Dndice_de_Developmento_Humano. Acesso em 20/11/2011.

Outra consequência negativa é o fato de que a carga tributária brasileira é um estímulo à informalidade das empresas e isso traz problemas do ponto de vista econômico e social¹⁵, levando à fragilização das relações trabalhistas e inibindo o acesso de muitas outras empresas ao mercado de crédito e aos serviços prestados pelo setor público, o que afeta, diretamente, repita-se, o desenvolvimento econômico e social do Estado brasileiro.

Deve-se destacar, ainda, que o atual sistema normativo-tributário brasileiro, extremamente complexo, faz com que o próprio Estado tenha que direcionar vultosas quantias de recursos públicos, para fazer frente a todo um aparato administrativo, voltado para a fiscalização do cumprimento das normas tributárias e para a cobrança de tributos. Recursos esses que poderiam destinar-se a outros setores imprescindíveis para o desenvolvimento, como as áreas de saúde pública e educação básica.

Percebe-se, portanto, que o atual sistema normativo-tributário, bem como, a alta carga tributária brasileira, na verdade, travam o próprio desenvolvimento nacional.

Feitas essas considerações, torna-se necessário responder a outra indagação. Partindo-se do pressuposto de que o atual sistema normativo-tributário brasileiro e a alta carga tributária brasileira constituem empecilhos para o desenvolvimento nacional, será que a utilização do Direito Penal no Brasil, no âmbito das relações jurídico-tributárias é legítima? Ainda, a utilização desse ramo do direito se acomoda aos princípios constitucionais do Direito Penal?

V. Crimes tributários, desenvolvimento do Estado brasileiro e os princípios constitucionais penais

Em linhas anteriores, constatou-se que o atual sistema tributário brasileiro é, na verdade, um obstáculo ao desenvolvimento nacional, sobretudo em sua vertente econômico-social. Por outro lado, o Estado brasileiro, mormente a partir da segunda metade do século passado, passou a utilizar o Direito Penal, tradicionalmente subsidiário e fragmentário, para compelir os cidadãos ao pagamento dos tributos.

De fato, em 1965, no início do regime militar, foi editada a Lei n. 4.729/65¹⁶. Segundo Lídia Maria Lopes Ribas¹⁷ na época o país atravessava uma fase extremamente turbulenta com a quebra do regime constitucional, provocada pelo golpe militar de 64. O governo fardado –assegura a autora– tinha como objetivo aumentar a arrecadação para fazer frente aos gastos com reformas sociais, a fim de justificar a tomada sorrateira do Poder.

Deve-se destacar que, demonstrando o seu nítido propósito arrecadador – afastando-se, assim, da ideia de que o Direito Penal deve ser protetor de bens jurídicos– o dito diploma normativo estabeleceu que o pagamento do tributo, antes do início da ação fiscal, ensejava a extinção da punibilidade.

¹⁵ MURTA, Antônio Carlos Diniz. “O crescimento da carga tributária como elemento redutor da evolução do produto interno bruto no Brasil.” Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/antonio_carlos_diniz_murta.pdf. Acesso em 10/02/2011.

¹⁶ Esse diploma normativo criou os crimes de sonegação fiscal.

¹⁷ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Direito penal tributário: questões relevantes*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79.

Anos após, em 1990, o governo brasileiro editou nova Lei, com o desiderato de aumentar as penas para aqueles que praticam sonegação fiscal. De fato, a Lei 8.137/90, revogando a Lei 4.729/65, além de tratar dos crimes contra a ordem tributária, trouxe, também, tipificação de condutas que afetam as relações de consumo e a própria ordem econômica.

Da mesma forma que a Lei 4.729/65, a Lei editada no início da década de 90, estabeleceu que o agente “sonegador” que pagar o tributo devido, até antes do recebimento da denúncia criminal, terá extinguida a sua punibilidade, não podendo, portanto, ser punido pelo suposto crime tributário.

Por outro prisma, deve-se registrar que, ao longo da década de 90 e, também, na primeira década do século XXI, o Estado brasileiro editou outras normas que, assim como a Lei 4.729/65 e a Lei 8.137/90, estabeleceram que, o pagamento do tributo, até determinado instante, é causa de extinção da punibilidade do agente.

Verifica-se, pois, que o uso do Direito Penal, no âmbito das relações jurídico-tributárias, tem o único objetivo de pressionar os contribuintes a honrarem com a alta carga tributária imposta pelo Estado brasileiro, carga tributária essa que, como visto, configura-se numa intransponível barreira para o processo de desenvolvimento.

Em assim sendo, torna-se necessário analisar se a tipificação penal dessas condutas, pela Lei 8.137/90, é realmente legítima, quando encarada sob o prisma do desenvolvimento, bem como, dos princípios constitucionais do Direito Penal, nomeadamente do princípio penal da intervenção mínima e do princípio da estrita proteção de bens jurídicos.

V.1. Crimes tributários e o princípio da estrita proteção de bens jurídicos

O princípio da estrita proteção de bens jurídicos tem por finalidade impor limites ao Estado no tocante à produção de normas penais incriminadoras.

Pode-se assegurar que noção do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos foi posta, inicialmente, pelo autor alemão Paul Johann Anselm Feuerbach que, no período do iluminismo, procurando limitar a utilização desmedida do Direito Penal pelo Estado Absolutista, defendeu que esse ramo do Direito somente deveria ser utilizado para a proteção de um direito subjetivo ou de um interesse afeto a um sujeito específico.

Do século XVIII até os dias atuais, essa feição do Direito Penal (ou seja, de protetor de bens jurídicos) passou por inúmeras teorias que tentaram, cada uma ao seu modo, demonstrar quais seriam os bens jurídicos merecedores de proteção pelo Direito Penal.

Nos dias atuais, tem recebido uma maior aceitação a tese de que os bens jurídicos merecedores de proteção pelo Direito Penal devem estar contemplados na Constituição do Estado. Trata-se da chamada Teoria Constitucional do Delito. Tratando dessa teoria, Janaína Conceição Paschoal¹⁸ aponta que foi da ideia de que se devem buscar os bens jurídicos penais na sociedade, que emergiram teorias defendendo ser a Constituição o paradigma a ser observado. Sendo assim, o fato de ser a norma fundamental o documento que espelha os valores mais caros para certa sociedade, é nela

¹⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 49.

que o legislador deverá se socorrer, quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal.

Contudo, esse princípio limitador do Direito Penal –isto é, o princípio da proteção de bens jurídicos– que revela uma conquista para o cidadão contra os arbítrios estatais, tem sido, atualmente, desafiado por outra teoria que nega, completamente, essa missão do Direito Penal.

Cuida-se da chamada Teoria Funcionalista do Direito Penal, sobretudo na sua vertente identificada como funcionalismo normativista. Como pondera Janaína Conceição Paschoal¹⁹, os funcionalistas normativistas, que encontram no alemão Gunther Jakobs o seu maior expoente, aduzem que a norma penal deve ser cumprida, não com o fim de proteger qualquer bem jurídico considerado caro à sociedade, mas, sim, para garantir o seu funcionamento, evidenciado para todos os seus integrantes que a norma tem validade.

Como assegura Luciano Anderson de Souza²⁰, Günther Jakobs, adepto do funcionalismo normativista ou sistêmico, defende a revitalização da norma por meio da sanção criminal, como forma de assegurar a funcionalidade do sistema social. Para Jakobs, a pena tem como missão manter a norma como modelo de orientação para o convívio social.

Jesús-María Silva Sánchez²¹, falando sobre Gunther Jakobs, assegura que “*en cambio, también en este punto JAKOBS procede a una absolutización: aquí, el sistema dogmático se orienta exclusivamente a la idea de prevención-integración que, por otra parte, en la concepción de JAKOBS, resulta todavía más cuestionable que en el resto de planteamientos al uso*”.

Constata-se, portanto, que, para os funcionalistas, o Direito Penal não tem por missão tutelar bens jurídicos, mas, apenas, confirmar e revalidar a validade da norma social. Referida teoria –especificamente o funcionalismo normativista– pode trazer consequências danosas para a própria sociedade, na medida em que nega, por completo, vários princípios limitadores do Direito Penal.

Voltando-se, agora, para a análise dos crimes tributários no Brasil, percebe-se, claramente, que a criação desses crimes revela, justamente, a adoção da teoria funcionalista, em sua vertente do funcionalismo normativista, na medida em que se percebe o nítido propósito do Estado brasileiro em confirmar e reforçar, com esses crimes e penas, a validade das normas que fundamentam a alta carga tributária no Brasil. Sendo assim, os crimes tributários, no Brasil, não respeitam o princípio da estrita proteção de bens jurídicos.

V.2. Crimes tributários e o princípio da intervenção mínima

O sistema jurídico brasileiro é composto de vários ramos do Direito, cada um visando a regulamentar determinadas situações surgidas no seio da coletividade. O povo cede parte de sua liberdade para um ente maior, organizado, o Estado. Este elabora normas, visando regrear as relações entre os particulares e entre esses e ele próprio.

¹⁹ *Ibidem*, p. 49.

²⁰ SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 1992, 70.

Nesse sentido, o ente estatal estabelece um documento maior, que embasa todas as outras disposições normativas, denominado de Constituição. As constituições hodiernas, buscando limitar o poder conferido ao Estado, estabelecem em seus âmagos certos princípios que se destinam a proteger prerrogativas individuais, notadamente a liberdade de ir e vir.

Como observa Luiz Régis Prado²² a Constituição Federal abraça vários desses princípios de cunho penal, seja de forma explícita ou implícita. A título de exemplificação pode-se citar: o princípio da personalidade e individualização da pena; da humanidade; da culpabilidade; da insignificância; da intervenção mínima; da intervenção penal legalizada e da fragmentariedade.

Luiz Luisi²³ tratando do assunto sustenta que “as constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizaram pela presença no elenco de suas normas de instância de garantia de prerrogativas individuais.” Ainda, continua o autor asseverando que, tais previsões constitucionais configuram os princípios do *Rechtsstaats* que são preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania.

Mais adiante, assegura o mesmo doutrinador que “nas constituições que são expressão do *Rechtsstaats* as normas concernentes ao direito penal se traduzem em postulados que, em defesa das garantias individuais, condicionam restritivamente a intervenção penal do Estado.”

Nesse norte, pode-se concluir que o Estado, quando da elaboração de normas de caráter criminal, deve se pautar pelos princípios garantidores das liberdades individuais, devendo, pois, criminalizar unicamente o necessário.

Entretanto, não raro, o Estado elabora normas criminais que criam figuras delitivas sem nenhum propósito ou que visam a fins distorcidos.

Como registra Luiz Luisi²⁴ a declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 8º, estabeleceu que “a lei penal deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”. Traz, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Trata-se do princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se essa criminalização constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma de legitima.

O princípio da intervenção mínima não se encontra posto de forma explícita no texto constitucional. Trata-se, na verdade, de um princípio implícito que, por seus laços com outros princípios explícitos, e com o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, deve obrigatoriamente ser observado pelo elaborador das leis, bem como pelos próprios operadores do direito que as interpreta.

²² PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 57.

²³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p.11.

²⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 38-39.

No caso específico dos crimes tributários, tem-se que a utilização do Direito Penal²⁵, com o objetivo de pressionar os contribuintes a cumprirem os seus encargos tributários, é totalmente desnecessária.

Em verdade, a evolução da legislação penal tributária revela que os crimes tributários foram instituídos com o único objetivo de compelir os cidadãos a cumprirem as suas obrigações perante o Fisco. Contudo, é importante mencionar, que nesse caso específico, não tem sido respeitado o princípio da intervenção mínima. É que, o Estado brasileiro, possui mecanismos capazes de fazer com que haja o cumprimento das exações fiscais. Pode-se citar: a inscrição dos débitos tributários em dívida ativa, a fim de subsidiar as execuções fiscais; a inscrição do nome dos que devem ao Fisco em cadastros como o CADIN, fazendo com que o mesmo não possa realizar uma série de operações, tais como emissões de cheques, abertura de contas em Bancos, enfim, uma variedade de medidas, não penais, capazes de compelir os cidadãos e as empresas ao pagamento dos tributos.

Diante dessa situação, tem-se que o legislador brasileiro necessita repensar a necessidade de manter no ordenamento jurídico as normas incriminadoras de condutas tendentes ao não pagamento de tributos, tendo em vista que existem vários mecanismos, não penais, capazes de coibir referidas práticas evasivo-tributárias.

Lídia Maria Lopes Ribas²⁶ com bastante lucidez e propriedade assevera que as sanções de natureza penal tributária só deverão ser estabelecidas como último recurso e quando outros meios, nomeadamente os administrativos, apresentarem-se ineficazes no combate à evasão e fraude tributárias.

Abordando a aplicação do princípio da intervenção mínima aos crimes tributários no Brasil, Cícero Marcos Lima Lana²⁷, assegura, em síntese, que sob a ótica desse princípio (onde somente deve atuar o Direito Penal quando o bem jurídico merece a proteção, necessita da mesma e, ainda, for esta adequada e eficaz), pode-se concluir que os dispositivos da Lei 8.137/90, que definem os crimes tributários, não deveriam existir.

No entendimento desse autor, o combate à sonegação fiscal deveria cingir-se a esfera administrativa e/ou tributária, porquanto a utilização do mecanismo penal, como forma de prevenir a sonegação, tem se mostrado inócua, sendo absolutamente desnecessária.

Deve-se mencionar ainda, que os Tribunais pátrios vêm, ainda que de forma indireta, aplicando tal princípio em seus julgados atinentes aos crimes fiscais. Não raras vezes, tem-se buscado observar o caráter subsidiário do Direito Penal, afastando-se a sua incidência ao entendimento de que o Estado possui mecanismos apropriados para perseguir os créditos tributários, não sendo, pois, o âmbito penal o apropriado.

²⁵ O Direito Penal, não é simplesmente um conjunto de normas estáticas ordenadas esteticamente, faz parte de um sistema complexo e dinâmico ao cumprir funções concretas dentro da relação social. Cfr. GRECO, Rogério; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot, "Da principiologia penal ao direito à intimidade como garantia constitucional", In: *Revista Direito e Desenvolvimento*, núm. 4, julho/dezembro, João Pessoa-PB, p. 143.

²⁶ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Direito penal tributário: questões relevantes*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.55.

²⁷ LANA, Cícero Marcos Lima. *Crimes de sonegação fiscal e o principio da intervenção mínima*. 2ª. ed. São Paulo: Impactus, 2007, p. 78.

Nesse sentido, conclui-se com o entendimento no sentido de que aos crimes tributários, sempre que possível, deve ser aplicado o princípio da intervenção mínima, porquanto existem outros caminhos a serem trilhados pelo Fisco em busca dos seus créditos tributários.

VI. Notas conclusivas

Diante do que foi visto, percebe-se, primeiramente, que a alta carga tributária no Brasil é um obstáculo ao processo de desenvolvimento econômico e social do Estado.

Por outro lado, constata-se que o Estado brasileiro vem utilizando o Direito Penal com finalidade de pressionar os contribuintes a respeitar essa alta carga tributária, revelando uma feição funcional do Direito Penal, com forte inspiração no funcionalismo normativista de Jakobs. Em assim sendo, conclui-se que o Direito Penal Tributário, nessa perspectiva, carece de legitimidade.

Primeiramente porque se constitui em um verdadeiro obstáculo ao processo de desenvolvimento, na medida em que tenta manter uma alta carga tributária que, como dito, barra esse processo.

Segundo porque, está embasado na teoria funcionalista proposta por Jakobs, fato que afronta os princípios constitucionais da proteção de bens jurídicos e da intervenção mínima.

Portanto, deve o aplicador do Direito, enquanto esses crimes não forem retirados do ordenamento jurídico, tentar, sempre que possível, amoldar os crimes tributários ao princípio da intervenção mínima e da proteção de bens jurídicos, deixando de aplicar essas normas penais incriminadoras.

REFERÊNCIAS

- GRECO, Rogério; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot, “Da principiologia penal ao direito à intimidade como garantia constitucional”, In: *Revista Direito e Desenvolvimento*, núm. 4, julho/dezembro, João Pessoa-PB, 2011.
- LANA, Cícero Marcos Lima. *Crimes de sonegação fiscal e o principio da intervenção mínima*. 2ª. ed. São Paulo: Impactus, 2007.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- MICHELS, Gilson Wessler. “Desenvolvimento e sistema tributário”, In: BARRAL, Welber (org). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.
- NOGUEIRA, João Félix Pinto. “Tributação e desenvolvimento: o contributo do direito fiscal internacional.” *Direito e Desenvolvimento: Revista do Curso de Direito do UNIPÊ*, n. 2, João Pessoa: Editora do Unipê, Jul/Dez. 2010.
- NUSDEO, Fábio. “Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas.” In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Direito penal tributário: questões relevantes*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- RIBEIRO, Amadeu Carvalhes. “Cooperação e desenvolvimento: a regulação da atividade reguladora.” In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 1992.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. "Regulação e desenvolvimento". In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.