

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

**PROGRAMA DE DOCTORADO: “ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA EN
EL ESTADO SOCIAL”**



TESIS DOCTORAL

**LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL PROCESO
PENAL**

MARÍA TERESA DEL CASO JIMÉNEZ

Directores:

Prof. Dr. D. LORENZO M. BUJOSA VADELL

Prof.^a Dr.^a D.^a MARTA DEL POZO PÉREZ

SALAMANCA

2017

A mis padres

Se dice que existen tres clases de testigos: Los que han visto bien, pero dudan de lo que han visto. Los que han visto mal, pero creen haber visto bien. Y los que no han visto nada y aseguran haber visto todo.

Marco A. Almazán

Cada uno de nosotros sólo será justo en la medida en que haga lo que le corresponde.

Sócrates

ÍNDICE

	Págs.
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN.....	17

CAPÍTULO I

CONTRADICCIÓN Y PRUEBA TESTIFICAL

I. Introducción.....	23
II. El juicio oral como marco natural de la práctica de las pruebas.....	26
III. Prueba anticipada y prueba preconstituida.....	36
A) Prueba anticipada.....	37
B) Prueba preconstituida.....	38
1.- No presencia del acusado en la práctica preconstituida de la declaración.....	48
IV. Lectura en el juicio oral de declaraciones testificales sumariales.....	54
A) Artículo 714 LECrim.....	56
1.- Declaraciones testificales prestadas en instrucción sin asistencia de letrados defensores.....	61
2.- Procedimiento del Tribunal del Jurado.....	66
B) Artículo 730 LECrim.....	69
V. Declaraciones testificales prestadas ante la Policía.....	85

	Págs.
VI. Principio de contradicción y TEDH.....	99
A) Caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido.....	102
B) Caso Gani contra España.....	109
VII. La intervención a distancia de testigos en el proceso penal.....	112
A) Régimen legal.....	114
B) Motivación.....	118
C) La utilización de la videoconferencia en la jurisprudencia.....	125

CAPÍTULO II

EL TESTIMONIO EN RELACIÓN CON LA CUALIDAD PERSONAL DEL TESTIGO

I. Testimonio de la víctima.....	129
A) Concepto de víctima.....	129
B) Naturaleza del testimonio de la víctima.....	135
C) Reglas para la valoración del testimonio de la víctima.....	140
D) Victimología. Protección a la víctima.....	148
1.- Victimología.....	148
1.1.- Victimización.....	154
2.- Protección procesal a la víctima.....	161
2.1.- Estatuto de la víctima del delito.....	161
2.2.- Especial protección atribuida al MF.....	167

	Págs.
II. Testigo menor de edad.....	171
A) El menor víctima.....	173
B) Valoración del testimonio del menor. Pericial de credibilidad..	177
C) Necesidad de comparecencia en juicio.....	186
D) Derecho comparado.....	205
III. Testigo con discapacidad mental.....	208
IV. Testigo coimputado.....	214
V. Testimonio de los funcionarios de policía.....	226

CAPÍTULO III

TESTIGOS DE REFERENCIA

I. Concepto.....	232
II. Regulación legal.....	236
III. Eficacia y valor probatorio de los testigos de referencia.....	238
A) Doctrina constitucional.....	239
B) Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	249
C) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	254
IV. Supuestos en los que procede.....	257
A) Especial mención a los testimonios de referencia en causas en que víctima y testigo directo es un menor.....	261
B) Testimonio de referencia de los agentes de policía. Mención al confidente.....	270

CAPÍTULO IV
TESTIGOS PROTEGIDOS Y ANÓNIMOS

I. Introducción.....	280
II. LO 19/1994, de protección de testigos en causas criminales.....	284
A) Ámbito de aplicación.....	286
B) Presupuesto material de aplicación.....	294
C) Medidas protectoras.....	300
1.- Medidas de protección de la identidad.....	300
2.- Medidas de protección policial.....	304
III. Posibilidad de ocultar la identidad de un testigo en el juicio oral.....	305
IV. Efectos probatorios de la declaración del testigo anónimo.....	315
A) El derecho a interrogar a los testigos.....	315
B) Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	317
C) Doctrina constitucional.....	320
1.- STC 64/1994, de 28 de febrero.....	320
2.- STC 75/2013, de 8 de abril.....	322
D) Valoración e incidencia de la Jurisprudencia del TEDH.....	325
1.- Caso Kostovski contra Holanda, STEDH de 20 de noviembre de 1989.....	330
2.- Caso Windisch contra Austria, STEDH de 27 de septiembre de 1990.....	333
3.- Caso Lüdi contra Suiza, STEDH de 15 de junio de 1992.....	334
4.- Caso Doorson contra Holanda, STEDH de 26 de marzo de 1996.....	335

	Págs.
5.- Caso Van Mechelen contra Holanda, STEDH de 23 de abril de 1997.....	338
6.- Caso Vissier contra Holanda, STEDH de 14 de febrero de 2002.....	340
7.- Caso Birutis y otros contra Lituania, STEDH de 28 de marzo de 2002.....	341
8.- Caso Taal contra Estonia, STEDH de 22 de noviembre de 2005.....	342

CAPÍTULO V

DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR SECRETO FAMILIAR Y SECRETO PROFESIONAL

I. La dispensa de la obligación de declarar.....	344
II. El llamado secreto familiar.....	347
A) Introducción.....	347
B) Naturaleza jurídica.....	351
C) Fundamento.....	354
D) Personas legitimadas para exonerarse de la obligación de declarar.....	357
1.- Extensión relativa a la análoga relación de afectividad...	359
2.- Aplicación al testigo-víctima de violencia de género....	361
3.- Testigo menor de edad.....	365
E) Momento en que debe darse el vínculo.....	368
F) Falta de advertencia de la posibilidad de no declarar.....	373
1.- Ejercitada acusación particular y después se retira.....	377
2.- Denunciante espontáneo.....	378

	Págs.
3.- Declaración de testigo coimputado.....	381
4.-Especial referencia a la STC 94/2010.....	383
G) Efecto de la dispensa frente a declaraciones precedentes.....	385
III. El secreto profesional.....	390
A) Delimitación conceptual y fundamento.....	390
B) El secreto derivado del derecho de defensa.....	395
1.- Concepto y naturaleza jurídica.....	395
2.- Regulación legal y extensión.....	402
3.- Posibilidad de que el abogado del procesado pueda declarar como testigo.....	414

CAPÍTULO VI

EL FALSO TESTIMONIO

I. Introducción.....	420
II. Cuestiones generales.....	422
A) Naturaleza jurídica.....	422
B) Bien jurídico protegido.....	423
C) Elementos del delito: subjetivo y objetivo.....	425
D) Sujeto activo.....	427
E) La causa judicial como elemento típico.....	435
F) Tipo agravado.....	440
III. Falso testimonio impropio.....	441
IV. Presentación en juicio de testigos falsos.....	442
V. La retractación como excusa absolutoria.....	445
VI. Los testigos menores de edad y el juramento.....	447

CAPÍTULO VII
PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO
OBTENCIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL

I. Introducción.....	453
II. Obtención del testimonio.....	462
III. Análisis y evaluación del testimonio.....	468
IV. Obtención de declaraciones válidas y fiables de testigos menores....	476
V. Valoración judicial de la prueba testifical.....	482
A) Pautas generales. Referencia al art. 708 LECrim.....	482
B) Incomunicación de testigos y valoración.....	495
C) El careo.....	500
1.- Concepto y regulación normativa.....	500
2.- El careo como medio probatorio. Naturaleza.....	504
3.- Práctica del careo. Reticencias.....	510
CONCLUSIONES.....	514
BIBLIOGRAFÍA.....	534
SENTENCIAS CITADAS.....	560

ABREVIATURAS

Art./s	Artículo/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.
CP	Código Penal
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
nº	número
Pág./s	Página/s
ss.	siguientes
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STEDH (SSTEDH)	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La prueba testifical es, sin duda, el medio probatorio más relevante del proceso penal, y si no queremos que la mayoría de los delitos queden impunes hay que acudir a ella, a pesar de que el testimonio adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos otros medios de prueba que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas.

La presente tesis doctoral tiene por objeto acometer el estudio de las cuestiones más polémicas y relevantes que en el devenir judicial diario suscita la práctica de la prueba testifical en el proceso penal, fijándonos en los parámetros o pautas que la doctrina y los distintos Tribunales aportan para aproximarnos a los diversos testimonios. Profundizando, como profesional de la judicatura, en la postura mantenida en los diferentes casos por la jurisprudencia, con el interés de servir de herramienta en el análisis de la labor que desarrollan jueces y magistrados en su función de enjuiciamiento y el resto de operadores jurídicos que, desde distintas perspectivas, contribuyen a la Administración de Justicia.

Se analizan las modulaciones o matizaciones al principio de que el proceso penal acusatorio no reconoce, como regla general, valor probatorio a las declaraciones testificales realizadas en la fase de investigación o sumarial. Es precisamente en este ámbito de las excepciones donde el consenso doctrinal y jurisprudencial desaparece y es sustituido por el disenso y las posiciones enfrentadas. Pero el riesgo de desaparición o pérdida de la fuente de prueba justifica de forma razonable acudir a la prueba preconstituida y anticipada.

Asimismo, las declaraciones testimoniales pueden presentar algunas singularidades, ya resulten de aspectos procesales provenientes de su condición de parte o de su relación con el acusado, o alguno de ellos del hecho de haber resultado directamente afectado por el delito, incluso por ser víctima del hecho típico o por tratarse de personas especialmente vulnerables, ya lo sea por razones de edad o por padecer algún tipo de minusvalía psíquica, abordando en este trabajo los presupuestos formales con los que haya de introducirse en el debate del juicio y la potencialidad acreditativa o probatoria, con referencia a la postura doctrinal y a la jurisprudencia más reciente, examinando las principales resoluciones dimanantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.

Aunque la exclusión de testigos, o la posibilidad de su recusación, ha sido práctica habitual en legislaciones pretéritas, nuestra Ley procesal penal, que sustenta el principio de libre valoración de la prueba, no establece obstáculos para la admisión de testigos. Y para poder otorgar valor al testimonio, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición del conocimiento y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer. En este sentido se estudia el problema de la valoración de la prueba testimonial, analizando también las aportaciones de la ciencia de la psicología del testimonio.

Estructuración del trabajo.

El trabajo se divide en siete capítulos. En el primero se tratan dos de las cuestiones más relevantes en torno a la declaración testifical que tienen que ver con la imposibilidad de prestar la misma en el acto del juicio y con las contradicciones entre la declaración en la instrucción y la declaración del juicio oral. Es decir, qué ocurre cuando el testigo depuso en la instrucción pero resulta imposible tomarle declaración en el acto del juicio, y qué sucede cuando existen contradicciones entre las declaraciones testimoniales previas y las efectuadas en el plenario.

En el capítulo segundo, bajo la rúbrica “El testimonio en relación con la cualidad personal del testigo”, se analizan las peculiaridades de diversos testimonios. El testigo víctima del hecho como testigo único de cargo, abundando en los parámetros que según la jurisprudencia ha de cumplir este testimonio para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y llevar al convencimiento judicial de culpabilidad, sometiendo a una crítica individualizada cada uno de esos criterios (credibilidad subjetiva, verosimilitud del relato y persistencia en la incriminación).

La idoneidad del menor de edad y del incapaz para ser testigo en juicio penal. Profundizando en la testifical de menores de edad, especialmente cuando se han cometido sobre los mismos abusos sexuales y, con mayor intensidad, cuando se han producido en el ámbito familiar. Se añaden a las dificultades inherentes a la valoración de la prueba testifical las características del testigo que, por su edad y escasa madurez, puede resultar influenciado e incluso manipulable en algunos casos, lo que obliga a extremar las cautelas.

Las declaraciones que pueda prestar el coacusado ya sentenciado en el juicio en que se ventile la responsabilidad de otro de los coacusados; si habrá de serlo como acusado o como testigo, por tanto bajo juramento de ser veraz, y si sus manifestaciones han de gozar de los estándares de solvencia del testimonio o si deben persistir las reservas predicables de las declaraciones de los coacusados.

Así como el valor de las declaraciones prestadas por los funcionarios policiales cuando se refieren a hechos en que intervengan por razón de su cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, los denominados “delitos testimoniales”.

En el capítulo tercero se aborda el testimonio de referencia, que siempre ha suscitado gran desconfianza entre la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto supone una limitación de las garantías de inmediación y contradicción, y examinamos en qué supuestos es admisible y si ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal.

En relación a los testigos protegidos y anónimos se analiza en el capítulo cuarto la necesidad o no de desvelar su identidad y, en su caso, el valor probatorio de tal declaración.

Por su parte, el capítulo quinto abarca un tema polémico, la dispensa de la obligación de declarar, revistiendo especial trascendencia práctica el llamado secreto familiar, sobre todo en los delitos de violencia de género. Se hacen reflexiones, entre otros extremos, sobre las personas legitimadas

para exonerarse de la obligación de declarar, momento en que ha de darse el vínculo, falta de advertencia de la posibilidad de no declarar y efectos de la dispensa frente a declaraciones precedentes.

En relación al falso testimonio, se estudia en el capítulo sexto la retractación como excusa absolutoria y la obligación de recibir juramento a los mayores de catorce años ante la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal conforme a la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores.

Por último, en el capítulo séptimo se abordan problemas que en la práctica habitual plantea la valoración judicial de la prueba testifical, y si los procedimientos o técnicas de valoración de la credibilidad que existen en la actualidad cuentan con suficiente soporte científico como para dictaminar que tal o cual testimonio es creíble.

Quiero terminar estas palabras, a modo de nota introductoria, agradeciendo a mis directores de tesis su consejo, apoyo y orientación.

CONCLUSIONES

Primera.- El amplio número de excepciones al principio de que solo las pruebas practicadas en el acto del juicio oral pueden ser utilizadas para destruir la presunción de inocencia, puede debilitar una de las piezas centrales del proceso penal acusatorio.

El actual marco normativo es insuficiente, disperso y fragmentario; por ello, en línea con las reformas de los sistemas europeo, sería conveniente abordar una reforma de nuestro proceso penal con el fin de profundizar en el modelo acusatorio, reforzando el principio de que solo las pruebas practicadas en el acto del juicio oral pueden ser tomadas en cuenta para destruir la presunción de inocencia, sin perjuicio de que el legislador pueda establecer un elenco tasado de supuestos, en todo caso excepcional, en que las diligencias instructoras podrían adquirir valor probatorio, siempre cuando se respetara la garantía de contradicción, como estándar constitucional mínimo e irrenunciable.

Segunda.- La no presencia del inculpado en la declaración preconstituida es una irregularidad procesal, que no tendrá efectos invalidantes salvo que claramente hubiera generado indefensión relevante.

Ello, porque no siempre tendrá la misma virtualidad defensiva la confrontación personal del acusado con unos u otros testigos. Es innegable que esa confrontación del acusado con la persona que declara en su contra puede tener importancia, a veces muy decisiva en sus posibilidades de defensa, pero esa importancia varía enormemente en función de si el testigo reúne la doble condición de víctima y denunciante de los hechos o meramente los presenció, o de si existían relaciones personales previas anteriores a los hechos.

Tercera.- Es cuestionable que el simple hecho de leer las declaraciones en el acto del juicio oral (vía art. 730 LECrim.) y debatir en el mismo sobre su contenido cumpla con las exigencias de la contradicción.

La Jurisprudencia ha mantenido en esta materia una postura equívoca o ambivalente; se admite teóricamente la valoración del testimonio así prestado, siempre que haya existido esa posibilidad de contradicción y la efectiva intervención no se haya producido por causas no imputables al órgano judicial, pero “de facto” muchas resoluciones descartan la validez de la prueba por ausencia de contradicción en origen.

Cuarta.- La sentencia de la Gran Sala del TEDH de 15 de diciembre de 2011 (asunto Al- Khawaja y Tahery c. Reino Unido) altera sustancialmente la concepción anterior de la jurisprudencia de Estrasburgo en materia de contradicción, y así la “sole or decisive rule” (regla de la prueba única o decisiva) deja de ostentar la condición de regla y pasa a convertirse en un principio, sometido, en consecuencia, a la ponderación con otros intereses enfrentados. De tal manera, que la ausencia de contradicción no será contraria al derecho a un proceso equitativo si en el caso concreto existían medidas que permitieran una correcta evaluación de la fiabilidad de la declaración.

Quinta.- Por el ritmo al que se suceden los avances tecnológicos, en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos y su interrogatorio mediante videoconferencia será una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad; además, la videoconferencia permite la efectividad del principio de contradicción.

Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado por la

jurisprudencia un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas.

Sexta.- La previsión de «imposibilidad» de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica preconstituida de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores.

Séptima.- La declaración de la víctima tiene el valor de prueba testifical de cargo siempre que se practique con las debidas garantías y se haya introducido en el proceso de acuerdo con los principios de publicidad y contradicción, siendo hábil por sí sola para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia.

La doctrina y la jurisprudencia han admitido de manera unánime que la declaración de la víctima puede servir como prueba de cargo en el juicio para enervar la presunción de inocencia del imputado, aun en el caso de que sea la única prueba disponible.

Pero cuando se trata de la única prueba de cargo el Tribunal Supremo ha establecido unos parámetros para coadyuvar a su valoración: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación). No es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenido como válidamente inculpatario. Lo único que

cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera debería ser desestimado si es la única prueba de cargo.

Octava.- Respecto al coimputado que ha sido juzgado y con posterioridad declara sobre los hechos de otros partícipes, hemos de hacer las siguientes consideraciones.

Para el TC se trata de una prueba testifical con valor más bien escaso, pues sería coimputado si ambos hubieran sido enjuiciados en un mismo procedimiento y necesita de corroboración por otra u otras pruebas. Considera que la cuestión nuclear no es tanto si ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si fue o no partícipe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio.

En el TS varias resoluciones han originado distintas valoraciones, en unas se ha considerado que no es coimputado el que declara sobre otro después de haber sido ya juzgado, y en otras sentencias se ha dicho que el *status* de coimputado debe en todo caso ser mantenido. Esta divergencia de interpretación ha sido resuelta por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 16-12-2008, que señala que la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara como testigo.

Siguiendo la línea de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideramos que, no obstante, cuando la persona ya juzgada que compareció al juicio del copartícipe se niega a declarar y se procede, de acuerdo con el artículo 714 LECrim., a la lectura de sus declaraciones sumariales -y por tanto a unas declaraciones prestadas cuando era

coimputado- vuelve a ser aplicable la doctrina de la corroboración; siguen conservando el carácter de declaraciones de coimputado precisadas de corroboraciones externas.

Novena.- Debemos tener en cuenta, que, si en general puede predicarse la naturaleza sospechosa de las declaraciones de los coimputados, por la posible concurrencia de móviles espurios, debe tenerse especialmente en cuenta el riesgo de falsas autoincriminaciones de menores acompañadas de falsas exculpaciones hacia mayores, riesgo que hunde sus raíces en el tratamiento más benigno que va a recibir el menor, lo que puede llevar a acuerdos en ese sentido.

Décima.- Las declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio (hechos en que intervengan por razón de su cargo en el curso de investigaciones policiales, esto es, lo que la doctrina denomina “delitos testimoniales”), al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia.

El estado actual de la jurisprudencia –frente a pronunciamientos ya superados- no permite afirmar la existencia de una categoría procesal específica, rodeada de una presunción privilegiada de veracidad. El Tribunal Constitucional y la Sala Segunda Tribunal Supremo así lo entienden y conceden valor probatorio a sus testimonios, debiendo ajustarse su apreciación y contenido a los mismos parámetros que los de cualquier otra declaración testifical.

Undécima.- En cuanto a la cuestión relativa a las declaraciones testificales que en el juicio oral presten a su vez los agentes de policía

acerca de lo narrado en sede policial por un testigo, la respuesta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia ha venido fluctuando.

En el Pleno de la Sala Segunda de 28 de noviembre de 2006 se acordó que las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia. Siendo estas vías los arts. 714 y 730 LECrim. y el testimonio de referencia de los agentes.

El acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, recoge, entre otros puntos, que las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 de la LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 de la LECrim. Y tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

En consecuencia, y por lo que al tema planteado nos afecta, las declaraciones ante los funcionarios policiales no pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos –testigos de referencia- de los agentes policiales que las recogieron.

Duodécima.- Las aportaciones testificales de referencia suscitan siempre desconfianza.

Para el TC el recurso al testigo de referencia, en cuanto supone una limitación de las garantías de inmediación y contradicción, ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal; y entre

estos supuestos se encuentran los casos en que el testigo directo ha fallecido o se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resultaba resulta extraordinariamente dificultosa, por tener su residencia en el extranjero.

Para el TS la testifical de referencia sí puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otros testigos -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario- o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo que sostiene el testigo único-.

El TEDH ha declarado con rotundidad el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos directos. Pero, posteriormente, también ha admitido la validez de los testimonios de referencia para desvirtuar la presunción de inocencia en supuestos en que el Tribunal sentenciador había dispuesto de otros elementos de prueba, aunque fueran secundarios.

Decimotercera.- Respecto a si se puede acudir al testigo de referencia en los supuestos en los que el testigo directo hace uso del derecho a la dispensa de declarar frente al imputado. En este punto, hay que decir que no estamos ante un supuesto de imposibilidad ni física ni jurídica que impidan que el testigo deponga en el plenario. En este caso, el testigo acude al juicio y sólo al comienzo de su declaración, si así lo desea, se acoge a un derecho legal, derecho a no declarar contra el imputado, por ello

acudir aquí a la figura del testigo de referencia respecto de este testigo que no declara, sería dejar sin efecto el derecho de este testigo, y no parece que sea ésta la función de la testifical de referencia, sino la de complementar una testifical que no se ha podido practicar en el plenario.

Decimocuarta.- Las informaciones facilitadas por los confidentes – cuando no se revele su identidad-, si bien en ningún caso servirán como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, sí pueden ser utilizadas por la Policía en las actividades de investigación como fuente de información para obtener datos objetivos, y que estos sí sirvan de prueba para el proceso penal.

Habría, además, que establecer una limitación adicional. No basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.).

Decimoquinta.- La LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección, por lo que aquí interesa, a testigos en causas criminales, debe aplicarse al testigo-víctima, al testigo coimputado, al confidente y al agente encubierto.

El anonimato de los testigos resulta inaceptable debido, por una parte, a que se impide de esa forma que puedan tener efectividad los derechos de defensa del acusado: derecho a un juicio público, derecho a interrogar a los testigos y derecho al carácter contradictorio de las pruebas. Y, por otra parte, por cuanto un testigo anónimo carece del mínimo de garantías para que pueda ser apreciado correctamente por el Tribunal, corriéndose excesivos riesgos con su admisibilidad.

En las resoluciones que dicte el Juez o Tribunal deberá ponderar el riesgo o peligro que la intervención del testigo en el juicio oral pueda conllevar, y valorar los bienes en conflicto. Entre ellos, y de forma principal, el derecho a un juicio justo, a un proceso justo, la seguridad de los testigos y la efectividad de la prueba testifical, como prueba de cargo o de descargo.

En definitiva, cabe el anonimato parcial, porque la identidad debe ser en todo caso conocida por el Tribunal y el Ministerio Fiscal. El anonimato no puede impedir que la Defensa pueda interrogar al testigo. En el juicio debe comparecer como testigo oculto, aunque no se le haya identificado. Cabe el anonimato permanente, no limitándose a la fase de instrucción. Y cuando sea necesaria la preservación del anonimato de los testigos, ésta no debe ser la única o decisiva prueba para fundamentar una sentencia condenatoria.

Decimosexta.- En relación con los denominados testigos anónimos el TC, tras invocar la doctrina del TEDH, concluye que el total anonimato de un testigo de cargo y la imposibilidad de contradicción son contrarios a las exigencias derivadas del art. 24 CE.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se considera que, para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos: El primero de ellos que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la

declaración del testigo anónimo concurre acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia.

El TS, del examen conjunto de los precedentes jurisprudenciales, tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional y de la propia Sala segunda, colige que la vulneración de las garantías y sus consecuencias son notablemente diferentes cuando se trata de un supuesto de testigos anónimos que cuando se contempla un caso de testigos ocultos. En los supuestos de anonimato es claro que no resulta factible para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al no ser factible, en principio, someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio. Ello genera la devaluación sustancial de la prueba convirtiéndola en notablemente ineficaz, por lo que a lo sumo habría de operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo.

En cambio, cuando se trate de declaraciones de testigos que depongan ocultos o semiocultos, pero cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o la credibilidad del testimonio sino a su eficacia probatoria en el caso concreto.

Decimoséptima.- El órgano judicial que va a celebrar el juicio oral, puede acordar "ex novo" medidas protectoras en favor de algún testigo que nunca con anterioridad fueron por él solicitadas o, incluso, le llegaron a ser denegadas por el Juez Instructor. Pues si la eficacia de la justicia penal donde realmente ha de preservarse es en el juicio oral (y el concurso del testigo en este último es esencial para la existencia de auténtica prueba de cargo) habrá que convenir que el Tribunal sentenciador está legitimado

para acordar por primera vez cuantas medidas sean procedentes, al no poder descartarse la variación o modificación de circunstancias, por ejemplo, que no existiendo hasta el momento coacción o anuncio de amenaza o represalia, etc., contra los testigos, la inminencia de la vista oral desencadene la aparición de las situaciones de peligro o riesgo para ellos.

Decimoctava.- Respecto de las personas legitimadas para exonerarse de la obligación de declarar, entendemos que no pueden quedar al margen situaciones afectivas en las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical -vivir en compañía de otro u otros-, de lo contrario, excluiríamos supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad; quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad.

Decimonovena.- En cuanto al momento en que ha de darse el vínculo a efectos de la dispensa de la obligación de declarar, el conflicto que quiere resolver la norma persiste también cuando la relación ha finalizado o se ha disuelto el matrimonio; y en ocasiones presenta otros componentes en absoluto minusvalorables, como la existencia de hijos comunes.

Quizás, en la necesidad de optar por una u otra interpretación, hay que acudir a la más amplia que cubrirá todos los supuestos de conflicto. El artículo 418 LECrim es una fórmula que permitiría dar salida a esos supuestos extremos (v.gr. hijos comunes) no abarcados por el art. 416.1 por

haber cesado la relación; sin embargo, se refiere a preguntas puntuales lo que hace insatisfactoria esa eventual vía.

En cualquier caso, es importante fijar una regla clara que establezca pautas seguras de actuación para lanzar un mensaje nítido, prescindiendo de matices o casuística. En este sentido la Sala Segunda del TS en el Pleno de 24 de abril de 2013 acordó que: «La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 de la LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso».

Vigésima.- Entendemos que la advertencia del Juez instructor al testigo de que no tiene obligación de declarar en contra del procesado es también obligada en sede policial, puesto que es una información encuadrable en el derecho a ser informado de los derechos y obligaciones que se derivan de su estatus como testigo; que en el caso de testigos-víctimas de delitos de violencia de género tiene su cobertura legal en el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sobre el derecho a recibir plena información y asesoramiento.

El pariente del acusado no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe ser informado de que dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconoce.

La ausencia de advertencia a la víctima de su derecho a no declarar conlleva la nulidad de la declaración que haya realizado, no del juicio en sí. En tales casos el Tribunal debe verificar si con la prueba subsistente existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Vigésima primera.- En los casos en que el propio pariente víctima de los hechos es quien denuncia, el alcance de dicha exención de declarar se relativiza en los momentos iniciales del procedimiento, en la medida en que al interponer la denuncia solicitando el auxilio policial o judicial expresa claramente su voluntad espontánea de declarar. Pero superada esta fase, el incumplimiento de la advertencia legal si impediría la valoración del testimonio como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Vigésima segunda.- Se viene defendiendo por un sector de la doctrina que cuando la víctima del delito de violencia de género espontáneamente formula su denuncia, recabando el auxilio de la policía y de los órganos judiciales, no debe serle aplicada la dispensa para declarar, lo que debería motivar una reforma puntual del artículo 416 de la LECrim. destinada a excluir literalmente a las víctimas-testigos de hacer uso de la citada dispensa.

Entendemos que ello podría suponer obligar a la víctima a declarar contra su voluntad, y que, si no lo hace, se le sancione como a cualquier otro testigo, con la consiguiente revictimización. Una posible vía sería que el juez de instrucción practicara la declaración inmediatamente después del acaecimiento de los hechos, cuando la víctima tiene presente el daño sufrido por el agresor y, dado el breve lapso de tiempo transcurrido, no

desista de declarar contra él, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Esta declaración llevada a cabo ante el Juzgado de Instrucción o de Violencia contra la Mujer con todas las garantías procesales y facilitándose la debida contradicción, documentándose en soporte apto para la grabación y reproducción en el juicio oral del sonido y de la imagen, tendría el valor de prueba preconstituida para su eficacia como prueba en el plenario. Pero el problema surgiría si la víctima comparece en el juicio oral y se acoge a la dispensa que le exonera de la obligación de declarar, pues al hacer uso de tal derecho no podría valorarse la declaración sumarial, pues aun practicada como prueba preconstituida la misma opera en los supuestos en que no es posible su práctica en el juicio oral por incomparecencia del testigo.

Vigésima tercera.- El no haber hecho uso de la dispensa de la obligación de declarar en la declaración sumarial, no impide su ejercicio posterior.

En consecuencia, cuando un testigo decide en el acto del juicio acogerse a su derecho a no declarar, si previamente prestó declaración en instrucción, dicha declaración sumarial no podrá ser introducida en el debate del plenario ni por la vía del art. 730 LECrim. – que 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-, ni por la vía del art. 714 de la LECrim. -que permite la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el

testigo en el juicio oral, pero cuando el testigo pariente dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el juicio oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio-.

Ahora bien, lo que no puede pretenderse es que una declaración exculpatoria -o parcialmente exculpatoria- sobre el acusado, declarando su inocencia, tenga la consideración de un "silencio".

Vigésima cuarta.- Resulta de especial transcendencia ratificar que para los abogados de empresa el secreto profesional y la confidencialidad de sus comunicaciones tiene la misma importancia que para cualquier otro abogado, pues se trata de un derecho y un deber que no puede verse modificado por la simple circunstancia de que la figura del "cliente-empleador" sea única y unilateral. Estos abogados deben ver protegidos los hechos o comunicaciones que por razón de su especial profesión mantengan con su cliente, aunque éste sea su empleador.

Vigésima quinta.- Con respecto a la obligación de declarar que pesaría sobre el abogado si ya no está exonerado de la misma, se plantea si incurriría el abogado en el caso de declarar en el delito del art. 467.2 CP -perjudicar los intereses del cliente-, cuando el abogado considera que la revelación perjudica a su defendido.

Nosotros consideramos que seguiría amparado por la dispensa del deber de declarar con fundamento en el derecho de defensa, que es uno de los derechos de su razón de ser, y que operaría en este caso, cuando, como hemos dicho, el abogado considera que la revelación del secreto perjudica a su defendido.

Vigésima sexta.- Nos hemos acostumbrado a un cierto nivel de tolerancia de las declaraciones mendaces de los testigos, que solo se persigue en los supuestos más groseros y eso lastra mucho la administración de justicia y trivializa el papel protagonista que en materia penal tiene la prueba testifical. En los jueces existe una desconfianza muy extendida hacia el valor de la prueba testifical. Y su rigor y seriedad están muy debilitados en la percepción social.

Es preciso alcanzar cotas mayores de respeto a lo que es declarar ante un Tribunal, y aunque no es el Código Penal el único instrumento existente para esa finalidad, sí que es uno de ellos y hay que aplicarlo cuando sea necesario. El uso adecuado ha de mantener una cierta equidistancia entre el abuso (la deducción de testimonio ante cualquier contradicción entre lo que dijo un testigo y la verdad proclamada en la sentencia) y el desuso (salvo que se trate de supuestos muy flagrantes).

Vigésima séptima.- Como la víctima del delito, aunque esté personada en la causa ejercitando la acción penal y civil, no pierde la condición de testigo, podrá ser sujeto activo del delito de falso testimonio. Pero la lógica exigiría que cuando esa declaración falsa de la víctima en el proceso penal se refiera exclusivamente a cuestiones de responsabilidad civil estuviese excluida la tipicidad, como sucedería si nos encontrásemos en un procedimiento civil seguido para ventilar esas responsabilidades civiles.

Vigésima octava.- Entendemos que el mantenimiento del derecho a no declarar y a no prestar juramento o promesa por quien ya ha sido condenado se justifica en virtud del principio de no exigibilidad de otra conducta; añadiendo que resultaría, cuando menos chocante, que a una persona, después de haber sido condenada en sentencia, pueda exigírsele

bajo la amenaza del delito de falso testimonio que se ajuste a la verdad en la declaración que haya de prestar en el juicio para otro copartícipe, obligándola así tal vez a reconocer lo que en el juicio propio tuvo derecho a negar, y que podría acarrearle consecuencias contrarias a su derecho de defensa en fase de ejecución (en la solicitud de suspensión condicional de la pena o un indulto...).

Vigésima novena.- Consideramos que la alusión a los testigos mayores de edad penal del artículo 433.2 LECrim. ha de entenderse referida a los mayores de 14 años, a los que les sería exigible responsabilidad penal por la comisión de un delito de falso testimonio por la ley de responsabilidad penal de los menores. En consecuencia, a todos los menores debe advertírseles de la obligación que tienen de ser veraces, y a partir de los 14 años debe recibírseles juramento o promesa, tanto en instrucción como en juicio oral, y se les debe advertir también de la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal conforme a la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores en caso de mentir.

Trigésima.- En algunos casos el único modo de llegar a la verdad de los hechos enjuiciados es, precisamente, a través de las declaraciones testificales por no existir ningún otro medio de prueba. En estos casos interesa determinar con la máxima fiabilidad posible la credibilidad de esas declaraciones. De ahí que sea fundamental preguntarnos si los procedimientos o técnicas de valoración de la credibilidad que existen en la actualidad cuentan con suficiente soporte científico como para dictaminar que tal o cual testimonio es creíble.

Pero los resultados de las más recientes investigaciones científicas indican que el mero análisis de la presencia de los denominados criterios de

credibilidad, no es suficiente para discriminar las declaraciones reales de las que no lo son.

Trigésima primera.- Para expertos en la materia, las periciales sobre credibilidad del testimonio únicamente deben ser aceptadas por el juez en casos de supuesto abuso sexual infantil.

Ciertamente, cuando se trata de testimonios de menores de edad con desarrollo aún inmaduro de la personalidad, con resortes mentales todavía en formación que puedan incidir en su forma de narrar aquello que han presenciado, de manera que pueden incurrir en fabulaciones o inexactitudes, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de los mismos la denominada pericial de credibilidad.

Trigésima segunda.- En cuanto a sí son admisibles con carácter general en la jurisprudencia pruebas de tipo pericial sobre la credibilidad de los testigos, consideramos que la respuesta ha de ser negativa.

No se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto, pero no sobre su comportamiento en el caso concreto.

Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos, sin delegar esta misión en manos de terceros.

Trigésima tercera.- En líneas generales puede decirse que el careo adolece de dos taras: desde la psicología del testimonio es una diligencia probatoria que se muestra absolutamente insegura; y desde las reglas de la lógica se le pretende dotar de un carácter de *ultima ratio*.

Así, se opone a la premisa que desde la psicología se apunta como deseable para llevar a cabo una declaración: que se preste «con tranquilidad de ánimo, con calma, libre de toda aprensión y de preocupaciones.

Y hay reticencia hacia la práctica del careo debido al riesgo de enfrentamientos entre los intervinientes en el mismo, «generalmente llevado a cabo bajo la pasión cuando no bajo la violencia»; y su discutible utilidad, «ya que raras veces conduce a resultados positivos». Se trata, por tanto, de un instrumento probatorio de utilidad discutible y cuya práctica resulta sumamente delicada para el órgano judicial que la lleva a cabo.

