

**VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA: EL TESTIMONIO DE
REFERENCIA Y OTROS MEDIOS DE PRUEBA**

María Gavilán Rubio
Jueza Sustituta en Madrid. Profesora Universitaria.



Centro de
Estudios
Jurídicos

**Curso de Derecho Penal:
Cuestiones y Soluciones prácticas para fiscales en
fase de instrucción**

24 a 27 de mayo de 2021

SUMARIO

1.- TESTIGO DE REFERENCIA

1.1.- ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2006

1.2.- ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 3 DE JUNIO DE 2015

1.3.- JURISPRUDENCIA: LA STS 733/2017 DE 15 DE NOVIEMBRE, (PONENTE LUCIANO VARELA CASTRO): SI LA VÍCTIMA SE NIEGA A DECLARAR SE IMPIDE EL USO DE LOS TESTIGOS DE REFERENCIA

2.- DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO SUJETO PASIVO FRENTE AL TESTIGO VISUAL NO VÍCTIMA DIRECTA

3.- LA DECLARACIÓN AUTOINCUPLATORIA O HETEROINCUPLATORIA EFECTUADA EN SEDE POLICIAL Y NO RATIFICADA JUDICIALMENTE POR EL INVESTIGADO

4.- DICTÁMENES FACULTATIVOS EN TORNO AL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA

4.1.- EL INFORME MÉDICO FORENSE

4.2.- EL DICTAMEN PSICOSOCIAL

4.3.- INFORME DE ORGANISMOS ASISTENCIALES (ONG'S ETC...)

4.4.- LA VIABILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN RELACIÓN CON LA VERACIDAD SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

RESUMEN

En ocasiones la dispensa de declarar puede ocasionar un vacío probatorio. Vamos a analizar la posibilidad del uso en estos casos de testigos de referencia, como pueden ser las fuerzas y cuerpos de seguridad o familiares y otras personas cercanas, analizando la evolución de su valoración por la jurisprudencia, que ha dado lugar a distintos acuerdos de Pleno no Jurisdiccional así como construcciones jurisprudenciales a este respecto. Así mismo destacaremos la diferenciación en la valoración del testimonio de la víctima testigo y el mero testigo presencial con los matices destacados por la jurisprudencia, teniendo en cuenta la consideración de la víctima como sujeto pasivo del delito. Analizaremos la valoración jurisprudencial del testimonio autoinculpatario o heteroinculpatario del agresor cuando no se ratifique judicialmente, en correlación con la prueba de indicios. Finalizaremos analizando en torno al testimonio de la víctima los distintos dictámenes periciales que pueden valorar las interferencias que el propio proceso victimológico y si es viable la prueba pericial en relación con la veracidad del testimonio.

1.- TESTIGO DE REFERENCIA

La prueba testifical es un medio de prueba por el cual testigos declaran ante el juez o jueza sobre lo que vieron o percibieron o de lo que tuvieron conocimiento sobre la actividad enjuiciada. Es sin duda alguna el medio de prueba más relevante en el proceso penal si bien la doctrina actual parte de tratar de no hacer recaer sobre la víctima el centro de la actividad probatoria.

A diferencia del testigo directo el “testigo de referencia” es “el testigo que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido, obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas¹”. Este tipo de prueba se observa con las declaraciones de los componentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que prestan asistencia a las víctimas luego de ocurrido el hecho delictivo, o distintos familiares o personas cercanas. Es un testigo indirecto en contraposición a los denominados testigos directos².

El Tribunal Supremo define la prueba testifical de referencia como una fuente mediata de posible conocimiento que declara no sobre el hecho procesalmente relevante, si no sobre la versión del mismo que alguien podría haberle suministrado, de manera que, primero solo cabría acudir a la testifical de referencia cuando no sea posible escuchar al testigo directo, segundo se trata de una prueba que carece por si sola de aptitud para destruir la presunción de inocencia.

Tiene su encuadre en el art. 710 LECRIM en virtud del cual “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determina que la sustitución de un testigo directo por uno indirecto sin la debida justificación de su inasistencia es contrario al art. 6 del Convenio de Derechos Humanos³. La problemática estriba en la legitimidad de su uso en vez

¹ STS 957/2007, de 28 de noviembre.

² Cfr. CABORNERO, JIMENEZ SANDRA, Óp. Cit pp-37

³ Es el art. Relativo al derecho a un proceso equitativo, en virtud del cual “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

del testigo directo. De ser esto así y estar legitimada su utilización el testigo directo será sustituido y se tendrá en cuenta esta prueba como válida (lo que entiende el tribunal que sucede en casos de imposibilidad o extrema dificultad para conseguir la presencia del testigo directo en juicio oral. El TEDH se ha referido a esta cuestión en multitud de ocasiones (caso Delta vs. Francia de 19 de diciembre de 1990, caso Isgro vs. Italia, 10 de febrero de 1991) y parece establecer como supuestos para acudir a este medio probatorio que se desconozca la identidad del testigo directo, que se encuentre en paradero desconocido o sea difícil la situación o extraordinariamente dificultosa, el testigo directo haya fallecido o por cualquier circunstancia se haga imposible su declaración testifical.

En la misma línea el TC señala que la prueba testifical de referencia se puede constituir como medio de prueba , pero no puede desplazar la prueba testifical directa, salvo la prueba anticipada o imposibilidad material de comparecencia del testigo⁴.

En cualquiera de los casos, una vez admitida se valora como los demás medios de prueba.

Distinguiremos distintos supuestos:

A.- En el supuesto en que se encuentra ausente el testigo directo por imposibilidad real de que declare, se podrá someter su declaración sumarial a contradicción, al menos parcial, mediante el testimonio de referencia (STS 1031/2013, de 12 de diciembre).

“Aunque no existe una regla de prueba tasada por la que en esos casos haya de otorgarse necesariamente mayor valor a la declaración del testigo directo, sí venimos sosteniendo que, si bien la declaración del testigo de referencia puede resultar útil para establecer el grado de credibilidad del testigo directo, un testigo de referencia no puede aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado,

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

⁴ STC 217/1989 El testimonio de referencia constituye uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundamentar su condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia.

porque lo que conoce solamente son las afirmaciones oídas de éste” (STS 854/2013, de 30 de octubre , por remisión a la STC 155/2002, de 22 de julio).

B.- En los supuestos en los que comparecen tanto el testigo directo como el testigo de referencia en el acto de juicio, y ambos declaran de forma discrepante, no se podrá sustituir un testimonio directo por el de mera referencia.

C.- En los casos en los que el testigo directo se acoge a la dispensa para no declarar, conforme al artículo 416 de la LECrim, no se podrá acudir a la prueba testifical.

A continuación analizamos la jurisprudencia vigente para poder valorar el testimonio del testigo de referencia, en este último caso, en caso de que la víctima-testigo se haya acogido a la dispensa del art. 416 LECRIM, observando la variación de los acuerdos de pleno del Tribunal Supremo y la jurisprudencia al efecto.

1.1.- ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2006

Antes del citado acuerdo algunas sentencias la Sala II, entre ellas la STS 1428/99 de 8 de octubre , se habían mostrado a favor de considerar que las referidas declaraciones tendrían valor probatorio siempre que se introdujeran en el acto del juicio a través de su lectura (ex art. 714 LECrim), mientras que otras resoluciones (SSTS. 944/2003 de 23 de junio o 5/2006 de 18 de enero) se habrían mostrado en contra de esta posibilidad.

Asimismo, se había defendido la posibilidad de valorar estas declaraciones si, además de ser introducidas debidamente en el acto del juicio, eran ratificadas en él por el agente policial que las había presenciado. En este sentido se habrían pronunciado en SSTS. 949/96 de 29 de noviembre ; 1145/99 de 1 de julio o 428/2005 de 6 de abril.

La STS 1106/2005 de 30 de septiembre , con cita de la STS. 918/2004 , declaró, por su parte, que la declaración policial autoincriminatoria, a lo sumo, podía ser fuente de prueba, dando lugar a una línea de investigación, pero no prueba en sí misma.

Esta discrepancia jurisprudencial, como hemos indicado, dio lugar a la adopción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 28 de noviembre de 2006.

Dicho acuerdo supuso un punto de partida a este respecto, trataba a cerca del alcance del art. 714 LECRIM en relación con todas las declaraciones prestadas ante las fuerzas y cuerpos de seguridad cuyo contenido decía 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*. El acuerdo era desarrollado en

la STS 1215/2006, de 4 de diciembre. Fue sustituido por el acuerdo de pleno de 3 de junio de 2015.

El Acuerdo señalado dio lugar a un número importante de resoluciones que concluyeron que las declaraciones policiales podían ser valoradas como prueba de cargo si habían sido válidamente prestadas, habían sido debidamente introducidas en el plenario y sometidas, en consecuencia, a una adecuada contradicción (*SSTS 1215/2006, de 4 de diciembre* ; *783 /2007, de 1 de octubre* ; y *16/2010, de 25 de enero* , entre otras).

Ahora bien, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2010, de 18 de octubre, marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia de la Sala de lo Penal* asentada en el referido Acuerdo, esto es, en lo que hace referencia a que las declaraciones policiales pudieran ser valoradas como prueba de cargo, si se introducían debidamente en el juicio oral.

Destacaba el Tribunal Constitucional su doctrina (*STC 31/1981*) de que las declaraciones policiales, al formar parte del atestado, tienen en principio únicamente valor de denuncia, tal como expresa el *art. 297 de la LECrim* , por lo que el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados deben de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (*STC 217/1989, de 21 de diciembre* , *FJ 2 EDJ 1989/11626*; *303/1993, de 25 de octubre* , *FJ 4*; *79/1994, de 14 de marzo* , *FJ 3*; *22/2000, de 14 de febrero, FJ 5* ; o *188/2002, de 14 de octubre* , *FJ 2*). Y aun cuando se admita eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, cuando se constate con ellas datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, siempre que se introduzcan en el plenario como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (*SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3* ; *303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b*); *173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b*); *33/2000, FJ 5* ; o *188/2002, FJ 2*), el Tribunal Constitucional entendió que tal excepción no podía alcanzar a los testimonios prestados en sede policial (*SSTC 79/1994* , *51/1995, de 23 de febrero* o *206/2003, de 1 de diciembre*), no solo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil, sino fundamentalmente porque las declaraciones no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria (*SSTC 51/1995, FJ 2* y *206/2003* , *FJ 2*). Añadía que tales declaraciones tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los *arts. 714 y 730 LECrim* , pues dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase " *preprocesal* " que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Concluyendo que la declaración prestada ante la policía por la persona coimputada no podía incorporarse válidamente al acervo probatorio mediante su lectura en el acto del juicio.

Tras el dictado por el Tribunal Constitucional de la sentencia 68/2010 de 18 de octubre, la jurisprudencia de la Sala Segunda comenzó a introducir algunas matizaciones en lo dicho hasta el momento y se condujo en similar dirección a la indicada, inclinándose paulatinamente por

negar valor probatorio a las declaraciones prestadas en sede policial, aun cuando fueran introducidas en el acto del juicio y ratificadas por los agentes policiales que las presenciaron. Consecuentemente, la declaración en sede policial ni es una confesión, ni tiene un valor significativo por sí misma como prueba, limitando su contemplación como un suceso que puede tener relevancia respecto del alcance de la prueba que aporte elementos objetivos y contrastables (SSTS 726/2011, de 6 de julio ; 866/2011, de 21 de junio ; 1055/2011, de 18 de octubre ; 245/2012, de 27 de marzo ; 304/2012, de 24 de abril ; 62/2013 ; 256/2013, de 6 de marzo ; 177/2013, de 5 de marzo ; 374/2014, de 29 de abril ; 861/2014, de 2 de diciembre ; 165/2014, de 8 de octubre ; 848/2014, de 9 de diciembre ; 27/2015, de 28 de enero ; 123/2015, de 20 de febrero ; o 173/2015, de 17 de marzo).

1.2.- ACUERDO DE PLENO NO JURISDICCIONAL DE 3 DE JUNIO DE 2015

Este acuerdo sustituyó al anterior. El orden del día en dicho Pleno tenía un único punto, que era las declaraciones en sede policial a efectos de valorar la presunción de inocencia, acordándose 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 art. 714 de la LECri. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 de la LECri.

Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron.

Sin embargo, cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba, el conocimiento de aquellos datos por el declarante evidenciado en la autoinculpación puede constituir un hecho base para legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron. Se desarrolló en dos sentencias, la STS 435/2015, de 9 de julio y la STS 487/2015, de 20 de julio.

1.3.- JURISPRUDENCIA: LA STS 733/2017 DE 15 DE NOVIEMBRE, (PONENTE LUCIANO VARELA CASTRO): SI LA VÍCTIMA SE NIEGA A DECLARAR SE IMPIDE EL USO DE LOS TESTIGOS DE REFERENCIA

Dicha sentencia concluye la imposibilidad de introducir ex art. 730 LECRIM manifestaciones previas del pariente que hace uso de su dispensa, ni aún a través de testimonios de referencia.

Los elementos corroboradores en el caso (testimonio de referencia de un agente policial sobre las manifestaciones que le hizo la víctima, y las fotografías de sus lesiones) pierden fuerza de convicción sin aquella declaración acusatoria, y no son prueba suficiente por sí solas para desvirtuar la presunción de inocencia.

El relato fáctico de hechos de este supuesto es el de una madre que es agredida por su hijo, adicto al alcohol y a las drogas, habiendo prestado declaración tanto en sede policial como

en fase sumarial, acogiéndose a la dispensa del 416 en el plenario, y habiendo sido su hijo condenado. La sentencia de segunda instancia si bien recoge que *«la negativa a declarar en el acto del juicio oral.... impide convertir la declaración sumarial de la víctima en prueba de cargo a valorar por el Tribunal y por ello se excluye de esta valoración...»* posteriormente justifica la condena. Y lo hace en base al «reportaje fotográfico» que refleja las lesiones «en el momento de la denuncia». Resalta que ese reportaje es *«fiel reflejo físico de lo que la madre del acusado había relatado»*. También subraya la sentencia que el relato policial describe el escenario de los hechos que *«coincide íntegramente con lo que (la víctima) declaró ante la policía»*. Y concluye la sentencia *«por tanto ha de concluirse que existe prueba de cargo de la realidad de los hechos denunciados»*.

La sentencia de instancia parte de dos premisas: a) no se puede valorar lo que la víctima declaró, en cualquier momento, pero b) como se constataron datos de que acompañó a su hijo, presentado lesiones y en el escenario del hecho existen objetos relatados en la denuncia, debe tenerse por acreditados otros datos suministrados, no en esos medios, sino incluidos en la denuncia como: la autoría de las lesiones, la razón del acompañamiento de madre a hijo o lo que éste profirió con sentido de amenaza.

Donde surge la discrepancia es en el alcance que el tribunal da a esa supuesta exclusión de lo que la víctima dijo. En efecto, pese a la bien documentada doctrina a la que dice acogerse, el tribunal acaba erigiendo en fundamento de lo que enuncia como probado, no lo que predicen los elementos periféricos «corroboradores» de esa descripción de la víctima, sino precisamente esta declaración en cuanto que corroborada. Cae así en la falta de validez del medio que, en realidad, a pesar de la formal proclama de exclusión, se erige en fundamento de su certeza sobre la veracidad de la imputación.

Porque ni el testimonio policial, ni la grabación, ni lo percibido en el escenario ni la realidad fotografiada de las lesiones de la víctima, incluso dado el tiempo y lugar de su constatación, permiten inferir que precedió una amenaza, o retención coactiva de la víctima constituidas por actos que aquellos medios no pueden constatar, ni la autoría de las lesiones. La inferencia adquiriría fuerza de convicción, acorde a lógica y experiencia, si a aquellos datos se une lo que la víctima declaró. Pero ello implica prescindir de que tal declaración ha sido excluida, y correctamente excluida, del material a tomar en consideración, para justificar la condena, entiende el TS.

De forma magistral en el fundamento jurídico tercero se refleja la jurisprudencia tanto del TS como del TC al respecto del testigo de referencia, señalando que *“En cuanto a la validez y utilizabilidad del testimonio de referencia para justificar una condena en el proceso penal la STS 196/2017 de 24 de marzo lleva a cabo una prolija exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo.*

El Tribunal Constitucional (Cfr. Sentencias 217/1989 , 303/1993 , 79/1994 , 35/1995 ha establecido que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal puedan tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero también ha señalado que no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral .

También ha advertido que el testigo de referencia tiene «..un valor probatorio disminuido» y ha señalado, entre otras, en la STC no 68/2002, de 21 de marzo , citando la STC 303/1993 , que aquel valor no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia».

Y en la Sentencia 263/2005, de 25 de octubre recuerda el Tribunal Constitucional la doctrina sobre el testimonio de referencia y declara que puede constituir uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, si bien se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia.

Advierte el TC de la limitación de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba que su utilización comporta (STC 97/1999, de 31 de mayo , FJ 6; SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, § 36 ; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34 ; y de 21 de abril de 1991, caso Ach , § 27). Pues de un lado, incorporar al proceso declaraciones testimoniales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo , FJ 6; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre , FJ 5 ; 79/1994, de 14 de marzo , FJ 4 ; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3 ; 7/1999, de 8 de febrero , FJ 2). De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio , que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/199, de 15 de julio, FJ 4; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero , FJ 2 ; 97/1999, de 31 de mayo , FJ 6) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta , §§ 36 y 37).

Impone la doctrina constitucional que ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo ; 68/2002, de 21 de marzo ; 155/2002, de 22 de julio ; y 219/2002, de 25 de noviembre). También en nuestra STS no 371/2014, de 7 de mayo. ”

Concluye nuestro alto Tribunal finalmente que la negación a declarar bajo el amparo del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no es equiparable a la imposibilidad que abre la vía del artículo 730, tampoco puede equipararse a la imposibilidad a que se refiere la doctrina que expone sobre el veto al testigo de referencia cuando no concurre la imposibilidad de que declare quien hizo las referencias.

En la STS 703/2014 se dio respuesta a si cabe introducir manifestaciones previas del pariente que hace uso de su derecho a no declarar, a través de testimonios de referencia. Y se dijo en el caso allí juzgado que «los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste».

En el caso enjuiciado, como en aquel, prescindiendo de la referencia que al testigo hizo la víctima, tampoco cabe construir inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas si se prescinde de lo que la víctima refirió.

Por ello, considera que la sentencia recurrida no se ajusta al canon de presunción de inocencia.

En conclusión, por tanto, ni el testimonio policial, ni la grabación, ni lo percibido en el escenario, ni la realidad fotografiada de las lesiones de la víctima, incluso dado el tiempo y lugar de su constatación, permiten inferir que precedió una amenaza, o retención coactiva de la víctima constituidas por actos que aquellos medios no pueden constatar. La inferencia adquiriría fuerza de convicción, acorde a lógica y experiencia, si a aquellos datos se une lo que la víctima declaró. Pero ello implica prescindir de que tal declaración ha sido excluida, y correctamente excluida, del material a tomar en consideración, para justificar la condena. Testimonio de referencia de aquellos a quienes hizo manifestaciones quien no declara en juicio oral conforme a ese art. 416 de la LECrim. Los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de este.

2.- DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO SUJETO PASIVO FRENTE AL TESTIGO VISUAL NO VÍCTIMA DIRECTA

A este respecto citaremos la STS 282/2018, de 13 de junio (ponente Vicente Magro Servet).

Es una sentencia relativa a la declaración de la víctima de violencia de género y recoge los elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado dada su condición de sujeto pasivo ante una tentativa de asesinato.

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

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

La condición coincidente de testigo y objeto del delito, señala el ponente, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el Tribunal.

Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar en hechos de violencia de género, dadas las especiales circunstancias que rodean a estos casos en los que las víctimas pueden tardar en tomar la decisión de denunciar por tratarse el denunciado de su pareja, o ex pareja, lo que es un dato que puede incidir en esas dudas de las víctimas que están sometidas a esa especial posición psicológica en la que quien les ha agredido es su propia pareja, algo, realmente, que nunca pudieron esperar cuando iniciaron su relación. Se trata de una serie de elementos a tener en cuenta en la valoración de la declaración de la víctima como testigo cualificado, dada su condición de sujeto pasivo del delito. Por ello, se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito.

3.- LA DECLARACIÓN AUTOINCUPLATORIA O HETEROINCUPLATORIA EFECTUADA EN SEDE POLICIAL Y NO RATIFICADA JUDICIALMENTE POR EL INVESTIGADO

La STS 622/2019, de 17 de diciembre, (ponente Pablo Llarena Conde) recoge esta cuestión.

Dicha resolución no es relativa a un supuesto de violencia de género, y parte de recordar el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 3 de junio de 2015 en el sentido de 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 art. 714 LECrim. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron. (...)”*.

El relato fáctico describe un supuesto de terrorismo en el que se ha condenado en base a una declaración policial heteroinculpatória entendiéndose infringido por tanto el art. 5.4 LOPJ, concretamente por el quebranto a su derecho a la presunción de inocencia. Dicha declaración policial heteroinculpatória no fue ratificada judicialmente y entiende que el tribunal de

enjuiciamiento ha aplicado incorrectamente el acuerdo de pleno de 3 de junio de 2015. El TS desestima el recurso de casación al entender que el pronunciamiento, sin embargo, no descansa en la declaración policial que se aduce, sino en un conjunto de elementos probatorios que, en juicio racional y lógico, permiten inferir la responsabilidad que se impugna.

En la fundamentación jurídica recuerda que a falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

Controlar la racionalidad de la valoración probatoria del Tribunal de instancia, no solo entraña hacerlo desde la solidez o cohesión lógica entre el hecho base y el acontecimiento deducido, sino desde su calidad concluyente, no siendo razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa (*STS 500/2015, de 24 de julio*).

En todo caso, la doctrina constitucional refleja que solo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia " *cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada* " (*STC 229/2003, de 18 de diciembre FJ 4 y 23; 111/2008, de 22 de septiembre ; 109/2009, de 11 de mayo y 70/2010, de 18 de octubre*), debiendo rechazarse las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, *STC 126/2011, de 18 de julio* , FJ 22) que, " *cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado ...*".

4.- DICTÁMENES FACULTATIVOS EN TORNO AL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA

Las víctimas de violencia de género y doméstica están sometidas a una especial posición psicológica por las vinculaciones existentes con el agresor. El proceso victimológico puede ser más complejo que en otros delitos, y en ocasiones y consecuencia de ello se puede confundir declaraciones erráticas con falta de credibilidad de la víctima por lo que es útil servirse de distintos informes periciales que nos permitan tener en cuenta aquellas interferencias lógicas que se puedan dar en su testimonio.

4.1.- EL INFORME MÉDICO FORENSE

Dicho dictamen nos permitirá conocer las lesiones físicas y psíquicas que además servirán de base para el cálculo de las indemnizaciones. Es importante en estos delitos recabar la información clínica e incluso en ocasiones que se lleve a cabo una valoración conjunta con los servicios públicos de salud.

4.2.- EL DICTAMEN PSICOSOCIAL

Puede determinar el daño psicológico consecuencia del delito. Da una explicación razonable y científica de ciertos comportamientos de la víctima (declaraciones erráticas, incoherentes, contradictorias) que explica que no se debe confundir con escasa fiabilidad de su testimonio al no darse los criterios jurisprudenciales de ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia. Es interesante una evaluación al inicio y al final de la fase de instrucción, y que el dictamen explique el rigor técnico y metodológico, debiendo estar claramente fijado el objeto y alcance del dictamen. Este dictamen así mismo suele reflejar las alteraciones psicológicas, sexuales, afectivas o sociales que son secuela del delito.

4.3.- INFORME DE ORGANISMOS ASISTENCIALES (ONG'S ETC...)

Nos pueden proporcionar información extraordinariamente valiosa del estado psicológico, social y emocional, así como su evolución que puede ser incluso un elemento corroborador.

4.4.- LA VIABILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN RELACIÓN CON LA VIABILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN RELACIÓN A LA VERACIDAD SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA

Siguiendo a Vicente Magro Servet, existe la posibilidad de procederse por las partes a la proposición y práctica de una prueba pericial psicológica de la víctima del delito *con la finalidad de determinar su grado de sinceridad, credibilidad*, lo que suele llevarse a cabo, generalmente, por las defensas cuando la declaración de la víctima tiene un signo altamente incriminador del acusado y estas desean hacer valer las dudas en el tribunal mediante un examen de aquella por un perito en psicología que, previo examen de la misma, proceda a realizar un informe en el que se hagan constar las precisiones básicas que determinen el grado de veracidad que contiene la declaración de la víctima.

Se trata de ofrecer al juez o tribunal información en relación a los rasgos psicológicos del testigo que pueden llevarle, no a mentir directamente, sino a entender que los hechos han ocurrido de una manera distinta a la realidad que se expone.

La valoración de la declaración de la víctima es función del juez o tribunal enjuiciador y no puede ser sustituida por la pericial psicológica. Es necesario valorar, cuando se propone

esta prueba, la necesidad de su práctica a fin de no elevar el padecimiento de la víctima en su obligación de declarar.

Nuestro alto Tribunal llega a dos conclusiones básicas a tener en cuenta en este aspecto, a saber:

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

ABREVIATURAS

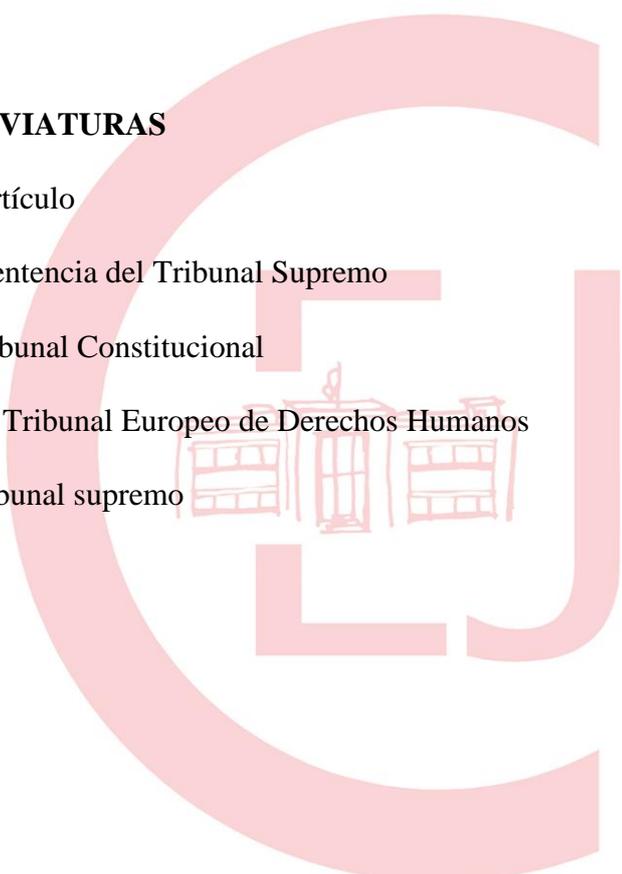
Art. Artículo

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS Tribunal supremo



Centro de
Estudios
Jurídicos

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional:

- Acuerdo de 28 de noviembre de 2006
- Acuerdo de 3 de junio de 2015

Jurisprudencia :

- STS 854/2013, de 30 de octubre
- STS 1031/2013, de 12 de diciembre
- STS 733/2017, de 15 de noviembre
- STS 282/2018, de 13 de junio
- STS 622/2019, de 17 de diciembre
- STC 217/1989
- STC 155/2002, de 22 de julio

Guía de Criterios de actuación Judicial frente a la Trata de Seres Humanos, CGPJ, noviembre 2018.

Magro Servet, Vicente, “El Derecho de la víctima a tener miedo en el proceso penal y la afectación a su credibilidad” en Diario la Ley ISSN 1989-6913, número 9809, 2021

Centro de
Estudios
Jurídicos