

LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

LORENZO M. BUJOSA VADELL*

RESUMEN

Las garantías constitucionales de la actividad probatoria pueden burlarse en el proceso penal al impedir que los principales sujetos procesales puedan apreciar directamente la práctica de ciertos medios de prueba. En este artículo se trata de valorar en concreto hasta qué punto puede ser admitida la prueba de referencia en un proceso penal con todas las garantías y con qué exigencias ineludibles, teniendo en cuenta sobre todo las elaboraciones jurisprudenciales del ordenamiento español. Tras examinar el concepto y la validez de estas pruebas y sus necesarias limitaciones, se analizan los problemas que surgen respecto a la introducción indirecta en el proceso de ciertas declaraciones de confidentes, de imputados y de víctimas.

Palabras clave: Prueba penal, testigos, prueba de referencia, proceso penal, proceso justo, víctima.

ABSTRACT

The constitutional guarantees of the evidence collection process become obsolete when the main procedural subjects can not directly access the practice of certain modes of evidence collection. In this paper we attempt to evaluate to what extent hearsay evidence can be admitted in a due criminal process, and if so, with what obligatory requirements considering the jurisprudence elaborations of Spanish law. After examining the concept of hearsay evidence in the Spanish Criminal Process Code and its necessary limitations, we analyze the problems that arise regarding the indirect introduction of certain declarations of informants, suspects, or victims in a process.

Key words: Criminal evidence, witnesses, hersay evidence, criminal process, due process, victim.

1. INTRODUCCIÓN

En los ordenamientos de nuestro entorno cultural es muy frecuente abogar por la instauración de un proceso penal más acusatorio, y justamente desde hace años han

* Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

seguido esta tendencia numerosas reformas procesales europeas y, más recientemente, ha caracterizado la paulatina puesta al día del enjuiciamiento penal en numerosas repúblicas americanas, entre ellas naturalmente Colombia. Pero, por otro lado, se debe constatar también la existencia de numerosas discusiones doctrinales –y diversas manifestaciones jurisprudenciales contradictorias– acerca de los límites de esa tendencia, así como críticas fundadas acerca de una exacerbación (Picó, J., 1996: 153 – 163) de las características del modelo ideal del proceso acusatorio.

Como ha afirmado repetidamente el Tribunal Constitucional español, el proceso penal acusatorio exige una acusación formal contra una persona determinada, pues no puede haber condena sin acusación y:

La aplicación del principio acusatorio supone, además, una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas –acusador y acusado– resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesales fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del juez; la defensa, con derechos y facultades iguales al acusador, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio (STC 18/1989, de 30 de enero).

El proceso penal español, aunque antiguo y con rasgos que a algunos podrían parecer inquisitivos, constitucionalmente se ajusta también como un guante a estas exigencias. Incluso más: la lectura de la brillante Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal muestra que justamente el objetivo del legislador procesal penal decimonónico era el mismo: “Hay, pues, que restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica, hasta donde lo consentan los fines esenciales de la sociedad humana”; y, tras aludir a varios problemas específicos como la lentitud o la vigencia de la absolución de la instancia, señalaba expresivamente: “Los demás vicios del Enjuiciamiento vigente quedarán sin duda corregidos con el planteamiento del juicio oral y público y la introducción del sistema acusatorio en la Ley Procesal”. Y al juicio oral se le aludía como “el arsenal donde el acusador y el acusado deben tomar sus armas de combate y de defensa y el Tribunal los fundamentos de sus veredictos”.

Pero a su vez, no está de más recordar la prevención que añade Alonso Martínez, el entonces Ministro de Gracia y Justicia: “el Gobierno de V.M. ha creído que la transición era demasiado brusca para este país, en que los Jueces han sido hasta ahora omnipo-tes, persiguiendo los delitos por su propia y espontánea iniciativa”, y es así, pues “la sociedad debe marchar como la naturaleza, gradualmente y no a saltos: los progresos jurídicos deben irse eslabonando, si han de encarnar en las costumbres del país”.

Como decía Goldschmidt (1935: 67), “se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”. Hoy en día, la homologación internacional de los Estados como verdaderos Estados democráticos pasa, pues, por la instauración de un proceso penal acusatorio.

Es más, se ha dicho que no hay verdadero proceso si no se cumplen los rasgos esenciales del acusatorio: la existencia de un juez imparcial¹ y dos “partes parciales” enfrentadas entre sí (Cfr. Montero, 1997; Gómez Colomer, 2006: 29 - 30). Pero se recuerda que más allá, este concepto es confuso y, de hecho, puede concretarse de maneras diversas.

En realidad, por un lado, la utilización de este término a veces conlleva una difícilmente evitable referencia al proceso adversarial anglosajón (McEwan, 1998: 73-79), y en especial, al de los Estados Unidos. Naturalmente, ha sido enorme –yo diría incluso que excesiva– la influencia de este modelo en las diversas reformas procesales penales, por supuesto no sólo del continente americano, sino también europeas. Y, por otro lado, lleva a una confusión lamentable, pues muchos de los rasgos que se atribuyen al acusatorio, o bien son meras opciones político-legislativas, muchas veces originadas en contextos jurídico-políticos muy distintos (como el tribunal del jurado), o se remiten con amplitud a las garantías procesales fundamentales reconocidas en diversos tratados internacionales sobre la materia y así mismo en las constituciones, sobre todo en las versiones más recientes. Por tanto, muchas veces, cuando hablamos de un proceso penal acusatorio queremos decir “proceso penal con todas las garantías” o “proceso justo”; en definitiva lo que también en el ámbito anglosajón y con origen en la Constitución norteamericana se conoce como *Due Process of Law* (Gómez Colomer, 2006: 25-77).

En los ordenamientos europeos mantenemos ciertos rasgos que nos apartan del modelo adversarial puro de origen anglosajón, lo cual no implica que se trate de procesos penales sin garantías. De hecho, las exigencias constitucionales influyen directamente en la depuración garantista de las normas procesales penales ordinarias a través de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. En concreto, en España, desde 1978, año en que se promulgó la Constitución vigente, y sobre todo desde 1980, en que el Tribunal constitucional empezó a ejercer la potestad jurisdiccional, se ha producido una evidente expansión de las garantías procesales, a pesar de que nuestro código de proceso penal procede de 1882. A veces da la impresión, sin embargo, leyendo algunos comentarios jurídicos, que el ordenamiento que no se ajuste al modelo puro adversarial no goza de garantía alguna, como si en los países europeos siguiéramos todavía sometidos a dictaduras abominables (Arias Duque, J, et al., 2006: 190-196).

Junto al proceso con todas las garantías, o más precisamente, como una de ellas, básica y fundamental, tendríamos pues en nuestro ordenamiento la vigencia del principio acusatorio, entendido de una manera más restringida, que pudiera resumirse en unos pocos axiomas: 1. Debe mantenerse una clara separación entre quien acusa y quien enjuicia. Este es el criterio más importante por el cual no puede haber juicio si no hay acusación ejercitada por alguien distinto del juez; 2. Debe distinguirse claramente entre investigación y decisión, atribuidas a órganos distintos, la primera dirigida a preparar el juicio

1 El Tribunal Constitucional español en su sentencia 60/1995, de 16 de marzo, declaraba: “sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”.

y la segunda como resultado de la actividad desarrollada en el juicio oral; 3. No puede condenarse más allá de la pretensión ejercitada tanto en su dimensión subjetiva, como objetiva; es decir, debe haber correlación entre lo pedido y el pronunciamiento de la sentencia; y 4. Ante la formulación de una impugnación, no puede gravarse más al recurrente de lo que ya lo estaba en la sentencia recurrida, salvo que la otra parte también impugne².

La cuestión de fondo en todos estos supuestos es el mantenimiento de la debida imparcialidad del juzgador³, no sólo evitando decisiones que efectivamente carezcan de objetividad, sino además protegiendo la mera apariencia de neutralidad. Así se ha declarado que la obligación de no ser “juez y parte” ni “juez de la propia causa” se traduce en dos reglas: “según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas ni conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra” (STC 162/1999, de 27 de septiembre), pues la estricta observancia del principio de legalidad obliga a que la libertad de criterio del juzgador obedezca exclusivamente a motivos de aplicación del Derecho y nunca a prejuicios ideológicos o personales (STC 225/1988, de 28 de noviembre, 137/1997, de 21 de julio y STC 155/2002, de 22 de julio)⁴.

Las consideraciones que siguen se van a centrar en torno al debatido engarce de la admisibilidad de las pruebas de referencia en un sistema penal acusatorio⁵. Se trata pues de valorar la aplicación de las garantías procesales de la actividad probatoria desde la perspectiva constitucional de la protección de los derechos fundamentales respecto a estas dos eventuales manifestaciones probatorias y de calibrar hasta qué punto en un proceso penal suficientemente garantista pueden ser válidamente admitidas.

2 En este sentido *Vid*, Gimeno Sendra, V., (1981: 190-192); Vásquez Sotelo, J.L. (1984: 102-104) Montero Aroca, J., (1992: IV, pp. 775-788); Armenta Deu, T., (1995: 39-111).

3 Como afirmaba la Corte Constitucional en su sentencia C-396 de 2007: “Desde la misma conformación del Estado y de la consagración de los poderes que lo integran se entregó a los jueces la responsabilidad y la función de resolver de manera pacífica y definitiva las controversias. Condición *sine qua non* para desarrollar dicha atribución, es la imparcialidad e independencia del juez en la definición de los asuntos a su cargo, pues estas son, indudablemente, unas de las principales premisas de la aplicación de la justicia en los Estados democráticos”.

4 Como afirma Verger Grau, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994, pp. 25-26: “sólo un proceso acusatorio que respete la imparcialidad del juez y la igualdad de las partes es compatible con nuestra Constitución y con los Convenios Internacionales firmados por España”.

5 El demandante en la Sentencia C-396 de 2007 parte de la idea, precisamente, que la prohibición del decreto de pruebas de oficio en el proceso penal hace parte de la ideología del sistema acusatorio que acogió el legislador como mecanismo idóneo para adelantar el proceso penal.

2. PRUEBAS DE REFERENCIA Y GARANTÍAS PROCESALES

Las garantías de la actividad probatoria pueden burlarse en el proceso penal al impedir que los principales sujetos procesales, en definitiva protagonistas del juicio oral, puedan apreciar directamente la práctica de ciertos medios de prueba que se aportan por vía indirecta. Lo anterior implica que, con respecto al juez, se dé una restricción evidente de la inmediación y, respecto a las partes –en especial, el acusado– una limitación del principio de contradicción y, en definitiva, de su derecho fundamental a la defensa. Debemos examinar, por tanto, los pormenores de esta actividad probatoria de referencia, teniendo especialmente en cuenta si puede ser admitida o no en un proceso penal con todas las garantías y, si llegáramos a una conclusión afirmativa, en qué supuestos y con qué limitaciones.

2.1. CONCEPTO Y VALIDEZ

La aplicación de los principios procesales a la práctica y valoración de la prueba testifical debe examinarse respecto a un tipo de pruebas que presenta unos problemas específicos: las denominadas pruebas de referencia (Velayos, M., 1998: 24)⁶. Se trata, básicamente, de la declaración de una persona sobre hechos que no ha percibido, ni directa ni indirectamente, pero sobre los cuales tiene la referencia de otras personas.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (en adelante LECrim.) hay dos normas sobre este tipo de declaraciones: por un lado, el artículo 813 prohíbe la utilización de este tipo de testigos en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra; por otro, el artículo 710 permite la práctica de este medio probatorio, siempre que este tipo de testigos precisen el origen de la noticia –en lo cual no se diferencian del resto de testigos que deben manifestar la razón de su ciencia–, pero además, deben designar con su nombre y apellidos, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que le hubiera comunicado los hechos que relata⁷.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido la validez de esta modalidad probatoria: “la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia” (STC 217/

6 “por testigo de referencia se entiende la prueba consistente en la declaración de un testigo, quien refiere los conocimientos fácticos que ha adquirido por la comunicación de los mismos proveniente de un tercero, el cual es quien verdaderamente ha tenido un conocimiento personal de lo relatado” (Velayos, 1998: 24).

7 Como dice Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 191, una importante consecuencia de ello será la inutilizabilidad de las declaraciones de aquellos testigos de referencia que no faciliten el nombre y los apellidos del testigo o testigos presenciales, ya sea por desconocimiento, por voluntad propia o por desmemoria.

1989, de 21 de diciembre); por tanto, podrá integrar aquella actividad probatoria apta para desvirtuar la presunción de inocencia⁸. Sin embargo, tal afirmación no puede admitirse sin matizaciones, dada la labilidad de las pruebas de referencia. Por tanto, es un medio probatorio válido, pero no incondicionado. Sus particulares características obligan a tener en cuenta, desde las propias exigencias constitucionales, una serie de limitaciones, la primera de las cuales, como hemos visto, consta en el propio tenor del reconocimiento legal de los testimonios de oídas en nuestro código procesal penal: es necesario hacer constar la identificación concreta de la persona de quién procede la información, con una finalidad primaria muy concreta: poder lograr, si fuera posible, la comparecencia de esa persona que tiene un conocimiento más directo de los hechos que se están enjuiciando.

Así pues, como ha reiterado la jurisprudencia, una vez tenidas en cuenta sus limitaciones inherentes, “la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad”. Pero, desde luego, la valoración de credibilidad en estos casos es mucho más compleja, pues, la convicción del juzgador debe partir de quien no ha percibido los hechos y no puede observar a quien sí los ha apreciado directamente. La apreciación de la prueba es, por ello, mucho más compleja que en el resto de las declaraciones testificales, ya que el tribunal se encuentra necesariamente con la dificultad no sólo de formar juicio sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre todo la del testigo presencial en cuyo lugar se subroga (Cfr.: STS, sala 2^a. Núm.332/2006 del 14 de marzo).

Por ello, se añade de inmediato una llamada a la especial prudencia para apreciación de esta prueba y, literalmente, se habla de “recelo jurisprudencial sobre ella”⁹ y abiertamente se afirma que “en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable”, puesto que en muchos casos “supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso [...]”. No obstante estas prevenciones, que se consideran lógicas, no pueden “llevar a la conclusión de que la prueba testifical de referencia constituya, en todo caso, una prueba mediata, indirecta o de indicios, o que sólo tenga valor para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento de los hechos sobre los que declara”¹⁰ (STC 217/1989, de 21 de diciembre).

8 Así lo han acogido sentencias recientes de la Sala 2.^a, de lo Penal, del Tribunal Supremo como la núm. 1141/2005, de 29 de septiembre.

9 La STS, Sala 2.^a, núm. 429/02, de 8 de marzo, por ejemplo, con relación a un supuesto en que la víctima tenía 3 años y medio, así como la STS, Sala 2.^a, núm. 1229/02, de 1 de julio, en que las dos víctimas tenían 6 y 4 años, expusieron que «el hecho de que a una persona se la declare culpable de un delito sobre la base de las declaraciones inculpatorias de testigos de referencia y no presenciales da lugar a una de las situaciones más delicadas que pueden ser imaginadas en el proceso penal».

10 Se añade más adelante en esta misma resolución: “Pero esta prueba de referencia no tiene carácter de indiciaria, como señala el Ministerio Fiscal, puesto que la detención de los acusados la practicó la Policía a instancias de los propios denunciantes, quienes identificaron

Como expondré más adelante, es verdad que la prueba de referencia no tiene la estructura lógica de una prueba indiciaria. No obstante, por la debilidad de su eficacia probatoria, dadas las evidentes limitaciones a los principios probatorios fundamentales, debería relativizarse su eficacia para la convicción judicial¹¹. A pesar de la constatación de necesidad de prudencia y mesura en la práctica de estas pruebas, la jurisprudencia mayoritaria no se ha mostrado partidaria de exigir indicios corroboratorios¹², lo cual es en mi criterio un error, pues debería compensarse la fuerte restricción de las garantías procesales que por definición en ellas se produce –y a la que en el siguiente punto me referiré–, a partir de la constatación de otros datos de la realidad que confirmen o robustezcan la información obtenida a través de la prueba de referencia¹³.

Ciertamente, hay grados en las declaraciones de referencia, pues no es lo mismo la declaración de un testigo que cuenta lo que otro presencial le relató, que la declaración de otro que simplemente ha oído contar algo de los hechos que ha contado a su vez otra persona. Además el propio testigo de referencia puede a su vez ser testigo directo de algunas circunstancias o sucesos útiles para constatar alguno de los hechos enjuiciados¹⁴.

a los acusados como autores del robo con intimidación sufrido. No se trata en este caso de inferir de unos indicios plenamente probados –la detención– la participación de los detenidos en los hechos, pues, precisamente, el hecho mismo de la detención se debe única y exclusivamente a la previa identificación y reconocimiento de los acusados como autores de los hechos”.

- 11 Así en la STC 219/2002, de 25 de noviembre, se concluye: “En definitiva, estamos en presencia de declaraciones que prestadas con inmediación y contradicción en el juicio oral por testigos de referencia han sido valoradas por los Tribunales ante la imposibilidad de contar con las declaraciones del testigo directo. Si a ello se añade que las mismas no constituyen la única base probatoria que justifica la condena, en la medida en que además resultaron corroboradas por otros elementos incriminadores soportados en la prueba referenciada, obvio resulta ratificar la suficiencia de las mismas y, en definitiva, su virtualidad para tener por destruido el principio de presunción de inocencia”.
- 12 En este sentido Velayos Martínez (1998: 49): “En definitiva, y aunque pueden argumentarse varias interpretaciones, parece deducirse que, en conjunto, la doctrina del TC aboga por la no exigencia de corroboración de una declaración testifical de referencia”
- 13 Una excepción a esa tendencia mayoritaria la tenemos en la STS, Sala 2.^a, núm. 556/2006, de 31 mayo: “la testifical de referencia si puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado”.
- 14 Así el propio Tribunal constitucional señala que “el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió –*auditio proprio*–, o lo que otra tercera persona le comunicó –*auditio alieno*–, y que en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa” (STC 217/1989, de 21 de diciembre).

Puede resultar inquietante que las consideraciones sobre la validez de este particular medio de prueba dependan –por lo menos aparentemente– de consideraciones utilitaristas para la consecución de una mayor y más efectiva represión penal, aún a costa de la plenitud de las garantías procesales. Pero, sin embargo, afirmaciones como las de la STS, Sala 2^a, núm. 1135/2005, de 7 de octubre, cuando proclama que “la admisión del testimonio de referencia se encuentra subordinada al requisito de que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria” se enmarcan más bien en una ponderación de los intereses en juego que persigue reforzar la efectividad de esas garantías básicas. Así, la STC 303/1993, de 25 de octubre, venía a decir que el hecho de que la prueba testifical de referencia sea un medio probatorio de valoración constitucionalmente permitida no significa que, sin más, pueda erigirse en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, sino que deben darse ciertas circunstancias que sitúan realmente a la prueba de referencia en el nivel de la excepcionalidad. Básicamente, la validez probatoria de estas pruebas, conforme resalta la jurisprudencia, “se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa”.

2.2. LIMITACIONES

Como antes adelantaba, el propio tenor literal del artículo 710 LECrim establece ya una primera limitación importante: quien declare en el juicio debe identificar a la persona de la cual ha recibido la información, en primer lugar, para que en ese proceso penal se obtenga su declaración directa, pero además como vía para reforzar la credibilidad del testimonio, permitiendo calibrar el grado de la referencia y excluyendo así además los meros rumores o palabrería infundada.

Pero, a diferencia de regulaciones mucho más recientes como la colombiana, no existe en nuestra Ley de Enjuiciamiento mayor concreción legal de otras limitaciones o exigencias, lo cual no implica sin embargo que no existan. Ya me referí a la enorme influencia que el texto constitucional y, sobre todo, la labor del Tribunal Constitucional ejercen en la interpretación de las normas procesales penales vigentes, complementando así las carencias de nuestra ley decimonónica. Así, es especialmente importante para determinar las limitaciones en la práctica de la prueba de referencia la elaboración jurisprudencial de nuestras Altas Cortes.

Un primer dato que ha resaltado el Tribunal Constitucional y que se constituye en una importante limitación adicional se refiere a que “sólo en los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo” podrá admitirse válidamente la prueba de referencia (STC 146/2003), como concreción de esa exigencia de plenitud del derecho de defensa a la que antes me refería¹⁵. Esta necesaria subsidiariedad de

15 Como dice el Tribunal Constitucional en la S 146/2003: “la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de defensa impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisible, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba”.

este tipo de prueba es consecuencia de la aplicación de los principios esenciales de la actividad probatoria¹⁶.

Evidentemente, cuando en el juicio oral declara una persona que sustituye a quien realmente es el testigo de los hechos, se produce una afectación de la inmediación judicial: el juez no apreciará directamente al testigo directo, sino a una persona que conoce el hecho de manera sólo indirecta¹⁷. La vigencia de las reglas de inmediación exige que en el proceso penal se tengan en cuenta prioritariamente las pruebas más cercanas a los hechos y que el juez las aprecie de la manera más directa posible¹⁸. Si se le impide al tribunal la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de la credibilidad del que ha relatado los hechos, queda sin duda afectada la inmediación de la prueba (SsTC 97/1999, 79/194, 35/1995, 7/1999, 155/2002, 146/2003) Por ello, en caso de que sea posible hacer concurrir al juicio a ese testigo presencial, ese es el que debe ser contraexaminado¹⁹.

-
- 16 Ha recordado recientemente nuestro Tribunal Constitucional que "el respeto a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexcusablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano jurisdiccional haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción" (STC 164/2007).
 - 17 Así, como dice la STS, Sala 2^a, núm. 161/2007, de 27 de febrero: "Es claro que la fiabilidad o la credibilidad del testigo directo se proyecta sobre el hecho que relata al Tribunal y que según dice ha presenciado. Esto permite tener por acreditado ese hecho, dentro de los límites de la valoración del testimonio, si el Tribunal considera suficientemente fiable la declaración del testigo dentro del conjunto de evidencias disponibles. Por el contrario, en el caso del testigo de referencia su fiabilidad se proyecta solamente sobre su afirmación respecto a haber oído de otro el relato acerca de un determinado hecho, pero nada aporta respecto a la realidad de este último, que es precisamente el que interesa a efectos del enjuiciamiento. De esta forma, el Tribunal puede tener por acreditado que el testigo de referencia dice la verdad cuando afirma que tal suceso le ha sido relatado por un tercero. Pero no puede ignorar que dicho testigo no responde con su palabra, diríamos con su fiabilidad, de la misma realidad de aquel hecho. Ni tampoco de la credibilidad de quien se lo ha relatado".
 - 18 Recordemos que "es consustancial a los principios de oralidad, inmediación y libre valoración de la prueba el examinar gestos de los intervenientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervenientes en la prueba, con respecto a los cuales el juez de instancia es dueño de su valoración" (SsTC 55/1982, 124/1983, 140/1985, 254/1988, 217/1989).
 - 19 En la STS, Sala 2.^a núm. 161/2007, de 27 de febrero se señala en este sentido que "la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es contrario al artículo 6 del Convenio, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (Caso Delta contra Francia, 19 de diciembre de 1990; Caso Isgrò contra Italia, 19 de febrero de 1991), por lo que, como premisa inicial, la cuestión no se centra realmente en las posibilidades de valorar tal prueba como elemento de cargo, sino en la legitimidad de la causa de su utilización en lugar del testigo

Pero también el principio de contradicción sufre una limitación clara, pues las partes no van a poder interrogar o hacer interrogar a la persona de la que procede la información de los hechos, sino sólo a quien indirectamente ha conocido de ellos. Escuchar e interrogar sólo al testigo de oídas, si la condena se va a fundar exclusivamente en su declaración, en mi opinión, supondría sólo un sucedáneo de contradicción. Así mismo, la publicidad padece por razones similares: la persona de la que procede la información no ha comparecido en ese espacio público en el que se desarrolla esta actividad tridimensional que es el proceso.

Como sabemos, los principios procesales, muchas veces condensados en derechos fundamentales de alcance constitucional, no pueden ser considerados absolutos. Caben restricciones y afecciones de los mismos, siempre dentro de los márgenes de la proporcionalidad y ateniéndose, por tanto, a lo imprescindible para alcanzar una finalidad justificada constitucionalmente. De ahí que la utilización de la prueba de referencia no pueda ser válida si no es aplicada de manera muy restringida y subsidiaria. Como decía el Tribunal Constitucional:

Como criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra manera hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano jurisdiccional debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia e, incluso, cuando los funcionarios de Policía tengan la fundada sospecha de que los testigos presenciales, puedan ausentarse al extranjero, deben trasladarlos inmediatamente ante la autoridad judicial a fin de que, bajo la necesaria contradicción exigida por el art. 448, sean interrogados los testigos en calidad de prueba sumarial anticipada (STC 217/1989).

Más abstractamente, se ha declarado la existencia de un contexto que justificaría la restricción de estas garantías procesales cuando el testigo directo se halla en ignorado paradero y por ello es imposible citarlo (STC 35/1995) u obligarlo a comparecer de manera incluso coactiva, pero también se asimilan a estos supuestos aquellos en los que la citación del testigo resulte extremadamente difícil (STC 209/2001). No se produce esa imposibilidad de comparecer cuando ni siquiera el testigo presencial ha sido propuesto como testigo en el proceso y por tanto su comparecencia no se ha intentado (STC 146/2003).

Así pues, las garantías procesales constitucionales respecto a la práctica de la prueba dificultan una abierta admisión de este tipo de declaraciones en el proceso penal. Pero, aun cuando resulte constitucionalmente justificado acudir a la prueba de referencia, por las restricciones que acabamos de ver, creo conveniente subrayar la escasa virtualidad de este tipo de pruebas. De este modo, como antes decía, a pesar de que no se trate de

directo. La testifical de referencia será, pues, prueba válida cuando sea legítima la sustitución del testigo directo, lo que ocurre en casos de imposibilidad o extrema dificultad de conseguir su presencia en el acto del juicio oral".

pruebas indiciarias y que no se ajusten al esquema lógico de las mismas, sí me parece necesario limitar jurisprudencialmente el valor de la prueba de referencia²⁰, equiparándolo al de un indicio, necesitado, por tanto, de elementos probatorios de corroboración²¹.

2.3. CONFIDENTES Y DECLARACIÓN TESTIFICAL DE REFERENCIA

La exigencia del artículo 710 de informar al tribunal del origen de la información de referencia, identificando a la persona de la que procede, plantea problemas respecto a los informantes policiales, cuyo mantenimiento como tales para posteriores investigaciones exige la discreción y el secreto (Asencio, M.; 1989: 31-32)²².

Nos encontramos aquí con diversos intereses relevantes, pero contrapuestos, que hay que tener en cuenta: por un lado, el interés de la justicia en utilizar los datos disponibles para el enjuiciamiento que se está llevando a cabo en un proceso penal determinado, por eso el testigo está obligado a comparecer y a declarar lo que conozca sobre los hechos objeto de prueba; por otro lado, también tiene su importancia, como acabamos de ver, la posible utilización de esa fuente policial en el futuro, tanto por justificaciones de seguridad (la prevención de futuras infracciones criminales) como también de justicia (la persecución y enjuiciamiento de futuros sospechosos). Estos, sin embargo, no son todos los elementos en conflicto, pues debemos contar aquí también con las garantías procesales y los derechos de la defensa, en especial, a interrogar y a contradecir,

-
- 20 Así lo va reconociendo alguna jurisprudencia, como la STS, Sala 2^a, núm. 161/2007, de 27 de febrero: "Y esto dificulta la declaración como hecho probado de aquel hecho relatado al testigo que depone ante el Tribunal, cuando solo se puede operar sobre la base del testimonio de referencia, hasta el extremo de hacer siempre aconsejable, y necesario en ocasiones, algún elemento de corroboración (STS núm. 24/2003, de 17 de enero) que refuerce objetivamente la versión inculpatoria. En este sentido, la STC núm. 68/2002, de 21 de marzo, citando la STC 303/1993, señala que «aunque "sea un medio probatorio admisible (con la sola excepción del proceso por injurias y calumnias verbales: art. 813 LEcrim) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una Sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia"». Exigencia que no es preciso llevar en todos los casos a la necesidad de la constatación de otra prueba de cargo diferente, pero, cuando se trata de prueba única, implica la existencia de algún elemento objetivo y externo de corroboración".
- 21 La STS, Sala 2^a, de 23 de junio de 2003 afirmaba: "Corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que se interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente".
- 22 Se refiere a sí mismo a la necesidad de proteger la integridad física del confidente, pero desde 1994 rige la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, especialmente prevista para estos casos.

o poner en discusión la credibilidad del testigo. ¿Cómo conciliar este antagonismo de intereses loables?

En España contamos con una norma específica, pero poco útil para darnos luz a esta cuestión. El apartado quinto del artículo 5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece que los miembros de esos cuerpos “no estarán obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera”²³. La duda está en si la necesidad de comparecer y declarar en un proceso por parte del policía supone imponerle actuar de otra manera, es decir, supone aplicar literalmente también a estos casos el artículo 710 LECrim. Si así fuera el policía se encontraría en una posición delicada: por un lado, obligado a declarar lo que conoce y también el nombre de su informante, lesionando a su vez el interés público en mantener la fuente policial; y, por otro lado, si privilegiámos el secreto de esas fuentes y permitimos la declaración de referencia, padece sin duda el derecho de defensa y las garantías probatorias.

Probablemente una solución ecuánime en estos casos es la de permitir mantener el secreto de la identidad de los informantes, pero al mismo tiempo limitar el deber de declarar del policía, que no deberá citar sus fuentes. Esto supone, no obstante, una gran restricción del derecho de defensa: si el acusado pudiera ser condenado a partir de datos suministrados por quien no se sabe quién es, ni se puede siquiera controlar su credibilidad. Por ello, conviene introducir otra limitación adicional: en estos casos estas declaraciones de referencia no pueden tener valor probatorio, sólo como fuentes de actividades de investigación, de las que posiblemente puedan obtenerse otras fuentes de prueba más directas.

2.4. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO Y DECLARACIÓN TESTIFICAL DE REFERENCIA

La prueba de referencia muestra sus contornos problemáticos cuando se pone en relación con declaraciones del imputado. Como sabemos, el estatuto jurídico del sujeto pasivo del proceso penal se caracteriza especialmente, cuando rigen las exigencias de un proceso justo, por la amplitud de su derecho a defenderse, siendo una de las manifestaciones más destacadas el derecho a permanecer en silencio y aún más, como dice nuestro artículo 24.2 CE, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable²⁴. El problema que nos planteamos se refiere al supuesto en que el ya acusado

23 Como recuerda Miranda Estrampes, M. (1997: 193-194), la Proposición de Ley 122/000001 (BOCG, 15 de septiembre de 1993) de protección de denunciantes, testigos y peritos en determinadas causas criminales, preveía que en casos de delincuencia organizada “los Jueces y Tribunales únicamente solicitarán de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la identidad de sus fuentes de información cuando resulte absolutamente imprescindible para el esclarecimiento de los hechos o para la persecución de sus responsables”. Esta norma no llegó a entrar en vigor.

24 “Es evidente que los sistemas más progresivos son los que llevan las garantías o derechos del inculpado más allá del simple derecho o facultad de guardar silencio. Si, además de la

se acoge a este derecho fundamental en el juicio oral, pero en fases anteriores voluntariamente ha emitido declaraciones incriminadoras.

En principio pueden existir dos vías para introducir en el juicio oral declaraciones de la fase de investigación –por tanto, actos dirigidos a la investigación y no a la prueba de los hechos objeto del proceso–: en primer lugar, el artículo 714 LECrim prevé la existencia de contradicciones entre la declaración del juicio oral y las declaraciones anteriores y, en tal caso, “podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes” y después de leída, se pedirán explicaciones al declarante para justificar las diferencias o contradicciones. Es razonable que a partir de estas manifestaciones el juez pueda fundar su convicción. Literalmente, el artículo 714 LECrim. se refiere a los testigos, pero la jurisprudencia lo ha interpretado ampliamente incluyendo también a los acusados. En nuestro caso, sin embargo, no puede hablarse en sentido estricto de diferencias o contradicciones, sino solamente de la existencia de una declaración incriminatoria, no expresada en la fase natural de la prueba que es el juicio oral, sino con anterioridad, mientras que posteriormente se manifiesta un cambio de actitud favorable a acogerse a un derecho fundamental²⁵.

Una segunda posibilidad de que las declaraciones obtenidas en la investigación puedan ser tenidas en cuenta para fundamentar una sentencia se encuentra prevista en el artículo 730 LECrim. para los casos de imposibilidad sobrevenida de reproducir tales declaraciones en el juicio oral. Pero la ley exige que tal imposibilidad sea independiente de la voluntad de las partes, lo cual no ocurre en nuestro caso: es precisamente la voluntad del acusado –constitucionalmente legítima– la que impide su declaración en el juicio oral.

Hay todavía un tercer cauce al que se ha dado abierta aplicación, no sin gran polémica, y que justamente consiste en una prueba de referencia: la declaración testifical de los policías que han tomado la declaración incriminatoria al detenido y refieren en el juicio oral aquello que le han oído relatar. Es preciso examinar brevemente esta tercera posibilidad²⁶.

posibilidad de guardar silencio, se reconoce al inculpado la facultad de ‘no declarar contra sí’, de ‘no declararse o confesarse culpable’ pudiendo limitarse en su declaración a dar explicaciones solamente defensivas, aunque no se formule esta facultad de modo expreso y simplemente se venga a reconocer su existencia al dejar impune y sin sanción alguna esa conducta del imputado, es claro que entonces y sólo entonces la declaración del sospechoso pasa a ser fundamentalmente un medio de defensa mucho más que un medio de prueba, ya que puede utilizarla tan sólo a los fines de su excusación”. (Vázquez, S., 1984: 100).

25 *Vid. Magro (2006)*, desde una posición claramente favorable al valor probatorio de las declaraciones anteriores.

26 Es algo distinto el caso de que nos encontramos en el juicio oral con el testimonio de referencia y, así mismo, con la declaración del acusado y ambas sean contradictorias: una será indirecta, la del testigo de referencia y la segunda será directa, pero –a efectos de su valor probatorio– sospechosa, pues ha sido emitida por quien tiene el derecho fundamental a no autoincriminarse. Así, en la STS, Sala 2.ª, núm. 1111/2005, de 29 de septiembre: “en el caso presente nos encontramos, sí, con una testigo de referencia; pero esta referencia no lo es con

En un caso especialmente interesante, al que se refiere la STS, Sala 2^a, núm. 829/2006, de 20 de julio, se trata sobre el valor probatorio del testimonio de referencia de unos policías que acudieron a una “entrevista personal” a un detenido en la base de Guantánamo, por cierto de un modo razonablemente muy crítico²⁷. Por un lado, “partiendo del dato cierto e incontrovertido de que el recurrente permaneció detenido en poder del ejército de los Estados Unidos desde que les fue entregado en fecha no precisada en la sentencia, en Kandahar, por los militares paquistaníes y trasladado seguidamente a la base de Guantánamo, hasta su puesta a disposición del

relación a otro testigo que no ha asistido al juicio oral, sino respecto de un acusado que sí acudió a tal juicio y fue interrogado como también luego lo fue la testigo de referencia. Y esto presenta la cuestión de modo totalmente diferente: ya no nos encontramos con el problema de si vale o no la prueba testifical de referencia como prueba de cargo, sino ante dos declaraciones, la del acusado y la del testigo, ambas practicadas a presencia del tribunal de instancia, de modo que éste tiene que confrontar una con otra, y con las demás pruebas practicadas, para otorgar su crédito a alguna de ellas, sin que, salvo caso de manifiesta irracionalidad, que aquí no existió, podamos nosotros en esta alzada sustituir el criterio que tuvo la Audiencia Provincial al resolver esta cuestión”. Pero por otro lado, en la STS, Sala 2^a, núm. 829/2006, de 20 de julio, en una posición más garantista y ajustada a las exigencias de la prueba de referencia que antes se han expuesto: “Tiene esta Sala declarado, con reiteración, que los testigos de referencia no pueden suplantar al autor de la declaración si éste se encuentra a disposición del Tribunal. SSTS 577/2002 de 3 de abril, 944/2003 de 23 de junio, 1940/2002 de 21 de noviembre ó la reciente sentencia 640/2006 de 9 de junio. En el mismo sentido SSTEDH Delta vs Francia (1990); Isgro vs Italia (1991) y Lüdi vs Suiza (1992) por vulneración del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Asimismo, la STS, Sala 2.^a, núm. 800/2006, de 13 de julio, “... solamente podrá acudirse a dicha posibilidad en aquellos casos excepcionales en los que existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatorio de éstas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de una declaración referencial cuando se dispone del testigo directo; y en segundo lugar porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias”.

27 En esta misma sentencia se afirma: “La detención de cientos de personas, entre ellas el recurrente, sin cargos, sin garantías y por tanto sin control y sin límites, en la base de Guantánamo, custodiados por el ejército de los Estados Unidos, constituye una situación de imposible explicación y menos justificación desde la realidad jurídica y política en la que se encuentra enclavada.

Bien pudiera decirse que Guantánamo es un verdadero «limbo» en la Comunidad Jurídica que queda definida por una multitud de Tratados y Convenciones firmados por la Comunidad Internacional, constituyendo un acabado ejemplo de lo que alguna doctrina científica ha definido como «Derecho Penal del Enemigo». Ese derecho penal del enemigo opuesto al derecho penal de los ciudadanos, quedaría reservado para aquéllos a los que se les consideraría responsables de atacar o poner en peligro las bases de la convivencia y del Estado de Derecho. Precisamente esos ataques los convertiría en extraños a la «polis» a la comunidad de ciudadanos y como tal enemigos, es decir, excluidos de la Comunidad y perseguidos si es preciso con la guerra”.

Juez Central de Instrucción núm. 5 el 13 de febrero de 2004, toda diligencia o actuación practicada en ese escenario, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Ello supone tener por inexistente la, eufemísticamente denominada por el Tribunal sentenciador, 'entrevista policial', lo que en realidad fue un interrogatorio, porque este se produce en una situación de desigualdad: una parte pregunta y la otra responde y, en este caso, el que respondía estaba, además, privado de libertad. La entrevista sugiere una situación de igualdad de los contertulios, que, obviamente, no existió en el presente caso. Por ello, se entiende que debe ser declarada nula e inexistente la declaración de referencia sobre tal entrevista, pues "constituiría un verdadero fraude procesal estimar nula la declaración del recurrente y recuperarla o rescatarla por vía indirecta a través del testimonio de los interrogadores bajo el subterfugio del art. 710 LEcrim". No se trata más que de un efecto reflejo de una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales: no puede subsanarse esa vulneración a través de la prueba de referencia, pues esta última también estaría afectada por la ineficacia probatoria²⁸.

Las discusiones han surgido con fuerza, sin embargo, en los casos en que la declaración inicial del imputado se ha emitido con todas las garantías y después, también con aplicación de los principios esenciales de la actividad probatoria, son introducidas en el juicio oral por los policías. Por un lado, una línea jurisprudencial sostiene que sólo las declaraciones efectuadas ante el juez tendrían la capacidad de convertirse en prueba de cargo, no las contenidas en el atestado policial a partir de las primeras declaraciones ante los funcionarios, a pesar de que se hubiera respetado la preceptiva asistencia letrada²⁹. Por otro, se ha reiterado que el atestado policial únicamente tendría valor de denuncia (art. 297 LEcrim.), salvo aquellas actuaciones policiales que tengan por objeto la constatación de datos objetivos (fotografías, croquis,...), sean irrepetibles en el juicio oral, y sean ratificadas en el plenario, no bastando el darlas por reproducidas, o bien a través de la declaración testifical de los policías que han confeccionado el atestado (SsTC 303/1993, 51/1995, 153/1997).

La cuestión que nos interesa se centra, pues, en si a través de esta última declaración, los policías pueden introducir válidamente la autoincriminación realizada ante ellos

-
- 28 Otra cuestión interesante que se plantea en esta sentencia, pero que se aparta del objeto de estas líneas, se refiere a la validez de la declaración del imputado, con todas las garantías, incluida la asistencia letrada, que confiesa y reconoce su intervención en el hecho delictivo, pero tras la práctica de una diligencia restrictiva de derechos –por ejemplo, una entrada y registro–. La jurisprudencia ha entendido esa declaración como una prueba autónoma y no derivada y por tanto eficaz (STC 86/95, 136/2006; STS, Sala 2.^a, 998/2002, 1272/2002, 1542/2002, 498/2003, 556/2006). Al respecto, de modo razonablemente crítico *Vid.* Gálvez, 2003: 199-207.
- 29 *Vid.*, por ejemplo, la STS, Sala 2.^a, núm. 1048/2006, de 25 de octubre: "El Tribunal sentenciador utilizó la vía oblicua del testimonio de los policías ante los que se efectuó tal declaración en el atestado, para «recuperar» o «rescatar» la declaración del recurrente. Dicha declaración de los *Mossos d'esquadra* obra en el Plenario. Este proceder no es admisible".

mismos, sin que hubiera, por tanto, inmediación judicial alguna. Por un lado, se ha afirmado que: “[...] no puede rescatarse por la vía indirecta del testigo de referencia o testigo “de oídas” la declaración incriminatoria en el atestado de quién luego no lo ratifica en presencia judicial, siendo el único dato incriminatorio existente, y ello porque no cabe la figura del testigo de referencia (art. 710) allí donde está disponible para el Tribunal el autor de la manifestación concernida” (STS, Sala 2^a, núm. 1048/2006, de 25 de octubre). Pero también las consideraciones utilitaristas de una mayor represión penal han llevado en ocasiones a una conclusión opuesta.

En este sentido la STS, Sala 2^a, núm. 1215/2006, de 4 de diciembre, en un caso conocido de terrorismo³⁰, ha proclamado que “las declaraciones prestadas por los acusados en las dependencias policiales se efectuaron con observancia de las formalidades y garantías que el ordenamiento procesal y la Constitución establecen, y que además fueron objeto de reproducción en el juicio oral de forma que la defensa pudo ejercitar su facultad de contradicción sobre las mismas”. Esta sentencia esquematizó la titubeante doctrina jurisprudencial sobre la introducción de las declaraciones policiales por la vía del artículo 714 LECrim. En unas sentencias ha excluido su valor probatorio, por entender que el precepto se refiere a declaraciones sumariales, y no policiales; en otros casos, siempre que las declaraciones policiales se hubieran practicado legalmente, se ha reconocido su eficacia probatoria, si se reproducen en el juicio oral y allí son sometidas a contradicción. Por otro lado, se refiere a la posibilidad reconocida en diversas sentencias –aunque negada en otras– de introducir las declaraciones policiales a través de la declaración de los policías que la recibieron o del letrado que asistió en ellas al detenido³¹ y entiende que no hay infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues existe una actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar esa presunción constitucional. Además de las declaraciones policiales de referencia se cuenta con lo que se entiende son ele-

30 El asesinato del magistrado Lidón por ETA en el País Vasco, y en concreto la condena por cooperación necesaria de una persona que había sometido a vigilancia al magistrado muy cerca de su domicilio, constatando durante dos semanas que salía del garaje, identificando su vehículo, el horario de salida, entre otros datos con conocimiento de que iban a ser utilizados para la comisión del delito. Entre otros motivos de casación, se plantea a la Sala 2^a de nuestro Tribunal Supremo la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia al haberse fundado la condena en la declaración del propio acusado ante la Policía que investigaba el atentado, de la que se retractó ante el Juez de Instrucción –afirmando haberla hecho bajo tortura– y que no fue reiterada tampoco en el juicio oral, y en el informe policial admitido en el juicio oral, junto a otros datos como la declaración del abogado del turno de oficio que intervino en esa primera declaración, al médico forense que le reconoció, a un coimputado que confirmó su conocimiento del acusado y a la viuda e hijo del fallecido.

31 Un reciente acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2^a, celebrado el 28 de noviembre de 2006, en este sentido permite: “admitir que la declaración prestada válidamente ante la Policía puede ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”.

mentos corroboradores de la participación del acusado como las declaraciones de la esposa y el hijo del magistrado fallecido.

El especial interés de esta resolución está en su carácter polémico, pues consta de dos votos particulares con importantes consideraciones. El Magistrado Martínez Arrieta entiende que las declaraciones autoincriminatorias expresadas en el atestado no son prueba hábil para enervar la presunción de inocencia, pues sólo los actos ante un órgano jurisdiccional pueden tener potencialmente la consideración de medio de prueba. Por otra parte, la presencia del acusado no permite conceder validez a las pruebas de referencia. Además discute la imparcialidad de los policías³², en un razonamiento que comparto: no son objetivamente imparciales, pues ellos han tomado parte activa en el atestado y en su propio interés está defenderlo (“No se trata de una presunción de perjurio, sino en la afirmación de que quien ha recibido una declaración, y lo ha plasmado en un documento oficial, se encuentra, al menos, en una situación difícil para poder afirmar lo contrario de lo que reflejó por escrito, máxime cuando esa posibilidad supone la admisión de un hecho delictivo”). Por ello concluye el magistrado: “La declaración autoincriminatoria de un imputado en sede policial, realizada en condiciones de legalidad previstas en nuestro ordenamiento, podrán, y deberán, ser objeto de investigación y los datos obtenidos podrán ser llevados al enjuiciamiento para conformar la convicción judicial, es decir, pueden ser fuente de prueba pero no son medio probatorio de los hechos enjuiciados”.

De manera concurrente en la crítica, el Magistrado Ramos Gancedo discute, así mismo, el valor probatorio de las declaraciones autoincriminatorias aportadas al juicio a través del testimonio de referencia de los policías autores del atestado y se basa en las garantías del proceso penal acusatorio y entre ellas la contradicción. La estructura de este proceso implica que la fase de investigación preliminar por parte de la policía se dirige a la eventual apertura de un proceso penal, por tanto a obtener fuentes de prueba, pero no pruebas en sí mismas. Es cierto, como afirma este Magistrado, que la investigación implica intensamente a quien la realiza, reduciendo su capacidad de crear distancia crítica respecto a la propia actuación, y que, además, esta actividad transcurre en un marco sin transparencia, muy constrictivo para quien es objeto de ella. Por ello destaca el principio fundamental del proceso con todas las garantías, que “es patente la necesidad de que la sentencia se elabore a partir de datos que hayan sido objeto de consideración autónoma

32 La Sala había salido ya al paso de estas consideraciones, pero con argumentos muy discutibles: “cabe añadir, saliendo al paso de las objeciones que en ocasiones se han hecho al valor de las declaraciones testificales en el juicio oral de los policías y del letrado que presenciaron las manifestaciones en sede policial, en primer lugar, que dudar de su respectiva imparcialidad, ante la imposibilidad –que se apunta– de reconocer una actuación profesional delictiva o indebida por su parte, supone partir de una inaceptable presunción de generalizado perjurio y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas de cómo tuvo lugar la declaración”.

por parte de un sujeto institucional ajeno a la investigación, de la que el juicio no debe ser la mera transposición mecánica que fue durante mucho tiempo". Y es muy claro al afirmar que "la posibilidad de acudir al testimonio de los funcionarios autores de la investigación, como forma de introducir en el juicio la declaración de algún imputado en el atestado, aparece en la jurisprudencia citada rigurosamente condicionada a que concuerren dos requisitos esenciales. El primero y fundamental, que los datos sobre que verse la deposición sean de carácter objetivo; y el segundo, que no exista otra forma de constatación de los mismos, porque la correspondiente diligencia original fuera irrepetible. Y aun, siendo así, en todo caso, el empleo de tales testigos de referencia sólo estará autorizado en supuestos de imposibilidad real y efectiva de oír al testigo directo"³³.

La labilidad de la prueba de referencia, en la generalidad de los casos, se muestra particularmente intensa, pues, cuando la policía testifica sobre estas declaraciones no se trata de referir un hecho relatado por alguien que lo ha presenciado, sino de un hecho que supone la autoinculpación del declarante originario, sin ratificación alguna. Téngase en cuenta que la declaración testifical de referencia de los policías sobre el contenido de las declaraciones del atestado no es cualquier tipo de prueba de referencia, y si además se refieren a la autoincriminación del propio sospechoso, que no ha sido ratificada en ningún momento del proceso, son especialmente peligrosas. Se trata de proceder con especial cuidado cuando está implicado el derecho de defensa, que no debería poder ser burlado de manera indirecta, con mayor razón cuando la declaración incriminatoria no se ha producido ante juez alguno sino ante funcionarios que, en último término, forman parte del poder ejecutivo y, pese a estar en su trabajo sujetos al deber de imparcialidad, se encuentran, en mi opinión, en una posición no suficientemente neutral³⁴ como para dejar en sus manos, con una eficacia probatoria directa, la renuncia al derecho fundamental a no confesar contra sí mismos y a no declararse culpables.

2.5. DECLARACIÓN DEL COIMPUTADO COMO TESTIGO DE REFERENCIA

Puede ocurrir, por otra parte, que quien suministre la información sobre los hechos, no porque los haya presenciado, sino por haber oído de ellos, sea el coimputado, es decir, una de las personas que comparte el banquillo de los acusados por esos mismos hechos que se están enjuiciando. ¿Qué validez pueden tener estas declaraciones de referencia?

33 En sentido similar Vid. el voto particular de Martín Pallín a la STS, Sala 2^a, núm. 1208/2006, de 18 de diciembre.

34 "El funcionario pregunta *lo que* quiere y *como* quiere buscando algo; no a *lo que salga* como si le fuera indiferente el resultado del interrogatorio. Es impensable que las expectativas, los intereses de quien pregunta no ejerzan ninguna influencia sobre las declaraciones recogidas. Ninguna declaración recogida unilateralmente es imparcial; y menos en un contexto autoritario, cerrado al diálogo y con fuertes restricciones de las libertades fundamentales" (Igartua, 2007).

Aun tratándose de declaraciones poco fiables, pues quien declara no está sometido al deber de decir la verdad, sino bajo el “paraguas” de los derechos inherentes a la condición de imputado, la jurisprudencia ha reconocido en general la validez de las declaraciones testificales de los coimputados como pruebas legítimas³⁵, siempre que se ajusten a una serie de exigencias adicionales: en sí mismas se consideran pruebas sospechosas y por tanto insuficientes por sí mismas para desvirtuar la presunción de inocencia, pero sí pueden tener validez, con una corroboración mínima del contenido de la declaración, que deberá hacerse caso por caso. Por tanto, su declaración puede servir para fundamentar una sentencia de condena, pero una vez aplicados los filtros necesarios y con una serie de condicionamientos.

El contraste de estas declaraciones con los resultados obtenidos en la práctica de otros medios de prueba será el principal método para asegurar la veracidad de la declaración³⁶. La jurisprudencia ha completado esta existencia general con la fijación de unos criterios de valoración que permitan valorar la credibilidad del coimputado: se han tenido en cuenta los rasgos personales del delincuente, tales como la edad, formación, buena conducta, existencia de alteraciones patológicas, etc., o la existencia de relaciones previstas entre el declarante y el incriminado, que pueden indicar, no sólo resentimiento, odio o enemistad, sino también a veces benevolencia. Asimismo, la forma en que se narran los hechos puede revelar la fiabilidad del declarante, aunque naturalmente no hay que descartar una preparación minuciosa de una declaración contundente, pero falsa. Para la valoración de las declaraciones de los coimputados, la jurisprudencia ha destacado la necesidad de descartar móviles turbios y espurios, que si se aprecian en el caso concreto ponen en duda o destruyen la credibilidad de la declaración. Lógicamente, aquí también se exige un cuidado especial del juzgador, teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas y observando si hay indicios de la existencia de motivaciones torcidas en la narración de los hechos³⁷.

35 Se han calificado estas declaraciones como “testimonio impropio”, por consiguiente, como una categoría intermedia entre la confesión del acusado y la declaración testifical de un tercero ajeno al proceso. No se trata, por un lado, de una confesión, pues ésta se refiere siempre a hechos propios y el coacusado relata hechos de otra persona; por otro lado, como acabamos de ver, tampoco se pueden asimilar exactamente a las auténticas declaraciones testificiales, pues al estar implicado en los hechos, el declarante puede beneficiarse de las garantías inherentes a su posición de acusado (*Vid. Flores, 1998: 10 -13; Ortego, 1999; Díaz Pita, 2000: 404-415*).

36 Así en la STC 153/1997: “la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente, ya que ni hubo más actividad probatoria de cargo que la declaración del coimputado [...] ni la acusación intentó verificar ninguno de los extremos a que se hacía referencia en dicha declaración”. En sentido similar: AaTC 214/1998 y 167/2000 y las SsTC 49/1998, 115/1998 y 63, 68, 69 y 70/2001.

37 Por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 17 de abril de 2001, se declaraba: “[...] entre S.G. y Eugenio E.A. no consta otro resentimiento que el que puede derivarse del hecho de haber abandonado el primero de ellos su militancia en la

Entre las intenciones que puede tener el declarante al acusar a otro puede estar, en muchas ocasiones, la posible autoexculpación. Para su verdadera valoración se han considerado especialmente importantes las circunstancias del momento en que la declaración se produce, es decir, si previamente existían indicios contra sí mismo, si había ya otros datos que implicaban al acusado, etc. Por supuesto, una declaración inculpatoria que suponga la autoexculpación propia será más fácilmente puesta en duda que una declaración inculpatoria que conlleve también una inculpación propia (Vázquez S., 1984:136 -137). Por último, la jurisprudencia ha concedido valor a las contradicciones entre las distintas declaraciones del coimputado a lo largo del proceso: si se mantiene una línea de coherencia, será más fácil convencerse de la veracidad de lo declarado.

Todas estas consideraciones nos muestran la gran dificultad en la valoración de este tipo de declaraciones. Por tanto, si a tal dificultad sumamos los problemas inherentes a las pruebas de referencia, tal y como hemos visto antes, obtenemos como resultado una muy difícil fiabilidad de las declaraciones de coimputados sobre hechos de los que han tenido noticia indirecta y que no han presenciado directamente. En todo caso, ello no me lleva a concluir que, absolutamente en todos los casos, deba prohibirse este tipo de modalidad probatoria, pues la ponderación de circunstancias del caso concreto puede llevar en ocasiones a la convicción indubitable del juzgador, pero esto no ocurre en la mayor parte de los casos por la propia naturaleza de las cosas. Sí será importante una pormenorizada consideración de tales circunstancias y su expresión en la motivación de la sentencia de condena, y aquí es absolutamente esencial la presencia de indicios claros que confirmen con una cierta intensidad lo que el declarante afirma.

En estos casos la noticia que aporta el declarante puede ser, por lo menos, de dos clases; por un lado, una narración de los hechos objeto del proceso obtenida por terceras personas, o por otro, la autoincriminación del coimputado. En este último supuesto no cabe asimilar exactamente la situación con la ya examinada declaración de referencia de los policías sobre una autoincriminación vertida en el atestado policial. Sin embargo, me parece igualmente discutible su validez como prueba de cargo, dada la especial protección en nuestros ordenamientos del principio *nemo se detegere*, y los riesgos e inseguridades propios de este tipo de declaraciones³⁸.

organización (ETA) y haberse sometido voluntariamente a la justicia, contribuyendo al esclarecimiento de los hechos. Esta enemistad, precisamente por no constar otro origen, nos es suficiente para hacer dudar de la credibilidad de las manifestaciones de S.G. y carece de entidad suficiente la invocada envidia por la posición privilegiada de E. Tampoco se observan contradicciones que hagan dudar de su verosimilitud".

38 Sin embargo en la STS, Sala 2^a, núm. 800/2006, de 13 de julio, referida a una sentencia que había condenado basándose en las declaraciones de dos coimputados y en la confesión policial del condenado: "En el caso, aunque su declaración policial autoincriminatoria no pueda tenerse en cuenta como prueba de cargo, existen elementos de corroboración de las declaraciones de los coimputados. De un lado, el hecho del procesamiento del recurrente en

2.6. VÍCTIMA Y DECLARACIÓN TESTIFICAL DE REFERENCIA

La víctima, en el proceso penal español, habitualmente ocupa la posición de parte activa, ejercitando la pretensión punitiva y, eventualmente, la civil de resarcimiento. Ello la coloca en una posición *sui generis* respecto a la prueba testifical en sentido estricto: por un lado, no se trata de un tercero desinteresado en lo que se está debatiendo en el proceso, y por otro, la víctima declara sobre los hechos objeto de prueba y su declaración se asimila en buena parte a las declaraciones testificales³⁹. La jurisprudencia ha resaltado que se trata de unos testigos con ciertas especificidades o de unos testigos con un *status* especial. En otras ocasiones, más bien partiendo de conceptos procesalcivilistas, se ha afirmado, en cambio, que la declaración de la víctima no es una declaración testifical, pues los testigos deben ser terceros ajenos a las partes procesales.

La cercanía de la víctima con los hechos enjuiciados, en mi opinión, no impide que se le asimile su declaración a la testifical, pues está obligada a comparecer, a jurar o prometer y a declarar cuanto sepa, pero se exige una especial prudencia en su valoración por la peculiar posición que ocupa. El Tribunal Supremo ha fijado una serie de criterios que aplica reiteradamente para controlar su credibilidad⁴⁰:

-
- el sumario 18/1998, por hechos relacionados con actividades terroristas, lo que lo sitúa en el ámbito de operaciones de la banda; de otro lado, la comprobación efectiva de la exactitud de las manifestaciones de Luis Enrique acerca de los datos acopiados para su transmisión a ETA, lo cual aporta un elemento externo de veracidad a su declaración". Más delicado todavía es el caso de la STS, Sala 2^a, núm. 1281/2006, de 27 de diciembre, en que la declaración del coimputado se produce ante la policía y luego se retracta de ella ante el Juez, mientras que declaran ante el Juez los dos Guardias Civiles autores del atestado. Admite la condena la Sala, pero hay un voto particular del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.
- 39 La STS, Sala 2.^a, núm. 1141/2005, de 29 de septiembre precisa: "Y ello teniendo en cuenta todas las cautelas que para tan delicado testimonio establece, tanto la LECrim (arts. 410, 417.3º, 707), como la LO 19/94, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales, o la Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, que prescribe (art. 15.3) que en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad; y que (art. 15.5) el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal".
- 40 Son especialmente atinadas las consideraciones de la Sentencia de la Sala 2^a, núm. 397, de 6 de abril en relación con estos criterios: "Estas indicaciones, tomadas a veces indebidamente con cierto automatismo, cual si se tratase de criterios de prueba legal, tienen sólo un valor muy relativo. En efecto, pueden servir –en negativo– para desestimar el testimonio en sí mismo inverosímil, el auto contradictorio y el dictado por móviles espurios. Pero es obvio que el relato de una situación imaginaria, bien construido y hábilmente expuesto, podría perfectamente ser presentado como veraz y pasar por tal, después de haber sido mantenido sin alteración en los distintos momentos del trámite. Y se sabe asimismo por experiencia (clínica y también judicial) que hay personas que atribuyen a otra la realización de una

1. Ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir, ausencia de móviles espurios derivados de las relaciones previas entre imputado y víctima, de los que pudiera deducirse algún tipo de resentimiento o enemistad.
2. Verosimilitud objetiva. La declaración de la víctima ha de estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo, que le doten de aptitud probatoria.
3. Persistencia en la incriminación, es decir, la incriminación debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, sin ambigüedades ni contradicciones en lo esencial⁴¹.

Con estas exigencias, la declaración de la víctima puede servir como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Pero, sobre todo, en cierto tipo de delitos, como los que afectan a su intimidad o a su libertad sexual, la víctima no atiende el deber de declarar que le impone el ordenamiento y de este modo no se cuenta con la principal prueba de cargo, sobre todo si la infracción criminal se ha cometido en determinadas circunstancias de soledad y desamparo. En estos casos, todo lo más que suele tenerse es la declaración de alguna persona de confianza o de algún profesional que ha atendido a la víctima, y al cual ésta le ha narrado con mayor o menor precisión los hechos. A veces, las declaraciones de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de

conducta punible –con o incluso sin el propósito de perjudicarle– como consecuencia de algún tipo de trastorno de percepción o de otra índole. Y, además, podría darse igualmente la circunstancia de que alguien, aun teniendo motivos para odiar a alguien, dijera realmente la verdad al atribuirle la realización de una conducta punible. En consecuencia, no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenida ya sólo por esto como válidamente inculpatoria. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no rebase este umbral mínimo tendría que ser desestimado como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultaría en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos”.

41 Así, por ejemplo, la STS, Sala 2^a, núm. 1058/2005, de 28 de septiembre: “El propio recurrente expone la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo que reconoce a las declaraciones de la víctima o perjudicado valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías, y también de su habilidad, por sí solas, para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, si no existen razones objetivas que hagan dudar de la veracidad de lo que se dice, siendo pues un problema no de legalidad sino de credibilidad, sentando como notas necesarias que debe reunir dicho testimonio para tener plena credibilidad como prueba de cargo las conocidas y relativas a falta de incredibilidad subjetiva en función de las previas relaciones acusado-perjudicado que puedan poner de relieve un móvil contrario de credibilidad, la verosimilitud de lo declarado conforme a las connotaciones y circunstancias periféricas que rodean los hechos y, por último, la persistencia y continuidad en el relato. Siendo estos criterios de persistencia, ausencia de incredibilidad y corroboraciones, no reglas de valoración de la testifical de la víctima, sino criterios que la jurisprudencia suministra para ser tenidos en cuenta en la valoración de la prueba”.

Seguridad⁴² que han atendido en los primeros momentos a la persona lesionada y desamparada⁴³.

Como bien ha dicho el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala 2^a, núm. 397, de 6 de abril:

No es cierto que exista un estándar de prueba menos exigente para los casos de acciones cometidas en la clandestinidad. Es verdad que tal es lo que podría entenderse a juzgar por algunas afirmaciones poco afortunadas de cierta jurisprudencia. Pero la apreciación como tal carece de fundamento. El derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto, pues no admite atenuaciones: cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos integrantes, para que pueda dar lugar a una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando alguna clase de prueba no se sostiene. Pues el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes, es la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como fundamento una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada, y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos.

-
- 42 Así, en la STS, Sala 2.^a, núm. 1150/2005, de 4 de octubre: "la Audiencia ha tenido en cuenta las declaraciones de los Guardias Civiles actuantes, que con todo detalle y precisión narraron los hechos en la forma en que se declaran probados, siendo testigos directos del desamparo y declaraciones de los perjudicados que no fueron encontrados para su citación a este juicio pero cuyas manifestaciones fueron leídas en el mismo con el fin de someterlas a la necesaria contradicción de las partes, las que ya habían ratificado ante el Juzgado, y que eran coincidentes con las de los Guardias Civiles".
- 43 La STS, Sala 2.^a, núm. 380/2007, de 10 de mayo, justamente se refiere a ello: "El testigo protegido núm. NUM001 explicó detalladamente lo que la ofendida dijo haberle sucedido, apreciando "de visu" las heridas de la cara que sangraban, así como las abundantes llamadas telefónicas recibidas y el propósito de desdecirse o no ratificar lo depuesto por las incuestionables amenazas recibidas. El testigo no sólo pudo comprobar el alto temor que sufría la ofendida, preocupada por huir de sus agresores, sino que incluso el tribunal de origen pudo detectar signos evidentes de ese temor en el propio testigo, circunstancia que confirmó su madre, al afirmar que en las proximidades de su casa observaba la presencia de rumanos sin finalidad aparente alguna. Tales presiones o situaciones coactivas frente a los testigos fueron inequívocamente provocadas por el entorno de los acusados (amenazas anónimas previas) y no tenían otro objetivo que modificar su testimonio.
6. Los tres policías actuantes que pudieron referir las primeras impresiones directas transmitidas por la ofendida (testigo protegida núm. NUM000), cuando fue violentamente lesionada, así como cuando le recibieron declaración, también depusieron en su condición de testigos de referencia (art. 710 LECrim) ya que por razones de fuerza mayor no pudo comparecer a juicio la testigo directa, víctima del delito".

Por ello, en estos supuestos, el juzgador debe realizar también una minuciosa ponderación de las circunstancias concurrentes, y entre ellas frecuentemente se encontrará con el testimonio de referencia al que deberá realizar un análisis crítico de fiabilidad, de manera argumentada y razonable, en cuyo apoyo deberá buscar la existencia de datos corroboratorios que refuercen el contenido de la declaración testifical.

2.6.1. Víctima menor de edad y declaración testifical de referencia

Un caso especial de víctima es la menor de edad o enajenada. La LECrim, no establece un sistema de incapacidades para declarar, por tanto tal víctima es también apta para narrar en el proceso los hechos que conoce, con su mayor o menor facilidad de expresión. Realmente el Tribunal Supremo exige sólo que quien declare tenga la capacidad informativa suficiente, con base en simples percepciones sensoriales y, en principio, también pueden tenerla los menores y los incapaces, dependiendo respectivamente, claro está, de su grado de madurez y del tipo de enfermedad mental (Gimeno, 2000: 143 -177). La credibilidad de la declaración, como en los demás casos, la deberá fijar el juzgador, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, valorando las circunstancias concretas en cada caso⁴⁴.

Conforme a la STS, Sala 2^a, 429/2002, de 8 de marzo:

44 Se ha afirmado que en estos supuestos se exige una mayor atención al contenido de las declaraciones, respecto a las circunstancias con las que se prestaron. Así, la STS, Sala 2^a, núm. 1215/2000, de 6 de julio se refería al testimonio de una niña menor de tres años, víctima de abusos sexuales, teniéndose en cuenta informes psicológicos sobre la personalidad de la niña y su proclividad a fantasear, así como las exploraciones a la menor, corroboradas por el testimonio de referencia de la madre. Conforme indica expresamente la STS, Sala 2^a, núm. 1031/2006, de 31 de octubre: "el menor, objeto de una agresión sexual no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado o dependiente de un proceso mental de racionalidad previa, sino que transmite literalmente hechos que pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido, siendo facultad exclusiva del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio, pero cuando se trata de menores de muy corta edad –en este caso tres años y medio–, con desarrollo aún muy inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación que pueden incidir en la forma de narrar lo sucedido, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, su credibilidad debe ser cuidadosamente examinada por el elevado número de errores que pueden contener, por la reducida capacidad cognitiva-léxica en ese período evolutivo y por la elevada posibilidad de que el recuerdo pueda verse inferido por conocimientos, emociones o influencias posteriores a los sucesos. Por ello, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de la declaración de la menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio de una menor, víctima de un delito de naturaleza sexual (SSTS 705/2003 de 16.5, 224/2005 de 24.2, 1313/2005 de 9.11)".

La excepcional admisibilidad de que, en supuestos como el presente, los testimonios de referencia puedan sustituir a los directos debe ser entendida como resultado del difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la necesaria protección de los derechos del menor, la efectividad de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables. En la persecución de aquel equilibrio los tribunales deben ser muy rigurosos, no solo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito.

Es esencial en cada caso resolver la duda sobre la aptitud para declarar del menor, teniendo en cuenta la necesidad de evitar una victimización secundaria por los trastornos que pueda producir su reiterada comparecencia en el proceso. Pero no sólo están implicadas cuestiones de aptitud, sino también de voluntad de declarar sobre unos hechos que resulta penoso recordar⁴⁵. Son, desde luego, especialmente importantes en este punto las posibilidades de la grabación de la declaración anticipada, siempre con la debida contradicción, atenuada por la presencia de especialistas y la vigencia del interés del menor que debe ser muy tenida en cuenta por el juzgador; o, en su caso, la declaración simultánea por videoconferencia que evite la confrontación visual directa del declarante con quien se afirma es su agresor. Pero, desde luego, en estos supuestos es frecuente la necesidad de contar con testimonios indirectos de los abusos sexuales y con indicios reforzadores de esas declaraciones de referencia⁴⁶. Estos testimonios de

45 En la STS, Sala 2^a, núm. 161/2007, de 27 de febrero, "se ha acreditado la imposibilidad de acudir a la testifical del testigo directo, la víctima de los hechos, habida cuenta de su negativa a declarar acerca de los hechos. Según relata su madre, la menor se niega a hablar de la cuestión, lo cual ha sido ratificado por el psicólogo que intentó el reconocimiento profesional, habiendo constatado la negativa radical de la niña a manifestar cualquier cosa sobre el particular de que se trata".

46 La STS, Sala 2^a núm. 697/2006, de 26 de junio se refería a ello: "En los casos en que se trata de menores de corta edad o fuertemente traumatizados según opinión médica, que aparecen como víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, deben tenerse en cuenta de forma racional las posibilidades que la Ley y la jurisprudencia contemplan en orden a la utilización, como prueba de cargo, de los testimonios de referencia, haciendo compatibles las exigencias de justicia, especialmente las conectadas al derecho a la prueba, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, con la defensa e indemnidad de los derechos de los menores, pues la protección de éstos exige evitar que sean sometidos a diligencias que puedan resultar seriamente perjudiciales para su equilibrio, en la medida de lo racionalmente posible. Además, debe valorarse la posible incapacidad para declarar derivada de la corta edad de las víctimas, conforme al artículo 417.3 de la LECrim (en este sentido la STS núm. 469/2004, que cita la núm. 429/2002)". En concreto, "la cuestión se centra en primer lugar en si existió posibilidad de obtener la declaración del testigo directo. Se trataba de una niña, de unos tres años cuando ocurren los hechos y de unos cinco en el momento del juicio. El intento de exploración en el juicio oral fracasó ante su negativa a relatar lo sucedido y a realizar cualquier clase de manifestación, tal como consta en el acta y se refiere en la

referencia no siempre suplen la ausencia de declaración del menor victimizado, sino que en ocasiones sirven más bien para corroborar la credibilidad del menor o del incapaz⁴⁷. Pero es importante aquí también asegurar que estas pruebas indirectas se practiquen sólo en casos de auténtica imposibilidad de comparecencia y declaración inteligible de la víctima menor de edad o incapaz, pues, en caso contrario, estaríamos vulnerando las exigencias elementales para la práctica de esta modalidad probatoria⁴⁸.

sentencia. Es claro que la menor era inmune a una eventual coacción legítima derivada de la obligación de declarar (artículo 420 de la LECrim), dado que su edad la imposibilitaba para entender la obligación o la conveniencia de declarar sobre lo sucedido y las eventuales consecuencias de todo tipo de su actitud. De otro lado, las necesidades derivadas de la protección de la menor tampoco aconsejaban acudir a cualquier clase de maniobra para modificar su voluntad ya expuesta con claridad en contra de realizar alguna manifestación sobre los hechos. Por lo tanto, puede afirmarse que en esas condiciones era imposible o al menos extremadamente dificultoso obtener su testimonio. Siendo así, nada impide que se acuda al testimonio de referencia”.

- 47 Es el caso de la STS, Sala 2^a, núm. 161/2007, de 27 de febrero: “El psicólogo que trató de reconocer a la menor informó en el sumario que no fue posible obtener un relato de hechos de la menor, siendo la madre quien lo cuenta. Afirma que la menor se encuentra afectada psicológicamente y reacciona a la mención del denunciado con un nivel de ansiedad alto. Entiende que cabría la posibilidad de que su temor hacia esa persona estuviera motivado por otros factores no relacionados con la denuncia, como los comentarios que existen en el pueblo o la utilización que hace la madre para que la obedezca, metiéndole miedo con el denunciado, lo cual considera posiblemente compatible con la veracidad de lo denunciado. En el juicio oral señala que la actitud de la niña impidió hacer análisis del tema; que la niña temía a ese hombre anteriormente; y que el comportamiento de la niña es una reacción ante una situación traumática”. Por ello, la Sala considera que “la prueba de cargo, constituida por testimonios de referencia sin corroboraciones externas que los refuercen, y de muy escasa precisión acerca de aspectos periféricos que pudieran permitir su comprobación, así como la existencia de explicaciones alternativas razonables a las reacciones de la menor, no es suficiente para demostrar la realidad de los hechos denunciados más allá de toda duda razonable, lo que determina la estimación del motivo y la absolución del acusado, dejando sin efecto las medidas cautelares acordadas contra el mismo”.
- 48 Conforme a la STS, Sala 2^a, núm. 332./2006, de 14 de marzo: “se deduce que la menor víctima, que ni estaba enferma, ni incapacitada para acudir al Juicio, y que contaba con raciocinio suficiente para comparecer en él, no fue oída por el Tribunal de instancia, ni siquiera a través de las grabaciones efectuadas recabadas por el Tribunal para la Vista. Se ha constatado, en definitiva, que en nuestro caso la prueba testifical indirecta ha sustituido a la directa, con la imposibilidad de que el valor probatorio de esta última hubiere sido apreciado por el Tribunal, sin haberse acreditado la imposibilidad material de que compareciese en el juicio oral la testigo presencial víctima, a pesar de la petición en tal sentido realizada oportunamente por las defensas de los acusados y del Ministerio Fiscal. Se ha acreditado que en la Vista, ni siquiera se procedió al visionado de las grabaciones de audio-video efectuadas –tal como estaba previsto por el Tribunal y solicitó expresamente el Ministerio Fiscal– denegando el Tribunal tal solicitud con una enigmática expresión, consistente en que: según la perito no hay relato”.

Como puede comprobarse, no es fácil la concreción en el ámbito probatorio de las exigencias del proceso justo o con todas las garantías –sea considerado más o menos acusatorio–. Pero lo que sí está claro es que es imprescindible hacerlo: es necesario, en todo caso, equilibrar una serie de intereses contrapuestos, atendiendo a los derechos fundamentales y a los valores superiores que informan el ordenamiento, para lo cual es fundamental tener en cuenta los parámetros de proporcionalidad y ponderación, para que en ningún caso haya restricciones excesivas –y por tanto injustas– a los elementos esenciales de nuestra convivencia.

Salamanca, 10 de septiembre de 2007

BIBLIOGRAFÍA

- Arias Duque, J.C., et al., 2006, "El juez en el sistema acusatorio colombiano" en *El proceso acusatorio colombiano*, tomo III. Roles de los Intervinientes (Experiencias y Desafíos), Bogotá; Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Armenta Deu, T., 1995, *Principio acusatorio y Derecho penal*, Barcelona, Bosch.
- Asencio Mellado, J.M., 1989, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium.
- Díaz Pita, M.P., 2000, *El coimputado*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Flores Prada, I., 1998, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Madrid.
- Gálvez Muñoz, L., 2003, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Gimeno Jubero, M.A., 2000, "El testimonio de niños" en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Gimeno Sendra, V., 1981, *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, Civitas.
- Goldschmidt, J., 1935, *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, Barcelona, Bosch.
- Gómez Colomer, J.L., 2006, "Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica" en *Revista del Poder Judicial*, Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, nº XIX especial.
- Igartua Salaverriá, J., 2007, "La función probatoria de las declaraciones efectuadas en sede policial (Una evolución doctrinal de la Sala 2.^a del TS)" en *Diario La Ley*, nº 6714, 16 de mayo de 2007.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 410, 417.3º, 707.

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

Ley Orgánica 19/94, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.

Ley 35/95, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a la Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual.

Magro Servet, V., 2006, "El derecho a no declarar de los acusados en el juicio oral y la viabilidad de la lectura de sus declaraciones en la instrucción" en *Diario La Ley*, nº 6421, 14 de febrero de 2006.

McEwan, J. 1998, *Evidence and the Adversarial Process. The modern Law*, 2ª ed., Oxford, Blackwell Pub.

Miranda Estrampes, M., 1997, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Bosch.

Montero Aroca, J., 1992, "El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual" en *Justicia: Revista de Derecho Procesal* IV, Barcelona, Bosch.

Montero Aroca, J., 1997, *Principios procesales del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Ortego Pérez, F., 1999, "El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados" en *Diario La Ley*, nº 4824, 23 de junio de 1999.

Picó Junoy, J., 1996, "Reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal" en *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch.

Vázquez Sotelo, J.L., 1984, "El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. Homenaje a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras sus cien años de vigencia" en *Revista Jurídica de Catalunya*.

Vázquez Sotelo, J.L., 1984a, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Bosch.

Velayos Martínez, M.I., 1998, *El testigo de referencia en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Sentencias y autos del Tribunal Constitucional:

STC 55/1982, de 26 de julio
STC 124/1983, de 21 de diciembre
STC 140/1985, de 21 de octubre
STC 225/1988, de 28 de noviembre
STC 254/1988, de 21 de diciembre
STC 217/1989, de 21 de diciembre
STC 303/1993, de 25 de octubre
STC 35/1995, de 6 de febrero
STC 51/1995, de 23 de febrero
STC 86/1995, de 6 de junio
STC 137/1997, de 21 de julio
STC 153/1997, de 29 de septiembre
STC 49/1998, de 2 de marzo
STC 115/1998, de 18 de mayo
STC 162/1999, de 27 de septiembre
STC 63/2001, de 17 de marzo
STC 68/2001, de 17 de marzo
STC 69/2001, de 17 de marzo
STC 70/2001, de 17 de marzo
STC 209/2001, de 22 de octubre
STC 68/2002, de 21 de marzo
STC 155/2002, de 22 de julio
STC 219/2002, de 25 de noviembre
STC 146/2003, de 14 de julio
STC 136/2006, de 8 de mayo
STC 164/2007, de 2 de julio
ATC 214/1998, de 13 de octubre
ATC 167/2000, de 7 de julio

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1215/2000, de 6 de julio
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 429/2002, de 8 de marzo
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 577/2002, de 3 de abril
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 998/2002, de 3 de junio
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1229/2002, de 1 de julio
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1272/2002, de 18 de julio
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1542/2002, de 24 de septiembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1940/2002, de 21 de noviembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 24/2003, de 17 de enero
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 498/2003, de 24 de abril
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 705/2003, de 16 de mayo
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 944/2003, de 23 de junio

STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 469/2004, de 6 de abril
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 224/2005 de 24 de febrero
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1058/2005, de 28 de septiembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1141/2005, de 29 de septiembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1135/2005, de 7 de octubre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1313/2005 de 9 de noviembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 332/2006, de 14 de marzo
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 397/2006, de 6 de abril
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 556/2006, de 31 de mayo
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 697/2006, de 26 de junio
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 800/2006, de 13 de julio
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 829/2006, de 20 de julio
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1048/2006, de 25 de octubre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1031/2006, de 31 de octubre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1215/2006, de 4 de diciembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1208/2006, de 18 de diciembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 1281/2006, de 27 de diciembre
STS Sala 2^a, de lo Penal, núm. 161/2007, de 27 de febrero

Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 17 de abril de 2001.