

LA FUERZA PROBATORIA DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN LA CONDENA POR DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER*

THE PROBATIVE VALUE OF THE TESTIMONY OF THE VICTIM IN THE CONVICTION FOR CRIMES OF VIOLENCE AGAINST WOMEN

MARÍA JOSÉ FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES

Doctora en Comunicación y Derecho.

Profesora especialista en Estrategia de litigación

Abogada

RESUMEN:

El estudio ofrece un examen del crédito atribuido por el tribunal al testimonio de la mujer víctima de delitos de violencia de género cualquier clase, especialmente cuando dicha prueba constituye la única prueba directa. Se recogen y revisan los parámetros de valoración aplicados jurisprudencialmente y los criterios de validez y aptitud de la prueba y el razonamiento de las sentencias. Además, se presentan una serie de pautas tácticas que apoyen, al respecto, la actividad de los litigantes profesionales. Se sugieren líneas para descubrir el nivel de veracidad, de verosimilitud, la captación del rango de coherencia de la conducta de la testigo y se señalan diferentes campos de contraste en las piezas de los autos. Por último, el trabajo llama la atención acerca de algunas peculiaridades y variables que reclaman una mejora en el tratamiento de este tipo de situaciones, con propuestas tanto en cuanto a la adecuación de la valoración probatoria como en la búsqueda de los medios acreditativos de apoyo.

PALABRAS CLAVE:

Testifical mujer-víctima, presunción de inocencia, fuerza probatoria, garantías procesales.

ABSTRACT:

The study provides a credit review by the court attributed to the testimony of women victims of gender violence crimes any kind, especially when the test is the only direct evidence. Collect and review the valuation parameters applied case law and the criteria of validity and suitability of the test and the reasoning of the judgments. It also presents a set of guidelines that support tactics in this regard, the activity of professional litigants. Lines are suggested to ascertain the level of veracity, verisimilitude, capturing the range of consistency in the conduct of the witness and identifies different areas of

* Recibido en fecha 16/12/2011. Aceptada su publicación en fecha 30/01/2012.

contrast in pieces of evidence of the process. Finally, the work draws attention to certain peculiarities and variables for an improvement in the treatment of these situations, with proposals both in terms of the adequacy of evidence assessment and the search for accredited media support.

KEY WORDS:

Woman-victim witness, the presumption of innocence, probative value, procedural guarantees.

SUMARIO:

LA FUERZA PROBATORIA DEL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA EN LA CONDENA POR DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER	25
THE PROBATIVE VALUE OF THE TESTIMONY OF THE VICTIM TEHE CONVICTION FOR CRIMES OF VIOLENCE AGAINST WOMEN	25
I. Introducción	26
II. Parámetros mínimos de contraste utilizados por la jurisprudencia.....	27
1. La ausencia de incredulidad subjetiva.....	28
2. La constatación objetiva de la existencia del hecho.....	28
3. La persistencia en la incriminación.....	28
III. Aptitud de la prueba y del razonamiento judicial	29
IV. Algunas pauta tácticas para indagar la falsedad del testimonio o su veracidad.....	30
V. Análisis final y propuestas de avance	35

I. INTRODUCCIÓN

Una de las más significativas particularidades de los delitos de violencia de todo tipo ejercida sobre la mujer se halla en su dificultad de perseguibilidad efectiva ya que encuentra grandes escollos o dificultades probatorias derivadas, en la inmensa mayoría de los casos, de que los hechos que se someten al tribunal, habitualmente, se enmarcan en un ámbito de privacidad familiar o de convivencia afectiva y en el contexto parapetado del hogar y en el que no suelen concurrir como elementos de prueba personal y directa más que las declaraciones del propio imputado –normalmente emitidas en sentido exculpatario- y las manifestaciones exclusivas de la víctima-de contenido incriminatorio-, como un tipo peculiar de testimonio directo que lleva aparejada la concurrencia de interés en el asunto.

La doctrina penal de aplicación a todo tipo de delitos ha venido deduciendo que concurrencia de meras versiones contrapuestas suponen la imposibilidad de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del que goza el imputado. Sin embargo, la sensibilización de la magistratura hacia la protección de las mujeres víctimas y su derecho a un juicio justo, mediante su correspondiente reproche penal ha levantado todo un arsenal de técnica probatoria basado fundamentalmente en ampliar el campo de valoración que entra en juego y, por otro, en la elevación del nivel de observación conjunta de la conducta de la víctima en todos sus componentes y en distintos momentos.

Una mayor exigibilidad para la víctima que se justifica jurisprudencialmente en base al hecho de las carencias y la ausencia de otros medios de acreditación, lo que se propone como elemento conciliador entre los principios que rigen el derecho a un juicio justo y aquellos que rigen el derecho a la presunción de inocencia constitucionales, que acoge el artículo 24 de la Constitución.

Resoluciones como la STS de 20 de marzo de 1999, ya establecía un exhaustivo análisis que fijaba los efectos y alcance del derecho a la presunción de inocencia en relación a este tipo de crímenes.

La presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al acusado; en un Estado Social y Democrático de Derecho es fundamental que los inocentes se hallen protegidos frente a condenas infundadas. El tribunal sentenciador viene obligado a constatar formalmente la concurrencia de prueba de cargo suficiente y lícita y además en el material objeto de la valoración, que deberá concluir la absolución cuando la culpabilidad no haya quedado más allá de la duda razonable.

Y la situación más extrema y de riesgo respecto a la protección del derecho constitucional a la presunción de inocencia la constituye, precisamente, cuando se presenta que la única prueba de cargo la integra la declaración de la propia víctima, y más aún si es esta quien inicia el proceso mediante la presentación de la correspondiente denuncia o querrela o, incluso, se persona como acusación particular. En este último caso, resulta que, ante la intervención como acusación con aporte de la única prueba de cargo consistente en la declaración de la propia víctima ello desplaza al acusado la carga de probar su inocencia, de aportar pruebas en su descargo.

II. PARÁMETROS MÍNIMOS DE CONTRASTE UTILIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA

Se admite que la declaración de la víctima o denunciante puede resultar una prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia. La valoración de su aptitud y suficiencia corresponde al juez sentenciador. Pero se alude a que dicho elemento de prueba ha de ser valorado como un elemento más, es decir, que la presunción de inocencia no queda automáticamente desvirtuada y que, en consecuencia, no conlleva presunción alguna de certeza. Además, ha de aplicarse una actividad valorativa que tome en consideración las especiales características y naturaleza de la prueba referida.

En este sentido, nuestro Tribunal Supremo ha clarificado cuales son los parámetros mínimos de contraste en cuanto a la valoración racional de la declaración de la denunciante como prueba de cargo. En su virtud, el tribunal habrá de valorar la concurrencia de los siguientes requisitos¹: 1º) La ausencia de incredulidad subjetiva;

2º) La constatación objetiva de la existencia del hecho; y 3º) La persistencia en la incriminación. Examinemos cada supuesto.

¹ STS de 28 de septiembre de 1988, de 26 de mayo y de 5 de junio de 1992, de 8 de noviembre de 1994, 27 de abril y 11 de octubre de 1995, de 3 y 15 de abril de 1996, de 30 de septiembre y 29 de diciembre de 1997, o más cercanamente, la STS 972/2009, de 15 de octubre (LA LEY 212198/2009). Todas ellas, entre otras, recogen estos requisitos que se vienen aplicando hasta nuestros días.

1. LA AUSENCIA DE INCREDULIDAD SUBJETIVA.

Se trata de circunstancias propias de las relaciones entre la acusadora y el acusado que pudieran hacer deducir resentimientos previos, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole tal que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

Respecto a dichos móviles, el Alto Tribunal alienta a extremar la atención a los casos de ruptura del matrimonio o la pareja, donde la experiencia judicial muestra que no son infrecuentes las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no corresponden a la realidad y tienen como finalidad influir en la decisión de custodia².

Así, el Tribunal Supremo, ante un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla por un delito de agresiones sexuales y una falta de lesiones, deduce una patente animosidad de la denunciante contra el acusado que se advierte a raíz de una testigo amiga de la denunciante quien relata que ésta, al referirse a su marido, lo calificaba con insultos, que le confesó que nunca habían existido malos tratos físicos aunque sí psicológicos, le dijo que se iba a separar y su marido no iba a ver más a sus hijos³.

2. LA CONSTATAción OBJETIVA DE LA EXISTENCIA DEL HECHO.

Dado que la declaración de la víctima se considera una declaración de parte, conforme al artículo 109 y 110 de la LECrim, habrá que indagar entre lo que la jurisprudencia denomina corroboraciones periféricas de carácter objetivo, cuyos contenidos habrán de avalar dicha versión de la víctima.

La referida sentencia alude a la constancia, como datos periféricos, -es decir, ajenos a la propia declaración de la denunciante- las conclusiones del informe médico, donde se menciona una erosión en el cuello y un hematoma en el brazo derecho. Teniendo en cuenta que sobre el acusado pesaban dos ilícitos, un delito de agresiones sexuales y una falta de lesiones, dichos vestigios también son compatibles con la falta de lesiones. Además, los informes de las psicólogas forenses indicaban que si bien la denunciante no presentaba indicadores de engaño tampoco existían detectores de agresión sexual⁴.

3. LA PERSISTENCIA EN LA INCRIMINACIÓN.

Aquí si se refiere al contenido en sí de la manifestación de la víctima, a la cual se le requiere que sea prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

Otro ejemplo de falta de la persistencia, que alude, en realidad, a la falta de coherencia en la conducta, al constatarse que la actitud para con el marido al día siguiente de la supuesta agresión sexual, ya que la denunciante hizo muestras de gestos amorosos hacia este, como sentarse en sus rodillas en presencia de otras personas⁵.

² La STS 990/1995, de 11 de octubre y STS 331/1996, de 11 de abril.

³ La STS 972/2009, de 15 de octubre (LA LEY 212198/2009), Fundamento de Derecho Tercero.

⁴ La STS 972/2009, de 15 de octubre (LA LEY 212198/2009), Fundamento de Derecho Cuarto.

⁵ La STS 972/2009, de 15 de octubre (LA LEY 212198, 2009), Fundamento de Derecho Tercero.

En este sentido, la necesaria concurrencia de este último elemento supone, en pos de evitar indefensión al imputado derivada de una condena basada en una única prueba de contenido opuesto a la negativa del acusado, que al letrado que ejerce la defensa del acusado que intervenga de tal modo que se le permita cuestionar eficazmente la versión de la denunciante o víctima, lo que entendemos supondría una cierta carta blanca tanto a la hora de arbitrar su propio interrogatorio respecto a la víctima como en la proposición y práctica de cualquier elemento de descargo. Y por supuesto, constituye un requisito indispensable de la conducta del defensor la tarea de hacer constar todas las contradicciones que señalen su falta de veracidad.

III. APTITUD DE LA PRUEBA Y DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

En garantía de la interdicción de la arbitrariedad que consagra el artículo 9. 3ª de la Constitución y en respuesta a los requisitos de motivación de la sentencia. Los elementos de prueba practicada y que sirvan para la argumentación judicial condenatoria habrán de reunir unos requisitos de aptitud⁶: real, lícita, válida, suficiente y valoración judicial razonada y motivada. Estos requisitos se tornan en comprobaciones por vía de recursos, de tal modo que se examinará la concurrencia de estos requisitos, que se entienden del modo siguiente:

- 1) Prueba real: lo que alude a que se halle incorporada a los autos como tal.
- 2) Prueba lícita; que implica que su obtención se efectuó conforme a la Constitución.
- 3) Prueba válida; es decir, que se ha practicado conforme a la regularidad procesal.
- 4) Prueba suficiente; lo que se refiere a la bastante para enervar el derecho a la presunción de inocencia.
- 5) Expresión de la valoración de la prueba concretada en la sentencia de forma razonada y motivada. La racionalidad implica que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, a las reglas de la lógica y los principios científicos. Y el principio de inmediación no libra al juez sentenciador de poner de manifiesto las razones que le hacen admitir la declaración de la víctima como cierta. Tal es así que, en el caso de otorgar credibilidad al testimonio de la víctima, no basta con aludir a su fuerza por el mero hecho de no encontrar una razón contraria sino que se requiere una justificación expresa que respalde dicha consideración⁷.

⁶ La STS de 28 Dic. 2005 (LA LEY 10724, 2006).

⁷ La STS 732/2006, de 3 de julio.

IV. ALGUNAS PAUTA TÁCTICAS PARA INDAGAR LA FALSEDAD DEL TESTIMONIO O SU VERACIDAD⁸

La pretensión de encontrar los métodos de captación de la certeza o verdad absoluta de la versión ofrecida por la víctima supone una aspiración poco realista, escasamente concedora de la inoperatividad sobre dicho campo que pueden ofrecer las reglas de formación de la voluntad judicial. Y es que dichas reglas apuntan, en realidad, al terreno de la verosimilitud, o de su credibilidad o sobre la veracidad del testimonio, términos no exactamente coincidentes –aunque aproximativos- con la idea de adquisición de la verdad.

Los parámetros anteriormente señalados y utilizados por el razonamiento judicial, avalan la anterior afirmación en cuanto que estos procedimientos de valoración de la constatación ciertamente suponen meras cercanías al concepto de la verdad del contenido del testimonio. Pero su nivel de rigor técnico deviene, precisamente, de la aplicación de criterios lo más objetivos y racionales posibles, lo que la jurisprudencia ha sistematizado según el detalle ofrecido.

Por nuestra parte, seguidamente, a fin de sugerir zonas de intervención en el trazado y aplicación de la estrategia y la táctica a seguir por la dirección letrada, ofrecemos una serie de criterios diseñados para indagar y descubrir el nivel de validez del testimonio, desde el punto de vista de su falsedad o su credibilidad.

De este modo, la labor de la defensa del acusado entraña dos ejercicios de preparación: el análisis y la comparación. En cuanto al análisis, se partirá de las implicaciones del amparo al justiciable del derecho a la presunción de inocencia. Conforme hemos ya aludido, será preciso que, efectivamente, no sólo conste la denuncia de la víctima sino que esta deponga en el juicio oral correspondiente. Si no compareciera y se celebrare el juicio, evidentemente, la presunción jugaría a favor del acusado, en el supuesto de ausencia de otros elementos de prueba de cargo. Si comparece, cabría sondear mediante el interrogatorio correspondiente la falta de concurrencia de los parámetros fijados jurisprudencialmente, en especial, la posible existencia de móviles subjetivos de venganza, odio, celos, intereses de cualquier tipo, que fundaran la imputación, más allá de los propios hechos. También, las preguntas formuladas durante el plenario deberían buscar lo que la jurisprudencia ha denominado falta de persistencia en la incriminación.

Este tipo de interrogatorios, hay que ser conscientes, parecen desplazar el foco de quién es el sujeto realmente sometido a juicio. Evidentemente, pueden suponer para la supuesta agredida un sufrimiento añadido y desde el punto de vista de los valores universales, si efectivamente se hubieran producido estas agresiones sobre su persona, un trato a todas luces inmerecido. Sin embargo, parece que, hoy por hoy, el Derecho impone una mayor exigibilidad en cuanto a la constatación de la validez del testimonio de la víctima, lo que encuentra su justificación en dos factores que confluyen. Por un lado, el

⁸ FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, [2012], María José: *Estrategia de Litigación Eficaz. Táctica, argumentación y oratoria para juicios*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 140 y ss. Donde se trabaja sobre las tareas de acreditación o desacreditación de las circunstancias fácticas en virtud de los medios de prueba que atañen a los litigantes profesionales.

requerimiento obtiene causa en el hecho de gozar el testimonio de la víctima de la consideración de testimonio de parte, con los elementos de parcialidad e interés apriorística en el pleito que puede implicar. Y, por otro lado, el juicio de la aptitud de la declaración de la víctima se motiva ante la situación de converger el testimonio de la ofendida con la carencia de otro tipo de pruebas directas.

El primer objeto de indagación se centrará en examinar si el contenido de lo que la víctima relata es suficiente a efectos del encaje del tipo imputado. Así, cuando los relatos son demasiado generales o abstractos y no especifican las circunstancias de la comisión⁹. Estas carencias, incluso, pueden favorecer el caso de falta de correspondencia entre la narración y la acusación, lo que llevaría al abogado que sume la defensa del imputado a no indagar al respecto.

A veces, es necesario considerar el estado de capacitación de la víctima tanto en cuanto al momento en el que acontecen los hechos como en el instante de deponer en el juicio oral. Dificultades sensoriales, como la falta de visión o de oído en el momento de los hechos aminoran la fuerza del relato si no se sostienen en base a otros sentidos de apoyo. Y, asimismo, el estado psicológico en el que se halle en el momento de ser citada, su nivel de formación, su capacidad expresiva y su aguante emocional ante la presión, representan factores determinantes en cuanto a la manifestación efectiva en el juicio. Evidentemente, la influencia negativa de alguno de estos factores resulta potencialmente generadora de distorsiones que se ponen de manifiesto tanto respecto al contenido como en cuanto a la expresión de la declaración vertida, resultados, todos ellos, que beneficiarían al devenir judicial del encartado que se exculpe.

Además, en algunos casos, las circunstancias contextuales en las que se han ocasionado supuestamente los hechos pueden no ser neutrales, es decir, suponer auténticas dificultades u obstáculos a la nítida captación de la autoría o de las circunstancias de los hechos por parte de la víctima. Así, la oscuridad, la falta de plena visibilidad por parte de la víctima, debido, por ejemplo, a la interposición de objetos, pantallas o elementos cobertores o que ocultan la identidad del autor, empañarán igualmente la fuerza de la imputación, si la acusación no indaga otras variables concurrentes de apoyo.

Por lo que atañe a la labor comparativa, se trata, respectivamente, si se ocupa la posición de defensa del imputado o la de acusación, de encontrar las diferencias o las semejanzas. Este contraste comenzará por el hallazgo de desajustes o coincidencias entre la versión ofrecida por el acusado y la de la víctima. Normalmente, no coincidirán en cuanto al sustrato principal de la acción, aunque cualquier circunstancia confirmada al respecto por el imputado ayudará a la acusación. Lo que debe indagarse es la coincidencia o no de circunstancias contextuales, es decir, los detalles del entorno espacial y temporal en el que se ocasionan los supuestos hechos. Se sondearán asuntos tales como de donde venían ambos, a donde iban, en qué lugar sucedieron los hechos, si

⁹ La SAP Madrid 335/2011 (JUR, 2011, 356296) de 22 septiembre Fundamento de Derecho Primero, destaca, respecto a la calidad del contenido del testimonio de la víctima que Carmela empezó relatando en el juicio oral los hechos que, según ella, habrían ocurrido de forma absolutamente ambigua y absurda.

hubo algún desencuentro entre ambos antes de los mismos. También, qué pasó después, quién se marchó antes, qué se comentó. Todo este tipo de circunstancias, en la medida en que se asumen como ciertas por el acusado, aunque no se admita el contenido básico de la narración de la acusación, dicha asunción es susceptible de contribuir a la impresión de certeza que se desprenda de la versión de la víctima, ello unido, claro, a su valoración junto a otros elementos.

El segundo contraste se centrará en la comparativa entre el relato de la ofendida y cualquier otro elemento convergente. Se trata de lo que la jurisprudencia denomina corroboraciones periféricas, englobadas en la técnica destinada a la obtención de la constatación objetiva de la versión de la víctima. Nosotros lo denominamos estudio del respaldo o la *veracidad* pues, en realidad, la tarea abarca la búsqueda de la correspondencia o verificación de la información suministrada por la testigo en otros elementos de acreditación judicial.

Por ello, aquí se trata de encontrar correspondencia entre el relato de los hechos que ofrece la supuesta agredida y las lesiones que se reflejan en el informe médico a las que se alude en el atestado. También, entre la narración del relato y las conclusiones del informe psicológico de la víctima. En este tipo de informes, además de enjuiciarse la verosimilitud del contenido del relato, se ponen en contraste otros indicadores, de los que se deriva, no sólo las secuelas psicológicas de la mujer sino el nivel de certeza de la misma, medido según una técnica psicológica basada en parámetros objetivos.

En aplicación de estos criterios, citamos, por lo ilustrativa, la SAP Burgos 13/2010, de 16 de febrero, la cual, precisamente, alude a la consideración, a efectos de la apreciación de los delitos de agresión sexual y de amenazas imputados, que las conclusiones del reconocimiento médico realizado por la Médico Forense y la Ginecóloga de Guardia, realizado tan sólo a unas escasas horas de la supuesta comisión, destacan que no se aprecian lesiones en los genitales externos ni en la vagina. Tampoco se evidencian lesiones recientes, tan sólo un hematoma de 2x2 cm en fase de resolución en la cara interna del antebrazo derecho. En cuanto a la exploración psicopatológica, se aprecia ligera ansiedad, discurso en general fluido, bien articulado y coherente, no se aprecia miedo, reacciones de evitación no alteraciones del estado de ánimo. Y el posterior informe de las psicólogas adscritas a los juzgados refiere que no se aprecia resonancia o correlato emocional ajustado al contenido del suceso ni sintomatología propia de estos casos¹⁰.

Otro tipo de datos periféricos estarían constituidos por la concurrencia de los obtenidos de testigos, aunque tan sólo lo sean de carácter referencial o indirecto. En estos casos cobra un especial relevancia la observación del relato comparado de imputado y agredida y la información en cuanto al contexto espacial y temporal que envuelve al instante de la agresión. También cobra sentido, el descubrimiento de posibles móviles por parte de la víctima ajenos a la natural sed de justicia o resarcimiento ante la propia

¹⁰ La SAP Burgos 13/2010, de 16 de febrero (LA LEY 36544/2010), Fundamento de Derecho Cuarto, utiliza la valoración a través de corroboraciones periféricas, en un juicio sobre la veracidad o el respaldo del relato.

agresión. Los testigos referenciales tales como los amigos, vecinos o compañeros de trabajo de la ofendida quizá tengan algo que aportar al respecto.

En cuanto a la función de la admisión de este elemento de prueba, tal y como indica en sus conclusiones el magistrado HURTADO YELO, en su comentario doctrinal, la testifical de referencia tiene como finalidad, o bien probar el testimonio de un testigo que por diversos motivos no puede comparecer en el juicio oral, y su declaración no puede ser leída en el plenario; o bien ratificar o no la versión dada por un testigo directo que sí acude al juicio, o aun cuando no lo hace su testimonio es leído en el mismo conforme el art.730 LECrim¹¹.

Mientras, encontramos avales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la que admite dicha función de respaldo del testigo referencial a la versión ofrecida por testigo principal, en la STS Sala Segunda, de lo Penal, de 7 Jul. 2009 (RJ 2009, 6709), Rec. Núm. 1416/2008, que se refiere, concretamente a la misión coadyuvante a lo que sostiene el testigo único¹².

Como aplicación práctica de la valoración destaca, en este sentido, la sentencia aludida, SAP Burgos 13/2010, la plenitud probatoria de la declaración de un tal Leopoldo (testigo referencial) al manifestar que Sagrario (la denunciante) lo llamó –tras los hechos- y le dijo que había denunciado a Agustín y no le dijo que la hubiera violado. Además, confesó el testigo que Sagrario amenazaba a Agustín con mandarlo a la cárcel¹³.

Otro sector a examinar se sitúa en la búsqueda del nivel de *coherencia* de la conducta de la víctima, que la jurisprudencia expresa como el parámetro de la perseverancia en la incriminación, conlleva, en realidad, varios campos de contraste. Por un lado, el más evidente, el de lo que dijo en un primer momento y lo que dice en el plenario. El mensaje contradictorio o reiterado representa un indicativo, respectivamente, de falta de certeza o de credibilidad.

La sentencia aludida, SAP Burgos 13/2010, recoge las contradicciones entre las declaraciones prestadas por la víctima primeramente en la Comisaría y luego ante el Juzgado instructor, conclusión ratificada por las conclusiones de su exploración psicológica¹⁴.

¹¹ HURTADO YELO, Juan José, [2011]: “El testigo de referencia y su importancia en el proceso penal “(BIB 2010, 3041) *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2011 (Comentario), Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, pág. 46.

¹² La STS Sala Segunda, de lo Penal, de 7 Jul. 2009 (RJ 2009, 6709), sienta: “el testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas – por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único-“.

¹³ La SAP Burgos 13/2010, Fundamento de Derecho Cuarto, utiliza el argumento basado en la deposición de un testigo referencial.

¹⁴ La SAP Burgos 13/2010, Fundamento de Derecho Cuarto, pone en evidencia con detalle dichas contradicciones.

A fin de hacer valer las contradicciones que se evidencien durante el plenario, no se olvide que, respecto a la referencia de comparación, es decir, las declaraciones prestadas anteriormente en la fase de investigación, han de ser leídas, expresamente reproducidas en el juicio oral, sin que se tome como válida la fórmula común de “dar por reproducida la documental”, como advierte MAGRO SERVET¹⁵.

Pero también, se debe valorar a efectos de la coherencia conductual que examinamos, la posible contradicción entre la conducta verbal, es decir, el mensaje expresado, y la conducta no verbal, conocida como la expresividad corporal y de la voz. Evidentemente, entre las facultades que asisten al principio de inmediación judicial, se encuentran la interpretación de dichas conductas. Y es posible que aún reste formación suficiente en los juristas de los tribunales como para detectar algunas sutilezas. Sin embargo, algunas situaciones son reveladoras de modo más palmario, como ante un relato de la mujer que contemple cardenales en las muñecas producidos justo cuando el agresor la sujetaba contra su voluntad mientras, en el juicio, al relatar esta misma secuencia, la víctima se señala ambos codos al relatar el instante en el que la sujetó. La contradicción conductual debe ser considerada aunque el letrado director del interés debería hacer constar de algún modo su producción, tanto a través de la propia grabación audiovisual si lo contempla, como interviniendo con alguna llamada de atención, como interrogándole con preguntas del tipo: “¿Se señala ambos codos?” O mediante la alusión directa a esta circunstancia durante el turno para desarrollar el correspondiente informe.

Por último, un estudio sobre la *verosimilitud* o la *credibilidad* nos ayudará a detectar posibles zonas de intervención. Efectivamente, aquí no se trata de comparar sino de aplicar criterios de lógica, de racionalidad, usar máximas de experiencia o el sentido común a las versiones en sí mismas y también a las relaciones de las versiones y las conductas previas o posteriores al momento de la agresión. De este modo, un relato de agresión, en sí mismo, puede resultar inverosímil, y también si se demuestra que una de las premisas que formaban el razonamiento o la secuencia fáctica es falso.

También el análisis de la verosimilitud estudia la posible correspondencia, o falta de ella, entre lo que cuenta la mujer lesionada que fue la agresión y la conducta anterior o posterior a dicho instante. Aquí se observa la correspondencia lógica o de sentido común. Por ejemplo, desde la aplicación de este criterio, se podría entender inverosímil que quien ha sufrido una determinada vejación, dos días después, convoque una fiesta de cumpleaños en homenaje al supuesto agresor.

En relación a este punto, obsérvese la argumentación de la SAP Burgos 13/2010, Fundamento de Derecho Cuarto, donde asume como prueba coadyuvante plena y de carácter objetivo los listados de llamadas telefónicas aportadas a los autos. Razona la

¹⁵ MAGRO SERVET, Vicente, [2008]: “La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio)”, (LA LEY 39715/2008), *Diario La Ley*, N° 7013, *Sección Doctrina*, 16 Sep., Año XXIX, Ref. D-260, Editorial LA LEY.

Sala que fue la mujer la que llamó en primer lugar al inculpado, constando unas diez llamadas a lo largo de todo el proceso anterior y posterior a los hechos. Valora la Audiencia Provincial que dichas llamadas no se corresponden en una mujer que acaba de denunciar una violación por parte de la persona a la que insistentemente seguía llamando. Mientras que -continúa el razonamiento- el imputado llama a esta con posterioridad a sus intentos y en tan sólo dos ocasiones. Además, aunque los hechos enjuiciados sucedieron entre el 20 y el 21 de febrero de 2007, añade el ponente que no debe perderse de vista que constan llamadas el día 16 de febrero de 2007 en las que la denunciante manifestó textualmente: “te voy a hacer la vida imposible, te voy a romper el coche, me voy a pegar sola y te voy a culpar a ti”, hechos por lo que resultó condenada en sentencia de 4 de abril de 2007, que era firme¹⁶.

V. ANÁLISIS FINAL Y PROPUESTAS DE AVANCE

Ante la realista imposibilidad de alcanzar mediante la aplicación de un método de valoración probatorio lo que se considera verdad en términos absolutos, es preciso contar con técnicas lo más aproximativas posibles. Por ello, resulta indispensable la aplicación de parámetros objetivos en la valoración de la fuerza probatoria del testimonio de la víctima, especialmente cuando el mismo constituye la única prueba directa en los procesos que diluciden la responsabilidad criminal del agresor.

No obstante, entendemos que dichos parámetros deberían hacerse más amplios y sensibles al elenco de vestigios que proporcionan los juicios y enriquecerse la técnica indagativa aplicada para explorar la aptitud de dicho testimonio. De hecho, ya se matiza jurisprudencialmente que los parámetros reiteradamente valorados no han de considerarse como requisitos en el sentido de la imprescindible concurrencia de todos ellos para avalar la argumentación de la credibilidad de la prueba testifical como prueba de cargo¹⁷.

Invocamos que no deben perderse de vista algunas peculiaridades, como la posible existencia de una relación previa, incluso coetánea al curso del proceso, de afectividad entre el supuesto agresor y la víctima. Esta variable puede desplegar comportamientos en la mujer con frecuencia no sujetos a patrones esperables. El desgaste sufrido a lo largo de una relación sentimental deteriorada por pésimas praxis continuas hacen mella en la autoestima y el sometimiento continuado a situaciones de maltrato infringido sobre la mujer que se decide a denunciar, en muchas ocasiones, deriva en la adopción de conductas antisociales, aparentemente incoherentes, a veces, contradictorias, por parte de la agredida. La existencia de móvil por resentimiento no debería confundirse con el natural odio o rechazo de una mujer víctima de la vejación pueda guardarle a aquel que le sometió a la misma.

Entendemos que, en estos casos, debería revisarse la aplicación rigurosa de los parámetros jurisprudenciales y buscarse preferentemente la indagación en los que implican respaldo, la verificación de la versión, lo que la jurisprudencia nombra como parámetro de los elementos corroborantes.

¹⁶ La SAP Burgos 13/2010, Fundamento de Derecho Cuarto, donde examina la falta de verosimilitud de las circunstancias contrastadas en función al relato de la denunciante.

¹⁷ La STS de 30 Abril 2007, relativiza el rigor de los parámetros.

En este sentido, la prueba pericial, aunque no sustituye la valoración completa que atañe al juez, debe otorgársele una auténtica prioridad. Los informes médicos y los psicológicos entrañan un interés especial pero, para obtener mejores resultados, debería potenciarse la exploración en caliente, es decir, que los servicios especializados correspondientes asistieran a la supuesta agredida con una inmediatez real. Y que se les dotara de medios bastantes al respecto.

Está claro que el mero paso del tiempo puede permitir que se empañe, se distorsione o posibilite el ejercicio de distinto tipo de presiones o influjos sobre la testigo-víctima, especialmente, como decimos, ante situaciones en las que perdura la relación de afectividad o convivencia con el agresor, a pesar de los hechos que motivan la denuncia o también ante situaciones que provocan la amenaza continua.

En base a esta razones, también sería deseable otorgar a estos casos un tratamiento a la mujer, dada la situación de vulnerabilidad y desamparo en la que puede encontrarse y en pos de su auténtica protección, semejante al dispensado al menor, de tal modo que se faculte la practica de ciertas pruebas donde se aplicara un modo de exploración forense en la que la mujer viniera asistida y mediatizada por un psicólogo especialista de la unidad, se trataría, desde el terreno de la propuesta o hipótesis en el que surge esta idea, de una prueba a practicar con carácter anticipado y preconstituido, en la que se ofreciera la oportunidad de cruzar las preguntas de los abogados de las partes y el Ministerio Público, ya desde la jornada inmediata al instante de la comisión. El acto habría de ser filmado. La frescura de un relato así captado y el aseguramiento de las garantías ofrecería un indudable instrumento de convicción que posteriormente se visionaría y se sometería a revisión ya en el juicio oral, de modo semejante a como se opera con los menores¹⁸.

Y, caso de conseguirse una práctica anticipada de este calibre respecto al testimonio de la mujer supuestamente agredida, igual que opera respecto a los menores, para salvaguardar su valoración en el plenario y su plena eficacia, los juristas, incluido el

¹⁸ La STS, Sección 1ª, de 10 de marzo de 2009, en un texto extractado, ofrece el siguiente tenor: “La resolución valoró para ello la gravedad de los hechos, la edad de la niña, y la reticencia de los padres a someter a su hija a las actuaciones procesales tendentes al esclarecimiento de los hechos. Por ello acordó la exploración inmediatamente como prueba preconstituída ordenando asegurar la contradicción de las partes y documentar la diligencia en la forma legal prevista. Consta en las actuaciones que para su práctica -como correctamente se refiere en la Sentencia- una psicóloga se desplazó al lugar habilitado, separado de la sala destinada a la exploración por un cristal de amplias dimensiones que permita la visión de las personas que estaban en el local adjunto y donde estaban instalados aparatos dispuestos para la grabación del interior de la sala de exploración conectada mediante señal de audio con la sala adjunta. Desde la sala de exploración el cristal tenía la apariencia de un espejo, de modo que la niña no podía ver que en el local adjunto estaban las personas que intervirían y presenciarían la exploración. Estas personas intervinientes fueron: El Magistrado Juez de Instrucción, el Secretario Judicial, el letrado del imputado -ahora condenado recurrente-, la letrado de la acusación particular, y el Ministerio Fiscal. La diligencia de exploración consistió en un prolongado diálogo entre la niña y la psicóloga que fue llevando la conversación hacia la narración de los hechos sucedidos. Esta psicóloga anotó e hizo a la niña cuantas preguntas interesaron las personas presentes en el local adyacente a la exploración, de modo que todas las partes pudieron pedir las precisiones que tuvieron por conveniente en relación con cuanto había manifestado la menor, e incluso después de esto la psicóloga se retiró al local adyacente en que estaban los demás y recogió la pregunta que interesó hacer el letrado del imputado, desplazándose de nuevo a la Sala de exploración y haciéndole la pregunta a la niña. Todo esto se filmó sin interrupción, se grabó con claridad y se recogió en el correspondiente soporte audiovisual. La diligencia así practicada fue en el día del Juicio Oral vista y escuchada por el Tribunal juzgador, con intervención de las partes.”

Fiscal, habrían de contar con la previsión de incluir en el escrito de calificación la solicitud de la reproducción de la grabación obtenida ya en el juicio oral¹⁹.

Pero, mientras alcanza cuajado esta práctica en la sensibilidad del legislador y en las posibilidades presupuestarias, entendemos que, ante una situación de verdadero conflicto, donde perviviera la unión de convivencia o de lazo de afectividad entre el agresor y la víctima y en las que sea previsible un desmoronamiento de la prueba principal o el hilo de coherencia del testimonio de la propia víctima debido a la presión, ¿por qué no acogernos a lo prevenido en el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para solicitar la declaración de la testigo-víctima con las garantías previstas para los casos de peligro de concurrir, o miedo a muerte o incapacidad física o intelectual de la declarante?²⁰

Posiblemente, habría que estar a la acreditación de esta situación de temor o de peligro de pérdida o deterioro del elemento personal de convicción; lo que tampoco nos parece demasiado complicado si se cuenta con los resultados de los informes médicos y psicológicos y consta la situación personal en la que queda la supuesta agredida en relación a su agresor.

En cualquier caso, de cara a la declaración de la víctima tanto en fase de instrucción como en el acto del juicio oral, a fin de minimizar el nivel de presión que pueda sufrir esta y, además, así evitar cualquier distorsión que proceda de este motivo, también se sugiere que se evite el contacto visual directo entre el agresor y la víctima, para lo que se pueden usar cualquier medio. Contamos con previsiones de carácter imperativo cuando el testigo-víctima es un menor, como los artículos 448, último párrafo y el artículo 707, segundo párrafo de la LECrim, respectivamente, para la fase de instrucción de la causa y para la fase de juicio oral²¹.

¹⁹ La Circular de la Fiscalía 3/2009, de 10 de noviembre, sobre protección de las y los menores víctimas y testigos, se refiere a estas previsiones.

²⁰ El artículo 448, primer y segundo párrafos, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prescribe: “Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el [artículo 446](#), la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes. Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.”

²¹ El artículo 448, último párrafo, y el artículo 707, párrafo 2º ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponen, respectivamente para la fase de instrucción y para la fase de juicio oral: “La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los

Cuando la testigo no es menor el acuerdo del uso de este tipo de sistemas audiovisuales se vuelve potestativo y se ciñe a razones de utilidad, seguridad o de orden público o a supuestos en los que la comparecencia resulte particularmente gravosa o perjudicial²².

Existen pronunciamientos de la propia Fiscalía donde se admite que la utilización de este medio técnico puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en aquellos procesos en los que concurran circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares, sin perjuicio de que deberá motivarse su uso y decidirse en cada caso concreto²³.

El recurso de otros sistemas de protección de la mujer, como la mera interposición de un biombo o mampara, la eliminación de datos de identidad o localización en los autos o fijación legal del domicilio de la testigo en la sede el propio juzgado, no deben desdeñarse cuando estén justificados y habrán de ampararse en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales²⁴.

En suma, que han de favorecerse los sistemas de captación que permitan una recogida inmediata del testimonio de la testigo-víctima y una adecuada indagación conforme a los principios y garantías procesales y que minimice, de paso, la posibilidad de alterar los relatos por circunstancias ajenas a la realidad de la agresión y, además, aminore el sufrimiento añadido ocasionado por la espera al día señalado para la celebración del juicio oral, donde se conmina a la supuesta agredida a volver a ahondar en los traumáticos recuerdos. Y, mantenemos que deben extenderse los núcleos de atención a la hora de valorar la fuerza probatoria del testimonio de la víctima y evitar las listas cerradas o tasadas, ya que el devenir del problema del maltrato reclama, especialmente, la aplicación de la prudencia y el sentido de la medida y el equilibrio que proyecta la Justicia.

mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”

²² El artículo 325 de la LECrim “ el juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”. En la misma línea se pronuncia el artículo 731 de la LECrim.

²³ La Instrucción de la Fiscalía 1/2002, de 7 de febrero, sobre la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, así como la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, relativa a los actos procesales que admiten el procedimiento de la videoconferencia abordan este asunto.

²⁴ El artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales, recoge dichas medidas de protección.