

**TRABAJO DE FIN DE MASTER:**

# **El testimonio de referencia en el proceso penal.**

**Realizado por la alumna: MARTA SAINZ SÁNCHEZ.**

**Tutor: D<sup>a</sup>. MARÍA FARNES MARTÍNEZ FRÍGOLA.**  
Área de conocimiento: Derecho Procesal Penal.

Trabajo de Fin de Máster  
Máster de acceso a la Abogacía.  
Universidad de La Laguna  
Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife.  
Escuela de Prácticas Jurídicas.  
Curso 2016-2018  
Convocatoria: Enero 2018.

## EVALUACIÓN DEL TUTOR:

### Propuesta calificación numérica: 9.

Entiendo que la alumna Marta Sainz Sánchez merece dicha nota por la labor como letrada en defensa de los derechos de su cliente ya que no se ha limitado a solicitar la libre absolución por falta de pruebas, sino que ha sabido captar en toda su plenitud las cuestiones jurídicas que inevitablemente llevarían a la absolución del mismo. Para ello no solo ha estudiado con profundidad diversos aspectos jurídicos que se planteaban en el supuesto de autos, sino que además, ha llevado a cabo una auténtica investigación acerca de cuál es la postura de la Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha sabido aplicarla con total rigor al caso que se le planteo.

Creo que D. Federico Gutiérrez a quien se le imputaba la comisión de un delito y que acudió al despacho profesional de la alumna no ha podido tener mejor defensa.

FDO: FERNANDO MARTINEZ

## ÍNDICE.

<b>1.- OBJETO DEL TFM .....</b>	<b>5</b>
<b>2.- SUPUESTO PRÁCTICO. ....</b>	<b>6</b>
<b>3.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS.....</b>	<b>11</b>
3.1.- ANÁLISIS DEL “DERECHO A NO DECLARAR”. ....	11
3.2. ANÁLISIS DE LA DISPENSA DE DECLARAR DEL ART. 416 DE LA LECRIMINAL.....	16
3.3. SUPUESTOS EN QUE SE PUEDE HACER USO DE “LOS TESTIGOS DE REFERENCIA” .....	26
3.4.VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO PRESTADO POR UN TESTIGO DE REFERENCIA. ....	32
<b>4. -CONCLUSIONES.....</b>	<b>45</b>
<b>5.- BIBLIOGRAFIA Y FUENTES. ....</b>	<b>47</b>

## 1. - OBJETO DEL TFM.

En este trabajo, a través de la estructura de dictamen, procederemos a resolver un supuesto práctico concreto, como si se tratará de un caso real que acude al despacho de una letrada, pasando, por tanto, por las distintas fases de un proceso.

El dictamen en cuestión, tiene como fin determinar cuál es la **validez probatoria del testimonio de referencia** en el proceso penal.

Para ello se analizarán las distintas cuestiones jurídicas que se plantean, finalizando con un informe a modo de conclusión, acerca de toda la jurisprudencia y doctrina estudiada a lo largo del trabajo de fin de master.

## 2.- SUPUESTO PRÁCTICO.

Don Federico Gutiérrez acude al despacho profesional de la señora Letrada Doña Marta Sainz Sánchez al objeto de que por la misma se asuma su defensa en el juicio oral contra éste cuya celebración se prevé que tenga lugar en fechas próximas.

Por parte de la señora Letrada, en un primer momento se procede a solicitar “*la venia*” del anterior letrado de D. Federico y una vez obtenida la misma, y con el fin de poder preparar adecuadamente la defensa de éste, comparece ante el Juzgado de lo Penal al objeto de poder analizar el expediente.

Una vez analizado el mismo, se detallan aquellas actuaciones procesales que se han producido en las distintas fases del procedimiento. De esta forma se observa que:

### I. FASE DE INSTRUCCION

La señora Antonia Marrero, mayor de edad y con residencia en La Orotava se persona, el 20 de octubre ante la Comisaría de la Policía Nacional del Puerto de la Cruz formulando denuncia contra su esposa Federico Gutiérrez, haciendo constar que cuando se encontraba en el domicilio conyugal sito en la calle Moliner nº 35, 5-B, de La Orotava, en donde convive con su esposo, el denunciado, tras mantener una discusión, le propino dos bofetadas en la cara. Asimismo, el día 21 del mismo mes, en el mismo domicilio y ante similar situación de discusión doméstica, su esposo le propino diversos puñetazos y golpes. Igualmente manifestó que dicho comportamiento de su esposo “... *ya se había repetido anteriormente, que no puede contarlo con los dedos de la mano...*”

Por parte del agente de policía con TIP 00027, que fue quien recibió declaración a la denunciante, se hace constar en el atestado que observa una herida en la espalda, y que la denunciante le reitero que su marido era agresivo y la trataba con desprecio,

no siendo dichas agresiones denunciadas las únicas, pues anteriormente se habían repetido.

Como consecuencia de lo anterior se procede a la detención del denunciado señor Federico Gutiérrez, el cual niega, a presencia de su letrado rotundamente los hechos manifestado que no son ciertos, ejercitando posteriormente, su derecho a no contestar a más preguntas.

Posteriormente dicho detenido es traslado al Juzgado de Guardia, en este caso el Juzgado de Instrucción nº 3 de la Orotava, donde se le toma declaración a la vez que también se toma declaración a la denunciante, acordando además por el Juzgado que esta última sea reconocida por el médico forense.

Se observa que en su declaración ante el Juzgado de Guardia, la denunciante, señora Antonia Marrero, con presencia de su Letrado y del Letrado de la defensa, se ratifica en la denuncia presentada el día anterior en la Comisaría de Policía, manifestado, entre otras cosas, “..... *que aparte de los hechos denunciado en las presentes, cada dos meses, aproximadamente la pegaba... que la pego de manera muy nerviosa, que habitualmente, cuando le dice algo, se enfada y él la pega, que al día siguiente, el 21, quiso acostarse con ella y ella le dijo que no, porque no sabe portarse con ella, que entonces le pego con el puño cerrado, en la espalda, en los brazos, en las piernas, en la oreja, que los cortes que presenta en la cara se los hizo el denunciado, que antes ha tenido otra esposa y le consta que también le ha pegado, que luego abrió la ventana con intención de tirarla , que ella quiso hacer las maletas para marcharse y él no la ha dejado, que quería tirar a la declarante*”

Por su lado, mi cliente, el investigado negó rotundamente los hechos, manifestando que son absolutamente falsos, que es cierto que hubo una discusión entre ellos, pero nada más, poniendo de manifiesto que adolece de una grave adicción a las bebidas alcohólicas, sin querer declarar nada más ante el Juez Instructor.

Cuando la denunciante fue reconocida por el médico-forense del Juzgado, aportó informe del hospital en que había sido atendida, informando el médico-forense que observa múltiples hematomas y erosiones en la espalda y brazo izquierdo. Así como tumefacción en región preauricular izquierda y erosión en ángulo mandibular izquierdo, que no precisaron intervención médica más allá de la inicial destinada a la estabilización de las heridas, y siete días para su completa curación.

Después de la práctica de todas las diligencias anteriores, el Juez Instructor dicto auto transformando las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, observándose que ni por parte de la acusación particular ni por parte de la defensa de mi cliente en aquel momento se presentara recurso contra el mismo.

## **II. FASE INTERMEDIA**

En este momento procesal se observa como por parte del Ministerio Fiscal formula escrito de acusación provisional por los hechos denunciados, calificándolos como constitutivos de dos delitos de lesiones, previstos y penados en el art. 153. 1 y 3 del CP, de los que es autor responsable el acusado Federico Gutiérrez, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, e interesando que se le imponga, por cada uno de ellos, la pena de diez meses de prisión, privación del derecho y porte de armas por dos años, y alejamiento de la víctima por dos años, consistente en la prohibición de acercarse a ella, a su familia o a su lugar de trabajo a una distancia no inferior a mil metros, así como de comunicarse con ella por cualquier medio, así como las costas, y a que indemnice a la denunciante en la cantidad de 300 euros por los daños y perjuicios ocasionados.

Por parte del representante público se interesó como prueba para el acto del juicio Oral: interrogatorio del acusado; testifical de la denunciante señora Antonia; mas testifical del agente de la policía nacional con TIP 00027, que deberá ser citado a través de su superior jerárquico; y documental consistente en el informe hospitalario, así como el del médico



–forense, y las declaraciones que constan en el atestado policial y las realizadas en sede judicial.

Por su parte la acusación particular y siguiendo instrucciones de su cliente, no formulo acusación apartándose del procedimiento.

El Juzgado de Instrucción procede a dictar Auto de Apertura del Juicio Oral por los mismos hechos contra mi defendido.

Por parte de la representación del acusado se presenta escrito de defensa provisional negando todos los hechos y la participación de su representado en los mismos, interesando la libre absolución de su representado con todos los pronunciamientos favorables. Interesando como medios de prueba; el interrogatorio del acusado y la testifical en los mismos términos que la propone el Ministerio Fiscal, así como una pericial del médico-forense para que informe sobre la grave dependencia de su patrocinado en las drogas toxicas.

Una vez llegado el día del juicio oral, en el transcurso de la celebración del mismo se lleva a cabo:

En primer lugar se procede al Interrogatorio del acusado señor Federico Gutiérrez, quien ejerce su derecho a contestar exclusivamente a las pregunta de su letrado, manifestado que no son ciertos los hechos denunciados, que jamás ha agredido a la denunciante, sin tener nada más que manifestar.

A continuación y entrando en la práctica de la prueba testifical, se inicia tomando declaración a la denunciante quien se acoge a la dispensa de declarar en virtud de lo establecido en el art. 416 LECrim.

A continuación se procede a la testifical del policial nacional con TIP 00027 quien interrogando manifiesta que se ratifica en las diligencias policiales, así como que la denunciante tenía un arañazo en la espalda y el denunciado reconoció en aquel momento que la había pegado en una discusión mutua.

Con respecto a la práctica de la Pericial médico-forense referida a la grave dependencia del acusado a las drogas toxicas, la letrada entiende que no es necesaria la práctica de la misma, en atención a la línea de defensa que piensa utilizar y por tanto se renuncia a ésta.

Con respecto a la prueba documental cada una de las partes da por reproducida la suya.

A continuación las partes elevan a definitivas sus respectivos escritos de conclusiones provisionales

En su informe el Ministerio Fiscal: considera que las dos agresiones quedan acreditadas objetivamente por las declaraciones de la víctima-denunciante que constan en las actuaciones, tanto en el atestado como posteriormente en el Juzgado de Instrucción, que quedan corroboradas por el parte inicial de lesiones del Hospital aportado a la causa y por el informe del médico-forense en donde se aprecian y valoran, así como por las manifestaciones del agente de policía que tomo declaración a la denunciante y escucho el comentario hecho por el propio denunciado. Que dichos hechos son constitutivos de dos delitos del art. 153 1 y 3 del CP.

### **3.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS CONTROVERTIDAS.**

#### **3.1.- ANÁLISIS DEL “DERECHO A NO DECLARAR”.**

El artículo 299 de la LECrim establece que constituye el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando su persona y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.<sup>1</sup>

En base a ello podemos decir que el investigado es la parte pasiva necesaria en todo proceso penal, toda vez que es la parte contra la que se dirige la acción penal, por ello el art 118 Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformado sucesivamente por la LO 5/2015 y por la LO 13/2015, establece que “ *toda persona a quien se atribuye un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos:*

- a) *Derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. Esta información será facilitada con el grado de detalle suficiente para permitir el ejercicio efectivo del derecho de defensa.*

<sup>1</sup> JOSÉ MARTÍNEZ JIMÉNEZ “Derecho Procesal Penal”. Edición TECNOS 2015.

- b) *Derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, y en todo caso con anterior a que se le tome declaración.*
- c) *Derecho a actuar en el proceso penal para ejercer su derecho de defensa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley.*
- d) *Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1.a del art. 527*
- e) *Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita como procedimiento para serlo y condiciones para obtenerla.*
- f) *Derecho a la traducción e interpretación gratuita de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y 127.*
- g) ***Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración sino desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.***
- h) ***Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.***

Por su lado el art. 520 LECrim y tratándose de personas detenidas reconoce el mismo derecho en su apartado b) al establecer que toda persona detenida tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Por tanto es fácil ver que el derecho de defensa es fundamental ante la imputación de cualquier hecho delictivo y por ello se recoge en nuestra propia Constitución Española dentro del Título I, Capítulo Segundo, Sección 1ª referente a los derechos fundamentales y libertades públicas, definiéndolo por un lado como un derecho en sentido negativo toda vez que en su artículo 24.1 prohíbe la indefensión, y por otro lado en sentido positivo dado que en el mismo precepto en su apartado segundo establece que toda persona a la que se le impute la comisión de un hecho delictivo tiene derecho a la defensa, traduciéndose este en una serie de derechos instrumentales de rango igualmente constitucional, entre lo que se encuentra el “derecho a no declarar” que asiste a cualquier persona investigada al establecer que “ *todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con*

*todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia”.*

Dicho derecho ha sido objeto de diversos pronunciamientos, en el transcurso de los años, por el Tribunal Constitucional, estableciéndose por ejemplo en la STC nº 197/1995 de 21 de diciembre, siendo Ponente el Magistrado Don Enrique Ruiz Vadillo: *“los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada persona el procedimiento. Tanto uno como otro son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma en que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.* En igual sentido SSTC 36/1983, fundamento jurídico 2.º y SSTC 127/1992, fundamento jurídico 2.º.

Ahora bien el hacer uso de este derecho no implica que el Tribunal no pueda valorar dicho *“silencio”* tal como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/2005 de 14 de marzo, el Magistrado Ponente Don Eugeni Gay Montalvo, al establecer que *“se viene a reputar lógico, racional y ajustado a las normas de la experiencia, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad, pero debiendo realizarse tal deducción en el marco de una convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles”.* Del mismo modo la STC 202/2000 de 24 de julio, cuyo Ponente fue el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas refiriendo en la misma: *“se considera que ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgado para fundamentar la condena, aunque dicha condena no puede fundamentarse únicamente en el solo hecho de haber optado el acusado por guardar silencio”.*

Por su lado el Tribunal Supremo en Sentencia 191/2004 de 21 de octubre cuyo Ponente es el Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, se ocupa asimismo del tema fundamentando que “*. El silencio del acusado supone el ejercicio por su parte de una opción que le reconoce la Constitución (RCL 1978, 2836) , y que forma parte de su derecho a la defensa directa. No supone exactamente una negativa o rectificación de lo anteriormente declarado, en su caso, lo cual podría requerir alguna explicación respecto al cambio de versión.*

*En tanto que puede negarse a declarar, su silencio no puede ser utilizado como prueba de cargo. No quiere ello decir que no pueda ser valorado. En aquellos casos en los que la acusación haya presentado un material probatorio de cargo de suficiente entidad como para requerir una explicación por parte del acusado, el silencio de éste no es una prueba en su contra, pero sí es un elemento a tener en cuenta en el momento de valoración de las auténticas pruebas”*

Del mismo modo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 8 de febrero de 1996 ( TEDH 1996, 7) en el caso Murray contra el Reino Unido y en Sentencia de 20 de marzo de 2001 (TEDH 2001, 225) , en el caso Telfner contra Austria reitera la doctrina anteriormente expuesta y además adiciona que el Tribunal puede sacar conclusiones del silencio del acusado “*cuando dada la prueba presentada por el acusación la única conclusión lógica sea que el acusado carece de explicación para el caso”*.

Incluso el Tribunal Supremo ha entendido que en el supuesto de que el acusado hiciese uso de este derecho no pueden constar reflejadas en el acta del juicio las preguntas que quisieran formularle las partes acusadoras ya que tal como indica la STS 176/2008, de 25 de abril: “*en el acta del juicio oral consta que los acusados se negaron, en ejercicio de su derecho a no declarar, a contestar a las preguntas formuladas por la acusación. El ejercicio de ese derecho constitucional no puede ser violentado por la acusación insistiendo en sus preguntas y no es precisa la*

*documentación de las preguntas que realiza, sino la expresión del ejercicio del derecho por parte del acusado”*

Tras el breve análisis de las distintas resoluciones del TC, TS y TEDH dictadas en distintos periodos temporales podemos llegar a la conclusión de que el silencio del acusado nunca será prueba de cargo o indico racional de criminalidad por tratarse de un derecho fundamental reconocido en la propia Constitución española. Sin embargo, lo anterior no es obstáculo para que este silencio pueda ser valorado por el órgano enjuiciador en el momento de la valoración de las pruebas de cargo y más aún cuando no tuvieron explicación por parte del acusado.

### 3.2. ANÁLISIS DE LA DISPENSA DE DECLARAR DEL ART. 416 DE LA LECRIMINAL.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge en su artículo 410 el deber que ocupa a cualquier persona que resida en España, de testificar sobre cualquier delito que haya sido presenciado o del que se tenga conocimiento, cuando no exista impedimento para ello. De esta manera dispone:

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

Sin embargo, frente a esta regla general, la propia LECrim establece algunas excepciones entre las que destaca la dispensa de declarar del artículo 416.1, que otorga a aquellos que posean alguna vinculación familiar con el acusado, la facultad de no declarar, si así lo estiman oportuno, en el juicio oral de un proceso penal:

*"Están dispensados de la obligación de declarar:*

*1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o **persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial**, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.*

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



Del mismo modo la propia LECrim, vuelve a hacer mención a la figura jurídica objeto de análisis, en el capítulo relativo al modo de practicar las pruebas en el proceso penal, precisamente en la sección relativa al examen de testigos. Así, el artículo 707 establece en su párrafo primero:

*“Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.”*

Por último, esta dispensa legal encuentra apoyo constitucional en el artículo 24.2, párrafo segundo, al disponer:

*“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

Centrándonos en el objeto del trabajo, podemos observar como la Ley atribuye esta facultad, en concreto, a las personas que tienen una relación matrimonial o vínculo análogo con el presunto autor del delito.

Esta cuestión ha sido objeto de numerosas discusiones doctrinales que han ido evolucionando a lo largo de los años, en tanto que es en este punto exacto del precepto donde se sitúan, en muchas ocasiones, quienes son víctimas de violencia de género, con las consecuencias que ello supone, en especial sobre la actividad probatoria en los procesos relativos a este tipo de delitos, teniendo en cuenta que la mayoría de supuestos transcurren en la más estricta intimidad del hogar familiar, y de este modo, las únicas personas que concurren en el momento y lugar de los hechos son simplemente el presunto autor y la propia víctima.

Tal y como ya adelantamos este precepto legal ha sido objeto de posiciones enfrentadas:

Por un lado se encuentran aquellos que entienden que dicho artículo es ineficaz y contradictorio en los delitos de violencia de género. Esta posición doctrinal se basa en que el testimonio de la víctima reviste una especial importancia en los procesos que enjuician delitos de violencia de género y con la redacción de dicho artículo, se elimina, en muchas ocasiones, la que en la mayoría de los casos es la única prueba existente para condenar al agresor. Esto es así, en tanto que la regla general es que el autor niegue

rotundamente los hechos, o en su caso se apoye en el derecho a no declarar que le asiste la propia CE, que tuvimos ocasión de examinar anteriormente. Viéndose en esta tesitura, la persona objeto del delito, se ve muchas veces obligada a acogerse a la dispensa del artículo 416.1 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, debido a la presión social que concurre en esta, y teniendo en cuenta las consecuencias familiares que esta situación implica psicológicamente al perfil que representan este tipo de víctimas<sup>2</sup>

A mayor abundamiento, debido a la forma en la que se estructura nuestro ordenamiento, y con base en el derecho de presunción de inocencia que se recoge en el artículo 24.2 de la Constitución, la carga de la prueba corresponde a quien este caso denuncia los hechos, es decir, a la acusación. En este sentido, aumentan las razones discrepantes para los que mantienen una postura contraria a la dispensa del 416 en los delitos de violencia de género, por entender que en este tipo de delitos, esta facultad que se le otorga a la víctima hace que el delito de violencia de género se pueda apreciar como un auténtico delito privado o semiprivado, a pesar de ser realmente un delito público, conforme a lo dispuesto por el Código Penal<sup>3</sup>, ya que es la propia víctima quien voluntariamente cierra la posibilidad de enjuiciar el delito de manera correcta o veraz, eliminando la única prueba existente, lo que afecta a la figura del Ministerio Público y consecuentemente a su labor, quien ante esta situación, en la que no existe base probatoria, poco puede hacer.

Por todo lo anteriormente expuesto, se han planteado iniciativas para derogar o modificar la aplicación de la dispensa del artículo 416 LECrim, en los supuestos de violencia de género<sup>4</sup>:

El Grupo de expertos en violencia de género del CGPJ en el año 2006 se pronuncia en su informe del año 2006 determinando: *“para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el art. 416 Lecrim. Que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados*

<sup>2</sup> RUBY SIBONY, M<sup>a</sup> ÁNGELES SERRANO OCHOA Y OLGA REINA. “La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género” [noticias.juridicas.com](http://noticias.juridicas.com). Abril, 2011.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> RAFAEL ALCALÁ PÉREZ-FLORES. Magistrado. Asesor de la Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial” III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

*respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto”.*<sup>5</sup>

Del mismo modo, dos años después en su Memoria del año 2008, la Fiscalía General del Estado recoge un pronunciamiento similar<sup>6</sup>: *“Como consecuencia sólo queda la posibilidad de una reforma legislativa que o bien suprima la excusa en caso de víctimas de los delitos o, preferiblemente, impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él”.*

Por otro lado, encontramos la postura doctrinal a favor de la dispensa del 416, que es aquella que a día de hoy sigue sustentando la existencia, y por tanto la no derogación del artículo anterior.

La mencionada dispensa parece, en un primer plano, dar mayor protección al investigado, y en consecuencia a su derecho a la presunción de inocencia, y aparentemente, como sostienen las ideas doctrinales contrarias, perjudicar a la víctima de violencia de género. Sin embargo, lo que realmente se camufla tras este artículo es que, en última instancia, el precepto legal del que venimos hablando, viene a otorgar a aquellas personas que se encuentra vinculadas matrimonialmente con el autor, facilidades a la hora de verse en la tesitura de tener que elegir entre la obligación de decir verdad que se recoge en nuestro ordenamiento, cuando se acude en calidad de testigo a un proceso penal y su relación familiar con el este último.

Existen numerosas sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian a favor de esta idea:

La sentencia del Tribunal Supremo 134/2007 de 22 de febrero, cuyo Ponente Don Joaquín Giménez García, recoge: *“La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el*

<sup>5</sup> Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan. <http://www.poderjudicial.es>.

<sup>6</sup> RAFAEL ALCALÁ PÉREZ-FLORES. Magistrado. Asesor de la Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial” III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

*conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculgado”*

Así, la STS 292/2009 de 26 de marzo de 2009, cuyo Ponente fue el Magistrado Don Luciano Varela Castro se pronuncia estableciendo: *“La exención suele justificarse desde el principio de no exigibilidad de una conducta diversa a la de guardar el silencio. Tal fundamento es también el que justifica la exención de responsabilidad penal ante la eventual imputación de responsabilidad criminal a título de encubrimiento. Así resulta del artículo 454 del Código Penal. La razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución”.*

En el mismo sentido la STS 319/2009 de 23 de marzo su Ponente el Sr. Manuel Marchena Gómez se pronuncia de la siguiente manera: *“En cualquier caso, la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento. El art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art.*

*416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría”*

Es por ello, que la no advertencia al testigo-víctima en el que concurra alguno de los vínculos establecidos en el precepto, destacando por lo que al trabajo corresponde, el matrimonial o análogo, de la existencia de esta opción en el acto del juicio oral, tendrá como consecuencia la nulidad de la prueba por vulneración de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPJ.

En este sentido se pronuncia la STS 319/2009 de 23 de marzo de 2009, siendo Ponente Don Manuel Marchena Gómez: *“Es por ello indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho. Es fácil entender que el ejercicio de esa dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el Juez instructor, sino también por la Policía (SSTS 385/2007, 10 de mayo y STS 1128/2004, 2 de noviembre) recordando esta Sala que, en caso de renuncia, ésta ha de resultar "concluyentemente expresada", incluso en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (STS 662/2001, 6 de abril)”*

Otro punto controvertido en lo que a este artículo se refiere, es el correspondiente a la posibilidad de traer o no al juicio oral las declaraciones efectuadas por la víctima en momentos procesales anteriores, es decir, en fase policial y de instrucción. Debemos en este momento realizar una pequeña distinción entre lo que entendemos como actos de investigación y actos de prueba.

Los actos de investigación son aquellos destinados a averiguar y comprobar los hechos aparentemente delictivos y las personas responsables de los mismos<sup>7</sup>. De dicha definición se desprende que son aquellos que no son practicados durante el juicio oral, sino que se practican previamente, tanto en fase policial como en fase de instrucción, con la finalidad de decidir, y en consecuencia preparar el correspondiente juicio oral. Estos no constituyen pruebas de cargo.

Los actos de prueba, por el contrario, son aquellos practicados en el juicio oral. De la lectura de la LECrim se desprende que la prueba solo tendrá lugar en el acto del juicio oral, y ante el Tribunal competente<sup>8</sup> salvo las excepciones de prueba anticipada o prueba constituida previstas en la misma, pudiendo considerarse estas auténticas pruebas de cargo.

Con base en dicha aclaración, podemos entender que aun cuando la víctima hubiese declarado en contra del investigado, en momentos procesales previos al juicio oral, si esta se acogiese a la dispensa del artículo 416 LECrim, no podría tenerse en cuenta las declaraciones vertidas con anterioridad ni traerse por tanto como prueba documental al acto del juicio oral. Si esto fuese así, la dispensa del 416 perdería su finalidad.

Considero que es bastante claro y conciso el pronunciamiento de la STS 486/2016 de 7 junio, siendo el Ponente el Sr. Manuel Marchena Gómez, que dispone:

*“Resolvió, desde luego, con toda corrección el Tribunal de instancia al prescindir de la valoración de esos testimonios que, a consecuencia del legítimo ejercicio del derecho de dispensa que confiere a los familiares del procesado el art. 416 de la LECrim, no pudieron ser filtrados por el principio de contradicción (...)*

*En desarrollo de ese acuerdo plenario, no han faltado precedentes de esta Sala que subrayan la importancia de no acudir a vías alternativas de introducción de las declaraciones sumariales en el material susceptible de integrar la valoración probatoria. Es el caso de la STS 160/2010, 5 de marzo. Razonábamos entonces que "... la libre*

<sup>7</sup> MONTERO AROCA JUAN y otros, “Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal”, Bosch, Barcelona, 1991.

<sup>8</sup> RUBY SIBONY, M<sup>a</sup> ÁNGELES SERRANO OCHOA Y OLGA REINA. “La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género” [noticias.juridicas.com](http://noticias.juridicas.com). Abril, 2011.



*decisión de la testigo en el acto del juicio oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECrim, en relación con el art. 416 de la LECrim, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, porque con ello se desvirtuaría tal decisión a la que se le admite una plena eficacia*

*- Se impide que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. **Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa.***

*-Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECrim que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral, y no es el caso del ejercicio voluntario del art. 416 LECrim que no está comprendido en el art. 730 LECrim “*

De igual modo, se pronuncia con anterioridad, el mismo tribunal en STS 129/2009, de 10 de febrero cuyo ponente fue el Sr. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar quien interpreta en sus fundamentos lo siguiente:

*”En reciente Sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2009, hemos señalado las razones que impiden valorar, en supuestos como éste, la declaración sumarial:*

*A) La libre decisión de la testigo en el acto del Juicio Oral que optó por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECrim, en relación con el art. 416 de la LECrim, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa,*

*concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado. Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial inculminatoria. (...)*

*B) Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr., que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas -como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario- o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o imposibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto "imposibilidad jurídica" para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye. Este criterio que se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de*



*1973, ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre de 2000; y 12 de junio de 2001, en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar.”*

Tras analizar la distinta jurisprudencia, en mayor medida la emanada del TS, así como brevemente, debido a la extensión exigida para el trabajo, las posturas doctrinales a favor y en contra del reiterado artículo 416.1 LECrim, podemos concluir determinando que, con independencia de las disputas surgidas entre las diversas opiniones existentes acerca del artículo objeto de estudio, a día de hoy el precepto en cuestión permanece recogido, y en vigor, en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo ser aplicado, en los términos expuestos en la propia Ley. Por todo ello, debe advertirse a la víctima de la dispensa que a esta le asiste en el juicio oral y además, como consecuencia de la estructura del proceso penal recogida por la LECrim, la prueba en la que debe basarse el tribunal sentenciador, es la practicada en el juicio oral, que es la auténtica actividad probatoria, no pudiendo traerse a este, por tanto, cualquier tipo de acto de investigación, y aún más cuando es la propia víctima quien decide no hacerlo.

### 3.3. SUPUESTOS EN QUE SE PUEDE HACER USO DE “LOS TESTIGOS DE REFERENCIA”

En nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el proceso penal, podemos entender que el testigo de referencia tal y como lo define Muñoz Cuesta en su obra, es aquel *“que no aporta al proceso datos derivados de una percepción sensorial inmediata de los acontecimientos, sino lo que informa al Tribunal es una versión que de los mismos ha obtenido de manifestaciones o confidencias de terceros, sin que él haya presenciado lo que relata o incorpora al procedimiento”*<sup>9</sup>.

Por su lado, la ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 710, hace una escueta mención al testimonio de referencia, y es en esta misma donde se desglosan sus notas distintivas, puesto que, a pesar de no recoger una definición como tal, del mismo precepto se desprende, que se entenderán “de referencia” aquellos testimonios en los que la información conocida provenga de una fuente distinta, que no es, por tanto, el propio testigo a través de sus sentidos, y es esa fuente originaria la que se debe identificar:

*“Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren **de referencia**, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado.”*

Poco más prevé nuestra LECrim acerca de dichos testigos, la última alusión acerca de estos que la ley realiza es la citada por el artículo 813, recogiendo un supuesto en el que no es válida la prueba testifical de referencia: *“No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra”*.

<sup>9</sup> JAVIER MUÑOZ CUESTA “Repertorio de jurisprudencia Aranzadi N° 17”, 2008, págs. 15-18, Necesidad de un uso restrictivo por los Tribunales y posibilidad de su rechazo antes del juicio oral.

Debido a la poca regulación legal existente acerca de los testigos de referencia, se presenta necesario acudir a lo dispuesto por la jurisprudencia sobre dicha figura, así observamos como existen sentencias del TS que se encargan de encuadrar las notas características en cuestión:

En este aspecto se pronuncia la STS 3044/2016 de 21 de junio, cuyo Ponente el Magistrado Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, que a su vez alude a otras sentencias que refieren un contenido similar, exponiendo:

*“En este punto debemos recordar que las SSTS. 673/2007 de 19.1 , 775/2012 de 17.10 , 1610/2012 de 21.12 , tienen declarado que aun cuando el testigo, es siempre una persona física ajena al proceso que proporciona datos sobre acontecimientos relevantes para la investigación en su momento y para formar su convicción definitiva en el acto del juicio oral, nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del **testigo de referencia**, al referirse al mismo el art. 710 LECrim., siendo éste **la persona que no proporciona datos objetivos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas.**”*

Tras analizar las notas distintivas de la figura del testigo de referencia en el proceso penal, a través de la definición del autor Muñoz Cuesta, la LECrim y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podemos conformar que, en primer lugar, es testigo aquel que tiene noticia de los hechos delictivos, este puede presenciarlos directamente, hablaríamos en este caso de testigo directo, o bien conocer la versión de lo sucedido a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas, es decir cuenta lo que a su vez le han contado o lo que ha oído, en este último caso estaríamos ante un testigo de referencia.

Llegados a este punto, nos surge la pregunta de en qué supuestos es posible acudir a este tipo de testimonio.

Como tuvimos ocasión de observar, la regulación sobre los testigos de referencia en la Ley es bastante parca, es por ello que para resolver esta cuestión se presta necesario acudir a jurisprudencia del TS y TC:

La reciente STS 597/2017 de 24 julio, en la que ha sido ponente el Excmo. Sr. D.

Alberto Jorge Barreiro viene a pronunciarse sobre este asunto de manera muy completa, haciendo alusión a jurisprudencia del TC y del TEDH, en la que podemos apoyarnos para responder la cuestión suscitada:

*“Y en cuanto a los testigos de referencia , tiene declarado el Tribunal Constitucional que ” constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundamentar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia (por todas, STC 217/1989 ), pero la prueba testifical indirecta **no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa**, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, **pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos”** ( SSTC 217/1989 , 303/1993 , 79/1994 , 35/1995 , 131/1997 , 7/1999 y 97/1999 ). (...)*

*Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **que ha declarado como contraria** a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio de Protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales la **sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral** (entre otras, Delta contra Francia, de 19-12-1990 ; Isgró contra Italia, de 19-2-1991 ; Asch contra Austria, de 26-4-1991 ; en particular sobre declaración de testigos anónimos, Windisch contra Austria, de 27-9-1990 y Ludi contra Suiza, de 15-6-1992 ).*

*Esta Sala de Casación tiene establecido que los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen sólo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y, en consecuencia, **subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar.**”*

Del mismo modo en junio del mismo año, el TS, en Sentencia 415/2017 de 8 de junio cuyo Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca aclara nuevamente: *“En la STC 41/2003, se reitera que el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de **imposibilidad real y efectiva de***

***obtener la declaración del testigo directo y principal”***

Asimismo, el TC en sentencia 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»"(...)La problemática de esta clase de prueba presenta en estos casos particularidades relevantes. El punto de partida, generalmente admitido, según el cual el testigo de referencia no puede sustituir al testigo directo cuando sea posible el interrogatorio de éste”*

Observamos en la jurisprudencia mencionada que para hacer uso del testimonio de referencia, es necesario que no pueda disponerse en el acto del juicio oral del testigo directo, por lo que parece claro entender que siempre que sea posible acudir al testimonio de un testigo principal, el testigo de referencia pasará a un segundo plano.

Por ello, podemos afirmar que el recurso al testigo de referencia es subsidiario en aquellas situaciones excepcionales en lo que existe un supuesto imposibilidad de obtener la declaración del testigo directo, por ejemplo cuando la víctima y único testigo de los hechos ha fallecido antes de la celebración del juicio<sup>10</sup>.

Así ha sido expuesto por palabras del TC en STC 117/2007, de 21 de mayo:

*“El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por tanto, a aquellas situaciones excepcionales de **imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal**, lo que se ha apreciado en aquellos casos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resultaba resulta extraordinariamente dificultosa (por todas, STC 146/2003, de 14 de julio, FJ 6)*

<sup>10</sup> RAMÓN SANZ DE LA CAL “Testigos de referencia”,  
<http://ramonsanzdelacal.blogspot.com.es/2014/03/testigo-de-referencia.html>

Esto quedaba ya reflejado incluso en sentencias primitivas como la STC 79/1994 de Tribunal Constitucional, Sala 1ª, 14 de Marzo de 1994:

*“Como se señalaba en la STC 217/1989, la declaración del testigo de referencia no puede sustituir la del testigo principal; antes al contrario, cuando existan testigos presenciales, el órgano judicial debe oírlos directamente, en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia. Por lo tanto, la necesidad de favorecer la inmediación, como principio rector del proceso en la obtención de las pruebas impone inexcusablemente que el recurso al testimonio referencial quede limitado a aquellas situaciones excepcionales de **imposibilidad real y efectiva** de obtener la declaración del testigo directo o principal.”*

O como igualmente se manifiesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Entre otras, la STS 701/2004, de 21 de mayo, en la que su ponente Don Francisco Monterde refiere que:

*“La doctrina constitucional ha admitido la posibilidad de que la prueba testifical indirecta sustituya excepcionalmente a la directa, con la posibilidad de que su valor probatorio sea apreciado por el Tribunal, cuando se acredite **la imposibilidad material** de que comparezca en el juicio oral el testigo presencial. (...)*

*Habiéndose constatado que 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 compareciera en el juicio oral el testigo presencial, el recurso presentado por afectación del derecho constitucional a la celebración de un proceso con todas las garantías, utilizando los medios de prueba pertinentes, ha de ser estimado”,*

O más recientemente, la ya mencionada en epígrafes anteriores STS 129/2009, de 10 de febrero, Pte: Adolfo Prego de Oliver Tolivar precisando que *“en todo caso esa **imposibilidad** de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material”.*

En el siguiente epígrafe procederemos a valorar con mayor detenimiento la verdadera validez probatoria del testimonio de referencia, en especial en lo que se refiere a los supuestos de violencia de género, por ser el tema que nos ocupa.

No obstante, respecto de lo visto hasta entonces, podemos concluir estableciendo que una vez indagada la jurisprudencia del TS y el TC, dada la breve regulación legal existente que venimos advirtiendo desde el principio, parece no existir duda alguna, puesto que la jurisprudencia resulta ser unánime, al entender que si bien es cierto que la testifical de referencia o indirecta existe y es válida en nuestro Ordenamiento Jurídico, solo será posible acudir a ella en aquellos supuestos en los que exista imposibilidad real de acudir al testigo directo, siendo esto un requisito indispensable para su práctica en el juicio oral. Por lo que podemos entender que su uso es en todo caso subsidiario al del testigo directo.



### **3.4. VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO PRESTADO POR UN TESTIGO DE REFERENCIA.**

Una vez ahondado en el concepto de testigo de referencia, según la LECrim y la jurisprudencia, así como en el uso que debe hacerse de este tipo de testigos en los procesos penales, la siguiente cuestión que se nos plantea, en función del caso práctico objeto de este trabajo, es **la validez probatoria del testimonio** prestado por estos.

Pudimos concluir en el epígrafe anterior determinando que son evidentes las carencias y limitaciones probatorias del testimonio indirecto o de referencia, y que por ello, la jurisprudencia se ha pronunciado determinando que el testimonio de los testigos de referencia será superfluo cuando pudieran ser traídos a juicio los testigos directos de los hechos correspondientes. De este modo, ya se pone en entredicho su valor probatorio, puesto que siempre que no concurra imposibilidad de acudir a juicio por parte del testigo directo, no será necesario hacer uso del testimonio de un testigo de referencia.

Sin embargo, lo que ahora nos cuestionamos es que ocurre en aquellos supuestos en los que el testigo directo si puede comparecer al acto del juicio oral, es decir, no existe ninguna de las imposibilidades reales o efectivas mencionadas en las sentencias del apartado precedente, pero por el contrario este no quiere declarar, acogiéndose a la dispensa del artículo 416 LECrim.

Como tuvimos ocasión de ver, la regulación legal existente acerca de los testigos de referencia es prácticamente inexistente, y es por ello, que para determinar el valor probatorio de esta prueba en el supuesto mencionado, será preciso acudir a la jurisprudencia existente acerca de esta figura.

Sobre este tema, la jurisprudencia ha ido evolucionando de manera considerable, no siendo siempre unánime, existiendo así, sentencias que otorgan distinto valor a dicha prueba testifical.



De este modo, distinguimos entre aquellas resoluciones que se posicionan a favor de la validez probatoria del testimonio de referencia, entendiendo que esta es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del investigado. Por el contrario, existen sentencias en las que los tribunales se muestran bastante reacios a tener en consideración dicha prueba testifical, y más aún cuando existen otras pruebas en las que fundamentar la comisión o no del hecho delictivo.

En este punto, vamos a proceder a distinguir ambas posturas a través de los pronunciamientos de nuestros tribunales:

- **A favor de la validez probatoria del testimonio de referencia.**

Encontramos varias sentencias, que a pesar de tratarse de jurisprudencia menor, son un claro ejemplo del posicionamiento a favor de la primera postura que adelantábamos, recalcando la validez probatoria del testigo indirecto.

De este modo, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el PA 62/2015 resuelve en Sentencia 246/2016 de 28 de junio, remitiéndonos a su vez a dos sentencias del Tribunal Supremo que sostienen la base de su pronunciamiento, recalcando la validez probatoria del testimonio de referencia:

*“Esta clase de prueba no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, no siempre es posible obtener la prueba original y directa. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo (STS de 12 de julio de 1996 y STS de 10 de febrero de 1997). Concurriendo dicha imposibilidad el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria, ...”*

En el mismo sentido, y entrando más de lleno en el tema que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Cáceres en Sentencia 64/2005 de 9 de mayo de 2005 determino claramente la validez probatoria del testimonio de referencia en los supuestos en los que existe ejercicio de la dispensa del 416 LECrim:

*“¿Constituye el supuesto del artículo 416 uno de los casos en que, a falta de prueba testifical directa se pueda acudir al testimonio de referencia como prueba susceptible de desvirtuar por sí sola la presunción de inocencia? A juicio de esta Sala sí. Si fraude de Ley sería, como hemos visto, acudir a las declaraciones sumariales ante el ejercicio por parte del testigo de su derecho a no declarar contra determinada persona en razón al vínculo que le une con ella, no menor fraude de ley sería utilizar el ejercicio de ese derecho para convertir por vía de hecho a un delito público perseguible de oficio en el que el perdón del ofendido no es causa de extinción de la responsabilidad criminal (como son las lesiones del artículo 153 C.P.) en una especie de delito estrictamente privado en el que dicho perdón sí sería eficaz para extinguir la responsabilidad penal; máxime cuando normalmente no sabemos si esa renuncia a declarar es libre o ha sido impuesta prevaleándose de la propia relación justifica que el derecho a no declarar. Por ello, la falta de voluntaria declaración en el plenario debe entenderse como un supuesto de imposibilidad a los efectos de **considerar prueba suficiente el testimonio de referencia**, sin perjuicio de su valoración como toda testifical única.”*

De igual modo, esta posición ha sido sostenida por la jurisprudencia del TS, en sentencias como STS 821/2009 de 29 de junio cuyo ponente el Magistrado D. Adolfo Prego de Oliver Tolivar:

*“En el Juicio Oral el acusado hizo uso de su derecho a no declarar. La denunciante ejerció el suyo a no declarar contra su pareja de conformidad con el de la LECriminal, lo que impide considerar como elemento de prueba cualquier otra declaración anterior prestada por ella contra el acusado, como ya declaró esta Sala en Sentencia 129/2009 de 10 de febrero.*

*Dispuso sin embargo la Sala de instancia de otras pruebas de cargo: los testimonios de los Agentes de Policía, y de la médico que escucharon a la lesionada contar las agresiones de que en ambas ocasiones fue víctima, unidos a los informes médicos y forenses demostrativos de lesiones coincidentes con la narración escuchada por los testigos de referencia, momentos después de perpetrarse las agresiones.*

1. - *El valor del testimonio de referencia es ciertamente limitado por la naturaleza del hecho mismo sobre el que se testimonia: En efecto la percepción sensorial del testigo de referencia no alcanza al hecho sucedido, que no presencié, sino al hecho de su*

*afirmación o narración por parte del testigo directo. En el caso de ser aquél totalmente veraz lo único que puede, por sí solo, acreditar es la realidad y certeza de aquella narración en cuanto relato sucedido y realizado por alguien, no en cuanto al hecho mismo relatado. Pero ese relato, ciertamente hecho, por el testigo directo, cuando se une a datos objetivos que corroboran rigurosamente lo afirmado **por él testigo de referencia, puede constituir prueba bastante para asentar como cierto y verdadero el relato mismo.***

2. - *En este caso en las dos ocasiones la lesionada por si misma contó voluntariamente la agresión sufrida a quienes estaban con ella.*

*En la primera agresión, la médico que la atendió, y a los agentes de Policía que a petición de la doctora acudieron al centro de salud. No fue esta una declaración policial prestada en atestado, dando respuesta a preguntas de los agentes. Fue una espontánea narración que quiso voluntariamente hacer a los presentes -médico y agentes de Policía- que se limitaron a escuchar el relato que la lesionada estimó oportuno hacerles. No fue pues una declaración sino una narración que hizo por sí misma cuando, donde y ante quién quiso hacerla. **Los que la oyeron acudieron al Juicio Oral y testificaron contando lo que allí escucharon.** Por ello el posterior ejercicio por la lesionada de su derecho a no declarar en el Juicio Oral contra su pareja, que acarrea la imposibilidad de introducir en el proceso cualquier anterior declaración suya, conforme a la doctrina recogida en la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 2009, **no impide en este caso que los testigos de referencia cuenten como tales lo que la agredida les contó, comentó, narró y relató voluntariamente, por su iniciativa sin prestar una declaración policial o judicial en sentido propio.***  
(...)

3. - *En definitiva: los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, **pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquélla persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon;** y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, **constituye la prueba de cargo que justifica el hecho probado de la Sentencia de instancia.**”*

Por su parte, el Tribunal Constitucional en Sentencia 217/89 de 21 de diciembre estableció: "*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 -excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabras: art. 813 L.E.Crim., sino que se requiere que se haga constar tal circunstancia, por lo que exige precisar el origen de la noticia en virtud de la cual comparece en el proceso.(...) 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*".

Se puede deducir de la lectura de las anteriores sentencias, que las bases en las que se fundamenta la validez probatoria de los testigos de referencia en estos supuestos, son dos:

Por un lado, que nuestro ordenamiento reconoce, en la ley procesal penal, el testigo de referencia como un medio probatorio válido y eficaz. Esto es, lo que al parecer, sustenta que los tribunales le den la misma validez probatoria, que al resto de medios de prueba, hasta el punto de que esta pueda llegar a ser prueba de cargo suficiente para fundamentar una posible condena.

Por otro lado, la citada jurisprudencia defiende que la negativa a declarar del testigo directo, con base en el artículo 416 LECrim, es un supuesto de verdadera imposibilidad real y efectiva de acceso al testigo que presencié directamente el hecho delictivo. Esta imposibilidad puede ser suplida a través de la figura que representa el testigo indirecto, que ha oído de quien no puede, o en este caso quiere, declarar sobre su versión, ya expuesta en otras fases del procedimiento, es decir, se sostiene que el testigo indirecto es el medio para traer al juicio oral el testimonio que se prestó en el momento procesal correspondiente, y que ahora, no va a ser reiterado como consecuencia de la dispensa existente para ello en la ley. En resumen, según este posicionamiento, la solución para paliar la imposibilidad de conocer el testimonio que algún día se vertió en el proceso, y que ahora no se va a reproducir por el propio testigo directo, es el testigo de referencia.

Esta última vertiente de la teoría que se posiciona a favor de la validez probatoria, muestra una estrecha relación con la idea que se ha presentado en epígrafes anteriores acerca de la posibilidad de traer al juicio oral las declaraciones del testigo efectuadas en fase sumarial, es decir, aquellas que se efectuaron en fase policial y de instrucción, a través de la aplicación del artículo 730 LECrim. Entendemos que tanto el testigo de referencia, como el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son vías para acceder a los testimonios anteriores del testigo directo, cuando este no procede a declarar en el acto del juicio oral. Como ya advertimos en su momento, existen pronunciamientos a favor y en contra de esta posibilidad.

No obstante, alejándonos de esta idea, terminamos por concluir en el mencionado apartado considerando que no era posible, en los supuestos de aplicación del artículo 416 LECrim, es decir aquellos en los que el testigo se acoge a su facultad o derecho a no declarar, porque así la ley le abre la posibilidad para ello, introducir mediante su lectura en el juicio oral, las declaraciones anteriores del testigo, puesto que estas, no son actos de prueba como tales, sino por el contrario, actos de investigación, y que por ello no pueden ser valorados, de este modo, por el Tribunal sentenciador.

Podemos traer a colación para mantener nuestra postura la Sentencia Penal Nº 304/2013, Audiencia Provincial de Tarragona, de 7 de Junio de 2013 que siguiendo la doctrina del TS dispone lo siguiente:

*“Esta línea ha sido la seguida por el Tribunal Supremo, que en su sentencia 95/10, de 12 de Febrero , con cita de la sentencia 129/09 , recoge la siguiente doctrina: '(...) Según resulta de nuestra Sentencia 129/2009 , las declaraciones sumariales de la víctima, que se acoge en el acto del plenario al derecho a no declarar contra sus parientes (entre ellos, su cónyuge), no pueden ser 'reintroducidas', mediante su lectura en el juicio oral, para hacerlas ingresar válidamente en el proceso, y ser, en consecuencia, valoradas por el Tribunal sentenciador. Dicha sentencia sienta la doctrina, posteriormente seguida por otras resoluciones de este Tribunal Supremo, de que **la víctima es libre de mantener o no, sus declaraciones anteriores**, y si no lo hace, ni existe una situación de imposibilidad de declarar (ex art. 730), ni de contradicción (ex art. 714) con lo ya declarado, por lo que no es posible la 'reintroducción en el plenario' por esa vía indirecta.”*

Por todo lo expuesto, podemos dejar entre ver cuál es la postura doctrinal que venimos a defender en este trabajo y que a continuación vamos a proceder a argumentar de manera más extensa a través de la jurisprudencia.

- **En contra de la validez probatoria del testigo de referencia.**

Como ya advertimos existe un número mayor y reciente de jurisprudencia, de cuya lectura se desprende que la dispensa del artículo 416 LECrim no es en sí misma, un caso de imposibilidad de declarar por parte del testigo directo, a los que ya en su momento hicimos mención, sino que por el contrario, el testigo puede acudir al acto del juicio oral, pero voluntariamente, y con base en el derecho que le asiste por los motivos lógicos que ya expusimos en epígrafes anteriores, y acogerse a la dispensa y no declarar.

La sentencia, ya traída a colación en el trabajo, STS 129/2009 de 10 de febrero, curiosamente del mismo magistrado ponente que sostiene la postura contraria que más arriba comentábamos, el Sr. Prego de Oliver y Tolivar, resuelve, en el mismo año pero meses antes lo siguiente:

*“Los testigos de referencia como hemos dicho en la citada Sentencia de 27 de enero de 2009 no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECrim tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quién se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción.*

*Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo*



*directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.*

*Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal.*

*En todo caso esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material, algo que no concurre en el caso presente; la testigo directa compareció, pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar contra su padre. Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la LECrim. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia.”*

La ya mencionada STS 597/2017 de 24 julio, ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro viene a pronunciarse sobre este asunto de la siguiente manera:

*“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 referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, 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( SSTC 209/2001 , 155/2002 , 219/2002 y 146/2003 )(...)*

*Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECrim., tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquel a quien se oyó equivaldría a privilegiar una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su*

*identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical.”*

Asimismo, la también citada STS 3044/2016 de 21 de en la que su Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la torre viene a exponer a favor de esta postura:

*“La doctrina relativa a la posibilidad de su valoración reconoce su **insuficiencia como prueba de cargo cuando es única**. La STC nº 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»". (...)*

*En definitiva las manifestaciones que en su día realizó la víctima o testigo directo de los hechos objeto de acusación deber ser necesariamente objeto de contradicción por el acusado, por su letrado en el interrogatorio del juicio oral, y por ello no se puede admitir que el principio de inmediación permite sustituir un testigo directo por otro de referencia. Tal como se afirma en la STC. 209/2001 de 22.10 y 155/2002 de 22.7 , incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de **inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad** ( STC 97/1999, de 31 de mayo ). (...)*

*Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr tienen así una **limitada eficacia demostrativa** respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quién se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por ello el **valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo**, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical. **Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo***



*un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal. (...)*

*Llegados a este punto se puede concluir que la declaración de los testigos de referencia por sí sola únicamente puede aportar algún tipo de ciencia en cuanto a lo que estos testigos observaron personalmente, pero carece de aptitud para acreditar que lo manifestado por la supuesta víctima en el momento en que acudieron a su auxilio sea realmente veraz, por lo que en base al solo testimonio referencial no podría reconstruirse válidamente el hecho histórico, si este constituyera la única prueba de cargo de la conducta criminal. (...)*

Es interesante traer a colación la Sentencia Penal N° 415/2017 del Tribunal Supremo de 08 de Junio de 2017, siendo Ponente el Magistrado Don Miguel Colmenero Menéndez De Luarca. Esta Sentencia en uno de sus fundamentos, concretamente el quinto, nos remite a jurisprudencia europea, resumiendo que de todas las sentencias que se mencionan, se desprende que la postura adoptada por el TEDH, es en todo caso relictante en cuanto a los testimonios de referencia como medio de prueba en el que se puede fundamentar una condena:

*“Acerca de la validez de los testimonios de referencia como prueba de cargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado una postura de especial prudencia en relación con la idoneidad de las declaraciones de referencia como elemento probatorio suficiente para fundamentar una condena penal, en la medida en que significan siempre una limitación de la posibilidad plena de defensa contradictoria ( SSTEDH 19 de diciembre de 1990, caso Delta c. Francia, § 37 ; 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 35 ; 26 de abril de 1991, caso Asch c. Austria , § 28; 28 de agosto de 1992, caso Artner c. Austria , §§ 22-24 ; y 14 de diciembre de 1999, caso A.M . c. Italia, § 25).”*

Por último consideramos necesario aludir a la reciente STS 4073/2017 de 15 de noviembre, en la que es ponente, el Sr. Magistrado Luciano Varela Castro. Esta sentencia es interesante en tanto que, además de ser la doctrina que se mantiene a día de hoy por el TS, puesto que es de hace apenas unos meses, hace mención a otras sentencias del TC y

TS, algunas incluso ya traídas a colación a lo largo de este dictamen, que permiten observar la cautela con la que ambos tribunales tratan al cuestionado medio de prueba. Todo esto se refleja en su fundamento de derecho tercero, que viene a decir de manera muy completa lo siguiente:

*“En cuanto a la validez y utilizabilidad del testimonio de referencia para justificar una condena en el proceso penal la STS 196/2017 de 24 de marzo lleva a cabo una prolija exposición de la doctrina del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional (Cfr. Sentencias 217/1989 , 303/1993 , 79/1994 , 35/1995 ha establecido que la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la Jurisdicción Penal puedan tener en consideración en orden a fundar su condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, pero también ha señalado que no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral . También ha advertido que el testigo de referencia tiene **«un valor probatorio disminuido»** y ha señalado, entre otras, en la STC nº 68/2002, de 21 de marzo , citando la STC 303/1993 , que aquel valor ..... **no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia**». Y en la Sentencia 263/2005, de 25 de octubre recuerda el Tribunal Constitucional la doctrina sobre el testimonio de referencia y declara que puede constituir uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria, si bien se trata de **un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia**. Advierte el TC de la **limitación de las garantías de inmediatez y contradicción en la práctica de la prueba que su utilización comporta** ( STC 97/1999, de 31 de mayo , FJ 6; SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta, § 36 ; de 19 de febrero de 1991, caso Isgrò, § 34 ; y de 21 de abril de 1991, caso Ach , § 27). Pues de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia **implica la elusión de la garantía constitucional de inmediatez de la prueba al impedir que el Juez que ha dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad** ( STC 97/1999, de 31 de mayo , FJ 6; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre , FJ 5 ; 79/1994, de 14 de marzo , FJ 4 ; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3 ; 7/1999, de 8 de febrero , FJ 2). De otro,*

*supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio , que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (específicamente STC 131/199, de 15 de julio, FJ 4; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero , FJ 2 ; 97/1999, de 31 de mayo , FJ 6) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo ( STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta , §§ 36 y 37). Impone la doctrina constitucional que **ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal** ( SSTC 79/1994, de 14 de marzo ; 68/2002, de 21 de marzo ; 155/2002, de 22 de julio ; y 219/2002, de 25 de noviembre ). También en nuestra STS nº 371/2014, de 7 de mayo. Esta Sala también ha declarado que no puede desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de **imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral** y que tiene «un valor probatorio disminuido» y ha señalado, sin que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido, por su parte, que es contrario al Convenio, artículo 6, 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 Isgro contra Italia, 10 de febrero de 1991). Admitido el testimonio de referencia en tan restringidas hipótesis conforme al artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tal posibilidad se ha admitido con algunas reservas derivadas de su propia naturaleza, pues el recurso al testigo de referencia imposibilita a la defensa el interrogatorio directo al testigo que presencié los hechos e impide al Tribunal la inmediación sobre la declaración de éste ( Sentencia de esta Sala 144/2014, de 12 de febrero ). Por tal motivo se dice que **el valor del testimonio de referencia es el de prueba «complementaria», que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de prueba «subsidiaria», a considerar solamente cuando es imposible acudir al testigo directo por desconocerse su identidad, haber fallecido o cualquier otra circunstancia análoga que haga imposible su declaración testifical** ( STS núm. 129/2009, de 10 de febrero ; 757/2015, de 30 de noviembre ).*

*Si, como dijimos en el anterior fundamento jurídico, la negación a declarar bajo el amparo del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , **no es equiparable a la imposibilidad que abre la vía del artículo 730, tampoco puede equipararse a la imposibilidad a que se refiere la doctrina que acabamos de exponer sobre el veto al testigo de referencia cuando no concurre la imposibilidad de que declare quien hizo las referencias.** En la citada STS nº 703/2014 nos preguntamos si cabe introducir manifestaciones previas del pariente que hace uso de su derecho a no declarar, a través de testimonios de referencia. Y se dijo en el caso allí juzgado que «los testigos de referencia no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste». Aquí, como allí, prescindiendo de la referencia que al testigo hizo la víctima, tampoco cabe construir inferencias fácticas razonables, lógicas y conclusivas si se prescinde de lo que la víctima refirió.»*

Tras examinar toda la jurisprudencia que se ha puesto de manifiesto en este epígrafe en concreto, por ser a nuestro juicio la más ilustrativa sobre la cuestión jurídica objeto de análisis, y a lo largo del trabajo en general, podemos concluir determinando varias cuestiones:

Por un lado, que el valor que se le otorga como prueba al testigo de referencia, es el de prueba complementaria, no pudiendo por si sola ser la base en la que se fundamente una condena.

Por otro lado, que a pesar de existir resoluciones en las que se ha reconocido que la dispensa del artículo 416 LECrim es un supuesto de imposibilidad de testimonio directo, la jurisprudencia reciente del TS se postula en contra de esta idea, entendiendo que de ninguna manera esa facultad reconocida por la Ley se entiende como imposibilidad real y efectiva de acudir al juicio oral, puesto que es en este mismo y estando presente en este donde el testigo hace uso de dicha dispensa.

Por todo lo anterior, el testigo de referencia no puede suplir en ningún caso el testimonio de la presunta víctima de violencia de género que voluntariamente se acoge a su derecho a no declarar, reconocido por Ley, puesto que en el caso contrario estaríamos ante un verdadero supuesto de fraude de Ley.

## **4. -CONCLUSIONES.**

### **Informe en el acto del juicio oral.**

En base al análisis de las cuestiones jurídicas efectuadas anteriormente y trasladadas al caso en concreto, se han elevado las conclusiones provisionales a definitivas solicitando la libre absolución de mi defendido, toda vez que la única prueba de cargo en la que basa el Ministerio Fiscal sus petición es, por un lado, la declaración del policía que escucho a mi cliente reconocer que había pegado a su esposa en el curso de una discusión mutua, y que además tomo declaración a la víctima en sede policial, escuchando por tanto el relato de hechos que esta efectuaba, y por otro lado, los informes médicos de esta última.

Por todo ello entendemos que la declaración prestada por el policía no puede ser considerada como la declaración de un testigo directo puesto que el mismo no presenció los hechos. Por tanto, debemos entender que se trata de un testigo de referencia y es evidente que dicho testimonio no puede fundamentar una condena, toda vez que chocaría frontalmente con el derecho a no declarar, que como ya hemos analizado anteriormente, es un derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 de la CE y desarrollado en el art. 520 y 118 de la LECriminal, ya que en el supuesto de que se admitiera como prueba de cargo los testigos de referencia en relación a la posible declaración efectuada espontáneamente en sede policial por una persona a quien se imputa la comisión de un delito, haría totalmente ineficaz dicho derecho fundamental, por tanto está claro que la declaración testifical acerca de lo manifestado o no por mi cliente no puede ser tenida en cuenta por el Juez de lo Penal para desvirtuar por si sola la presunción de inocencia que ampara a mi defendido.

Por otro lado, y en relación a la validez de la declaración prestada por dicho policía en relación a lo manifestado por la víctima, estamos ante el mismo supuesto anterior, también se trata de un testigo de referencia, en este caso de la declaración prestada por la propia víctima, y entender que ello pudiera servir para fundamentar una condena no sería más que acudir nuevamente a la utilización de un fraude procesal, toda vez que el testigo

de referencia única y exclusivamente puede operar en los supuestos en los que no exista un testigo directo o bien que le sea imposible a este, asistir al acto del juicio oral. Está claro que en este supuesto, si tenemos un testigo directo, la propia víctima, que si ha comparecido al acto del juicio oral y se ha acogido a la dispensa de declarar que le permite el artículo 416 de la LECriminal. Por tanto, y dando validez a la declaración del testigo de referencia, nuevamente incurriríamos en fraude procesal.

Por todo ello, entendemos que única y exclusivamente nos quedan los informes médicos de la víctima y analizados los mismos solo reflejan la existencia de una serie de lesiones que presenta la victima pero sin que en ningún momento quede acreditado que las mismas hayan sido ocasionadas por mi cliente, y ni siquiera la fecha en que se hayan podido producir, por lo que difícilmente por si solas pueden fundamentar una sentencia condenatoria.

En base a todo lo anterior, reiteramos nuevamente nuestra solicitud de que se dicte una sentencia absolutoria para mi defendido, con todos los pronunciamientos favorables.



## 5.- BIBLIOGRAFIA Y FUENTES.

### I. Manuales y libros de consulta:

José Martínez Jiménez “Derecho Procesal Penal”. Edición TECNOS 2015.

Montero Aroca Juan y otros, Derecho Jurisdiccional, III, Proceso Penal, Librería Bosch, Barcelona, 1991.

### II. Artículos doctrinales:

RUBY SIBONY, M<sup>a</sup> ÁNGELES SERRANO OCHOA Y OLGA REINA. “La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género”. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales>.

RAFAEL ALCALÁ PÉREZ-FLORES. Magistrado. Asesor de la Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia “La dispensa del deber de declarar de la víctima de violencia de género: interpretación jurisprudencial” III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

RAMÓN SANZ DE LA CAL

“Testigos de referencia”, <http://ramonsanzdelacal.blogspot.com.es/2014/03/testigo-de-referencia.html>

### III. Páginas Webs Oficiales consultadas:

[www.boe.es](http://www.boe.es)

<http://www.poderjudicial.es>.

### IV. Buscadores de jurisprudencia:

CENDOJ. Centro de documentación judicial.

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

[www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)

[laleydigital.laley.es](http://laleydigital.laley.es)



