

El testimonio único de quien afirma ser víctima desde la perspectiva de género

José Luis Ramírez Ortiz

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona

1. La utilidad de una herramienta analítica

La desigualdad entre hombres y mujeres dentro de la organización política constituye un problema estructural de raíces históricas que se encuentra en la base de conflictos de diversa tipología y se refleja en ámbitos muy heterogéneos. Dicha desigualdad es fruto tanto de unas condiciones materiales concretas como de la representación constitutiva y legitimadora del orden social, que obedece a tales condiciones, que asigna roles específicos a unas y a otros. La asunción, aun tácita, de esos roles sirve para salvaguardar la integridad de ese orden desigual y a perpetuar su subsistencia. Por ello, en el análisis de la realidad es esencial introducir una herramienta conceptual que parta de la conciencia de la situación histórica y presente en que se desenvuelve la mujer en el sistema.

La categoría es el género, que define el Convenio del Consejo de Europa sobre



prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica o Convenio de Estambul (2011) como los *“papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”*. El instrumento, la perspectiva de género, que se presenta como criterio para analizar y comprender lo social y sus instituciones.

En el ámbito de lo jurídico la perspectiva de género puede servir para desvelar, para poner al descubierto, aquéllas reglas del derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación, con el propósito de derogarlas y sustituirlas por otras. Su proyección sobre la vertiente penal exige requiere de algún complemento, pues no se trata de una rama del derecho tendencialmente orientada a la transformación o el cambio social, ya que su función primordial es la de *mantener a raya* los excesos punitivos del Estado, al menos en los ordenamientos

constitucionales. Como éstos parten de un principio de sana desconfianza hacia el ejercicio del poder penal por los sujetos institucionales públicos, en tanto que proclives al abuso y a la arbitrariedad, articulan diversos mecanismos para prevenir, corregir y sancionar dichos excesos. Esos mecanismos cristalizan en un amplio elenco de garantías penales, procesales y sustantivas cuya función central es la preservación de la libertad del ciudadano. En consecuencia, **aun cuando, indudablemente, quepa extraer rendimientos fructíferos de la perspectiva de género en el análisis e interpretación de la ley penal y de sus instituciones, nunca ha de perderse de vista la función última de límite del poder público de esta rama del derecho estatal.**

En lo que sigue, me centraré en un único aspecto: qué puede aportar esta perspectiva, si es que puede aportar algo, al problema del testimonio único. No abordaré, por tanto, ni la utilidad de la herramienta conceptual en la creación e interpretación de la norma sustantiva, tanto desde la óptica mujer-víctima como desde el prisma mujer-encausada, ni su funcionalidad en el ámbito asistencial (v.gr. derechos prestacionales de quienes afirman ser víctimas), ni en todo el espectro procesal (v.gr. evitación de victimizaciones secundarias, medidas cautelares, ejecución de la pena, etc).

2. Prueba legal y libre valoración probatoria: algunos equívocos

Suele decirse que la regla *“testis unus testis nullus”* (testigo único, testigo nulo), con arreglo a la cual el testimonio de una sola persona era insuficiente para

condenar a alguien como autor de un hecho delictivo, constituye un residuo del derecho histórico vinculado a los sistemas de prueba legal o tasada. La norma recorre el derecho romano, atraviesa las distintas tradiciones religiosas, se recibe en el derecho medieval y sigue desplegando sus efectos en el Estado moderno prácticamente hasta el siglo XVIII. Ecos de ella pueden verse en el Código de Justiniano (4, 20, 9), en texto bíblico (vid, entre otros, Deuteronomio, 19, 15, y Evangelio de San Mateo, 18, 16), y en Las Partidas de Alfonso X. Desde esta perspectiva, se trataría de la regla propia de un derecho antiguo, periclitado, a superar por la modernidad.

Sin embargo, como ha puesto de relieve Sancinetti,

la consideración de que el testigo único era probatoriamente insuficiente para la justificación de un hecho delictivo fue también compartida por un movimiento tan revolucionario y racionalista como la Ilustración.

Y así, autores como Beccaria, Montesquieu o Filangieri se expresaron con toda claridad. En su innovador opúsculo *“De los delitos y las penas”* escribió *“Siempre es necesario más de un testigo, porque en tanto que uno afirma y otro niega no hay nada cierto, y prevalece el derecho que cada cual tiene a ser creído inocente”*.

La Ilustración promovió un sistema de valoración probatoria racional, próximo al de libre apreciación con matizaciones, que responden a razones epistemológicas. Frente al modelo que atribuía a cada prueba un valor fijo o predeterminado, de manera que el juez se limitaba a hacer operaciones aritméticas sumando y restando pruebas para llegar a una

conclusión, con independencia de su convicción, se fue abriendo paso otro modelo que debía desterrar, en palabras de Bentham *“las reglas que colocan al juez en la necesidad de pronunciar una sentencia contra su propia convicción”*. Ahora bien, la convicción no se consideró como la intuición o corazonada sobre lo sucedido, sino como el producto de una actividad probatoria racional. Y ello exigía no perder de vista ciertas aportaciones epistémicas tales como el valor de la corroboración. Pagano, en *“Principios del Código Penal”*, lo traslada con lucidez a la cuestión que nos ocupa: *“Es menester que los testimonios sean dos por lo menos, para establecer la prueba suficiente para imponer una pena al acusado...la razón de ese precepto no es la que aduce Montesquieu, o sea que un testigo único no hace prueba porque su dicho está contrabalanceado por el del acusado...pues el acusado que niega está compensado con el acusador que afirma, y el dicho de uno es destruido por el del otro. La duda del juez debe resolverse mediante los testimonios”*. Y se pregunta: *“¿por qué se requiere en los testimonios siempre el número plural”*, para responder: *“La verdad es como la luz, que centellea en el contraste de dos cuerpos que se topan recíprocamente. ¿Qué otro medio más seguro hay para conocer la verdad o falsedad de un dicho que confrontarlo con el de otro testigo?...La confrontación es la piedra fundamental de la verdad, y donde el sistema de pruebas criminales desconoce esta confrontación, es el azar más que la verdad lo que dirige las sentencias de los jueces”*.

La codificación optó por derogar la mayor parte de las reglas legales de valoración probatoria, con la finalidad de dejar el más amplio espacio posible a la libertad de apreciación del juez, lo que, indudablemente, constituía un avance. Pero al hacerlo indiferenciadamente, sin distinguir entre pruebas legales positivas y pruebas legales negativas, acabó desactivando un entramado de reglas que venían desempeñando en la práctica un valioso papel de garantía procesal frente a la arbitrariedad y el decisionismo. Como ha puesto de relieve Ferrajoli, si bien fue un avance partir de la base de que ninguna prueba legalmente predeterminada podía ser considerada suficiente por sí sola para garantizar la verdad de la conclusión en contraste con la libre convicción del juez, no lo fue el aceptar también que la libre convicción podía ser considerada por sí sola suficiente a tal fin. Las pruebas legales negativas constituían una garantía contra la convicción errónea o arbitraria de la culpabilidad, asegurando normativamente la necesidad de la prueba y la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. El propio Pagano aclaró: *“...la ley no le ordena al juez que condene al acusado con dos testigos, sino que sólo se lo permite. Con sólo uno no puede condenarlo, pero con dos pueden también absolverlo.”*

Lamentablemente, con ello, la **“libre valoración”** dejó el paso expedito a la **“íntima convicción”**, lo que se tradujo en irracionalidad e intuicionismo. Y lo cierto, es que esa consecuencia no era ni siquiera normativamente obligada, pues de la derogación de las pruebas legales negativas no se seguía necesariamente la posibilidad de que el testimonio único fuera probatoriamente suficiente.

3. El testimonio único ante la presunción de inocencia

En línea con el “*espíritu*” codificador decimonónico la Lecrim, sustentada en el principio de libre valoración probatoria (artículo 741 Lecrim), no excluye expresamente el valor acreditativo del testimonio único como prueba que legitima una condena. De este modo, la Sala II del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo desde antiguo que sobre la base de la declaración de un único testigo y, en concreto, de la declaración del testigo del que la acusación afirma que ha sido víctima de un delito, puede fundarse una sentencia condenatoria. De acuerdo con el paradigma de la “*íntima convicción*”, se decía que si el Tribunal, tras oír al testigo y al acusado, quedaba “*íntimamente convencido*” de la culpabilidad del segundo, por parecerle más creíble el primero, podía dar por acreditados los hechos objeto de acusación.

La aprobación del texto constitucional supuso la introducción del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) y, con ello, una modificación del entendimiento de ciertos tópicos probatorios que precisaban de una profunda actualización. Así, el principio “*in dubio pro reo*” dejaba de ser una simple regla moral de prudencia dirigida al juzgador, de quien se esperaba cierta magnanimidad, y se convertía no sólo en un derecho fundamental directamente exigible sino en el principio estructural del sistema procesal. En definitiva, si la culpabilidad no precede al proceso sino que es su consecuencia, antes de su finalización tiene la condición de mera hipótesis, de modo que no es que el inculpado-acusado haya de ser considerado como inocente, sino que lo es hasta el momento en que la hipótesis

quede acreditada en sentencia firme más allá de toda duda razonable.

Fruto de ello, había de estimarse definitivamente superada la vieja doctrina jurisprudencial que afirmaba que la facultad de apreciación de la prueba en conciencia no exigía explicación ni razonamiento, pues el juzgador de instancia gozaba de absoluta libertad a tal efecto (de libérrima y omnimoda, llegó a ser calificada). Y es que las exigencias motivadoras que impuso el artículo 120.3 CE se incorporaron al contenido constitucional de la presunción de inocencia, por serles inherente. Así lo afirmó la STC 145/05, de la que se sigue que para desvirtuar la presunción de inocencia no sólo es precisa la existencia de prueba de cargo, sino que dicha prueba ha de aparecer suficientemente razonada en sentencia, exigiendo del juzgador una explícita exposición de los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados.

Lo anterior tuvo reflejo directo en la apreciación probatoria del testimonio único. Hasta el punto de que la STS 217/2018 (ROJ 1743/2018, ponente Sr. Torres del Moral) ha acabado señalando que aunque “*...la palabra de un solo testigo puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva...la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego, sino que “Se hace imprescindible una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa en lo esencial en un testimonio ha de*

redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan”.

A tal efecto, desde finales de los años 80, la Sala II había venido fijando los parámetros desde los cuales debía valorarse la “credibilidad” del testimonio de las víctimas: la “ausencia de incredibilidad subjetiva”, la “verosimilitud” y la “persistencia en la incriminación”. En suma, desde entonces, y con alguna modificación terminológica en función del ponente, los ítems a valorar son los siguientes:

a) La credibilidad subjetiva de la víctima, que se acostumbra a constatar, además de por algunas características físicas o psíquicas singulares del testigo que pudieran debilitar su testimonio (minusvalías sensoriales o psíquicas, ceguera, sordera, trastorno o debilidad mental, edad infantil, etcétera), por la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones anteriores con el sujeto activo (odio, resentimiento, venganza o enemistad), o de otras razones (ánimo de proteger a un tercero o interés de cualquier índole que limite la aptitud de la declaración para generar certidumbre).

b) La verosimilitud del testimonio, ámbito en el que se consideraba fundamentalmente la coherencia interna del relato o la lógica o plausibilidad de la declaración, si bien en los últimos tiempos se aprecia un ensanchamiento del parámetro que pasa a catalogarse de “credibilidad objetiva” e incorpora, junto a la vertiente interna (verosimilitud), otra externa (los datos objetivos periféricos corroboradores o su ausencia); y,

c) La persistencia en la incriminación, donde se analizará la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones del testigo, la concreción en la declaración (sin vaguedades o ambigüedades) y la ausencia de contradicciones entre las distintas declaraciones.

La introducción jurisprudencial de dicho “test” obedeció a la conveniencia de marcar al aplicador una “hoja de ruta” para evitar el *pensamiento mágico* o decisionista. Con todo, un deficiente entendimiento de la función que desempeña este “test” dio lugar a que cierta jurisprudencia estimara que la concurrencia, en un caso concreto, de los tres parámetros (aun cuando no exista “corroboración periférica”) había de traducirse en el otorgamiento de la condición de prueba de cargo al testimonio, sin más. Del mismo modo, se ha venido entendido, también erróneamente, que la ausencia de alguno de esos elementos invalidaba el testimonio. Sin embargo, en principio, se trata de simples pautas para evaluar el grado de sinceridad del testigo y su fiabilidad, pautas que han de ponderarse con carácter previo a la entrada en el juicio crítico del contenido de la declaración, pero que no pueden sustituir a este. En definitiva, un testigo podría ser subjetivamente creíble (por no tener malas relaciones con el acusado), verosímil (en tanto su declaración fuera plausible o conforme a la lógica y a la experiencia) y persistente en sus manifestaciones (por haber mantenido siempre el mismo relato) y aun así, su testimonio podría no adecuarse a lo verdaderamente acontecido. Por el contrario, un testigo podría tener malas relaciones con el

acusado, o haber variado en algunos extremos su relato, y, no obstante, aportar hechos que se correspondieran con la realidad de lo acontecido por encontrar respaldo en otros datos probatorios.

Llegados a este punto, parece obvio que cabe concluir que **el “convencimiento personal” de quien enjuicia es insuficiente a los efectos que contempla el artículo 24.2 CE, pues la cuestión no es si los medios de prueba practicados persuaden al juzgador acerca de la culpabilidad de la persona acusada, sino si tienen aptitud para convencer a cualquier persona dotada de racionalidad, haya o no asistido al juicio.** Dicho en otras palabras: aquello que no es intersubjetivamente transmisible, controlable y compartible, carece de virtualidad epistémica.

La característica esencial del razonamiento, de la que el probatorio es un subtipo, es su universalidad. Las razones deben servir como justificación para cualquiera que pudiera colocarse en lugar del juzgador. Por ello, la convicción subjetiva de quien enjuicia jamás puede sustentar por sí sola la condena: si entiende que faltan pruebas suficientemente contundentes para desvirtuar la presunción de inocencia, pese a que en su fuero interno entienda más verosímil la hipótesis de la culpabilidad del acusado, ha de absolver, sin que sea lícito acudir a procedimientos que tiendan a sobrevalorar o infravalorar medios de prueba para ajustar la realidad probatoria a la convicción interior. En otros términos: las certezas subjetivas que pudiera tener el juzgador sobre lo que pudo ocurrir son irrelevantes, pues el plano psicológico, al que pertenece el convencimiento, no siempre coincide con el racional, en el que se enmarca la valoración probatoria. En un Estado Constitucional, las partes y el público en general tienen derecho a conocer las razones por las que una persona es o no declarada culpable de un hecho delictivo. Esas razones no pueden ser puramente subjetivas, no pueden consistir en la simple convicción personal del juzgador. De ser así, serían incontrolables. Admitiríamos la existencia de un poder exento de fiscalización. Han de ser intersubjetivamente asequibles, lo que sólo permite la valoración a través de los criterios de racionalidad arraigados culturalmente y exigibles constitucionalmente.

Si esto es así, **es preferible, en términos constitucionales, sustituir el empleo del término “credibilidad” del testigo** (aunque, efectivamente, pueda considerarse un avance en la doctrina de la Sala II respecto de la situación precedente la recepción del término “credibilidad objetiva”) **por el de “fiabilidad” del testimonio.**

Especialmente ilustrativa es la STS 18.12.17 (ROJ 4489/2017, ponente Sr. Varela Castro). Dicha resolución recuerda que la garantía de la presunción de inocencia exige someter a crítica la justificación expresada por la sentencia de condena a fin de constatar si la existencia de los medios probatorios permiten razonablemente (por su sentido incriminatorio) afirmar los enunciados de hechos

que son declarados probados. A tal fin, señala, la justificación de la conclusión probatoria *“ha de establecer los datos de procedencia externa aportados por medios cuya capacidad persuasoria sea tributaria de la credibilidad del medio de prueba directo y de la verosimilitud de lo informado”*. En concreto, tratándose de prueba directa (como la testifical) la valoración de la razonabilidad del crédito que se le confiere se encuentra ligada con la percepción inmediata del juzgador que preside la práctica de aquélla. Sin embargo, como sigue diciendo la citada resolución, ello *“no releva de la exigencia de que la impresión que así se produce en el receptor no deba revalidarse desde la perspectiva de criterios objetivos. Como tampoco sería admisible fundar la resolución en una especie de acto de fe incondicionado en la veracidad de la versión de quien se dice víctima, por repugnante que sea el hecho denunciado, la vulnerabilidad de aquélla o la frecuencia de este tipo de hechos”*. En ese sentido, se dice a continuación: *“Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba. Y, desde luego, de las insistencias externas al proceso, por numerosas e incluso comprensibles que puedan ser éstas. La racionalidad de la credibilidad otorgada al testigo, también cuando es la víctima, obliga a exponer las concretas razones por las que se pueden despejar las dudas que podían suscitar la presencia, e incluso*

la ausencia, de datos, susceptibles de ser alegados en descargo por la defensa del imputado. En particular en relación con el escenario o el objeto o cuerpo de la persona sobre la que recae la acción delictiva, al tiempo o después del hecho, cuando el delito sea de aquellos cuya ejecución es acompañada o seguida habitualmente de vestigios o huellas en aquellos lugares, objetos o cuerpos. Solamente así se podrá controlar si la certeza sobre la veracidad de las afirmaciones de los hechos de que parte la recurrida cumplen o no el canon constitucional implícito en la garantía de presunción de inocencia”.

Y, en la misma línea de distinción entre credibilidad y fiabilidad, es también destacable la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Tarragona de 13.6.17 (ponente Sr. Hernández García, ROJ SAP T1155/2017). En síntesis, *“Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado, por lo tanto más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable - exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble - favorece la utilización de fórmulas de justificación con menores cargas cognitivo-materiales”*. *“La fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre en muy buena medida del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás*

circunstancias contextuales que han quedado acreditadas”. “Precisamente, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un esquema en red de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo”.

Pues bien, la consecuencia natural de todo lo anterior es que, en los supuestos de testimonios únicos, la piedra de toque, el elemento central en la valoración probatoria, es la presencia de elementos externos de corroboración. De hecho, la Sala II ya venía exigiéndolos siempre y en todo caso en el supuesto de las declaraciones de coacusados, exigencia sine qua non que de modo explícito no hacía extensiva al régimen de las declaraciones testificales. Dicho lo cual, si definimos las corroboraciones externas como aquellos datos probatorios, obtenidos mediante la práctica de otros medios de prueba, atinentes a la participación en los hechos objeto de enjuiciamiento, que avalen las manifestaciones de quien declara respecto de un hecho o circunstancia que guarda relación con el hecho referido directamente por el testigo y cuya constatación confirmaría la veracidad de lo por él declarado, en el fondo, no haríamos otra cosa que explicar la metodología que ha de presidir las operaciones valorativas en el ámbito probatorio. En otras palabras: estaríamos definiendo en términos constitucionalmente aceptables la “valoración conjunta de la prueba” ya que de lo que se trata, cualesquiera que sean los medios de prueba a evaluar, no es de otra cosa que proceder analíticamente

respecto de cada medio para luego cruzar la información que cada uno arroja en valoración final. Ello, no sería posible tratándose de la declaración, no corroborada, del testigo único que, por definición, siempre sería insuficiente.

Pero, además, si el dato probatorio corroborante debe tener origen en una fuente de prueba ajena al testigo que declara (en otro caso, la operación corroboradora constituiría un fraude argumentativo en toda regla –el testimonio se corroboraría a sí mismo–), habríamos de admitir que no nos encontraríamos en el caso extremo del testimonio único, pues, al menos, habría dos fuentes de prueba: el testigo y aquélla que aporta el dato corroborador.

Así se alcanza la conclusión de que **el testimonio único en sentido estricto (no corroborado) no tiene valor epistémico de prueba de cargo. Puede tener valor heurístico, investigativo, para construir la hipótesis inculpatoria y buscar otras fuentes probatorias que corroboren dicho testimonio, pero sobre la base del mismo no puede entenderse válidamente desvirtuada la presunción de inocencia.** Con ello no se recupera la versión de la “testis unus testis nullus” que exige la concurrencia de otros testigos del hecho principal para darlo por acreditado. La declaración de un solo testigo puede servir de prueba de cargo siempre que algunos de los datos probatorios relevantes que de ella resulten encuentren respaldo en otras fuentes de prueba. En otros términos, la suficiencia probatoria no radica en exclusiva en la sola credibilidad del testigo, sino en el contenido de su declaración plenaria y el respaldo que la misma encuentra.

4. La perspectiva de género en la valoración del testimonio único

Por lo que nos interesa ahora (el plano de la valoración probatoria), la perspectiva de género exige que el relato que realiza la mujer que narra haber sido víctima de actos violentos protagonizados por el hombre se evalúe eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples máximas de experiencia machistas (v.gr: el estereotipo de “víctima ideal” que, tras sufrir el hecho, lo denuncia inmediatamente, mantiene siempre un relato idéntico de lo acontecido y se aísla socialmente; el estereotipo de mujer sexualmente disponible para cualquier hombre, inducido de datos con pretendido valor indiciario tales como su vestimenta, su estado de embriaguez o el lugar y hora de la noche en la que se le encuentra, y, frente a él, el de la mujer decente, o los de la buena esposa o buena madre). Pues bien, sobre esa base, se ha venido a defender la virtualidad del testimonio único de quien afirma ser víctima de un delito que quepa categorizar como violencia de género. Estos delitos se caracterizarían por la presencia de dos bienes jurídicos, el personal de la víctima y el colectivo, conformado por el hecho de la pertenencia de la mujer al género femenino, que sería abstractamente agredido y, por tanto, siempre sujeto pasivo mediato en todos los delitos del grupo. De ahí la relevancia de utilizar la perspectiva de género como herramienta valorativa. En apoyo de tal posibilidad probatoria, se han aportado distintos argumentos. Los examinaremos seguidamente:

a) Se trata de delitos que plantean especiales dificultades probatorias al cometerse habitualmente en la privacidad, por lo que, en principio, la única prueba directa que existe es el testimonio de la víctima, de modo que de no aceptarse dicho testimonio como única prueba de cargo, se llegaría a la más absoluta impunidad en muchos ilícitos penales.

Sin embargo, frente a tal perspectiva, no exenta de riesgos, pues puede llevar a sobrevalorar un testimonio insuficiente, estimamos más correcta otra aproximación: razones epistemológicas y político-institucionales aconsejan recelar del testimonio único no corroborado para fundar una sentencia de condena. En cuanto a las primeras, por las altísimas tasas de error a que conducen los simples juicios subjetivos de credibilidad. En cuanto a las segundas, es preciso recordar que las instituciones que participan en el sistema de control penal se condicionan recíprocamente. Cuantos menores sean los niveles de exigencia probatoria aceptados por los tribunales, menores serán los esfuerzos investigativos y acreditativos realizados por los cuerpos policiales y los órganos de la investigación y acusación. Por el contrario, mayores niveles de exigencia estimulan mejores investigaciones y acopio de pruebas de distinto origen. Por otra parte, las resoluciones de condena que no toman en consideración elementos corroboradores no son intersubjetivamente compartibles y no pueden ser racionalmente controladas a través del sistema de recursos. Por último, un

“razones epistemológicas y político-institucionales aconsejan recelar del testimonio único no corroborado para fundar una sentencia de condena.”

sistema que permite que las condenas se basen en testimonios únicos no corroborados compromete seriamente la presunción de inocencia. Y es que no es fácil argumentar sobre la base de qué razones podemos afirmar, en este particular contexto probatorio, que debemos creernos más al testigo que al acusado, quien, igualmente, podría ser subjetivamente creíble, verosímil y persistente en sus manifestaciones u optar, legítimamente, por guardar silencio, sin que fuera legítimo extraer consecuencias negativas del ejercicio del derecho fundamental que le otorga el artículo 24.2 CE.

b) Testigo-víctima y acusado se encuentran en situaciones jurídicas diferenciadas. Así, mientras que el primero tiene obligación de comparecer y de decir la verdad y responder a los interrogatorios, el segundo no tiene obligación de declarar, su silencio no le perjudica y si miente su conducta es impune (Di Corletto).

El argumento no es sostenible por varias razones. Incorre, en primer lugar, en falacia normativista, al inferir el ser del deber ser: que los testigos tengan la obligación de decir la verdad no significa que no mientan. En segundo lugar, devalúa el estatuto de la persona acusada, quien se vería perjudicada siempre y en todo caso por el solo hecho de no prestar declaración bajo juramento. Pero, además, no explicaría cómo afrontar, no contradictoriamente con los postulados de la perspectiva de género, los supuestos en los que la persona acusada fuera mujer y quien afirma ser víctima, un hombre.

c) El testigo-víctima, es un testigo especialmente cualificado. En este

sentido, dos sentencias de la Sala II (Roj: STS 2003/2018, de 24 de mayo y Roj: STS 2182/2018, de 13 de junio; en ambos casos, ponente Sr. Magro Servet), que vienen a sostener que la “víctima” es un testigo privilegiado o cualificado en la medida en que ha sufrido y presenciado el hecho. *“...En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido”...* *“Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su*



“La psicología del testimonio reconoce que el análisis de la credibilidad del contenido de una declaración basado en criterios internos se basa en un presupuesto metodológico (existen diferencias intrínsecas entre las declaraciones reales y las falsas-imaginadas-sugeridas), seriamente cuestionado.”

visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida”... “... se trata de llevar a cabo la valoración de la declaración de la víctima, sujeto pasivo de un delito, en una posición cualificada como testigo que no solo "ha visto" un hecho, sino que "lo ha sufrido", para lo cual el Tribunal valorará su declaración a la hora de percibir cómo cuenta el suceso vivido en primera persona, sus gestos, sus respuestas y su firmeza a la hora de atender el interrogatorio en el plenario con respecto a su posición como un testigo cualificado que es, al mismo tiempo, la víctima del delito”.

Creo que se trata de un aserto de difícil compatibilidad con el artículo 24.2 CE pues en sentido probatorio no hay, no puede haber, víctima antes de la sentencia, del mismo modo que no hay autor antes de ese momento. Con ello no se cuestionan las consideraciones de tipo asistencial ni las prestaciones exigibles a la Administración, que debe procurar poner a disposición de quienes se afirma que han sido víctimas de un hecho delictivo grave, con independencia de la existencia o inexistencia de la sentencia de condena y concurriendo determinadas circunstancias, todo el apoyo personal y material posible. Lo que se afirma es que en el marco del proceso el acusado tiene derecho a cuestionar no sólo su participación, sino también la misma existencia del hecho y, por tanto, la invocada condición de “víctima”, que no precede al proceso, sino que es, en su caso, su consecuencia, lo que impide otorgarle la condición de testigo cualificado.

d) En ciertos casos, la propia coherencia interna del relato de quien afirma ser víctima, su grado de exhaustividad y su persistencia en el tiempo son suficientes para dar por acreditada la hipótesis acusatoria.

Con lo razonado en el apartado anterior de este trabajo puede descartarse el peso justificativo de este argumento (en suma, la virtualidad probatoria de un relato no puede verificarse ni contrastarse sobre la base del mismo relato; esa verificación ha de encontrar apoyo en elementos externos). En esta línea, la psicología del testimonio reconoce que el análisis de la credibilidad del contenido de una declaración basado en criterios internos se basa en un presupuesto metodológico (existen diferencias intrínsecas entre las declaraciones reales y las falsas-imaginadas-sugeridas), seriamente cuestionado. Así, se afirma que los análisis estadísticos realizados no son lo suficientemente exactos como para ser admitidos como prueba científica, que el porcentaje de error de este tipo de análisis es superior al tolerable o que se trata de instrumentos no ampliamente aceptados por la comunidad científica.

e) En relación con lo anterior, se señala que existen ciertos datos contextuales que permiten inclinar la balanza en favor del testimonio, muy especialmente la existencia de una relación asimétrica de poder entre quien afirma ser víctima y el acusado.

Esta afirmación es susceptible de un cuestionamiento y de una matización sobre su alcance. Respecto del cuestionamiento, el aserto deja intacta la crítica a d), pues el supuesto de hecho (la existencia de esa relación de poder) no puede presumirse sin más en el caso concreto y, por tanto, debe ser justificada a través de alguna fuente de prueba ajena a la declaración de la testigo, aun indiciaria. De ser así, ya no nos encontraríamos en el supuesto del testimonio único, pues podría constatarse la presencia de un elemento corroborador.

Respecto de la matización, su formulación remite a la problemática de las máximas de la experiencia, aun cuando se reformulen a la luz de la perspectiva de género. Como ha puesto de relieve Taruffo, hay máximas de la experiencia que se basan en generalizaciones que pueden considerarse válidas universalmente (generalmente, con fundamento en conocimientos científicos) porque corresponden a las modalidades con las cuales cierto suceso ocurre efectivamente en la realidad, en cuyo caso cabe construir una inferencia de tipo deductivo. Próximas a ellas son las máximas que no expresan una ley general, sino que se basan en una cuasigeneralización, es decir, en la enunciación de una tendencia que tiene cierto suceso, a ocurrir con ciertas modalidades, por lo que puede ser prácticamente equiparada a una verdadera generalización dados los

tolerables márgenes de error. Las más frecuentes son aquéllas máximas que carecen de ese fundamento científico general o cuasigeneral, si bien disponen de base empírica. Por último, hay otras falsas máximas de la experiencia, carentes de confirmación científica o empírica y que no expresan “conocimientos”, sino que corresponden simplemente a prejuicios sociales difundidos.

Pues bien, **la perspectiva de género permite desactivar estas falsas máximas de la experiencia (v.gr. en las relaciones de dependencia laboral las mujeres no padecen situaciones de acoso sexual, quienes denuncian tales hechos son fabuladoras ventajistas), pero no puede convertir algunos de sus enunciados en máximas de la experiencia universal o cuasiuniversalmente válidas (v.gr. en las relaciones de dependencia laboral, las mujeres siempre padecen, o padecen con un altísimo grado de probabilidad, situaciones de acoso sexual, de modo que las mujeres que denuncian tales hechos dicen necesariamente la verdad).** Con ello no se minusvalora la utilidad de esas máximas de la experiencia actualizadas, sino que se les otorga su verdadero valor (v.gr. en relaciones de dependencia laboral suelen producirse con relativa frecuencia situaciones de acoso sexual).

Y su virtualidad, que ha de trasladarse a la motivación probatoria, radica en que facilita una apreciación no estereotipada de la prueba, posibilitando que la evaluación de la conducta humana se adecue al contexto económico y sociopolítico concreto (lo que vincula esta perspectiva a la perspectiva de clase

social, muy descuidada) y a las circunstancias particulares de cada sujeto interviniente, como víctima o victimario, en el hecho penalmente relevante.

f) Hay ciertos datos indiciarios, que pasan desapercibidos sin el foco de la perspectiva de género, y que pueden prestar respaldo al testimonio único. Nuevamente, cabe reiterar que, de existir, dichos datos tienen que provenir de una fuente probatoria ajena al testigo y que, en tal caso, no podría hablarse de testigo único, por lo que nos saldríamos del marco examinado. Por otra parte, ello remite a la cuestión de la calidad del indicio como pretendido elemento de corroboración. En este sentido, es conveniente referirse a dos cuestiones: las pruebas periciales para testar la credibilidad del testimonio y las testificales de referencia.

g) En cuanto a las primeras, mediante tales pericias se trata de determinar si la declaración es producto de un hecho experimentado por el testigo o producto de la fantasía o la sugestión. Para ello, se parte de un presupuesto metodológico (las declaraciones de sucesos reales (autoexperimentados) difieren de las declaraciones de sucesos falsos (imaginados, sugeridos...) en una serie de características. Pues bien, estas pericias, utilizan dos técnicas combinadas. Por un lado, la técnica CBCA (análisis del contenido de las declaraciones basado en criterios), que evalúa la credibilidad de las manifestaciones emitidas mediante el examen de diversos criterios de contenido que sirven como indicadores de la veracidad de la declaración. Además, se utiliza la técnica SVA (evaluación de la validez de la declaración), concebido como procedimiento de diagnóstico global que

incluye los resultados de la técnica CBCA, la información biográfica del sujeto, las puntuaciones a diferentes tests que ha de cumplimentar, y otros indicadores de conducta, como la existencia de elementos externos de corroboración resultantes del expediente judicial.

Pues bien, como dijimos con anterioridad, si el presupuesto metodológico de la técnica CBCA está científicamente cuestionado respecto de los menores de edad, con mucha mayor razón lo está respecto de los adultos. Y en cuanto a la técnica SVA, el elevado riesgo de error en la interpretación de los datos de evaluación (SVA) está siempre presente. En especial, debido al “sesgo confirmatorio”, o sesgo del experimentador que al poner a prueba una sola hipótesis (la existencia del hecho punible afirmado) valora más positivamente los criterios que la confirman frente a los que la descartan. Pero, además, el perito redactor del informe suele examinar el expediente judicial, para contrastar datos, en un momento histórico determinado, por lo que es posible que con posterioridad se hayan incorporado diligencias de otro signo que podrían haber incidido en las conclusiones alcanzadas en el informe. En cualquier caso, cabe extraer dos conclusiones: si el perito sólo evalúa el contenido de la declaración, el aporte es irrelevante, pues seguiríamos enfrentándonos al testigo único. Y si analiza otros datos provenientes de fuentes probatorias externas, se excede de su cometido como perito y pasa a enjuiciar el caso, por lo que no sería esa pericia la que aportara el elemento corroborador, sino, en su caso, los elementos externos tomados en consideración por el perito.

h) En cuanto a las testificales de referencia, como es sabido, no permiten dar por

acreditado el hecho referido por el testigo directo, pero sí pueden ser de utilidad para testar la fiabilidad del mismo, pues si lo que el testigo de oídas afirma que le fue referido por el presencial coincide exactamente con lo que este último explica en el acto del juicio, ello puede ser un indicador de fiabilidad de lo que narra, en especial cuando existen varios testigos de referencia de procedencia diversa y lo que narran es convergente (v.gr. familiares, desconocidos y agentes policiales).

Con todo, como ha puesto de relieve Hernández García, lo habitual es que en estos casos la utilidad probatoria no provenga de lo referido por el testigo directo al de oídas sino de lo observado directamente por el testigo de oídas (v.gr. los signos externos de victimización del testigo directo cuando narró los hechos, o el estado de la vivienda en la que, según se denuncia, hubo un altercado). Ahora bien, en este caso, ya no nos encontraríamos en el supuesto del testimonio único, pues habría elementos de confirmación externos a su declaración.

5. Función epistémica y función heurística de la perspectiva de género

Se debe a Taruffo la distinción entre función epistémica y heurística de las máximas de la experiencia. Pues bien, la perspectiva de género constituye un instrumento útil para valorar la prueba plenaria en tanto que suministra máximas de la experiencia que aportan criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias (función epistémica). Ahora bien, como hemos visto, en supuestos de testimonio único en sentido estricto (no corroborado), tal perspectiva

tiene una virtualidad cuestionable, dada la estructuración de nuestro proceso penal sobre la base de la presunción de inocencia.

Sin embargo, en los supuestos de testimonio único despliega otra función central: puede y debe servir para formular hipótesis sobre los hechos de la causa (función heurística). Su rendimiento investigativo es innegable, y ha de estimular la construcción de ciertas hipótesis inculpatorias y, sobre todo, la búsqueda de otras fuentes probatorias que corroboren el testimonio.

En la práctica judicial sucede con relativa frecuencia que, en juicios por delitos de violencia de género (en sentido sociológico o amplio) los medios de prueba propuestos a practicar se reduzcan a los testimonios de denunciante y acusado. En algunos casos, además, se dispone de un solo elemento externo de confirmación (un dictamen pericial forense que identifica signos lesivos), pero cuando el dato probatorio resultante de dicho informe es reconducible también a la hipótesis exculpatoria, atendida la declaración de la persona acusada, la polivalencia del dato (en tanto que compatible en igual grado con la hipótesis acusatoria y la exculpatoria) acaba remitiendo al tópico del testimonio único.

Con todo, ello no siempre sucede, frente a lo que suele alegarse, por la propia naturaleza de los hechos que, por tener lugar en el ámbito de la privacidad, fuera de la vista de otras personas, no disponen de otros medios probatorios más que las declaraciones de las personas implicadas. Lo cierto es que en tales casos suelen existir numerosos elementos indiciarios de gran valor acreditativo que pueden

acumularse a la declaración del testigo que afirma ser víctima y que permiten, por su riqueza y a la luz de la perspectiva de género, una adecuada reconstrucción histórica del suceso de forma respetuosa con las exigencias que impone el derecho que consagra el artículo 24.2 CE. Lo que ocurre, por desgracia, es que los sujetos institucionales encargados de la investigación suelen prescindir de tales elementos, por no afectar directamente al “hecho nuclear”. Sin embargo, a poco que se reflexiones sobre ello, tal circunstancia es consustancial a la prueba indiciaria, que recae, ciertamente, sobre hechos accidentales, pero que permite inferir el hecho principal sobre la base de inferencias.

Creo que, en los supuestos de testimonio único, es en el ámbito de la investigación en el que deben volcarse los esfuerzos para dar cumplimiento a los compromisos internacionales, pues ni el Convenio de Estambul ni las recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establecen estándares probatorios diferenciados para los delitos que constituyen su objeto que flexibilicen la presunción de inocencia. A diferencia de otros derechos fundamentales, la presunción de inocencia es un derecho absoluto: no es modulable ni matizable, ni puede someterse a una ponderación con otros intereses en conflicto,

pues ello supondría la destrucción del derecho y, con ello, la demolición de un sistema procesal que se basa en la premisa de que la culpabilidad no tiene existencia ontológica, no existe antes del proceso, sino después de él. No es, por tanto, la flexibilización del estándar probatorio lo que afirman esos textos internacionales, sino el deber de los Estados de llevar a cabo investigaciones diligentes y efectivas para esclarecer los hechos en cuestión. Es ese, en mi opinión, el mejor camino para combatir el fenómeno de la violencia de género. Otros, que implican o pueden implicar el abandono de garantías trabajosamente conquistadas constituyen una fuente de peligro para nuestro modelo constitucional penal.

