



Escuela de
**PRÁCTICA
JURÍDICA**

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



CURSO ESPECIAL SOBRE

DEFENSAS PENALES

CURSO ESPECIAL «DEFENSAS PENALES»

MATERIALES 1.ª Y 2.ª SESIÓN
(CUESTIONES PROBATORIAS)

EL CAREO

[...DEL LIBRO: VARIACIONES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
-Análisis funcional desde el Derecho penal-]

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Catedrático de Derecho Penal
Abogado

EL CAREO:
ERROR LÓGICO ELEVADO A MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA

A) Introducción

1. Titulamos este epígrafe de una forma que adelanta nuestra crítica: cómo va a erigirse un error lógico en máxima de la experiencia, y, además, ser reconocido como tal por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podría ser preguntado. Y sin embargo las próximas líneas demuestran esto y mucho más. El careo adolece de dos graves fallas: desde las máximas de la experiencia, en concreto desde la psicología del testimonio, es una diligencia probatoria (*sic*) que se muestra absolutamente insegura; desde las reglas de la lógica, se le pretende dotar de un carácter de *ultima ratio*, por lo que como veremos *infra*, entonces, carece de *lógica* practicarla: se practica cuando no hay otra prueba determinante, pero ello lleva a que deba basarse la sentencia en ella sola; una sentencia que –de nuevo erróneamente– habría encontrado así la “verdad material” a la luz de la confrontación de las versiones de los careantes. Si la diligencia es insegura, y si la diligencia se practica *ex lege* sólo cuando no hay seguridad sobre la prueba, no puede *lógicamente* adquirirse a través de ella la seguridad que sí requiere la sentencia. Lo acabamos de exponer: de una diligencia insegura, ningún tribunal puede deducir la seguridad que impone el principio *in dubio pro reo*; aquí la falta de seguridad pretende soslayarse únicamente con el careo.

2. Veamos en primer lugar el status quo de la cuestión, en qué consiste y cómo según la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser practicado el careo, para a continuación exponer las razones que nos llevan a realizar un juicio tan duro: debe ser abrogada de un sistema que realmente pretenda un proceso funcional basado en la presunción de inocencia en el sentido visto.

B) Concepto y modo de practicarse

1. El careo consiste en la confrontación de las declaraciones de los testigos o imputados, entre sí, o de éstos con aquéllos, al objeto –supuestamente– del esclarecimiento de la verdad sobre algún aspecto en el que persista controversia entre las diversas versiones que hayan dado los mismos en sus declaraciones (art.

451 LECrim). Su regulación abarca los artículos 451 a 455, así como el art. 713 y el art. 729.1.º, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que debemos ahora analizar de una forma crítica a la vista de los corolarios en orden a la presunción de inocencia que han ido siendo obtenidos hasta ahora, y en particular también a la luz de las conclusiones relativas a las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica.

Aunque este “cara a cara” judicial suele desarrollarse entre dos personas, el artículo 451 LECrim deja abierta la posibilidad de su práctica entre más de dos sujetos a la vez –aunque ello no constituya “regla general”, dice el legislador–. Sin embargo, lo cierto es que todos los problemas que vamos a ir poniendo de manifiesto respecto de esta diligencia, se acrecientan de forma –digamos– exponencial, si son varias las personas que se carean en simultaneidad, por lo que esta práctica múltiple, posible *ex lege*, debe ser evitada más si cabe.

2. La principal característica de la diligencia –y que la distingue esencialmente de las demás– es su carácter excepcional o de *ultima ratio*. Más allá de los criterios generales y ya conocidos, de pertinencia y necesidad de toda diligencia de prueba (o, en su caso, de investigación), el careo en concreto tendría un carácter claramente “subsidiario”.¹ Y así, el artículo 455 dispone que “no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro medio de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados”, es decir, cuando no exista otra manera ya de verificar la existencia misma del hecho por el que pretenda ser mantenida la acusación, o la participación en él de los imputados o ya acusados. En suma, sólo si no hay otra forma de averiguación, habría de practicarse el careo.

De todas formas, en ciertas ocasiones se viene remarcando que el careo no se erige en un método de prueba del hecho delictivo en sí, sino en un medio aclaratorio, el cual trataría de verificar los denominados “hechos de ayuda a las pruebas”.² En efecto, si

¹ STC 55/1984, de 7 de mayo; vid. también, Montañés Pardo, La presunción de inocencia – Análisis doctrinal y jurisprudencial, págs. 201 y ss.; De Urbano Castrillo/Torres Morato, La prueba ilícita penal – Estudio jurisprudencial, págs. 178 y ss.; en cierta medida, en contra, Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 120 y s.: “*el careo es una diligencia de prueba en sentido propio [no subsidiaria], aunque la finalidad con él no sea directamente la convicción del juzgador sobre la existencia o inexistencia de un hechos justiciable, sino acerca de qué declaración debe tener prevalencia*”.

² Así, medio para comprobar la eficacia de otras pruebas, por todos, Rives Seva, La prueba en el proceso penal – Apuntes jurisprudenciales, AP 1995 – 2, núm. marg. 509 y ss., 547.

bien todas las circunstancias que son relevantes para tomar de la decisión sobre el objeto del proceso, han de ser en la misma medida probadas, lo cierto es que, además de la prueba sobre las circunstancias principales, se viene distinguiendo por la doctrina la llamada prueba sobre los “hechos de ayuda a las pruebas”, o “prueba sobre la prueba”,³ es decir, la prueba sobre aquellos hechos que permiten conocer al juzgador si un medio de prueba es el idóneo, su grado de credibilidad, su fuerza probatoria, la fiabilidad de un determinado método científico, etc. En todo caso, ello no quiere decir, ni mucho menos, si es que se quiere mantener la institución del careo, que la misma no debiera ser por ello verdadera prueba.⁴

En el supuesto concreto del careo, en esas ocasiones se trataría de saber si el testimonio de un testigo o de un imputado (o acusado) es verosímil –de tal modo, pues, que el objeto de la prueba no es el objeto del proceso directamente–; se trataría de depurar de este modo posibles contradicciones, todo ello en una situación límite, insistimos, en la cual dicho testimonio de los testigos y/o imputados/acusados resulta esencial –ahora sí– para el resultado del procedimiento, siendo así que las distintas declaraciones colisionan entre sí.⁵ En otras palabras, el careo –se dice– no sería, pues, un medio de prueba autónomo, sino un medio para ayuda de otros medios de prueba –la testifical ya prestada previamente–. Probablemente todo ello sea un circunloquio para arribar al mismo puerto, en todo caso.

3. A pesar de la poca eficacia que en la actualidad es reconocida a esta diligencia excepcional –tanto en la jurisprudencia, como mayoritariamente en la doctrina científica–,⁶ lo cierto es que el careo sigue siendo utilizado ocasionalmente como

³ Cfr., fundamental: Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 13 y ss.; y, sobre el careo: págs. 118 y ss.

⁴ Así, pues él no entra en el debate –que nosotros sí emprendemos *infra*–, sobre la pertinencia de la diligencia de careo, Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 119 y ss: “debe entenderse incluido sin titubeos dentro del derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes; de hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Bricmont y Saïdi, ha considerado el derecho al careo como una de las garantías del proceso justo que se derivan del art. 6 apartados 1. y 3.d) del Convenio Europeo” (págs. 121 y s.).

⁵ Cfr., por todas, SSTs 4 de marzo de 1998; 13 de diciembre de 1994; 26 de noviembre de 1993.

⁶ Incluida la –ya expuesta *supra*– doctrina sobre la psicología del testimonio (cfr. las referencias bibliográficas ya citadas y además: López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal, págs. 843 y s.; Romero Coloma, Problemática de la prueba testimonial en el proceso penal español, AP 1990 – 1, núms. margs. 229 y ss., 239).

medio de investigación y/o prueba por nuestros órganos jurisdiccionales, si bien quizás más por inercia que por un interno convencimiento de su verdadera utilidad. En muchas ocasiones suelen ser las acusaciones particulares y populares –vale decir: a la desesperada– quienes proponen su práctica.

En todo caso, ya el legislador decimonónico, cauteloso desde luego de la dudosa relevancia probatoria de la diligencia, estableció una serie de prevenciones para el desarrollo de la misma, a los efectos en la medida de lo posible de ganar en seguridad en cuanto a sus resultados.

4. La diligencia de careo puede verificarse ante el Juez Instructor –y en presencia del Secretario judicial–, o, en su caso, ante el Juez o Sala que estén ya juzgando en el plenario. Si el careo es practicado entre imputados o acusados, o entre éstos y testigos, habrá de estar presente también, siempre, el letrado de libre designación (o, en su caso, el de oficio), como una declaración personal más del imputado o acusado que tal diligencia, en definitiva, implica. En los casos de careos entre testigos, si la representación del imputado ya se halla personada, también deberá estar presente su letrado, como en cualquier otro acto procesal. En puridad, debería estar siempre, pues no se entendería que el proceso se esté desarrollando *inaudita parte*, ex art. 118 LECrim., si bien es cierto que el procedimiento abreviado no obliga a la personación –equivocadamente– hasta un momento muy tardío.⁷

El artículo 452 LECrim establece que el Secretario leerá a los testigos las declaraciones que ya hubieren prestado, preguntando el Juez, después de recordarles su obligación de decir verdad y las penas con las que viene amenazado el delito de falso testimonio, si se ratifican en ellas o si tienen alguna variación que hacer. Ni que decir tiene que tal recordatorio sólo deberá ser hecho cuando el careo se celebre entre dos testigos, o, si el mismo es llevado a cabo entre un imputado y un testigo, sólo respecto de este último. Cuando de imputados se trate, serán leídas las declaraciones anteriores, simplemente.

Si tras esta lectura y ofrecimiento de rectificación, los testigos y/o

⁷ La personación debiera ser automática tras la imputación; las disposiciones de la LECrim. que habilitan a continuar el procedimiento *inaudita parte* hasta el auto de transformación, generan indefensión en el imputado no siempre bien aconsejado: cuando quiere actuar, dictado ya el auto de transformación, es demasiado tarde; por regla general le esperará indefectiblemente el banquillo.

imputados/acusados sometidos al careo no quisiesen o entendieren no tener que hacer variaciones respecto de sus declaraciones anteriores, proseguirá la diligencia, pues en ese caso persistirá la contradicción que dio lugar a acordar el careo. El Juez – continúa el artículo 452 LECrim– manifestará las contradicciones que resulten en dichas previas declaraciones, e invitará a los careados a que se pongan de acuerdo entre sí, empezando así con ello, propiamente, la diligencia de careo. Sobre esta “invitación” judicial a ponerse de acuerdo, volveremos más adelante. En todo caso, conviene insistir en que es éste el procedimiento, pues suele ser, pese a su sencillez, poco respetado en la práctica forense diaria: en primer lugar, lectura por parte del Secretario de las declaraciones anteriores, en segundo término, interpelación por parte del juez sobre la ratificación o variación de las declaraciones previas, y, finalmente, puesta de manifiesto de las contradicciones e invitación a ponerse de acuerdo. Más bien, empero, el careo parece practicarse, permítasenos la expresión, “a las bravas”, en una suerte de “señores, a ver quién miente, póngase Vdes. de acuerdo”.⁸ En particular, la lectura de las declaraciones previas, suele omitirse.

Durante el desarrollo del careo, y en previsión de lo tensa que pueda llegar a ser la situación –el caso extremo es el careo practicado entre el denunciante y el denunciado, presuntos víctima y autor del delito–,⁹ el legislador advierte expresamente que “el juez no permitirá que los careados se insulten o amenacen” (art. 454). En realidad, el derecho de policía de Sala habilita al juez para que tal situación no se produzca jamás, ni en esta diligencia, ni en ninguna otra. El art. 454 LECrim. es por tanto superfluo.

5. Durante y tras la práctica al modo que acabamos de describir, el Secretario Judicial dará fe de todo lo que vaya acaeciendo, de las preguntas, contestaciones y reconvenções que mutuamente se hicieren los careados, así como de lo que observara en su actitud durante el acto; por último, firmará el acta junto con todos los asistentes, expresando, si alguno no lo hiciera, la razón que alegue para ello (art. 453).

⁸ Cfr. Cobo del Rosal, “Caso Marey”, pág. 199.

⁹ Piénsese, llevando el caso al límite, en un careo entre denunciante y denunciado en un delito sexual; de todas formas, las actuales disposiciones de protección de las víctimas en evitación de la doble victimización, harían probablemente impensable esta situación; ello en todo caso es una petición de principio: a lo sumo puede que esté indiciariamente acreditado que la víctima fue víctima, pero no constatado que fue de ese “autor”.

La “observación sobre la actitud” de la que habla la Ley, por parte del Secretario Judicial, se reduce en la práctica a expresar, al final del acta, si considera que los careados han mantenido “igual firmeza” en la defensa de sus posiciones, o si uno ha prevalecido sobre el otro; en otras palabras, quién, por ejemplo, se ha mostrado más titubeante, o, como se dice coloquialmente, si alguno de los careantes se ha “derrumbado”. Hasta aquí, la previsión legal al respecto; *infra* veremos, no obstante, las sombras de las que adolece este pero que muy extraño sistema en manos supuestamente del Secretario Judicial.

6. Testigos e imputados (o acusados) pueden ser, pues, sometidos a la diligencia de careo, en principio, sin limitación alguna. No obstante, en general carecerá de sentido llevar a cabo un careo con un menor de edad –o entre dos menores de edad–, desde luego si son de muy escasa edad, por ejemplo unas menores de 4 y 12 años, presuntas víctimas de abusos sexuales.¹⁰ En este sentido, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, introdujo un segundo párrafo en el artículo 455 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el que es establecido que no serán practicados careos con testigos menores de edad, salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial. Algo parecido habrá de ser predicado del caso de los inimputables. Por último, también habrá de renunciarse a careos entre personas –por ejemplo, sordomudos–¹¹ cuyas características son incompatibles con la finalidad de la diligencia.

7. El careo puede ser acordado tanto de oficio (arts. 451 y 729.1.º LECrim),¹² como a

¹⁰ Así, STS 4 de marzo de 1998.

¹¹ Cfr. STS 14 de enero de 1993: *“La diligencia de careo tiene carácter excepcional. Lo dice expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 455: No se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. Las ventajas de su utilización son muy discutibles y, en la práctica, produce, en general, más confusión que claridad. En todo caso, en el supuesto que nos ocupa, el careo no era procedente: la testigo era sordomuda y nada era ya esperable de una confrontación de testimonios que a nada, presumiblemente, podría conducir”* (sin subrayado en el original).

¹² Crítico, Montañés Pardo, La presunción de inocencia – Análisis doctrinal y jurisprudencial, págs. 203 y s., quien de todas formas recuerda que, empero, en la STS de 29 de julio de 1998 (caso Marey) la Sala ordenó de oficio diversos careos entre coacusados; probablemente llegaría a otra conclusión, Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 178 y ss., 193 y ss., quien sobre la discusión relativa a la participación judicial en la proposición y admisión de medios de prueba, abre la discusión precisamente con cita del art. 729.1.º LECrim., para terminar concluyendo que *“parece que no existen inconvenientes a que el juez pueda proponer prueba de oficio”*, aunque *“a fin de evitar que su actividad sea sesgada, lo mejor es que solamente pueda proceder a esa actividad al final del proceso, una vez que*

instancia de parte, es decir, se sigue el sistema general de todas las diligencias de investigación, sin novedad alguna. Aunque el artículo 229.2 LOPJ dispone que “las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, *careos*, exploraciones, informes, ratificación de periciales y vistas, se llevarán a efecto ante Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley”, el precepto se refiere, naturalmente, a los *careos* que deban celebrarse en el plenario, pero no a los practicados durante la instrucción, que, como el resto de las diligencias de esta fase investigadora, son secretas y sin audiencia pública. Tampoco aquí, pues, novedad alguna.

En efecto, la diligencia de *careo* también puede ser practicada en el juicio oral, aunque ello no sea lo más habitual. No porque durante el plenario exista dificultad técnica alguna para su celebración, sino porque, a la luz de las inseguridades de sus resultados, viene siendo entendido que no parece lo más conveniente que tal diligencia sea introducida en el plenario –y, por tanto, como prueba–, en lugar de permanecer en la instrucción –como mera diligencia de investigación–. En parte, desde luego, hay razón en ello: si la diligencia es de *ultima ratio* para averiguar la verdad, ¿cómo se ha podido llegar al plenario, contra reo, a pesar de esta situación tan dubitativa?

En todo caso, aunque alguna jurisprudencia ha señalado que el *careo* debe ser practicado preferentemente durante la instrucción,¹³ lo cierto es que el artículo 713 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que recuerda la previsión contenida también en el artículo 454 de que durante la diligencia no deberán mediar insultos ni amenazas–, está referido precisamente y sin duda al plenario, pues se halla inserto en el capítulo titulado “Del modo de practicar las pruebas en el juicio oral”. Es más, a pesar de los reproches que acabamos de formular, y en contra de la citada jurisprudencia, si de alguna lógica probatoria quisiera dotarse a la diligencia de *careo* –dentro de lo criticable del sistema en sí–, ésta debe ser, exclusivamente, celebrada en el plenario: la subjetividad de la que adolece hace que, por mucho que

las partes han desplegado su actividad probatoria, como mero complemento para aquel que se ve en la tesitura de juzgar, y se percata de una alarmante falta de datos para hacerlo” (pág. 189); sin embargo, como exponemos *infra* en el texto, en estos supuestos lo correcto es absolver, pues no es el juez quien debe decidir, contra reo, que comoquiera que no tiene datos para condenar, debe procederse a articular más prueba y más prueba (!) hasta encontrar (¿lo hay?) esos supuestos datos incriminatorios; *ad absurdum*: ¿hasta dónde y hasta cuándo debiera seguir recabando *ex officio* antes de decidirse, por fin, a absolver?

¹³ Así, STS de 19 de enero de 1993.

quiera “introducirse” la misma en el plenario,¹⁴ haya que dudar de la bondad de sus efectos probatorios; sencillamente, carece de ellos. En cambio, si es el propio juzgador quien observa la “actitud” de los careantes, al menos será respetado el principio de inmediación, precisamente en una diligencia en teoría tan necesitada de él –aunque, insistimos: hablamos aquí de la solución consecuente, no de la preferible–.¹⁵

Sea como fuere, la jurisprudencia es de otra opinión, y así, se viene considerando que la diligencia de careo practicada en la instrucción puede ser introducida en el plenario mediante la declaración del testigo y/o imputado que participó en el mismo.¹⁶ Más lejos aún llega alguna sentencia que acepta que “si las declaraciones de los testigos figuran en autos, vertidas con las debidas garantías (...), en presencia del Juez incluidos los careos con las correspondientes apreciaciones judiciales, se está en presencia de la denominada prueba preconstituida que, en tanto prueba documentada, pero no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado”.¹⁷

El careo plenario tiene la particularidad de poder ser acordado de oficio. Si bien, como es sabido, el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone para el juicio oral, que “no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”, a renglón seguido, el artículo 729 exceptúa de lo dispuesto en el precepto anterior “los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes”.

Desde luego, podría pensarse que esta facultad de oficio del presidente es vulneradora del derecho fundamental al juez imparcial –o del principio acusatorio–,

¹⁴ Sistema éste de la “introducción” en el plenario de diligencias de instrucción, que, no obstante, ya hemos criticado *supra*.

¹⁵ Véase la crítica al completo sistema, *infra*.

¹⁶ Cfr., sensu contrario, STS 11 de octubre de 1991.

¹⁷ STS de 26 de septiembre de 1991; y más lejos aún si cabe, incluso, la STS de 25 de septiembre de 1995: “es una diligencia en la que no solamente intervienen el Juez y el Secretario sino también la Letrada defensora de los cinco detenidos, por lo que reviste, en principio, las garantías suficientes para su valoración probatoria previa reproducción en el juicio oral, dada la imposibilidad de comparecencia de los testigos residentes en el extranjero”.

ya que en ella, qué duda cabe, el juzgador toma claro partido en favor de una diligencia probatoria no propuesta por parte alguna.¹⁸ A favor de su vigencia podría argüirse, empero, que aun acordado de oficio, el careo no habría de interpretarse como una iniciativa acusadora o parcial del Presidente del plenario, por cuanto, en principio, de la práctica del mismo podrían derivarse efectos tanto de cargo, como de descargo para el acusado. Sin embargo, una reflexión desde el principio in dubio pro reo –del que nos ocuparemos *infra*–, podría resultar fundamental para descartar definitivamente la procedencia de acordar de oficio tal diligencia plenaria: si el careo es –como de hecho es *ex lege*– una diligencia de *ultima ratio*, en realidad, de no haberla practicado el juzgador *ex officio*, en estos casos siempre debiera proceder la absolucón; en efecto, si el mismo es acordado de oficio ello deberá ser porque, practicada el resto de la prueba, se tienen todavía dudas, luego lo único que procedería era la absolucón, sin más.

En caso de no ser practicado de oficio, las partes solicitarán la prueba de careo durante las sesiones del juicio oral, no antes, como suele suceder con el resto de las pruebas.¹⁹ Ello se debe, de nuevo, a la tan repetida naturaleza de esta prueba: sólo debe acudir a ella –supuestamente– cuando no exista otra forma de averiguación, de tal modo que carecería de sentido la solicitud de la práctica de careos antes de la práctica del resto de la prueba plenaria, como si ya se supiese que la misma no va a arrojar resultado alguno que despeje todas las dudas.

8. La doctrina secular del Tribunal Supremo afirma que, en principio, la decisión sobre la necesidad o no de celebracón del careo, no es revisable en casación.²⁰ Tras

¹⁸ Cfr. también, Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 161 y ss., aun cuando finalmente no ve problemas insalvables respecto del principio acusatorio.

¹⁹ Por todas, STS 18 de noviembre de 1991: “*Es un medio de prueba, extraordinario de investigación que nunca se solicita antes de la iniciación del juicio oral (a salvo lo realizado en la fase de instrucción o investigación previa) (...)*”; empero, Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, pág. 123: “*tampoco debe esto significar que no pueda proponerse su práctica ya en los escritos iniciales de alegación de las partes, cuando sea previsible que se plantee esa contradicción en el juicio oral, por ejemplo, en función de lo que consta en las diligencias sumariales*”.

²⁰ Por todas, SSTS 17 de junio de 1994 y 19 de enero de 1993; últimamente, resumiendo esta doctrina: ATS 1765/2010 de 21 de septiembre: “*la finalidad del careo es la auxiliar al Juzgador para formar su recta convicción acerca del valor probatorio de declaraciones enfrentadas y no, como se infiere de la queja planteada, ‘para indagar sobre la veracidad de las nuevas manifestaciones’, como literalmente se alega. (...) Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la decisión acerca de la necesidad de su práctica constituye materia atribuida, en exclusiva, a ese mismo Juzgador, que es quien en definitiva ha de valorar la prueba producida y al que se le suscitan las posibles dudas a propósito de esa valoración, por lo que ni su negativa a la*

esta posición se esconden, casi con toda seguridad, los recelos del más alto Tribunal hacia una diligencia de tanta evanescencia probatoria, aunque, como se dice, puede ser peor el remedio que la enfermedad: si el Tribunal Supremo no se siente capacitado para revisar el valor probatorio de la diligencia de careo, consciente de que la pretendida subjetividad del órgano jurisdiccional *a quo* es insustituible –*recte*: ¿inasumible?–, esta servidumbre puede dar lugar a que se perpetúen situaciones injustas en las que la prueba haya sido valorada sin respetar las máximas de la experiencia.

En todo caso, esta doctrina es inconsecuente: o bien no se confía por parte del Tribunal Supremo en la utilidad probatoria de la diligencia de careo, y, entonces, lo único adecuado es que la misma sea eliminada de nuestro sistema probatorio procesal, o bien sí se valida el careo como método adecuado de averiguación de la verdad procesal, pero entonces, lo único procedente sería aceptar que, como cualquier otra prueba, es revisable en casación su admisión o inadmisión, así como también las circunstancias externas de su celebración y si la valoración que el órgano jurisdiccional hiciese de sus resultados fue racional o no. No debería haber lugar, de mantenerse la actual situación *de lege lata*, para excepción alguna.

9. Por ello, más ajustada a la actual situación *de lege lata*, que aún admite y regula la diligencia de careo,²¹ es aquella otra jurisprudencia que afirma que cuando quede acreditada la pertinencia y necesidad del careo por concurrir los presupuestos de los artículos 451 y 452 LECrim y existir datos que hagan presumir que el careo ofrecerá resultados positivos para el enjuiciamiento, la denegación de dicha prueba provoca indefensión.²²

realización del careo puede constituir en ningún caso materia de casación, según proclama reiteradísima doctrina jurisprudencial, desde SSTs tan antiguas como la de 13 de enero de 1949 hasta la de 883/2004, por ejemplo, ni puede constituir nunca vulneración del artículo 24 de la Constitución Española (STC de 7 de mayo de 1984, entre otras)". Según consune jurisprudencia, asimismo, el acta que documentada la diligencia de careo, no es documento a efectos casacionales –por todas, STS de 12 de junio de 1992–, consecuente traslación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el concepto de documento a estos efectos, pues, por ejemplo, tampoco es otorgado tal carácter, como es sabido, a las actas donde son recogidas las declaraciones de testigos o imputados.

²¹ Cuestión distinta, insistimos, son las propuestas *de lege ferenda* que puedan ser –y, de hecho– deben ser hechas, como a continuación veremos.

²² Así, la STS 13 de diciembre de 1994.

En efecto, la denegación de la solicitud de la diligencia habrá de ser motivada. Aquí, no es suficiente entender por “motivación” –como puede leerse en alguna sentencia– el “carácter excepcional que caracteriza dicha prueba y por entender que nada nuevo puede aportar”,²³ pues, esta aseveración u otras semejantes constituyen una petición de principio: lo que entonces estaría por demostrar –y por motivar–, y, por ende, lo que no debería ser supuesto es, precisamente, si la diligencia puede o no aportar algo nuevo –estaría bueno que a pesar de que pudiera aportar al hallazgo de la verdad, no hubiera sido acordada–. Normalmente, por ejemplo, “no podrá aportar nada” cuando la diligencia ya había sido practicada en fase sumarial sin resultados positivos –las contradicciones perduraron tras la práctica de la diligencia y se apreció en ambos careados igual firmeza–, y se intenta repetir de nuevo en el plenario, lo que es denegado.²⁴ En suma, la decisión resolviendo la solicitud de careo deberá motivar, al menos, por qué razón, supuestamente, la diligencia no podría aportar nada nuevo, es decir, qué contradicciones entiende el auto denegatorio que no existieron, o por qué tales contradicciones no serían relevantes para la causa, o, por último, por qué aun siendo relevantes, se cree que nada puede aportar la confrontación de las mismas y la “invitación” a ponerse de acuerdo. Así, respecto de esto último, es perfectamente imaginable –y con razón– que se tenga por superfluo un careo entre dos imputados o entre un imputado y un testigo, porque en la confrontación uno de los careados no tiene obligación de decir verdad, pero sería menos entendible considerar irrelevante un careo entre dos testigos sobre un punto esencial (insistimos: *de lege lata*), porque ambos están obligados a decir verdad.

En todo caso, como decimos, todo ello habrá de ser expresamente motivado, para no generar indefensión: la discrecionalidad que posee el órgano jurisdiccional en orden a acordar o no la diligencia, no es “discrecionalidad pura”, sinónimo pues de “arbitrariedad”, sino “un ejercicio de facultades discrecionales jurídicamente vinculadas”.²⁵ Para que pueda prosperar una hipotética impugnación ante la superioridad de la denegación de la diligencia de careo, han de ser consignadas en el acta del juicio oral, siquiera sea sucintamente, las cuestiones que la parte proponente

²³ Empero, la STS de 26 de noviembre de 1993.

²⁴ Cfr. STS 13 de diciembre de 1994.

²⁵ STS 8 de febrero de 1991; vid. también Corcoy Bidasolo, La interpretación en Derecho penal – *Favor libertatis versus Favor securitatis, In dubio pro reo versus In dubio contra reo*, en: Derecho penal del Estado social y democrático de derecho, LH a Santiago Mir Puig, págs. 145 y ss.

quería someter a debate y confrontación entre los careados, así como la expresión concreta, de en qué punto o extremos, a su juicio, residirían las contradicciones que considera esencial despejar.²⁶ Ello no es sino la lógica traslación a la diligencia de careo, de una doctrina ya muy asentada sobre la revisión por la superioridad –en particular, casacional– de la decisión de hacer que decaiga un testigo que no haya comparecido: como es sabido, la parte interesada ha de hacer consignar en el acta, siquiera sea sucintamente, las preguntas que tenía intención de realizar al testigo no comparecido y que no fue vuelto a citar, para que el Tribunal superior pueda entrar a valorar la necesidad –y no sólo la pertinencia– de su comparecencia.

C) Abrogación de lege ferenda por incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia

1. A lo largo de la exposición del careo que acabamos de realizar, se han ido deslizado inevitables críticas al sistema instaurado por el Legislador decimonónico. Es más, como ya apuntamos, un estudio como el presente, relativo a la presunción de inocencia, obliga a replantearse la completa compatibilidad de esta diligencia con nuestro sistema procesal penal: lejos de resolver cuestiones probatorias, abre las puertas a posibles vulneraciones de derechos procesales tan fundamentales como la proscripción de la indefensión –que no debe producirse “en ningún caso”– (art. 24.1 CE), o, como decimos, a la lesión de la presunción de inocencia.

Desde un punto de vista práctico, no parece que una hipotética supresión de la diligencia de careo hiciera resentirse en demasía la estructura probatoria del proceso, dada la –por lo menos, nominal– poca trascendencia que se concede a esta diligencia en la actualidad.

2. En primer lugar, la dicción del artículo 451 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal – y que ya fue expuesta– no puede ser tomada en su literalidad. En efecto, que “los testigos o los procesados entre sí o aquéllos con éstos [estén en desacuerdo] acerca de algún hecho o de alguna circunstancia que interese al sumario”, como señala el precepto, no es, ni mucho menos, una situación excepcional en el proceso penal –y éste es el carácter que se quiere otorgar a esta diligencia–, sino, bien al contrario, la situación habitual en la práctica diaria de las investigaciones y juicios orales penales.

²⁶ Cfr. STS 26 de noviembre de 1993.

Ya vimos que, a la luz de las máximas de la experiencia de la psicología del testimonio, en ocasiones habrá buenas razones para que esto sea así.

Por ello, establecer el *tertium comparationis* entre una “discordia” que debe dar lugar a una diligencia de careo, y otra “discordia” que no alcanza para la práctica del cara a cara judicial, es algo que queda en el aire y que provoca, por ende, la consiguiente inseguridad jurídica de cuándo habrá de practicarse esta diligencia, inseguridad reveladora de la poca eficacia de la misma.

3. En segundo término, el actual sistema incurre en un dilema difícil de superar por lo que atañe a su pertinencia y, más aún, a su necesidad. Entiende el legislador, como ya vimos, que estamos ante un medio subsidiario, es más, ante el último medio a utilizar: “no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro medio de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados” (art. 455 LECrim.). Pero lo cierto es que una disposición tal sitúa al juzgador ante una alternativa diabólica: si, en efecto, no hubiere otro medio de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados, ello querrá decir que, en su caso, la sentencia condenatoria habrá de basarse en el resultado de esta diligencia de careo que, digamos, saca al juzgador de esta suerte de “callejón sin salida” procesal; pero ello, dicho claramente, sabemos que hará descansar la condena en una diligencia que no es, en principio, revisable en vía de recurso –como vimos–, y, además, tiene acreditado su escaso valor probatorio. La otra alternativa al dilema es basar la sentencia en otros medios de prueba, pero entonces, el careo no debiera haber sido acordado, pues sí había otros medios de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad. Y si no los había, resucitarlos –por así decir– entonces para disimuladamente hacer recaer la supuesta convicción judicial en ellos –y la racionalidad de la valoración probatoria–, a los efectos de no hacerlo en el inseguro resultado del careo, constituiría un fraude de ley.

La práctica del careo supone un total desfallecimiento del normal sistema probatorio en el procedimiento criminal: se debe llegar a él, “in extremis”, es decir, previo reconocimiento por parte del órgano jurisdiccional de que no hay otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de los procesados. En consecuencia, la práctica de la diligencia de careo en el juicio oral es, en síntesis, la

paladina confesión de que se carece de pruebas.²⁷ Tener por desvirtuada la presunción de inocencia sólo con base en la diligencia de careo –aun cuando la misma se practique en el plenario–, es sencillamente, por tanto, ir demasiado lejos. Pero esa es la única y directa consecuencia de considerar esta diligencia como de *ultima ratio*.

De este modo, aunque ciertamente desde un punto de vista externo y mediático pueda parecer espectacular, desde la perspectiva procesal la diligencia se *revuelve* realmente contra quienes pretendan sostener una acusación con base en ella, pues la misma se muestra como sumamente endeble. Su carácter de *ultima ratio* esconde el germen que la hace inservible. Del careo celebrado en el plenario lo único que se acredita es la previa existencia de la duda en el juzgador que lo ordena de oficio o lo acuerda a instancia de parte, y, por ello, aunque la duda supuestamente se disipe a favor de uno de los careados y, por ende, en contra del otro,²⁸ la única “prueba” de la sentencia frente a la duda previa será el careo, luego, dado lo pigre de tal bagaje probatorio habrá que absolver, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

4. Otras sombras empañan la eficacia real de la diligencia. Así, el careo es o bien vulnerador del derecho a no declarar –cuando los intervinientes son imputados– (si se entiende para este acto que quien calla, otorga al contrincante), o bien desigual para unos y otros intervinientes –imputados *versus* testigos–, o bien, cuando se produce en fin entre dos sujetos testigos con papeles procesales equivalentes –testigo frente a testigo– creador *ex lege* de una absurda situación rayana en la provocación al delito, o, en su caso, en prueba del mismo sin asistencia de letrado. Veamos más pormenorizadamente todas estas situaciones.

En primer lugar, si la diligencia se celebra entre dos o más imputados, el tenor literal del artículo 452.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vulnera, cuanto menos, el espíritu del derecho al silencio de tales sujetos procesales. El juez no puede “invitar” “a los careados para que se pongan de acuerdo entre sí”,

²⁷ Cfr. Cobo del Rosal, “Caso Marey”, pág. 199; probablemente aún más claro si se acuerda de oficio, como ya expusimos *supra*; vid. también, Montañés Pardo, La presunción de inocencia – Análisis doctrinal y jurisprudencial, págs. 203 y s.

²⁸ Cfr. Sentencia 2/1998, de 29 de julio (caso Marey): “(...) estimamos que hay prueba directa, consistente en las declaraciones de los coimputados S., D., A. y P., robustecidas por el resultado de los careos que los dos primeros mantuvieron con B. ante este Tribunal”.

porque, precisamente, su derecho es a todo lo contrario: a defenderse y a no ponerse de acuerdo si no les interesa. Bien es cierto que el precepto omite señalar, cuando los careados sean imputados, que el juez deberá recordarles su juramento –como hace respecto de los testigos–, pero ello es insuficiente. Antes bien, el juez deberá recordar a los imputados o acusados, de forma expresa, precisamente lo contrario: que ni tienen obligación alguna de ponerse de acuerdo, ni ello puede acarrearles consecuencia jurídica negativa alguna. Pero, de hacerse así –¡y debe hacerse así!–, la “invitación” judicial a ponerse de acuerdo queda, para este primer grupo de posibles careados –los imputados o acusados entre sí–, vacía de contenido totalmente, igual que en definitiva la diligencia misma.²⁹ A ello no debe objetarse que la invitación tiene por finalidad evitar simples errores del declarante de buena fe (sea imputado, o sea testigo): pues para ello no es necesario un careo, sino una pregunta en tal sentido esclarecedor de alguna de las partes personadas, del Fiscal o del Juez, en una simple declaración judicial.

Para el segundo grupo de posibles careados, los testigos frente a los imputados (o acusados), los problemas son distintos, pero no menos graves. En primer lugar, la “invitación” a ponerse de acuerdo, de nuevo, está de más, pues en tanto en cuanto entre los intervinientes exista al menos un imputado, se caerá en los mismos problemas que acabamos de denunciar. Pero es que, en estos supuestos, la diligencia de careo mezcla dos posiciones procesales incompatibles entre sí.³⁰ Pretender situar en el mismo plano de discusión a quien –por un lado– puede faltar a la verdad, frente a quien –por otro– se halla obligado a ser veraz, carece de toda entidad probatoria; dicho de una forma gráfica, se trata de dos personajes procesales que hablan distinto idioma, de tal modo que de una “conversación” entre ambos, ningún corolario seguro podrá ser extraído. Esta última sombra, la cual no invalida la diligencia de careo pero que la oscurece enormemente, no ha sido resuelta hasta ahora de manera convincente, según alcanzamos a ver, ni por la jurisprudencia, ni por la doctrina científica, quizás porque en ninguno de los dos ámbitos se trata ya de defender el careo como diligencia probatoria o hasta de investigación que deba ser conservada en nuestro proceso penal.

²⁹ Cfr. también Moreno Catena/Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal*, pág. 408.

³⁰ Vid. López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho procesal penal*, págs. 844.

Por último, el tercer grupo de posibles careados, testigo *versus* testigo, resulta también poco adecuado a efectos probatorios. Aquí el problema no reside en las diferentes obligaciones de veracidad que incumben a uno y otro en sus papeles procesales, pues son los mismos, sino en el callejón sin salida procesal al que son conducidos. Y es que, dos situaciones son imaginables. Si las diferencias entre las versiones de ambos son accesorias, es cierto que difícilmente podrá ser imputado un delito de falso testimonio a quien resulte “perdedor” en la discusión “cara a cara” –y, por tanto, no existiría el callejón sin salida del que acabamos de hablar–, pero, entonces, es que ni tan siquiera estará justificada la práctica misma del careo: la esencia del mismo, como vimos, es que de alguna de las versiones contrapuestas e irreconciliables se deduzca “la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados” (art. 455 LECrim.), siendo irrelevantes meras cuestiones accidentales, episódicas o secundarias. Así las cosas, empero, si de un punto imprescindible o esencial se trata –y, como decimos, ello debe ser así–, entonces estamos ante un delito de falso testimonio por parte de uno de los careados y, en su caso, de la –*sit venia verbo*– institucionalizada omisión de la persecución del mismo, cuando en el acta se concede más verosimilitud a una de las versiones. Y si ello es así –que lo es–, ¿no deberían estar asesorados ambos testigos por su letrado de libre designación, ante la posibilidad teórica –que debería ser real– de tener que defenderse de la acusación por un delito de falso testimonio? En efecto, claramente, ambos careados se hallan en una situación paralela a la de quien en lugar de ser llamado a declarar como testigo, lo es como imputado porque, precisamente, se prevé que de su declaración pueda derivarse una imputación penal: aquí también debiera ser previsible que de mantenerse ambos en sus versiones contradictorias y sobre un punto esencial que afecta a la culpabilidad o inocencia (¡!), pudiera derivarse una imputación por delito de falso testimonio contra uno de los dos. Situación procesalmente extraña pues, cuanto menos, o, siendo más exactos, un dilema procesal de imposible resolución.

5. Otra situación que debe propiciar reflexiones *de lege ferenda* es aquella a la que da lugar la práctica judicial diaria de recibimiento en declaración de testigos en el plenario. Así, tras ser recibidos en declaración, se indica a los testigos por parte del presidente del Tribunal que pueden retirarse o permanecer entre el público. Pero

ello, a la vista de la posibilidad existente de ser confrontado en un careo con un testigo posterior –como establece el artículo 729 LECrim–, debiera ser evitado.

En efecto, es cierto que la diligencia de careo comenzará con la lectura de los puntos de contradicción entre ambos testigos –de tal modo que podría pensarse que es indiferente que el careado haya oído la versión con quien ha de carearse–, pero desde luego, no parece que sea lo más conveniente para la finalidad de la diligencia –si es que se le quiere dotar de alguna–, es decir, no parece consecuente con ella misma, que uno de los testigos haya escuchado el completo testimonio del otro careado y de otros testigos, mientras que éste, en cambio, no. De nuevo, de permitirse esta situación, se produciría una desigualdad, esta vez, de facto, entre los papeles procesales de los careados, que lastraría más aún si cabe el escaso valor probatorio –y hasta investigador– de la diligencia de careo. En suma, en tanto en cuanto la legislación vigente siga otorgando virtualidad a la diligencia de careo –acertada o desacertadamente, pero es derecho positivo–, la audiencia pública no debiera serlo para los testigos respecto de la testifical de los otros testigos; es decir, tras prestar testimonio en el plenario, el testigo debería estar obligado a abandonar la sala de vistas inmediatamente, por norma.

6. Un grave inconveniente más hemos de desgranar. En la práctica, la referencia a que “el Secretario dará fe (...) de lo que se observare en [la] actitud [de los careados] durante el acto” (art. 453 LECrim), venía y viene siendo interpretado de dos formas muy diversas:³¹ mientras que algunos jueces y magistrados entienden que son ellos los que deciden, subjetivamente –no puede ser de otra forma– sobre qué ha de hacerse constar en el acta en cuanto a la “actitud” de los careados (“igual firmeza” o prevalencia y mayor convicción de una de las versiones), otros jueces y magistrados creen, antes bien, que dicha decisión queda en manos del Secretario judicial, quien será el que, a su criterio, hará constar lo que haya observado, en una suerte de dación

³¹ Cfr. Vázquez Sotelo, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal, págs. 139 y s., con nota 172: el encargado de valorar sería el Juez, aunque refiere la opinión de Herce Quemada quien señala que la ley expresamente se refiere al Secretario. – Que valora el Secretario: López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal, págs. 844. Desde siempre han existido estas dudas, y así cfr. igualmente: Gimeno Sendra/Moreno Catena/Cortés Domínguez, Derecho Procesal Penal, pág. 301: “Curiosamente, el art. 453 ordena al secretario que, además de las preguntas, contestaciones o interpelaciones que tengan lugar durante el acto del careo, recoja en la diligencia aquello que personalmente observe en la actitud de las personas careadas. Sin embargo, ha de considerarse que tal facultad excede del poder de documentación del secretario, debiendo corresponder la apreciación de dicha actitud al juez que preside el acto”.

de fe subjetivada.

Lo cierto es que el tenor literal del precepto permite ambas interpretaciones, pues si bien la aseveración de que “el Secretario dará fe”, unida a que se trata de una apreciación puramente subjetiva, parece conducir a que es él mismo quien debe plasmar, según su buen criterio, lo que observare; también es posible la otra interpretación, porque el precepto habla de “se observare” y no, simplemente, de “observare” (él, el Secretario), en cuyo caso no habría lugar a dudas.

Si embargo, si realmente quiere otorgarse la prerrogativa al Secretario de hacer constar en el acta si, a su juicio, ha observado igual o distinta firmeza en los careados, queda en manos de alguien que no es el juzgador la eficacia probatoria última de la diligencia, en grave quebranto del derecho fundamental al juez imparcial predeterminado por la Ley: no estamos ante un problema de imparcialidad o de determinación de la Ley, sino, sencillamente, de que quien decide sobre la prueba sería el propio Secretario judicial, es decir, alguien que no está llamado a juzgar. En todo caso, por lo demás, el juicio sobre la firmeza será desde luego sumamente inseguro.³²

7. En parecido sentido ha de concluirse sobre la eficacia de la diligencia celebrada durante la instrucción: por un lado, habiendo sido ya celebrada, su repetición durante el plenario carece de sentido, pues la misma no será espontánea, y si se desea dotarla realmente de algún valor, al menos que sea espontánea; y, por otro lado, si, entonces, lo que se busca no es la repetición sino la constancia para que más tarde sea objeto de valoración por parte del juzgador –de la diligencia practicada en la instrucción–, el juez plenario carecerá de inmediatez.

8. En suma, siendo consecuentes con una jurisprudencia que tiene señalado que esta diligencia “no debe en absoluto prodigarse”, que afirma que “la experiencia judicial enseña la general ineficacia de este medio probatorio”,³³ o que sin tapujos reconoce “que raras veces conduce a resultados eficientes”³⁴ pues “en la práctica, produce, en

³² Cfr. en general sobre las dificultades de valoración de este tipo de emociones del declarante, Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 220 y ss.

³³ STS de 19 de enero de 1993.

³⁴ STS de 13 de diciembre de 1994.

general, más confusión que claridad”,³⁵ debemos abogar por su destierro de la práctica judicial, por ser incompatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. En un Estado de Derecho, el careo está llamado a engrosar los libros de historia del derecho penal, pues ni siquiera parece que una reforma, por profunda que la misma fuese, pueda salvar sus innegables carencias; en definitiva, creemos que no haría falta que ninguna sentencia más señale que “es una prueba de utilidad muy discutible, generalmente desarrollada bajo la pasión, cuando no la violencia” y “sin finalidad práctica”, que “exige mayor atención de los Jueces para evitar el descontrol de los careados, proclives éstos a representar actitudes más o menos falsas, de ahí que se mire con desconfianza porque incluso puede llevar, ingenuamente, al error de apreciación”.³⁶ O, como señaló uno de los votos particulares a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1998, “el careo, del que constantemente dice la Sala Segunda no es diligencia propia del juicio oral, sino del sumario, presenta dos serios inconvenientes para el descubrimiento de la verdad: ser, de todas las diligencias probatorias, una de las más expuestas al riesgo de la subjetividad en su valoración, y propiciar, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor –el que teóricamente dice la verdad– el más osado, el más hábil o el que más grita”.³⁷

³⁵ STS de 14 de enero de 1993: “*Las ventajas de su utilización son muy discutibles*”; en el mismo sentido, la doctrina mayoritaria en verdad desde siempre: vid., por todos, Rives Seva, *La prueba en el proceso penal – Apuntes jurisprudenciales*, AP 1995 – 2, núm. marg. 509 y ss., 547: “*raras veces conduce a resultados eficaces*”.

³⁶ STS de 18 de noviembre de 1991.

³⁷ En concreto, el voto particular de los Excmos. Sres. Jiménez Villarejo y García Ancos.