

SANDRA JIMENEZ CABORNERO

LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL PROCESO PENAL



TRABAJO FIN DE GRADO

Dirigido por
D. Pedro Vicente Martínez Cánovas

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE
DEPARTAMENTO DE CIENCIA JURÍDICA. ÁREA DE DERECHO
PROCESAL.
GRADO EN DERECHO**

2015

INTRODUCCIÓN.....	4
I. TESTIGO: CONCEPTO Y NATURALEZA.....	5
II. OBLIGACIONES Y EXENCIONES EN LA DECLARACIÓN TESTIFICAL..	6
2.1 El deber de comparecer	8
2.2. El deber de declarar.....	11
2.3. Desarrollo de la práctica de la prueba testifical.....	12
III. PRINCIPIOS PROCESALES RECTORES EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.....	14
3.1 Inmediación.....	16
3.2. Contradicción.....	17
3.3. Oralidad.....	18
3.4. Publicidad.....	19
IV. LA VALORACIÓN DE DETERMINADAS DECLARACIONES TESTIFICALES.....	20
4.1. La declaración del coacusado: valor probatorio, requisitos según la jurisprudencia del TS como prueba de cargo.....	20
4.2. Las manifestaciones espontáneas del imputado a agentes de la autoridad: valor probatorio.....	24
4.3. Testigo víctima-perjudicado: requisitos como prueba de cargo según la jurisprudencia del TS.....	24
4.4. La problemática de la aplicación del artículo 416 de la LECrim al testigo víctima.....	28
4.5. Testigo protegido: Ley de protección de testigos.....	33
4.6. Testigo de referencia.....	37
4.7. Confidentes.....	39
4.8. Policías.....	41
4.9. Parientes.....	43
4.10. Testigo menor de edad.....	44
4.11. Testigo discapacitado.....	45
4.12. Testigos vinculados por el secreto.....	48
4.12.1. Secreto del abogado.....	48
4.12.2. Secreto del funcionario público.....	49
4.12.3. Secreto sacerdotal.....	49
4.12.4. Otras profesiones.....	49

V. LA PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA ANORMALMENTE.	51
5.1. Valor probatorio de la declaración del testigo en fase de instrucción cuando no comparece en el juicio oral.	51
5.2. Testigo fallecido o con enfermedad grave.	53
5.3. Testigo residente en el extranjero.	54
5.4. Testigo en paradero desconocido.	54
VI. LA PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA.	54
6.1. Supuestos.	55
6.2. Requisitos.	55
6.3. Valoración.	56
VII. VALORACIÓN DE LAS CONTRADICCIONES Y RETRACTACIONES DE LOS TESTIGOS EN EL JUICIO.	57
7.1. Valoración de la declaración sumarial.	57
7.2. Valoración de la declaración policial.	58
7.3. Careo de testigos.	59
VIII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN.	60
8.1. Control de la valoración en el recurso de apelación.	60
8.2. Control de valoración en el recurso de casación.	63
8.3 Especial referencia a las sentencias absolutorias.	63
IX. CONCLUSIÓN.	66
BIBLIOGRAFÍA.	68
ANEXO.	70

INTRODUCCIÓN.

Durante la realización de las prácticas en los distintos órganos judiciales de la Ciudad de la Justicia de Elche, me llamó especialmente la atención la importancia que tenía la prueba testifical en los procedimientos penales. En numerosas ocasiones, la delgada línea que separa el dictado de una sentencia condenatoria o absolutoria para el acusado, dependía en gran parte de la credibilidad que el órgano sentenciador otorgara a la declaración de los testigos.

Despertó en mi primordial interés conocer si los Jueces y Tribunales tienen plena libertad para valorar la prueba testifical según su conciencia, o si por el contrario esa libertad estaba sujeta a una serie de límites y principios jurídicos básicos, que sirvan como garantía para evitar la arbitrariedad y respetar el principio de presunción de inocencia que asiste a todo acusado según el artículo 24 de la CE.

Con este trabajo he tratado de dar respuesta a esta cuestión fundamental y a otras muchas que me han surgido a medida que he ido profundizando en el conocimiento de la prueba testifical en el proceso penal español. Para ello he buscado información en diversos textos legales, obras doctrinales, revistas jurídicas y bases de datos de jurisprudencia, en las que he encontrado las diversas interpretaciones existentes sobre la validez de las declaraciones de ciertos testigos.

Para ello he organizado el trabajo en cuatro partes fundamentales. La primera parte comprende los capítulos I, II y III, en los que he desgranado el concepto y naturaleza de la prueba testifical, las obligaciones y deberes de los testigos a la hora de comparecer y declarar, y los principios rectores en la valoración de la prueba testifical. En el segundo bloque, el más extenso, he analizado en el capítulo IV las diferentes clases de testigos y su valor probatorio. La tercera parte que comprende los capítulos V, VI y VII, están dedicados a la prueba testifical producida anormalmente, con especial atención a la prueba testifical anticipada y al valor de la declaración sumarial del testigo en caso de incurrir en contradicciones o no comparecer. Finalmente, el capítulo VIII se centra en el análisis de la revisión de la valoración probatoria en la segunda instancia a través del recurso de apelación y en el tratamiento del tema en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

I. TESTIGO: CONCEPTO Y NATURALEZA.

Testigo es la persona física, que sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia ¹.

José María Asencio Mellado define testigo como “aquella persona física, nunca jurídica, tercero ajeno a los hechos, que presta una declaración de conocimiento acerca de aquellos elementos objeto de investigación o enjuiciamiento” ².

La jurisprudencia del TS, dice que el testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo. Todo ello le hace superior a otros medios probatorios, pero a su vez adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Por tanto, debe tomarse tal como es, si bien para poder otorgarle valor, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer ³.

Por tanto, con la prueba de testigos, que consiste en que un tercero preste oralmente una declaración de conocimiento sobre hechos relevantes para la causa, se pretende lograr la convicción del juzgador en relación con la materia sobre la que se declara, de acuerdo con lo manifestado por el testigo ⁴.

Todas las definiciones de testigo giran en torno a las siguientes notas características:

- 1.) El testigo es un tercero ajeno al conflicto objeto del proceso penal.
- 2.) El testigo ha de declarar de forma oral y en presencia del Tribunal y de las

¹ ALCAIDE GONZÁLEZ J.M, “Guía práctica de la prueba penal”, Dijusa 2005, pág. 250.

² ASENSIO MELLADO J.M, “Derecho Procesal Penal” 2012, Valencia 2012, pág.155.

³ STS 957/2007, 28-11.

⁴ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Derecho Procesal Penal”, Valencia 2010, pág.389.

partes que podrán interrogarlo de manera cruzada, con sujeción a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

3.) La fuerza probatoria del testigo depende de su sinceridad y veracidad.

No obstante estas características, la jurisprudencia ha matizado las mismas considerando como testigo a las víctimas y los perjudicados, así como al coacusado, que no tienen la condición de terceros ajenos al proceso. En segundo lugar, aunque la declaración testifical haya de producirse con sujeción a los principios de oralidad, inmediación y contradicción, la ley permite que algunos testigos declaren por escrito y fuera de la presencia del Tribunal y sin un interrogatorio contradictorio de las partes. Finalmente, la sinceridad y veracidad también quedan en entredicho, cuando la jurisprudencia admite los testimonios de personas interesadas en las partes o en el objeto del proceso, como son por ejemplo, sus parientes.

Respecto a la naturaleza de la prueba testifical, junto con la declaración del acusado y la prueba pericial, tienen la consideración procesal de “pruebas personales” o subjetivas, lo que comporta determinados efectos en cuanto a las posibilidades de controlar su recta valoración. En efecto, partiendo de la clásica distinción entre pruebas personales y pruebas materiales o reales, se dice que las pruebas personales son las que se producen y agotan en el acto del juicio oral, como la declaración del acusado, testigo y perito que deponen en presencia del Tribunal y son sometidos al interrogatorio de las partes. Pruebas materiales son, por el contrario, aquellas que se mantienen inalteradas desde su aportación al proceso, como sucede con los documentos escritos o de otra naturaleza.

II. OBLIGACIONES Y EXENCIONES EN LA DECLARACIÓN TESTIFICAL.

A diferencia del régimen de garantías que rodea la declaración del acusado, la LECrim. consciente de la importancia y transcendencia de la prueba testifical en el proceso penal, regula con rigor y de forma detallada el régimen jurídico para la práctica de dicha prueba, imponiendo a los testigos la obligación de comparecer, declarar (salvo excepciones y dispensas) y sobre todo de decir la verdad.

Ello no es sino reflejo de la importancia de la prueba testifical en la búsqueda de la verdad material en el marco de un proceso penal, siendo numerosas las ocasiones en las que la prueba testifical resulta ser la principal o la única fuente de datos de la que extraer el relato de hechos probados de la sentencia.

En el juicio oral, el Tribunal gracias al principio de inmediación, puede percatarse de si el testigo sostuvo lo afirmado con consistencia y firmeza, con titubeos y evasivas, lagunas incompresibles, prodigiosa memoria frente al normal olvido por el paso del tiempo, serenidad, inquietud o nerviosismo en su declaración, etc.

Como decía Bentham ⁵, el interrogatorio de los testigos es un arte que requiere sagacidad, astucia, rapidez y otras cualidades de la inteligencia. La forma de formular las preguntas, adquiere una enorme relevancia, pues puede ser detonante de los gestos y actitudes que acompañan al testigo a la hora de exteriorizar la verdad o la mentira.

El Título II del Libro IV de la LECrim., artículos 779 al 798, dedicado al Procedimiento Abreviado, no contiene una regulación específica para la declaración de testigos en el juicio oral y, a excepción de preceptos concretos, habrá que observar la prevista con carácter general. De este modo, se aplicarán supletoriamente los artículos 701 y siguientes de la LECrim.

El momento procesal para la proposición de la prueba testifical será en el procedimiento abreviado y en el ordinario, en los escritos de acusación y de defensa, y en el procedimiento abreviado, a diferencia del procedimiento ordinario, también al inicio de las sesiones del juicio, pueden proponerse pruebas que se puedan practicar en el acto, es decir, que el testigo esté físicamente en la sede del Tribunal y no provoque su admisión la suspensión de la vista. Salvo esta especialidad, sólo quedaría la vía del artículo 729, pero es facultativo del Tribunal acordarla siempre que no afecte a la imparcialidad objetiva del Tribunal y no supla la omisión de las partes. Como argumento favorable a su admisión, se puede reseñar la búsqueda de la verdad material a cuyo objetivo tienden los artículos 315 y 406 para la fase de instrucción y los artículos 708 y 729 para el juicio oral.

La LECrim. no establece límite alguno respecto al número de testigos que pueden deponer en el juicio oral, siendo la pertinencia y la necesidad de los testimonios,

⁵ BENTHAM, J: “*Tratado de las pruebas judiciales*”, pág. 275.

el motivo para la exclusión de alguno de los propuestos o de que queden sin practicar alguno de los admitidos.

En cuanto al testimonio único, según criterio actual de la jurisprudencia, constituye medio de prueba válido, sin perjuicio de ponderar el Tribunal las circunstancias concurrentes y la ausencia de móviles espurios. Ello determina que actualmente carezca de virtualidad jurídica el antiguo principio “*testis unus, testis nullus*” (un testigo, ningún testigo).

El testigo tiene la obligación de decir la verdad, ser objetivo e imparcial en su testimonio, pues en caso contrario podría cometer un delito de falso testimonio (artículo 458 del CP), e igualmente la Ley establece causas de tachas, cuya concurrencia se tendrán en cuenta por el Tribunal a la hora de valorar la declaración del testigo, pero no excluyen su práctica.

2.1 El deber de comparecer

El artículo 118 de la CE dispone la obligación de prestar la colaboración requerida en el curso de un proceso, de ahí la obligación del testigo de comparecer a declarar, salvo las excepciones previstas a dicha regla general, dependiendo de quien sea, o del cargo que ocupe.

El *artículo 410* de la LECrim. establece que “Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.”

Como exenciones a esta obligación, el *artículo 411* con carácter absoluto contempla: “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino.

También están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados.

Por su parte el *artículo 412* señala que “1. Estarán exentas también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo por escrito, las demás personas de la Familia Real.

2. Están exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo:

1.º El Presidente y los demás miembros del Gobierno.

2.º Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado.

3.º El Presidente del Tribunal Constitucional.

4.º El Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

5.º El Fiscal General del Estado.

6.º Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

3. Si fuera conveniente recibir declaración a alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 anterior sobre cuestiones de las que no haya tenido conocimiento por razón de su cargo, se tomará la misma en su domicilio o despacho oficial.

4. Quienes hubiesen desempeñado los cargos a que se refiere el apartado 2 del presente artículo estarán igualmente exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo.

5. Estarán exentos también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pueden hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros:

1.º Los Diputados y Senadores.

2.º Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial.

3.º Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

4.º El Defensor del Pueblo.

5.º Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración.

6.º Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

7.º El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado.

8.º El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.

9.º Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

10.º Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.

6. Si se trata de cargos cuya competencia esté limitada territorialmente, sólo será aplicable la exención correspondiente respecto de las declaraciones que hubieren de recibirse en su territorio, excepción hecha de los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de sus Asambleas Legislativas.

7. En cuanto a los miembros de las Oficinas Consulares, se estará a lo dispuesto en los Convenios Internacionales en vigor.”

Completa esta regulación el *artículo 413* al indicar que “Para recibir la declaración a que se refiere el apartado 3 del artículo anterior, el Juez pasará al domicilio o despacho oficial de la persona concernida, previo aviso, señalándole día y hora.

El Juez procederá de igual modo para recibir la declaración de alguna de las personas a que se refiere el apartado 5 del artículo anterior, cuando la misma fuere a tener lugar en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros.”

El artículo 414 indica que “La resistencia de cualquiera de las personas a que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 412 a recibir en su domicilio o residencia oficial al Juez, o a declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado respecto a los

hechos del sumario, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para los efectos que procedan.

Si las personas mencionadas en el apartado 7 de dicho artículo incurrieren en la resistencia expresada, el Juez lo comunicará inmediatamente al Ministerio de Justicia, remitiendo testimonio instructivo y se abstendrá de todo procedimiento respecto a ellas, hasta que el Ministro le comunique la resolución que sobre el caso se dictare.”

Finalmente, el *artículo 415* señala que “Serán invitadas a prestar su declaración por escrito las personas mencionadas en el párrafo segundo del artículo 411 y en el apartado 7 del artículo 412, remitiéndose al efecto al Ministerio de Justicia, con atenta comunicación para el de Asuntos Exteriores, un interrogatorio que comprenda todos los extremos a que deban contestar, a fin de que puedan hacerlo por vía diplomática.”

2.2. El deber de declarar.

Según el artículo 707 de la LECrim. *“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”*.

Los artículos 416 al 418 de la LECrim. recogen diversos supuestos en los que se excusa al testigo de su obligación de declarar. Unos tienen su razón de ser en los lazos familiares (artículos 416.1 y 418), otros en el secreto que deben guardar determinadas personas (artículos 416.2 y 417,1 y2) y, el recogido en el número 3 del artículo 417 en la falta de capacidad.

Según el *artículo 416* están dispensados de la obligación de declarar:

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

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que

puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

- **2.** El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.”

El *artículo 417* de la LECrim. dispone que “No podrán ser obligados a declarar como testigos:

- **1.º** Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.
- **2.º** Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.
- **3.º** Los incapacitados física o moralmente.

Por último el *artículo 418* prescribe que “Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416.

Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor”.

2.3. Desarrollo de la práctica de la prueba testifical.

La prueba testifical se práctica a continuación de la declaración de los acusados con arreglo al siguiente esquema:

1.- El Presidente del Tribunal o el Juez ordena que se llame a los testigos propuestos por las partes por el siguiente orden:

Primero, los propuestos por el Ministerio Fiscal.

Segundo, los propuestos por las demás partes acusadoras.

Por último, los propuestos por la defensa del acusado.

2.- Si el testigo no comparece y no alega justa causa, se le puede imponer una multa de 200 a 5000 euros.

También se puede acordar su conducción forzosa a presencia del Tribunal

La incomparecencia del testigo puede dar lugar a responsabilidad penal por delito de obstrucción a la Justicia.

3.- Se recibe juramento o promesa a los testigos mayores de catorce años.

4.- El Presidente del Tribunal o el Juez interroga sobre las “preguntas generales de la ley”.

5.- Se da la palabra en primer lugar a la parte que propuso el testigo.

6.- Las preguntas no pueden ser capciosas, sugestivas o impertinentes.

Si se inadmite una pregunta, la parte debe formular protesta y solicitar que conste en acta la pregunta que se haya prohibido contestar.

7.- El testigo tiene la obligación de responder a las preguntas.

Si se niega declarar, se le impone en el acto una multa de 200 a 5000 euros.

Si persiste en su negativa, se procede contra él por delito de desobediencia grave a la Autoridad.

8.- Con posterioridad se les da la palabra al resto de partes personadas para que formulen las preguntas que estimen conveniente.

9.- El presidente del Tribunal o el Juez puede realizar alguna pregunta para depurar los hechos sobre los que declare el testigo.

10.- El testigo podrá abandonar la Sala pero no podrá comunicarse con el resto de los testigos que aún no hayan prestado declaración.

III. PRINCIPIOS PROCESALES RECTORES EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL.

Como ha dicho Federico Carlos Sainz de Robles, no es lo mismo Estado de Derecho que Estado como Derecho. El Estado de Derecho supone algo más que la existencia de un grupo social de normas o mandatos reguladores de la convivencia. La existencia de un Estado de Derecho requiera algo más que la existencia de normas jurídicas. Allí donde estas no otorguen una garantía suficiente para el respeto de las libertades fundamentales del individuo y donde no supongan un límite y cauce a la voluntad de los titulares del Poder, cuyo ejercicio quede por encima o al margen del Ordenamiento, no existen las condiciones propias de un Estado de Derecho ⁶.

En este sentido, en un Estado Democrático y Social de Derecho como el que proclama nuestra Constitución en el artículo 1.1, el proceso penal se convierte en un instrumento técnico esencial para enjuiciar las conductas tipificadas como delitos, debiendo adoptarse todas las precauciones necesarias para garantizar la presunción de inocencia y el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, el proceso penal está dirigido a la búsqueda de la *verdad material*, afirmación recogida incluso en artículos de los Códigos procesales penales ⁷, e igualmente en nuestra LECrim hay una constante referencia a la búsqueda de la verdad material como objetivo del proceso penal, desde la Exposición de Motivos, hasta la misma regulación del juicio oral, como muestra de ejemplo, ella artículo 726 que habla de “la más segura averiguación de la verdad” y la misma referencia se contiene en otros artículos de la LECrim, como el artículo 701

⁶ RUIZ VADILLO, Enrique, Algunas consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal, Estudios, Boletín núm. 1767, pág. 5.

⁷ GÓMEZ COLOMER, El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Bosch, Barcelona 1985. págs. 130 y 131.

precisamente con relación a los testigos.

No faltan autores que niegan la posibilidad de alcanzar la verdad de los hechos en el proceso penal, pero lo cierto es que la verdad propia del proceso penal es como cualquier otra verdad una verdad *relativa*, de ahí la importancia que cobran los principios rectores en la valoración de la prueba, especialmente en la pruebas personales o subjetivas como la prueba testifical, en sistemas de libre valoración de la prueba como el nuestro, frente a los sistemas de valoración tasada. El artículo 741 de la LECrim. establece que *“El Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”*. Y con relación a la prueba de testigos establece el artículo 717 que habrá de valorarse conforme a las reglas del *“criterio racional”*.

Entre la Doctrina española más autorizada ya señalaban Gómez Orbaneja y Herce Quemada que *“libre valoración no quiere decir que el juzgador sea libre de seguir su capricho, sus impresiones o sus sospechas..., sino que supone una deducción lógica, partiendo de un datos fijados con certeza...”*⁸. Pero además, como consecuencia de la vigencia de la presunción de inocencia, el juez penal tendrá que valorar con especial cuidado la prueba de cargo o incriminatoria en la que basará su decisión de condena, motivando las razones de su convicción.

El Tribunal Constitucional a partir de la consagración del derecho a la presunción de inocencia en el artículo 24.2 de la CE, vino a corregir los excesos cometidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a los años ochenta, y en particular a partir de la importante STC 31/1981, se inició un cambio de doctrina en el TC y luego en el TS, por exigencias del principio de presunción de inocencia, conforme a la cual, además de que toda sentencia condenatoria se basara en pruebas incriminatorias o de cargo, era exigido al tribunal: a) valorar las pruebas conforme al criterio racional, y b) explicitar las valoración realizada de manera expresa en la sentencia a fin de que la racionalidad de la valoración probatoria pudiera revisarse en vía de recurso de apelación, casación y amparo.

Como consecuencia de la nueva doctrina, la jurisprudencia de finales de los años

⁸ GÓMEZ OBNEJA y HERCE QUEMADA, Derecho procesal penal, 6ª de., Madrid, 1968, pág. 249

1980 comenzó a exigir una valoración de las pruebas conforme al criterio racional propio de la lógica humana, sin descartar su apoyo no sólo en las máximas de la experiencia humana sino también científica. La estimación en conciencia a que se refiere el artículo 741 de la LECrim. no ha de entenderse como el criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque en una expresión histórica de los hechos enjuiciados y su encaje con el resultado probatorio desarrollado en el proceso. El juez debe tener la seguridad de que su conciencia es entendida y compartida fundamentalmente por la conciencia de la sociedad a la que pertenece y a la que sirve. Para ello debe basarse en las propias expresiones de los artículos 717 y 741 de la LECrim. en orden a fijar el alcance y límites de la función valorativa de los jueces. Criterio racional es el que va de la mano de la lógica, la ciencia y la experiencia, dejando atrás la arbitrariedad, la suposición o la conjetura⁹.

Antes de entrar en la exposición de los principios rectores de la valoración la prueba testifical, debemos recordar los principios procesales básicos que la condicionan. La LECrim. regula en los artículos 701 a 722 el procedimiento probatorio, en el que se recogen los principios básicos de la prueba testifical. El Tribunal Supremo tiene reiteradamente establecido que para entender desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal debe comprobar previamente que cuenta con pruebas en sentido material, ya sea personal o real, que estas pruebas son de contenido incriminatorio, que han sido obtenidas con validez constitucional y practicadas con regularidad procesal, si son suficiente como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia y que hayan sido valoradas racionalmente por el Tribunal sentenciador.

La proyección de estos principios básicos a la declaración del testigo como medio de prueba, exige que deba practicarse con respeto a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

3.1 Inmediación.

Como establece el artículo 702 de la LECrim., la prueba testifical habrá de practicarse siempre en presencia del Tribunal sentenciador, salvo las personas a que se refiere el artículo 412 del mismo texto legal, que pueden realizarlo por escrito, o

⁹ SSTs de 12-11-1996 (RJ 1996,8198), 10-2-1997 (RJ 1997, 1282) y 15-12-2006 (RJ 2007, 429).

aquellos testigos que por imposibilidad no pueden comparecer. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales en relación con la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de Instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la LECrim. y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, señala que debe partirse de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el acto solemne de juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución Española), pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente resultado, así como la forma de expresarse y conducirse los testigos en su narración de los hechos y la razón de conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia.

No obstante, haya casos en los que quiebra el principio de inmediación. Así el artículo 718 de la LECrim. ante la imposibilidad de comparecencia del testigo, faculta al Presidente del Tribunal para que designe a alguno de sus miembros (normalmente al Magistrado Ponente) para que se persone en la residencia del testigo y, en su presencia, las partes hagan las preguntas que consideren oportunas. Sólo cuando el testigo imposibilitado se hallare fuera de la sede del Tribunal se podrá utilizar el procedimiento establecido en el artículo 719 de la LECrim. consistente en el libramiento de exhorto al juez correspondiente. Otro supuesto sería el de la prueba anticipada, cuando sea previsible que por alguna causa un testigo no vaya a poder comparecer en el juicio oral.

La sentencia del Tribunal Supremo 1297/2001, de 27 de junio, señala que el principio de inmediación no resulta dañado cuando un testigo declara escondido tras un biombo.

3.2. Contradicción.

Este principio supone que la prueba testifical se practica en presencia del acusado, quien podrá interrogar a los testigos comparecidos a petición de su defensa, y los comparecidos a instancia de la acusación pública o particular.

El artículo 24.2 de la Constitución Española consagra el principio de contradicción, al reconocer al acusado el derecho a valerse de las pruebas necesarias para su defensa, lo que supone tanto como poder contradecir todas las pruebas que se practiquen por la acusación, como poder confrontarse visualmente acusado y testigos en el juicio oral.

El artículo 6.3.d del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, reconoce el derecho al acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él y a favor de él.

El artículo 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, proclama el derecho a interrogar a los testigos de cargo y descargo por parte del acusado de un delito.

El principio de contradicción también rige en la prueba anticipada, debiendo darse la oportunidad al acusado o a su abogado de comparecer y estar presente en desarrollo, para que posteriormente pueda tener valor de prueba de cargo en el juicio oral tras su oportuna incorporación al mismo.

Mayor problemática plantea la aplicación de este principio con relación al testigo oculto y al testigo anónimo, que se tratan posteriormente, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ¹⁰, ha considerado contrario al artículo 6 del C.E.D.H. y al principio de contradicción la declaración del testigo anónimo, pero en cambio ha admitido la compatibilidad con las exigencias del citado Convenio Europeo, en el caso del testigo oculto, cuya identidad es conocida, pero testifica sin ser visto por el acusado, pero sí oído.

3.3. Oralidad.

El artículo 120.2 de la Constitución Española establece que el procedimiento penal será predominantemente oral, por lo que la prueba testifical será practicada toda ella de forma oral.

Este precepto se complementa con el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder

¹⁰ T.E.D.H. Sentencia de Kostovski de 20/11/1989.

Judicial, según el cual “las actuaciones judiciales sean predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación. Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las 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.”

Este principio se materializa en la práctica con la comparecencia de los testigos en el acto del juicio oral, contestando oralmente a las preguntas formuladas por las partes, lo que permite al Tribunal sentenciador oír lo declarado y la forma de hacerlo.

Excepcionalmente, y siempre que concurra una causa justificada, se admite la posibilidad de la lectura de la declaración sumarial del testigo, cuando este no pudo comparecer. La declaración de un testigo no prestada verbalmente, sino por escrito, aunque sea en acta notarial, no tiene en principio la consideración de verdadera prueba testifical, porque no satisface las exigencias de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

3.4. Publicidad.

El artículo 120.1 de la Constitución Española dispone que las actuaciones judiciales sean públicas, lo que representa que los testigos declararán en el juicio oral no sólo ante las partes y el Tribunal, sino también ante el público asistente, lo que representa una garantía de transparencia y de control por la sociedad de la actuación judicial.

También refleja esta exigencia de publicidad del juicio oral el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en el que se dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente”, y que “la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pueda perjudicar a los intereses de la justicia”. El artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se pronuncia en los mismos términos

Los artículos 680 a 682 de la LECrim. regulan la publicidad de los debates, pero excepcionalmente, el principio de publicidad puede verse restringido por razones justificadas de moralidad o de orden público, o por respeto a la persona ofendida por el delito o a su familia, debiendo el Tribunal sentenciador motivar las razones de la restricción del principio de publicidad. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito ha dado una nueva redacción a los artículos 680 a 682, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el B.O.E. conforme a la Disposición final sexta.

La jurisprudencia del TS y del TC ha señalado con relación a los testigos ocultos, que no supone una vulneración del principio de publicidad ¹¹.

IV. LA VALORACIÓN DE DETERMINADAS DECLARACIONES TESTIFICALES.

4.1. La declaración del coacusado: valor probatorio, requisitos según la jurisprudencia del TS como prueba de cargo.

La jurisprudencia ha señalado que las declaraciones de los coacusados o coimputados no pueden configurarse ni como confesión, ni como prueba testifical en sentido estricto¹².

Como indica Flores Prada no pueden conceptuarse como declaraciones en sentido estricto las ofrecidas por los coimputados, porque el verdadero testigo, el testigo genuino, ha de ser una persona física, en todo caso ajena al proceso; esto es, debe revestir la nota de alteridad con respecto al órgano judicial y a los litigantes ¹³.

De ahí que haya venido denominándose “seudo-testimonio del coimputado” en la sentencia del TS de 2 de enero de 1991 (RJA11), o “testimonio impropio” en las sentencias de 12 de mayo de 1986 (RJA 2446), 26 de enero de 1988 (RJA 481) y 12 de febrero de 1990 (RJA 1475), o incluso hablar de “testigo de excepción” en la sentencia de 17 de febrero de 1990(RJA 1567), o confundir su declaración con una “confesión del partícipe” en la sentencia de 27 de febrero de 1988 (RJA 1336).

¹¹ STS 3/6/2002 núm. 1027/2002., y STC 64/1994, de 28/2.

¹² SSTS de 21-9-1987 RJ 6490 y 29-3-1988 RJ 2122.

¹³ FLORES PRADA, El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados, Madrid, 1997, pág.11.

El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que la declaración de un coimputado es prueba legal que sirve para destruir la presunción de inocencia, pero ha entendido que por sí sola no es prueba suficiente. Por ello, cuando la declaración de un coacusado es la única prueba en que se basa la condena, el TC ha exigido que se halle corroborada por otras pruebas, hechos o datos. En este sentido el TC ha sentado que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas en contra del recurrente.

La doctrina de nuestro TS, sobre la valoración de la declaración de un coacusado, es clara al respecto. Así en la sentencia de fecha 7 de julio de 2010, viene a decir “A ello añade por el recurrente que la única prueba inculpativa es la declaración del coimputado, Encarna, respecto del que, no existe corroboración alguna en los términos que exige la doctrina del Tribunal Constitucional y esta Sala de Casación, para verificar la credibilidad del testimonio del coimputado”.

En síntesis, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la aptitud de la declaración del coimputado en el proceso penal para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando sea prueba única, puede sintetizarse actualmente en los siguientes enunciados:

a) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.

b) La declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia.

c) La aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.

d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido. Deben ser autónomos e independientes de lo declarado por el coimputado.

e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de

realizarse caso por caso.

f) La declaración de un coimputado no se corrobora con la de otro coimputado. No hay recíproca corroboración --STS 193/2008 --.

SSTC 233/2002 de 9 de Diciembre, 182/2001, 70/2002, 25/2003, 28 de abril de 2003 o las más recientes 34/2006 de 13 de Febrero, 160/2006 de 22 de mayo y 102/2008.

El *leitmotiv* de toda la jurisprudencia constitucional en esta materia está constituido por el principio de que la veracidad objetiva de lo declarado por el coimputado ha de estar avalada por algún dato o circunstancia externa que debe verificarse caso por caso, y ello porque su papel en el proceso es híbrido: es imputado en cuanto a su implicación en los hechos enjuiciados, y es un testigo en relación a la intervención de terceros, pero esta simultaneidad de situaciones desdibuja su condición de tal y por ello no se le exige promesa o juramento, y su contenido es sospechoso por poder venir inspirado en odio, venganza o premios o ventajas para él derivados de su heteroincrimación. No obstante la desconfianza no debe ser magnificada porque no debe olvidarse que por mucha desconfianza que se pueda suscitar, en el propio Código Penal existen tipos penales constituidos, precisamente, sobre la figura del testimonio del coimputado como ocurre con los arts. 376 y 579 --las figuras del arrepentimiento activo en los delitos de tráfico de drogas y en materia de terrorismo--, es decir en relación a las más típicas manifestaciones delictivas de la delincuencia organizada.

En definitiva, la singularidad del testimonio del coimputado --cuando es única prueba-- es que es insuficiente para fundar en él una condena, su declaración debe venir confirmada por datos externos, es decir de otra fuente de prueba distinta de la facilitada por el propio imputado. Es en este punto donde la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando con diversos elementos qué se deba entender por corroboración y cuál debe ser su contenido, y en tal sentido se pueden citar las siguientes aportaciones:

a) STC 72/2001: la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado.

b) STC 181/2002: los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal Constitucional --y por tanto también eventualmente por esta Sala de

Casación-- son los que exclusivamente aparezcan expresados en la resolución impugnada como determinantes de la condena.

c) STC 207/2002: los datos externos que corroboren la versión del coimputado se deben producir, precisamente en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el Tribunal estima probados.

d) STC 233/2002: los elementos de credibilidad objetiva de la declaración, como puede ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento de la versión facilitada, o su coherencia, carecen de relevancia como factores externos de corroboración, tales datos solo podrán entrar en consideración después de que la declaración del coimputado, integrada con las corroboraciones sea ya suficiente desde la perspectiva constitucional.

e) SSTC 17/2004 y 30/2005: la existencia de la corroboración ha de ser especialmente intensa en los supuestos en que concurren excepciones o circunstancias en relación a la regularidad constitucional en la práctica del coimputado, es decir, cuando, por ejemplo, las declaraciones inculpativas del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías.

f) SSTC 55/2005 y 165/2005: no se acepta que la futilidad del testimonio de descargo facilitado por el acusado pueda ser utilizado como elemento de mínima corroboración de un coimputado, por no ser en sí misma determinante para corroborar la concreta participación que se atribuye al acusado.

En definitiva, el Tribunal Constitucional sigue en esta materia la doctrina del TEDH que manifiesta ".....los delicados problemas --del testimonio del coimputado-- ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones son susceptibles de ser el resultado de manipulaciones, de perseguir únicamente el objetivo de acogerse a los beneficios que la Ley italiana concede a los arrepentidos o incluso de tratarse de venganzas personales....". Por eso el Tribunal exige que, en tales casos, las declaraciones de arrepentidos, tales declaraciones sean corroboradas por otros medios de prueba -- párrafos 156 a 159 de la STEDH, Labita vs. Italia, 6 abril de 2000--.

4.2. Las manifestaciones espontáneas del imputado a agentes de la autoridad: valor probatorio.

Sobre las manifestaciones espontáneas del acusado que refieren los Agentes de policía fuera del atestado, tiene declarado nuestro TS en Sentencia 418/2006 de 12.4, “ que el derecho a no declarar, que el recurrente había expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. Como dijimos en la Sentencia 25/2005, de 21 de enero, las manifestaciones que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser concluyentes con los fines de la justicia y, en definitiva, del interés social.”

En similar dirección la STS. 844/2007 de 31-10 y 7-2-2000, sobre la base de reconocer que *"ninguna Ley prohíbe que las personas detenidas realicen, de forma voluntaria y espontánea, determinadas manifestaciones a la autoridad o a sus agentes, confesando su culpabilidad..."* viene a declarar que tales manifestaciones efectuadas con anterioridad a ser informado el detenido de sus derechos no pueden luego incorporarse por escrito al atestado con la firma del detenido, pero si así se hiciese la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y, por lo tanto, la prueba habría de conceptuarse irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales. Por ello la jurisprudencia de esta Sala, nos dice la STS. 1266/2003 de 2-10, ha admitido la validez probatoria de la confesión extrajudicial, aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral (SSTS. 13.5.84 y 1282/2000 de 25-9), y sea sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos antes quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre ese extremo (SSTS. 17-10-92 y 5 de noviembre de 2008).

4.3. Testigo víctima-perjudicado: requisitos como prueba de cargo según la jurisprudencia del TS.

En numerosas ocasiones la declaración del ofendido o perjudicado por el delito, adquiere especial relevancia, por ser frecuentes los supuestos en que su declaración

constituye la principal o la única prueba de cargo contra el acusado, representando un elemento valorativo relevante para la resolución judicial. Ello determina que actualmente carezca de virtualidad jurídica el antiguo principio “*testis unus, testis nullus*” (un testigo, ningún testigo), siempre y cuando no existan razones objetivas que invaliden sus declaraciones, poniendo en entredicho su veracidad. Negar la validez de la declaración de la víctima cuando ésta sea el único testigo, supondría la impunidad de muchos delitos violentos (v.g. contra la libertad sexual, violencia de género, etc.), en los que está sólo presente la víctima.

La intervención de la víctima o perjudicado en el proceso penal presenta diferencias a la que tendría en el proceso civil, donde ha de prestar declaración a través de la prueba de confesión, hoy denominada en la LEC interrogatorio de parte. Por el contrario, la declaración del ofendido en el proceso penal sólo encuentra el cauce procesal de su llamada como testigo, con independencia de que asuma o no la condición de acusador particular, o de que se mantenga ajeno al proceso penal con la sola presencia de la acusación pública.

La doctrina ha discutido que pueda atribuirse la condición de testigo al perjudicado, por carecer de la condición de ajenidad que debe acompañar a la figura del testigo. Con independencia del lógico interés subjetivo de quien ha formulado denuncia o acusación en el proceso penal, parece que los deberes a que se somete a la víctima (comparecencia, juramento o promesa, veracidad...) lo asimilan al testigo, si bien en caso de declaración falsa no será perseguido como autor de un delito de falso testimonio, sino por delito de acusación o denuncia falsa.

El Tribunal Supremo ha manifestado de forma reiterada, que el testimonio de la víctima o perjudicado por el delito, tiene hoy el valor de actividad probatoria de cargo, al no existir en nuestro proceso penal un sistema legal o tasado en materia de valoración de la prueba. Por tanto, el problema esencial del testimonio de la víctima, es precisamente el de la valoración del mismo, de manera que habrá de ponderarse la condición de ofendido, y en particular si existen razones objetivas que pongan en entredicho la credibilidad de las afirmaciones de la víctima o generen dudas racionales en el Tribunal a la hora de formar su convicción al respecto.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desarrollado una doctrina sobre

valoración de declaraciones testificales de las víctimas del delito, señalando los factores a considerar en una razonable ponderación de sus testimonios. Y debe recordarse que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a que ha de someterse el juicio valorativo, en cuanto delimitan el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad representan. Como declara la Sentencia de 16 de febrero de 2010, reiterando la doctrina de la Sentencia de 21 de septiembre de 2000, esta Sala viene diciendo de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril, 5 y 11 de mayo de 1994, entre otras muchas). Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad, que como señala la Sentencia de 19 de febrero de 2000, son:

A) **Ausencia de incredibilidad subjetiva**, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes:

a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (no es lo mismo un mayor de edad que un menor, o un niño) y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante tiene por regla general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera

categoría el valor de sus afirmaciones ¹⁴.

B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (artículo 330 Ley de Enjuiciamiento Criminal), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone:

a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones" ¹⁵.

¹⁴ Sentencia de 11 de mayo de 1994.

¹⁵ Sentencia de 18 de junio de 1998.

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

4.4. La problemática de la aplicación del artículo 416 de la LECrim al testigo víctima.

Uno de los problemas que han sido objeto de discusión y debate, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia (especialmente en la llamada “jurisprudencia menor” de las Audiencias Provinciales), es si la dispensa que recoge el artículo 416 de la LECrim., se refiere a todos los testigos que se encuentran en la relación de parentesco en él prevista o debe excluirse a los testigos víctimas de los hechos.

La doctrina mayoritaria efectúa una interpretación del citado precepto, en el sentido de apuntar a que la víctima del delito (violencia de género, agresión sexual, etc.) no debería acogerse al artículo 416 de la LECrim. por los siguientes motivos:

1. Porque los artículos 416 y 417 de la LECrim. no están pensados para las víctimas-testigos, sino para aquellas personas con la relación de parentesco citada en el precepto, y siempre que no sean víctimas, siendo deseable en este sentido una modificación legislativa al respecto.
2. La no obligación de declarar del artículo 416 LECrim., guarda una relación directa con el artículo 216 de la Ley. A lo que ha de añadirse que este precepto va referido a las mismas personas que no tienen obligación de denunciar.
3. En el caso concreto de los supuestos de violencia de género, la víctima suele ser la única testigo, por lo que cuando se presenta la denuncia no deberá hacerse uso de la dispensa legal contemplada en el artículo 416 de la LECrim.
4. La víctima de violencia de género no es equiparable a la figura del

testigo contemplada en el artículo 416, no siéndole de aplicación el artículo 707 de la LECrim. al tratarse de una testigo privilegiada.

Este criterio fue recogido en la **Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado del año 2008**, pues no son pocas las Fiscalías que abogan por la reforma del artículo 416 de la LECrim. y ello por las disfunciones que provoca el mencionado precepto, especialmente en el ámbito de la violencia de género.

En el mismo sentido en el **Informe de 20 de abril de 2006, del Grupo de expertos en violencia de género del CGPJ**, acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, ya se hacía constar que *“para garantizar una absoluta seguridad jurídica y ampliar el marco de protección de las víctimas, se considera preciso que se proceda a una modificación legislativa muy puntual para incluir en el artículo 416 de la LECrim. que esta dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el citado precepto.”*

Del mismo modo, en el **informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la mujer de 28 de junio de 2007**, se recoge *“no debemos olvidar que el fundamento de la dispensa que se recoge en el artículo 416 de la LECrim. es respetar la solidaridad familiar del testigo respecto del imputado que comete un delito que no atenta contra sus bienes jurídicos, y por tanto del testigo que no es víctima y ha sufrido la agresión a manos de su esposo y pareja.”*

Por el contrario, si se analiza **la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo**, se constata que en el ámbito judicial se opta por entender que la dispensa del artículo 416 de la LECrim. es aplicable para todos los testigos que se encuentran en la relación de parentesco prevista en el precepto, sin que exista exclusión alguna. Ahora bien, se admite que se trata de un derecho renunciabile, y por tanto en los supuestos de denuncia espontánea y para obtener la protección personal por parte de las víctimas, no es aplicable la dispensa, y por ello no resulta necesaria la advertencia prevista en el artículo 416.1. Entre las sentencias del TS que han seguido este criterio podemos citar las siguientes:

STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2007, nº 134/2007, en cuyo Fundamento de Derecho Primero establece que *“La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad familiar que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculgado.”*

STS, Sala 2ª, de 23 de marzo de 2009, nº 319/2009, que en su Fundamento de Derecho Tercero señala que *“Pero también hemos dicho que en aquellos casos en los que el pariente es la víctima que denuncia los hechos, el alcance de la exención de declarar se relativiza, en la medida en que la presentación de una denuncia”* advierte claramente su voluntad espontánea de declarar (STS 326/2006, 8 de marzo). Dicho en palabras de la STS 625/2007, de 12 de julio...*”cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el artículo 416.1 de la LECrim. que contiene una causa de justificación para aquellos que niegan su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera; el artículo 416.1 establece un derecho renunciable en beneficio de los testigos, pero no de los denunciadores espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.”*

En definitiva se trata de un derecho renunciable en cualquiera de las fases en las que deba informarse al testigo-víctima: fase policial, fase de instrucción judicial o en el acto del juicio oral.

Así en la fase policial, cuando el testigo-víctima acuda espontáneamente y voluntariamente a denunciar a su agresor, no será necesario recordarle a la víctima su derecho a la dispensa legal del deber de declarar aunque el agresor sea alguno de los parientes recogidos en el artículo 416¹⁶.

Sin embargo, en la fase de instrucción, la testigo-víctima deberá ser informada por el Juez Instructor de que no tiene obligación de declarar en contra del procesado pariente, debiéndose recoger la contestación dada a dicha advertencia. La no

¹⁶ STS nº 625/2007, de 12 de julio.

observancia de lo previsto en el artículo 416 y en el acto del juicio del artículo 710 de la LECrim. determinará por regla general la nulidad de la diligencia y de la prueba por vulneración de los dispuesto en el artículo 11 de la LOPJ. Como excepción a este criterio, se puede citar la sentencia del Tribunal Constitucional 94/2010, de 15 de noviembre, en la que considera que el no haber informado al testigo-víctima sobre su derecho a la dispensa del deber a declarar, no es motivo legal bastante para que se proceda a obviar la declaración de la misma y ello porque lo contrario resultaría, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionado por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad.

Respecto a la fase de juicio oral, han existido criterios jurisprudenciales dispares, pero la más reciente jurisprudencia que modifica criterios anteriores, recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2010, nº 17/2010, el criterio mayoritario y sienta que no procede la dispensa cuando se ha roto la relación de parentesco en el momento de prestar la declaración. Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010, con cita de la sentencia de 26 de marzo de 2009, señala que no es preciso analizar la convivencia o la subsistencia de lazos de afectividad al momento del juicio para vincular a ésta el derecho a no declarar.

Para solventar esta disparidad de criterios, en el **Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013**, se fija que “la exención de la obligación de declarar prevista en el art.416.1 LECrim. alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

Finalmente, reseñar que uno de los problemas más frecuentes en la práctica es determinar la validez de las declaraciones prestadas en fase policial y judicial, cuando el testigo-víctima se acoge en el juicio oral conforme al artículo 707 LECrim. a su derecho a no declarar contra el acusado o procesado pariente. Con carácter previo, debe señalarse que para que pueda ser valorada dicha declaración, debe en todo caso tenerse

constancia, dejando a salvo los supuestos de denuncia espontánea antes citados, de que se le ha advertido de su derecho de no declarar. La jurisprudencia del TS se decanta por la imposibilidad de valorar dichas declaraciones al entender que validar las mismas, sería, en definitiva, neutralizar el efecto que se pretende al permitir la dispensa en el propio juicio oral.

Además, tampoco cabría su incorporación al acto del juicio oral por la vía del artículo 730 LECrim que está previsto para aquellos supuestos en los que no se puede reproducir en el plenario la diligencia de que se trate, lo que no acontece en los casos en los que la falta de declaración del testigo responde únicamente al ejercicio de la dispensa.

Tampoco se permite la invocación del artículo 714 LECrim. para introducir las citadas declaraciones, puesto que la posibilidad en él prevista está encaminada a medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del juicio oral a través de las declaraciones que el testigo da sobre la contradicción. Como ejemplo de este criterio se pueden citar las sentencias del TS, Sala 2ª, de 10 de febrero de 2009, nº129/2009 y de 23 de marzo de 2009, nº273/2009.

Como ejemplo de criterio contrario al anterior, cabe citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sec. 1ª, de 5 de marzo de 2009, por permitir la lectura en el juicio oral, de la declaración de la víctima prestada durante la fase de instrucción por la vía del artículo 730 LECrim., pese a guardar silencio en el acto del juicio y, de otro lado, que dicha declaración sea valorada como prueba a los efectos de dictar sentencia, a pesar del contenido del artículo 416 LECrim., por entender que el sentido de la dispensa se está desenfocando, y entender que el derecho a no declarar, cuando se ejercita tardíamente en juicio, sólo tendrá efectos a partir del momento en el que se inste. Por tanto, no operará con carácter retroactivo y no podrá alcanzar a la válida declaración anterior. Es evidente que si fueran más las sentencias que adoptaran este criterio, se evitaría que muchos delitos quedaran impunes, cuando no existen otras pruebas con virtualidad suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia, y el testigo-víctima se acoge a la dispensa de no declarar, muchas veces por presiones o amenazas del acusado o de su entorno familiar.

A modo de conclusión, cabe afirmar que la actual regulación de la dispensa de

declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim., que data de finales del siglo XIX, resulta contraproducente ante las nuevas realidades sociales y delictivas que se plantean. Así, en el ámbito de los delitos de violencia de género, su aplicación rigurosa puede conducir a la impunidad final de muchos delitos, y en definitiva, se dejaría sin protección a las víctimas. Es por ello, que resulta necesaria una modificación legislativa que excluya del ámbito de aplicación de la dispensa a declarar del artículo 416 LECrim. al testigo-víctima del delito, o que impida acogerse al beneficio a los que debidamente informados renunciaron a él.

4.5. Testigo protegido: Ley de protección de testigos.

Con el fin de evitar la posible impunidad de conductas delictivas, por el miedo por parte de testigos a poner en peligro con su declaración, sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus familiares más cercanos, se aprobó la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, facilitando a la justicia penal poder contar con este importante medio de prueba, buscando lograr un difícil equilibrio entre la necesidad de proteger a los testigos y dar cumplimiento a las exigencias del derecho de defensa del acusado.

En estos supuestos, la protección penal que el artículo 464 del CP establece para quienes intervienen en un proceso penal, entre ellos los testigos, resulta insuficiente cuando el ser testigo de cargo en delitos relacionados sobre todo con la llamada criminalidad organizada (terrorismo, tráfico de drogas, prostitución etc.) supone jugarse mucho, hasta el extremo de temer por la propia vida.

Cuando el Juez de Instrucción aprecie racionalmente un peligro grave para la persona o patrimonio del testigo, o de sus familiares, podrá acordar un conjunto de medidas de protección, sobre las que deberá recaer ulteriormente un pronunciamiento del órgano enjuiciador, con el objeto de mantener, modificar o suprimir dichas medidas, o adoptar otras nuevas.

Entre los distintos mecanismos de protección más habituales encontramos los siguientes:

- a) En primer lugar, mantener oculta la identidad del testigo, acordando que durante la instrucción no consten en las diligencias sus datos personales de identificación,

como nombre, apellidos, domicilio, profesión, lugar de trabajo, familiares etc. No obstante, al ser necesario garantizar el derecho de defensa y contradicción y las garantías procesales en el momento del juicio oral, si alguna de las partes solicita motivadamente conocer la identidad del testigo, se deberá facilitar el nombre y apellidos, manteniendo el resto de medidas de protección, como facilitar que el testigo protegido intervenga en el proceso utilizando cualquier medio que imposibilite su identificación visual (ocultamiento del rostro con cascos de motorista, o la colocación de biombos o cristales tintados tras los cuales puede declarar el testigo). Además, suele ser frecuente en la práctica fijar como domicilio del testigo protegido la sede del órgano judicial, con el fin de practicar allí las notificaciones para hacerlas llegar reservadamente al destinatario con el auxilio de las fuerzas de seguridad. Del mismo modo suele evitarse tomar imágenes del testigo, retirando los mecanismos de grabación.

- b) En segundo término, los testigos protegidos pueden recibir protección policial mientras dure la situación de peligro. En casos excepcionales se les puede facilitar una nueva identidad y medios económicos para cambiar su lugar de residencia o trabajo.
- c) Por último, es frecuente que el testigo sea trasladado a dependencias judiciales en un vehículo policial u oficial, y que se le facilite un local reservado para su uso exclusivo mientras permanezca en la sede judicial.

La doctrina y la jurisprudencia del TS y del TC distingue dos modalidades de testimonio protegido: los **testigos anónimos** en los que se desconocen por el acusado y su defensa los datos identificativos del testigo y los **testigos ocultos** o semiocultos en los que sí se conoce la identidad del testigo, pero éste declara oculto para el acusado o para éste y también para el resto de las partes. En el caso de los testigos anónimos, no resulta factible para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al ser imposible someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio. Ello genera la devaluación sustancial de la prueba convirtiéndola en notablemente ineficaz, por lo que a lo sumo podrá operar como dato secundario meramente corroborador de la prueba principal de cargo o

incriminatoria si ésta tiene entidad suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia ¹⁷.

Por el contrario, cuando se trate de testigos ocultos, cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o credibilidad del testimonio, sino a su eficacia probatoria en el caso concreto en relación con el principio de inmediación, atendiendo a los distintos tipos de ocultación u opacidad a la visión o control de las partes procesales.

La STS 455/2014, de 10 de junio analiza la cuestión señalando que los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focalizan generalmente en dos puntos principales: el descubrimiento de la identidad del testigo y la forma más o menos opaca o encubierta en que éste presta su declaración en la visa oral. En cuanto al primer aspecto (la identificación nominal del testigo protegido), el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que ponga en riesgo su vida o integridad física o la de sus parientes o allegados, suele entrar en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo. La contradicción queda, pues, notablemente limitada y con ella el derecho de defensa.

Por lo que respecta a la forma de deponer en el plenario, también es habitual que el testigo protegido no quiera ser visto y observado al menos por los acusados y por el público, y en algunas ocasiones incluso por las defensas de las partes. En estos casos la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los principios de inmediación y de contradicción, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo.

En la mencionada sentencia, tras distinguir el TS dentro de la categoría general de testigos protegidos, entre testigos anónimos y testigos ocultos, precisa que en la subcategoría de los testigos anónimos, caben distinguir distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto

¹⁷ STS 828/05, de 27 de junio

se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes.

Dentro de la subcategoría de los testigos ocultos también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista oral el testigo. Es factible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído. Pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semi-ocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombos). Sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos y diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.

La importante STC 64/1994, de 28 de febrero, tras distinguir ambas modalidades de testimonios, anónimos y ocultos o semiocultos, examina el problema de los testigos protegidos desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la CE, en su triple vertiente de exigencias de publicidad, contradicción e igualdad de armas. Después de descartar la vulneración del principio de publicidad del proceso por el mero hecho de que el testigo hubiera declarado sin ser visto por el acusado y su defensa, entra el TC a analizar la posibilidad de contradicción e igualdad de armas, con el fin de determinar si estas se observaron en el caso concreto.

La primera de esas exigencias, la contradicción procesal, deriva directamente según el TC del artículo 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el artículo 24.2 CE, por exigencia del artículo 10.2 de la Norma fundamental. Tras referirse a la jurisprudencia del T.E.D.H. (sentencia de Kostovski, de 20 de noviembre de 1989, Windisch, de 27 de septiembre de 1990, y finalmente a la sentencia LUDI, de 15 de junio de 1992), llega a la conclusión que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal considera contrario a las exigencias derivadas del artículo 6 del Convenio. Por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no puede calificarse de anónimo sino, en todo caso, de oculto, en los que las posibilidades de contradicción

y el conocimiento de la identidad de los testigos, tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, resultan respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del artículo 6.3.d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el artículo 24.2 de la CE.

Con posterioridad la STC de 8-4-2013, ha insistido en la doctrina expuesta sobre el testigo protegido y el testigo oculto y anónimo, y en particular sobre este último, aplicando la jurisprudencia del T.E.D.H., ha establecido que para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos. El primero de ellos, que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto; el segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio; y el tercero, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañado de otros elementos probatorios, de manera que no podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia¹⁸.

4.6. Testigo de referencia.

Se considera testigos de referencia, a quienes no habiendo percibido por sí mismos los hechos objeto de la prueba testifical, han obtenido indirectamente dicho conocimiento por manifestación de un tercero. Evidentemente la validez de dichos testimonios, es con carácter general muy problemática, aunque dicha forma de declaración testifical esta admitida expresamente en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueran de referencia, precisaran el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fue conocida, a la persona que se lo hubiera comunicado.

Dadas las dudas que plantea la credibilidad de estos testigos, la jurisprudencia ha señalado que carecerá de virtualidad el testimonio de los testigos de referencia cuando

¹⁸ Revista DELIBERACIÓN, Marzo 2015, núm. 5, págs. 33 a 36.

pudieron ser traídos a juicio los testigos directos de los hechos enjuiciados (SSTS de 23-1-1995 y 27-10-1998).

En el supuesto de que el acusado se haya negado a declarar no puede aportarse como prueba una manifestación suya por el testimonio de los Policías antes quienes la efectuaron espontáneamente, y por tanto sin las garantías legales exigibles para la misma (STS de 7-12-1998).

La doctrina jurisprudencial suele distinguir entre aquéllos testigos de referencia que narraron lo que personalmente escucharon o percibieron de los propios acusados ("auditio propio"), lo que les acerca al valor de la prueba testifical directa, y de aquellos otros testigos de referencia que cuentan lo que otra tercera persona les comunicó ("auditio alieno").

La STC 217/1989, de 21 de diciembre, fue la primera sentencia en la que se reconoció la validez de la prueba testifical de referencia, y que ha servido de soporte a otras posteriores del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Así la STS 773/2001, de 7 de mayo, señala que *“el testimonio de referencia ha sido considerado por esta Sala de forma reiterada como prueba suficiente para obtener la convicción judicial, siempre que fuere imposible, por cualquier causa, conseguir el testimonio del testigo directo, y que su declaración fuera contrastada en el juicio oral, mediante el principio de contradicción, y resto de aspectos técnicos propios de la técnica probatoria, de donde pueda deducirse su credibilidad y verosimilitud de la imputación.”*

En el mismo sentido, el ATC 25/1994, de 28 de enero, indica que *“el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la lectura en el juicio de las declaraciones sumariales, cuando por causas independientes a la voluntad de las partes no puedan ser reproducidas en el juicio oral. Por ello, en contra de lo que se sostiene en la demanda, la lectura de las declaraciones sumariales se encontraba suficientemente justificada y, por la misma razón, no puede excluirse la virtualidad de las declaraciones prestadas por los testigos de referencia, ante la incomparecencia de la principal testigo.”*

En definitiva, la prueba testifical de referencia tiene un carácter supletorio y, como tal, excepcional, porque sólo es admisible cuando no es posible la prueba directa. Si ha quedado justificada suficientemente la imposibilidad de comparecer del testigo

directo y se han agotado todos los medios para ello, cabe acudir al testimonio de referencia o indirecto. Esta doctrina es acorde con la jurisprudencia del T.E.D.H. (SSTEDH de 19-12-1990, 27-9-1990, 20-11-1989 y 15-6-1992).

En la práctica es muy frecuente la admisión del testigo de referencia cuando el testigo directo ha fallecido, se encuentra en el extranjero o ilocalizado. También cuando los testigos directos son menores de edad o personas con alguna discapacidad psicológica, y el informe pericial psicológico desaconseja que vuelvan a recordar lo ocurrido al declarar en juicio. En estos casos, es admisible sustituir su testimonio por testigos de referencia y otros medios probatorios. Pero sobre todo, el testimonio de referencia puede servir para corroborar la prueba testifical directa y para que el Tribunal se decida en favor de una u otras declaraciones en caso de versiones contradictorias.

4.7. Confidentes.

La confidencia es una información, inicialmente reservada o secreta, pero pendiente de confirmación a través de la comprobación o verificación real de esa misma información, que así se convalida ¹⁹.

Es muy frecuente en la actividad policial acudir a los confidentes como medio de investigación. Su validez ha sido reconocida por la jurisprudencia del TS. La sentencia 1149/1997, de 26 de septiembre, admite expresamente la licitud de los confidentes como un instrumento válido para adquirir conocimiento sobre algún hecho delictivo, aunque recalca que *su utilidad sólo es admisible en cuanto inicial medio de investigación, y no como medio de prueba durante el juicio oral.*

Los policías que se han servido de confidentes para obtener información sobre los delitos que se investigan no están jamás obligados a revelar cuáles son sus fuentes de información (STS de 17 de enero de 1995).

El confidente como testigo anónimo carece de eficacia probatoria sobre un determinado hecho, ni siquiera valiéndose de la figura del testigo de referencia. Al ser anónimo y desconocerse su identidad para el Tribunal y para las defensas, el T.E.D.H. ha señalado su falta de validez probatoria por infringir el principio de contradicción y

¹⁹ CLIMENT DURÁN, C., “la prueba penal, Tomo I, pág. 293.

por eso lo considera contrario a las exigencias derivadas del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Como antes se ha expuesto, la falta de contradicción no puede ser subsanada valiéndose de un testigo de referencia, que indique que aquello sobre lo que éste declara le fue comunicado por un confidente o testigo presencial, pero de identidad desconocida. La razón es que la figura del testigo de referencia exige conforme al artículo 710 LECrim., conocer la identidad de la persona que es origen de la información sobre la que se declara. Tanto el acusado, como el órgano sentenciador deben conocer el origen de la información para poder analizar la credibilidad de la noticia transmitida por el testigo de referencia, para en su caso poder utilizarla como prueba de cargo en caso de sentencia condenatoria.

Supuesto distinto es el del *agente encubierto* o infiltrado dentro de un grupo u organización criminal, por tratarse de un confidente o un delator identificado y al ser conocida la identidad del testigo, desaparecen los obstáculos para valorar la credibilidad de su testimonio. Como indica la STS 107/1998, de 31 de enero, “los infiltrados actúan con una misión simplemente investigadora para conseguir el descubrimiento de la acción criminal ya realizada”. Son confidentes que colaboran activamente con la policía, sean o no policías.

Para José María Asencio Mellado, el agente encubierto ha de ser siempre un miembro de la policía judicial que, autorizado por resolución judicial o por el Ministerio Fiscal, puede bajo una identidad supuesta infiltrarse en una organización delictiva para investigar delitos determinados anteriores o prevenir los futuros, estando legitimado incluso, para realizar actos que tendrían la consideración de delictivos, pero amparados por la ley a los fines de descubrir la trama criminal, a cuyo fin la norma le exime de responsabilidad penal ²⁰.

El agente encubierto, actúa siempre bajo una identidad supuesta, razón ésta por la cual no estará obligado a proporcionar su verdadera identidad al momento de declarar en el juicio oral. En ningún caso podrá instar la provocación de un delito, es decir,

²⁰ ASCENCIO MELLADO, J.M., “Derecho Procesal Penal”, Valencia, 2012, pág. 163.

actuar como inductor de la comisión de un hecho delictivo (artículo 282 bis, 5 de la LECrim.)

Por lo que atañe a la figura del *arrepentido*, éste es un coimputado que opta por desvincularse del hecho delictivo delatando a los otros coimputados, y cuyo valor probatorio ya ha sido analizado.

La figura del infiltrado también se diferencia del *agente provocador*, pues como indica la STS 107/1998, de 31 de enero, “*mientras éste incide directa y principalmente e la comisión delictiva con anterioridad a su realización, viciando así la voluntad de quien lo lleva a cabo de modo material y directo*”, el infiltrado se limita a colaborar con el descubrimiento de los delitos, aportando a los investigadores policiales los datos por él descubiertos.

En todo caso, las declaraciones de los confidentes no anónimos, de los infiltrados, de los delatores y, en general de cualquier colaborador policial, se hallan bajo la sospecha objetiva de parcialidad, sean o no policías, porque actúan con la intención de lograr el castigo del delito, de ahí la importancia que cobran para despejar dichas sospechas las pruebas periféricas que corroboren su testimonio si no hay contradicciones relevantes.

La STS 864/2000, de 22 de mayo, ha destacado la validez de los testimonios de los confidentes o infiltrados cuando son prestados directa y personalmente por éstos en el acto del juicio oral. Estando identificado el confidente, son aplicables al mismo las mismas reglas sobre valoración de la prueba testifical.

4.8. Policías.

Las declaraciones efectuadas por los agentes de policía durante el juicio oral tienen la consideración de prueba testifical conforme a los artículos 297.2 y 717 de la LECrim., al igual que el testimonio prestado por cualquier persona, y por tanto puede constituir válida prueba de cargo, en lo que puede basarse la convicción del Juez para la determinación de los hechos del caso ²¹.

²¹ STC 229/1991, de 28 de noviembre

Como norma general el atestado policial, carece de eficacia probatoria si no es ratificado en juicio oral, mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes (SSTC 24/1991, 138/1992, 303/1993, 51/1995 y 157/1995).

La actuación policial durante la instrucción puede ser muy diversa y variada, y su intervención en la realización de actos de investigación, puede determinar la sospecha de cierto interés policial en que el resultado de esa investigación se traduzca en una sentencia condenatoria, lo que deberá ser determinado racionalmente por el Tribunal. Esto no suele apreciarse cuando la declaración policial versa sobre un hecho presenciado por un policía no implicado en la investigación del delito enjuiciado. El TS en sentencia de fecha 4 de julio de 2007, núm. 563/2007, ha señalado con respecto a los agentes de policía que “estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad.”

Los agentes de policía que han confeccionado el atestado podrán declarar como testigos directos, respecto a los hechos que hayan presenciado o percibido, y como testigos de referencia o indirectos, respecto a los hechos sobre los que otras personas han declarado en el atestado policial.

Como testigo directo cabe distinguir tres supuestos a la hora de valorar su declaración:

1º) Declaraciones prestadas como consecuencia de su intervención en actos de investigación para el descubrimiento del delito. A ellas se refiere el artículo 297.1 de la LECrim: “los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales.”

También están aquí comprendidas las declaraciones policiales relativas a las actuaciones realizadas por delegación o en sustitución del juez instructor con fines de investigación sumarial, como en los casos de registros domiciliarios o de inspecciones oculares²².

²² CLIMENT DURÁN, C. “la prueba penal”, Tomo I, pág. 257.

En todas estas declaraciones se parte una sospecha objetiva de parcialidad por su presumible interés en el buen resultado final de la investigación efectuada, lo que exigirá al Tribunal una valoración rigurosa y objetiva sobre el contenido de su testimonio.

2º) Declaraciones prestadas como perceptor de un hecho o suceso, relevante para el enjuiciamiento del delito. En estas declaraciones no se aprecia en principio ningún interés que cuestione la imparcialidad del testimonio. Así acontece en el caso que un policía presencié un hecho delictivo, o cuando tenga noticia de algún hecho relacionado con el delito no investigado por él

3º) Declaraciones como víctima o perjudicado del delito. A estas declaraciones se les aplicarán los criterios sentados por la jurisprudencia del TS y TC para la valoración del testimonio de la víctima u ofendido por el delito, ya expuestas.

Como testigo de referencia o indirecto, respecto de los hechos o sucesos manifestados por testigos o detenidos en el atestado, su testimonio ha sido admitido por la jurisprudencia como válidos, aunque tendrán un carácter excepcional o meramente corroborador de otras pruebas directas. Sobre las manifestaciones espontáneas auto inculpatórias del imputado ante los agentes de policía, me remito a lo ya analizado en el epígrafe correspondiente.

4.9. Parientes.

Los parientes del acusado no están obligados a declarar en contra del mismo porque la relación de parentesco que les une, entra en clara contraposición con la búsqueda de la verdad material en el proceso penal. Se trata de proteger la solidaridad familiar, dado que el testigo pariente siempre está bajo la sospecha de que haya dicho toda la verdad.

Por esta razón, el artículo 24.2 de la CE dispone que “la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

Los artículos 416 y 417 de la LECrim. regulan las dispensas para declarar, entre las que se encuentran los parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge, hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales

consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en ambos casos.

La exención de declarar no es absoluta, ya que el artículo 418 de la LECrim., señala que existe obligación de declarar, aunque se trate de alguno de los parientes mencionados en el artículo 416, en los casos de delitos contra la Seguridad del Estado, contra el Rey, o contra su sucesor.

No obstante, cuando un testigo pariente, tras ser advertido del contenido del artículo 416 de la LECrim. por el Juez o Tribunal, decide declarar voluntariamente, “puede hacer las manifestaciones que considere oportunas”, lo que significa que dichas manifestaciones serán valoradas con prudencia por el órgano sentenciador, por existir sospecha de parcialidad, por lo que el juicio racional de credibilidad será más intenso si cabe, que cuando se trata del testimonio único de la víctima.

Si el Tribunal no advierte al testigo pariente que tenía el derecho a no declarar, puede determinar la falta de validez de dicho testimonio (STS 662/2001, de 6 de abril). En caso de que el testigo pariente haya declarado en fase de instrucción, y posteriormente se acoja a la dispensa del artículo 416 de la LECrim. en el plenario, no puede otorgarse valor de prueba de cargo a la declaración sumarial de aquél tras ser leída en el juicio oral, ya que como ha establecido el T.E.D.H. se vulneraría el principio de contradicción.

4.10. Testigo menor de edad.

A diferencia de lo prevenido en el artículo 361 de la LEC, que considera inválidas las declaraciones de los menores de 14 años, a no ser que, a juicio del Tribunal, posean el discernimiento necesario para declarar verazmente, en la LECrim. no existe limitación alguna por razón de edad para impedir el testimonio de un menor de edad, salvo que por aplicación del artículo 417.3 de la LECrim, se considera que en niños de corta edad carezcan de suficiente uso de razón para prestar declaración sobre un hecho delictivo, y por ello estén incapacitados física o moralmente para ser testigo.

Tras la reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de junio, que adicionó el último párrafo del artículo 448 de la LECrim., se dispone que “*cuando el testigo sea menor de*

edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial, que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.”

En idéntico sentido se pronuncia el párrafo segundo del artículo 707 de la LECrim., según el cual “*cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba”*”.

Como ejemplos prácticos, el TS ha admitido que el testigo menor de edad declare detrás de un biombo (SSTS de 5 de mayo de 200 y 27 de enero de 2001), en el despacho del Tribunal con la presencia del Ministerio Fiscal y del abogado defensor que podrán interrogar contradictoriamente al testigo (STS 651/2000, de 5 de abril), o en una dependencia aneja a la sala de vistas en donde se hallaba el acusado, quien pudo ver por circuito cerrado de televisión la declaración del testigo (STS 1123/2000, de 26 de junio).

Para ayudar al Juez o Tribunal a valorar racionalmente el testimonio de un menor de edad, la jurisprudencia del TS ha admitido con carácter excepcional las *periciales psicológicas a menores de edad*, señalando que pueden ser útiles para valorar su credibilidad, aunque nunca vinculantes ni sustitutivas en su exclusiva función valorativa, pero pueden aportar criterios de conocimiento psicológico especializado, y por tanto, científico, sobre menores de edad y las pautas de su posible comportamiento fabulador, que le auxilien en su labor jurisdiccional (STS 28/2008, de 16 de enero).

4.11. Testigo discapacitado.

Del mismo modo que acontece con los menores de edad, la LECrim. no establece limitaciones sobre los supuestos de incapacidad del testigo, limitándose en el artículo 417.3 ha señalar para la fase de instrucción que “*no podrán ser obligados a declarar los incapacitados física o moralmente*”, y en el artículo 707.1 para la fase de enjuiciamiento que “*todos los testigos que no se hallen privados de su razón están obligados a declarar lo que supiere sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de*

las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito ha dado una nueva redacción al artículo 707 para la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el B.O.E. conforme a la Disposición final sexta.

En el proceso penal, a diferencia de lo prevenido en el artículo 361 de la LEC, los discapacitados psíquicos y los enfermos mentales no están obligados a declarar, debiendo entenderse que en este último caso, el órgano judicial podrá prescindir de esa prueba o articularla a través de una pericial en función de las circunstancias del caso y de la capacidad real del sujeto para deponer en el juicio oral.

En relación a este punto, destaca la reforma introducida en el año 2006 en el artículo 433 de la LECrim., referida a los menores de edad, pero que es perfectamente aplicable al discapacitado psíquico (SAP de Barcelona, Secc.5ª de 21 de julio de 2007), por la cual *“toda declaración de un menor (o discapacitado psíquico) podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El Juez podrá acordar la grabación de la declaración.”*

La imposibilidad de practicar la testifical del enfermo mental o discapacitado psíquico, abre la puerta al testigo de referencia. Como ejemplo de ello, la STS de 2 de junio de 2006, que se refiere a una falta de discernimiento de la víctima que le impide declarar como testigo, lo que permite utilizar la testifical de referencia como prueba de cargo.

El problema esencial radica en determinar cuándo se considera que el enfermo mental está incapacitado para declarar. Lógicamente, habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. Dentro de la casuística práctica, la STS 143929/2004, de 28 de septiembre apreció esa imposibilidad a una víctima que presentaba un retraso intelectual con cociente de 37 y porcentaje de minusvalía del 67%. Más frecuentes son las sentencias del TS referidas a menores, que pueden tener un carácter orientativo en relación con el discapacitado psíquico. Así, la STS de 14 de marzo de 2006 entendió que no existía esa imposibilidad respecto de una niña que tenía ocho años a la fecha de

celebración del juicio, o la STS de 21 de mayo de 2004 que tampoco la apreció respecto de un niño que contaba con siete años a la fecha del plenario.

Por lo que atañe a la valoración de la prueba, la jurisprudencia se ha ocupado especialmente de la figura del deficiente mental, distinguiendo también entre el proceso civil y penal, siendo paradigmática a estos efectos la STS EDJ 1992/3350, de 6 de abril de 1992, que sostiene que mientras que, con carácter general, la percepción sensorial exige dentro del proceso civil un mayor grado de madurez en el sujeto informante, en el proceso penal, también por lo general y excepto determinados tipos delictivos, basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El discapacitado psíquico que sufre una agresión no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite linealmente hechos.

En cada caso, será el Tribunal en función del delito enjuiciado, quien deberá proceder a la valoración de la prueba, conforme a criterios de racionalidad, teniendo en cuenta la capacidad de percepción y convicción del testigo. La STS de 4 de julio de 1995, analiza el testimonio de una persona discapacitada en un caso de víctima de violación en que ésta padecía una oligofrenia en grado de debilidad mental profunda lindando con la imbecilidad y poseía un coeficiente intelectual de 52. Tras recordar que el testimonio es el producto de la capacidad sensorial de las personas y de su aptitud para captar el entorno interiorizando lo percibido y transmitiéndolo con mayor o menor fidelidad según su poder de retención y habilidad narrativa, indica que no solo las descripciones brillantes y sin fisuras tienen posibilidades de jugar un papel probatorio pues “el deficiente mental carece de la capacidad de expresión de otras personas, pero puede transmitir vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio”²³.

En este tipo de testificales, cobra una gran importancia el informe pericial psicológico para auxiliar al Tribunal a valorar la fiabilidad y credibilidad del testigo discapacitado psíquico, siendo en último término el Tribunal quien debe formar su convicción con base a estos elementos probatorios.

²³ ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., “Guía práctica de la prueba penal”, Dijusa 2005, pág. 257.

4.12. Testigos vinculados por el secreto.

La CE tanto en el artículo 20.1d), como en el artículo 24.2, alude a que la Ley regulará en qué casos por razón del secreto profesional no se estará obligado a declarar, pero ni lo define ni delimita su contenido. Si contempla su desarrollo legislativo posterior, pero a pesar del tiempo transcurrido desde que se promulgó la Constitución, sigue sin promulgarse una ley reguladora del secreto profesional.

4.12.1. Secreto del abogado.

Ninguna norma prohíbe al abogado de una parte declarar como testigo, sólo al abogado del procesado se le dispensa de la obligación de declarar respecto de los hechos que se le hubiere confiado en su calidad de defensor (artículo 416.2 LECrim.). Se trata de una garantía instrumental del derecho de defensa, en cuya virtud se le impone la obligación de mantener la reserva de todas las informaciones que ha conocido en el marco de esa relación de confidencialidad y, correlativamente no se le puede obligar a efectuar revelaciones indebidas.

El ámbito objetivo de este derecho alcanza a los procuradores (artículos 437.2 y 438 LOPJ) y, por extensión en el ámbito económico a los asesores fiscales (artículo 111.5 LGT). Sin embargo, la aplicación práctica de este derecho ha dado lugar a importantes problemas, que han obligado al TS a adoptar importantes decisiones en materias tales como intervenciones telefónicas, registros del despacho profesional, etc. En general el TS ha perfilado el ámbito del secreto profesional señalando que *“no se puede mezclar el secreto profesional con actividades que implican a personas que teniendo la condición de abogado, se ven inmersas en un proceso penal por actividades externas de carácter delictivo, y sobre cuyo conocimiento los terceros sólo podrían acogerse al secreto cuando se tratase de hechos que hubieran conocido en el ejercicio de su cargo y pudiera perjudicar a sus clientes. Sólo éstos son titulares del derecho a la confidencialidad y secreto, y no los profesionales que nada tiene que ver con los hechos que son objeto de acusación”*²⁴.

Por su parte el T.E.D.H. se ha referido a la eficacia del secreto profesional del abogado como límite a las actividades investigadoras en relación, por una parte, con el registro del despacho profesional del abogado y, por otra, con la intervención de sus

²⁴ STS núm. 490/2006, de 16 de marzo

comunicaciones. En ambos casos, la existencia de una garantía adicional a la intimidad, el secreto profesional, obliga a adoptar cautelas especiales (caso Niemietz c. Alemania, 1992).

4.12.2. Secreto del funcionario público.

El artículo 417.2 de la LECrim. reconoce una excusa a la obligación de declarar como testigo, a los funcionarios civiles o militares, si dicha revelación de los hechos supusiera una violación del secreto que su cargo le obliga a guardar, o actuara por obediencia debida a su superior jerárquico. Quebrantar este secreto podría constituir alguno de los delitos tipificados en los artículos 199.2, 417 y 442 del CP.

Con relación al secretario judicial como fedatario en las actuaciones en las que intervenga, la posición prácticamente unánime del TS, es que los secretarios judiciales no deben declarar como testigos en el juicio oral ²⁵.

4.12.3. Secreto sacerdotal.

El artículo 417.1 de la LECrim. exime de la obligación de declarar como testigos a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

Debe tenerse en cuenta el Acuerdo del Estado Español con la Santa Sede de 28 de julio de 1976, que reconoce también este derecho al secreto profesional en el artículo 3.2 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, así como también el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, y con la Comunidad Judía e Islámica a través de la Ley 25/1992 y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre respectivamente.

4.12.4. Otras profesiones.

Existen otras profesiones como la de periodista y la de médico, a las que también afecta el secreto profesional. La institución del secreto profesional, singulariza el estatuto jurídico de los periodistas, a quienes se les reconoce la facultad de mantener reservadas sus fuentes informativas. La CE consagra este derecho en el artículo 20.1.d), no habiendo sido desarrollado por ley posterior. Este vacío legislativo ha dado lugar a

²⁵ STS núm. 249/2008, de 20 de mayo

amplios márgenes de incertidumbre en aspectos tales como la titularidad de este derecho, conjunto de facultades que comprende y los límites que pueden oponerse al mismo.

El T.E.D.H. ha realizado un intento de conformar un derecho a la protección de las fuentes informativas con un alcance homogéneo en todo el ámbito europeo (caso Godwin c. RU, 1996, caso Fressoz y Roire c. Francia, 1999 y casos Roemen y Schmidt c. Luxemburgo, 2003). En estas resoluciones se establece que el derecho al secreto profesional del periodista comprende, no sólo la ocultación de la identidad de la fuente, sino también de las circunstancias que permiten llegar a identificarla y, de igual modo, la protección se extiende a los soportes materiales de la información que conduzcan al descubrimiento de la fuente.

Respecto al “secreto médico” como límite a la actividad indagatoria en un proceso penal, los artículos 416 y 417 no aluden a él, a pesar de las similitudes existentes con la posición del abogado como confidente necesario. El desarrollo del derecho a la intimidad y la previsión que se contiene en el artículo 24.2 de la CE, dejan abierta una vía para solventar por los problemas prácticos que se plantean.

Si la confidencialidad se obtiene en el marco de una relación marcada por el secreto profesional, es una garantía que sirve, aunque no de manera exclusiva, a la protección de la intimidad del paciente. Este deber de sigilo a la hora de declarar como testigo decae cuando el paciente consiente en la revelación, lo que ocurre cuando la declaración del médico se produce a su instancia.

El problema se plantea cuando es un tercero quien reclama acceder a la información médica de la contraparte. Si el paciente se opone y el médico se acoge al secreto profesional, surge un conflicto de derechos, cuya solución queda en manos del Juez por ser a quien corresponde decidir sobre la admisión de la prueba. El TC (SSTC 25/2005 y 206/2007) en relación con el aprovechamiento para la investigación de un delito de los datos médicos obtenidos con una finalidad terapéutica, ha señalado que en estos casos la protección a la intimidad puede ceder, pero después de un riguroso examen de proporcionalidad a cargo de la autoridad judicial.

V. LA PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA ANORMALMENTE.

5.1. Valor probatorio de la declaración del testigo en fase de instrucción cuando no comparece en el juicio oral.

Es doctrina consolidada y reiteradamente proclamada tanto por el Tribunal Constitucional como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas (STC de 18 de junio de 2.001 y SS.T.S. de 20 de septiembre y 5 de noviembre de 1.996, 4 de febrero, 18 de marzo y 30 de mayo de 1.997, 23 de junio y 26 de julio de 1.999 y 3 de noviembre de 2.000, entre otras), que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

No obstante, esta doctrina general tiene como excepciones los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de una serie de requisitos, entre los que destaca el de que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo, y sólo con la rigurosa observancia de esta exigencia, esta prueba sumarial podrá ser introducida en el juicio público mediante la lectura del documento que recoge su contenido, posibilitándose así su confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (véanse también SS.T.C. 217/89, de 21 de diciembre, 303/1993, de 25 de octubre, 36/1995, de 6 de febrero, 200/1996, de 3 de diciembre, 40/1997, de 27 de febrero, 153/1997, de 29 de septiembre, 49/1998, de 2 de marzo, 115/1998, de 1 de junio, 971/1999, de 31 de mayo).

La sentencia de 30 de junio de 2.008, reitera este criterio, invocando la STC de 18 de junio de 2.001 en la que se concretaban los requisitos que han de concurrir para valorar como prueba las diligencias practicadas en fase de instrucción:

a) Material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral.

b) Subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito.

c) Objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último.

d) Formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

Este criterio afecta especialmente a las declaraciones testificales de los testigos de cargo, puesto que el derecho a interrogar a éste forma parte esencial del derecho de defensa según el art. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1.950 y el art. 14.3.e) del Pacto de Nueva York de 1.966, que conceden a todo acusado, como mínimo y entre otros, "el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él" (SSTS de 18 de marzo de 1.997, de 17 de diciembre de 1.998, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 1.993 recaída en el caso "Saïdi/Francia"). Por esta razón, la doctrina jurisprudencial exige como requisito

necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido incriminatorio practicada en fase de instrucción, que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo su derecho a la contradicción interrogando al testigo cuando se trata de declaraciones testificales (SSTEDH de 20 de noviembre de 1.989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre de 1.990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1.990, asunto Delta; 19 de febrero de 1.991, asunto Isgró; 26 de abril de 1.991, asunto Asch; 28 de agosto de 1.992, asunto Artner; 20 de septiembre de 1.993, asunto Saïdi, ya mencionado).

Los Tribunales no pueden valerse de las actas del sumario referentes a personas que podrían haber declarado en el juicio oral, permitiéndose la utilización del artículo 730 de la LECrim con riguroso carácter de excepción cuando realmente la presencia del testigo sea imposible o de muy difícil y verificada asistencia, y así se ha admitido cuando el testigo haya muerto, o sea imposible de localizar por encontrarse en ignorado paradero, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal "y *no sea factible lograr su comparecencia*", debiendo quedar acreditado que por el órgano jurisdiccional se han agotado razonablemente las posibilidades para su localización y citación.

5.2. Testigo fallecido o con enfermedad grave.

En caso que el testigo haya muerto o padezca una enfermedad grave física o psíquica, de manera que resulte imposible que comparezca en el juicio oral o que haciéndolo pueda comprender las preguntas que se le hacen y contestarlas, la jurisprudencia del TS ha admitido como única solución factible la de dar lectura a sus declaraciones sumariales en aplicación del artículo 730 de la LECrim.

Si la enfermedad fuera temporal y su curación es previsible que no precise un lapso temporal largo, cabría solicitar la suspensión y aplazamiento del juicio, si se tratase de un testigo relevante. Si la enfermedad no fuera grave, el Tribunal puede desplazarse, junto con las partes acusadoras y defensas de los acusados, al domicilio de éste, o puede recibirse la declaración mediante exhorto (artículos 718 y 719 de la LECrim.)

5.3. Testigo residente en el extranjero.

Si el testigo reside en el extranjero, y su declaración en el plenario es solicitada por alguna de las partes, no está obligado a comparecer conforme al artículo 410 de la LECrim. No obstante, antes de renunciar a su declaración en el juicio y optar por el cauce del artículo 730, se puede intentar citarles para que comparezcan en el juicio oral a través de los convenios y tratados internacionales sobre asistencia recíproca, o interesar la declaración del testigo residente en el extranjero a través del auxilio internacional, normalmente por vía diplomática o directamente entre tribunales.

Si era previsible durante la instrucción que el testigo no iba a comparecer, la mejor solución es preconstituir su declaración testifical conforme a los requisitos del artículo 448 de la LECrim., citando a todas las partes, a fin de que preste declaración ante el Juez instructor y pueda responder a las preguntas que le formulen las partes. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito ha dado una nueva redacción al artículo 448, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el B.O.E. conforme a la Disposición final sexta.

5.4. Testigo en paradero desconocido.

Si el testigo se halla en ignorado paradero, sin que sea posible su localización y se han agotado todas las posibilidades judiciales y policiales para su busca, cabe dar lectura a su declaración sumarial con base al artículo 730 de la LECrim. (STC 25/1994, de 28 de enero y STS 120/1988, de 7 de febrero), siempre que dicha declaración se haya prestado con cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales, es decir con observancia del principio de contradicción, pues en otro caso no tendría valor de prueba de cargo. La Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito ha dado una nueva redacción al artículo 730, que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el B.O.E. conforme a la Disposición final sexta.

VI. LA PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA.

La prueba testifical anticipada es aquella que se practica con anterioridad al juicio oral, cuando se prevé que un determinado testigo no va a poder comparecer, bien porque es posible que entonces haya muerto o esté en un estado de grave enfermedad,

bien porque se prevé razonablemente que no se le pueda localizar por ser extranjero y hallarse en su país de origen.

Como señala la sentencia del TC 41/1991, de 25 de febrero, “*no admitir la prueba preconstituida con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza a los testigos)*”.

En definitiva, la prueba anticipada se da cuando se produce una situación de irreproducibilidad de la declaración sumarial, que no es originaria, sino sobrevenida, pero que resulta prevista en función de las circunstancias concurrentes. Lo procedente en estos casos es practicar la prueba testifical anticipada, pero practicándola con todas las garantías debidas, en presencia judicial y con respeto a los principios de contradicción y de oralidad.

6.1. Supuestos.

El artículo 448 de la LECrim, cuya redacción se ha visto modificada recientemente por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el B.O.E. conforme a la Disposición final sexta, prevé la posibilidad de anticipar y preconstituir la prueba testifical para los casos en que el testigo no vaya a comparecer en el juicio oral, o sea previsible su incomparecencia, como en los supuestos de testigo extranjero con residencia en su país de origen, muerte del testigo o enfermedad grave que los incapacite física o psíquicamente. Como ejemplo podemos citar las SSTS de fecha 5 de octubre de 1998 y 16 de febrero de 2000.

En definitiva, la situación de irreproducibilidad de la declaración del testigo durante la fase de instrucción, es sobrevenida y previsible por las circunstancias concurrentes, y debemos acudir a preconstituir la prueba conforme al artículo 448 de la LECrim. Si estas circunstancias son imprevisibles, sólo cabría acudir a lo previsto en el artículo 730 del mismo texto legal.

6.2. Requisitos.

Para que la prueba anticipada pueda tener el valor de prueba de cargo válida para enervar el principio de presunción de inocencia, deben concurrir tres requisitos:

- a) Irreproducibilidad de la declaración sumarial durante el juicio oral: teniendo en cuenta que las declaraciones que constan en el atestado policial no constituyen auténticas pruebas como ha establecido el TC, cuando es previsible que el testigo no va a comparecer en el plenario, para evitar que la falta de dicho testimonio pueda producir un vacío probatorio que conlleve a la absolución del acusado, debe solicitarse su práctica anticipada.
- b) Realización ante la presencia judicial: la testifical anticipada debe llevarse a cabo ante el Juez instructor, o en su caso ante el Tribunal sentenciador, con anterioridad al juicio oral. No es válida la práctica de la declaración anticipada ante presencia policial, con las excepciones admitidas por el TC como por ejemplo, cuando se llevó a cabo ante la policía de Alemania, por tratarse de un país en el que la instrucción está atribuida a la policía y al Ministerio Fiscal (ATC 342/1995, de 18 de diciembre).
- c) Respeto al principio de contradicción: para que la prueba testifical anticipada cumpla con todas las garantías procesales y constitucionales, es imprescindible que estén convocadas todas las partes acusadoras y acusadas, a fin de que comparezcan el día señalado para su realización, y puedan preguntar de forma cruzada al testigo lo que estimen pertinente. Lo esencial es, por tanto, que se les dé la oportunidad de acudir a la práctica de la prueba anticipada, de modo que si no comparecen, no pueden alegar posteriormente vulneración del principio de contradicción, por ser imputable la negligencia a la propia parte ²⁶.
- d) Lectura efectiva de la declaración anticipada: no siendo posible la lectura o reproducción de la grabación de la declaración acordada de oficio, resulta imprescindible que la declaración anticipada del testigo sea leída durante el juicio oral a petición de alguna de las partes acusadoras o acusadas. Incorporada al plenario, dicha prueba será valorada como una prueba más.

6.3. Valoración.

La prueba anticipada sólo podrá tener valor de prueba de cargo válida, para destruir el derecho a la presunción de inocencia que asiste a todo acusado con base al

²⁶ STS nº 974/1996, de 9 de diciembre.

artículo 24 de la CE, cuando se haya llevado a cabo con la escrupulosa observancia de los principios rectores de la valoración de la prueba, es decir, inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, formando entonces junto al resto de medios probatorios practicados en la vista oral, parte del acervo probatorio que el Tribunal sentenciador podrá utilizar para formar su convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado sobre un determinado hecho delictivo.

VII. VALORACIÓN DE LAS CONTRADICCIONES Y RETRACTACIONES DE LOS TESTIGOS EN EL JUICIO.

Lo habitual es que el testigo ratifique en el juicio oral su declaración prestada durante la instrucción, bien ante la policía, bien ante el Juez instructor o en ambos casos. Pero también existen supuestos en los que el testigo cambia el sentido de su declaración o incurre en contradicciones con lo declarado anteriormente. En este caso surge entonces el problema de determinar si se puede valorar o no la declaración sumarial ante la existencia de contradicción con la declaración prestada en el juicio oral.

Como regla general la jurisprudencia del TS lo ha admitido en la mayoría de procedimientos penales, con la salvedad del Procedimiento de la Ley del Tribunal del Jurado, regulado por la LO 5/1995, de 22 de mayo, cuyo artículo 46.5 dispone que *“las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos con ellas afirmados”*. Ahora bien, mediante la aportación por la parte interesada del correspondiente testimonio de dicha declaración sumarial, puede ponerse de manifiesto al Jurado Popular las contradicciones existentes para que lo tengan en cuenta a la hora de valorar la credibilidad del testigo que no ratifica su declaración inicial.

7.1. Valoración de la declaración sumarial.

El artículo 714 de la LECrim. permite la lectura de las declaraciones testificales instructoras en el plenario, cuando se aprecie contradicción con lo manifestado entonces y ahora en el juicio oral, permitiendo así al testigo dar una explicación de las contradicciones y discrepancias que se le ponen de manifiesto -sometiendo dichas declaraciones al principio de contradicción-, y de acuerdo con la jurisprudencia puede el juzgador a la luz de sus manifestaciones determinar en cual aprecia mayor credibilidad.

Así lo ha entendido de modo reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, las de 73/ 1996, de 26-2, 544/ 1996, de 26-9, 973/ 1997, de 4-7, así como del Tribunal Constitucional como, entre otras, la STC 80/ 1986, de 17-6, 150/ 1987, de 1-10, 11/ 1993, de 28-6, 82/ 1992, de 28-5 y 51/ 1995, de 23-2. Así se dice en la STS 1059/ 1995, de 20-10 que el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento permite la lectura de las declaraciones prestadas por los testigos en el sumario si no son conformes, en lo sustancial, con las efectuadas en el plenario, con el propósito de que así se pondere la mayor o menor verosimilitud de lo que se dice. Y cuando el medio de prueba se reproduce en el juicio oral, con inmediación, oralidad y publicidad, permitiendo la contradicción, adquiere en todo caso valor probatorio aunque su resultado sea distinto, pudiendo entonces el órgano judicial sentenciador fundar su convicción no sólo en el sentido de lo manifestado en ese juicio oral, sino también en las versiones anteriores, debidamente documentadas, según la mayor o menor verosimilitud que unas y otras les merezcan, tal ha sido antes indicado ²⁷.

7.2. Valoración de la declaración policial.

Sobre la posible valoración de la declaración policial del testigo, encontramos posiciones heterogéneas en la jurisprudencia, ya que en un principio se negó su valor como prueba de cargo para poder ser apreciada por el órgano sentenciador, por referirse el artículo 714 de la LECrim. a la declaración prestada en el sumario.

Sin embargo en la sentencia del TS número 1695/2002, de 7 de octubre, se recoge el cambio de criterio al amparo de la doctrina del TC, admitiendo la posibilidad de valorar como prueba la declaración ante la policía por parte del testigo, siempre que se haya prestado con observancia de las exigencias legales aplicables en ese momento, que se incorpore al juicio oral mediante el testimonio de los agentes que la presenciaron y que se dé lectura de la misma para permitir su efectiva contradicción por la defensa. No obstante, otorgar prevalencia por el Tribunal a la declaración policial tiene un carácter excepcional y necesita verse corroborada por datos objetivos periféricos, debiendo explicitar el Tribunal el razonamiento lógico valorativo empleado a los efectos de un debido control posterior a través de los recursos de apelación o casación.

²⁷ SSTC nº 137/1988, y nº 98/1990.

7.3. Careo de testigos

Cuando el Tribunal aprecia la existencia de contradicciones entre lo declarado por el acusado y los testigos, o de estos entre sí, puede acordar la práctica del careo en el juicio oral. Así lo disponen el artículo 729 de la LECrim., en su apartado primero *“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”* y el artículo 713 *“En los careos de los testigos con los procesados o de los testigos entre sí no permitirá el Presidente que medien insultos ni amenazas, limitándose la diligencia a dirigirse los careados los cargos y hacerse observaciones que creyeren convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad”*.

A diferencia de lo que ocurre en la fase de instrucción (artículos 451 al 455), la diligencia de careo es menos frecuente en el juicio oral, atendiendo al escaso éxito que se obtiene y la desigual posición procesal en que se encuentran acusado y testigo. Además, es pacífica la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre su naturaleza, en la que se indica que el careo no es propiamente un medio de prueba autónomo e independiente, sino una diligencia encaminada a contrastar las manifestaciones o interrogatorios de los acusados y las declaraciones de los testigos al objeto de depurar su contenido y tratar de salvar o aclarar las contradicciones o discordancias que en ellos se aprecien, contribuyendo a formar la convicción del Juzgador, a la vista de las actitudes y explicaciones que los careados adopten o faciliten. Por tanto, a la vista de su normativa tiene un carácter subsidiario (SSTS 31-1-1989, 17-6-1990, 14-9 y 18-11-91).

El careo puede proponerlo el Ministerio Fiscal, cualquiera de las partes o acordarlo de oficio el Juez o Tribunal. Ahora bien, el Tribunal Supremo previene que el careo no deja de ofrecer cierto riesgo de enfrentamiento dialéctico entre los intervinientes y raras veces conduce a resultados positivos. De ahí que su pertinencia se supedita al criterio potestativo y discrecional del Juez o Tribunal, teniendo en cuenta su carácter subsidiario, de modo que no se practicarán careos cuando existan otros medios de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los acusados.

VIII. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN.

La valoración probatoria que efectúa el juzgador de primera instancia es susceptible de control a través de los recursos legalmente previstos. Pero en esta actividad revisoria, no cabe duda que el principio de inmediación supone un límite importante por parte del Tribunal que conoce del recurso de apelación o de casación.

8.1. Control de la valoración en el recurso de apelación.

La doctrina habitual de las Audiencias Provinciales en materia de valoración de la prueba en general, y en particular de las pruebas personales como la testifical, toma como punto de partida que en nuestro derecho procesal penal rige el sistema de libre valoración de la prueba, así consagrado por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que autoriza al Juez o Tribunal a formar su íntima convicción, sin otro límite que el de los hechos probados en el juicio oral, a los que ha de hacer aplicación de las normas pertinentes, siguiendo sus mandatos, así como con el empleo de las normas de la lógica y de la experiencia. Este principio de la libre valoración de la prueba ha sido reconocido y complementado por la doctrina del Tribunal Constitucional, al socaire sobre todo de la interpretación y aplicación de la presunción de inocencia, integrada en el artículo 24 de la Constitución, como derecho fundamental, en relación con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pueden considerarse como requisitos esenciales de aquella doctrina que: a) la prueba que haya de apreciarse ha de ser practicada en el juicio oral (principio de inmediación), salvo los supuestos admitidos de prueba anticipada; b) la carga probatoria incumbe a las partes acusadoras y no a la defensa, por corresponder al acusado el beneficio de la presunción de inocencia; y c) dicha prueba ha de ser de cargo, suficiente para desvirtuar aquella presunción (sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1.990). Para que pueda ser acogido el error en la apreciación de las pruebas es necesario que aparezca de modo palmario y evidente que los hechos en que se haya fundamentado la condena carezcan de todo soporte probatorio, o que en manera alguna pueden derivarse lógicamente del resultado de tales pruebas, no pudiendo equipararse a tal error la mera discrepancia en cuanto a la valoración de tales pruebas que ha hecho el juzgador de instancia en aplicación de lo prevenido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En concreto con relación a la valoración de la *prueba testifical*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en relación con la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de Instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la LECrim., y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, debe partirse de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el juez ante el que se ha celebrado el acto solemne de juicio, núcleo del proceso penal y en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución Española), pudiendo el Juzgador desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente resultado, así como la forma de expresarse y conducirse los testigos en su narración de los hechos y la razón de conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. De ahí, que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación de conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, reconocida en el art. 741 de la LECrim. y plenamente compatible con los derechos de presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (sentencias del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1.985, 23 de junio de 1.986, 13 de mayo de 1.987 y 2 de julio de 1.990, entre otras), únicamente debe ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio, vulnerándose entonces el principio de presunción de inocencia, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve el manifiesto y claro error del Juzgador a quo de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en los autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada.

Más concretamente, podemos decir que sólo cabe revisar la apreciación hecha por el juez de la prueba recibida en el acto del juicio oral en la medida en que aquélla no dependa sustancialmente de la percepción directa o inmediación que el mismo tuvo con exclusividad y, en consecuencia, el juicio probatorio sólo será contrastable por vía de recurso en lo que concierne a las inducciones y deducciones realizada por el Tribunal a

quo, de acuerdo con las reglas de la lógica, pero no en lo relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas por el Juzgador ²⁸. En la misma línea el Tribunal Constitucional en sentencia de 5 de noviembre de 2.001, o del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2.000.

Respecto a si el *visionado de la grabación del acto del juicio oral* puede sustituir o atenuar al principio de inmediación, la STC de 18 de mayo de 2009, señala claramente que el mismo no puede sustituir a la inmediación que supone el examen personal y directo de las personas que declaran, lo que implica la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, ya que la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.

La existencia de la grabación del juicio oral permite al Tribunal, a través de su visionado, conocer la integridad de lo declarado por las partes, lo que, sin duda supone una diferencia importante respecto tradicional sistema del acta del juicio extendido por el Secretario judicial, para el control de la interpretación de las pruebas personales efectuadas por el Juez a quo, pues permitirá al tribunal de apelación percibir, de forma directa, lo que dijeron los declarantes, el contexto y hasta el modo en cómo lo dijeron.

Pero no se puede equiparar la inmediación de las fuentes de prueba por parte del Juez en régimen de contradicción con la mera visualización y audición de las mismas, al no concurrir la percepción directa por este Tribunal de tales declaraciones, mediatizadas por la grabación, y limitadas a la calidad informativa de los datos verbalizados, y, lo que es más importante, carecer de la posibilidad de tomar parte activa en las mismas, esencial para despejar dudas, o aclarar cuestiones que puedan interesar a la adecuada resolución del recurso, y no hayan sido introducidas en el plenario.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo núm. 2198/2002, de 23 diciembre, al establecer que la inmediación debe ser entendida no sólo como un «estar» presenciando la prueba, sino como aceptar, entender, percibir, asimilar y formar opinión en conducta de todos, sus reacciones, gestos a través de su narrar.

²⁸ STS de 29 de enero de 1.990.

8.2. Control de valoración en el recurso de casación.

La credibilidad de los testigos otorgada por el Tribunal sentenciador en la valoración de la prueba es una cuestión de hecho, que impide la revisión casacional de aquella parte de la valoración que dependa de la percepción directa del Tribunal de instancia, porque solo éste ha presenciado personal y directamente la prueba testifical practicada. Se trata, pues, de una cuestión ajena al control casacional, pero no impide al TS poder cuestionar la convicción del juzgador de primera instancia por basarse en razonamientos contrarios a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia humana o a los conocimientos científicos.

Gracias al principio de inmediación, el órgano sentenciador de primera instancia puede percibir las sensaciones que le produjo la declaración del testigo, con base a sus gestos, actitud, contundencia en sus aseveraciones, dudas, omisiones, etc., aspectos que dependen de la percepción directa del Tribunal que presenció la prueba, de los que carece el TS, pero si puede controlar el Alto Tribunal vía recurso de casación, la irracionalidad de los argumentos, la falta de lógica o la mera arbitrariedad en la valoración de la prueba testifical, proscrita por el artículo 9.3 de la CE.

En definitiva, como expone el ATS nº 279/1997, de 12 de febrero, en el recurso de casación sólo “es revisable lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos”. Por el contrario, “son ajenos al objeto de casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia.”

Consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia del TS ha señalado reiteradamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación ²⁹.

8.3 Especial referencia a las sentencias absolutorias.

Por lo que se refiere a la posibilidad de proceder en segunda instancia a realizar una nueva valoración de la prueba, recordemos la problemática que plantea que la

²⁹ SSTs de 22-9-1992, 12-3-1998, 22-2-2000 y 13-11-2002.

sentencia de primer grado sea absolutoria, respecto a las facultades revisoras del Tribunal *ad quem*, debiendo señalar con carácter previo que de acuerdo con las precisiones efectuadas por la STC 167/2002, de 18 de septiembre y otras posteriores, dictadas para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) ... a las exigencias del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del art. 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el artículo 10.2 CE, que el tribunal de apelación únicamente podría revisar la sentencia absolutoria, cumpliendo los siguientes requisitos:

- 1) Puede modificar la calificación jurídica de los hechos declarados probados en la instancia.
- 2) Puede llevar a cabo las modificaciones o adiciones del hecho probado que resulten de prueba respecto de la cual el tribunal *ad quem* se encuentre en las mismas condiciones que el de enjuiciamiento (prueba documental, prueba anticipada y pericial documentada en sentido estricto).
- 3) La sentencia de apelación puede fundarse en un juicio de inferencia diferente a que se pueda llegar partiendo como base de los mismos hechos obtenidos por el juzgador a través de la prueba directa.
- 4) Puede hacer una declaración distinta de hechos probados fundada en la prueba que se pueda practicar en segunda instancia en los supuestos legales. Sin embargo, en este punto habrá que operar con especial cautela, en especial si ha de llevarse a cabo una valoración conjunta, sobre un mismo punto de hecho, con prueba practicada en primera instancia, que pudiera aconsejar una repetición del juicio o una práctica ante el mismo órgano si se tratase de prueba indebidamente rechazada.
- 5) Puede examinar las cuestiones procesales que puedan determinar la nulidad del juicio o de la sentencia.

- 6) El tribunal *ad quem* controlará la eventual vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, del artículo 9.3 de la Constitución Española, en la apreciación de la prueba, que pueda conllevar a la nulidad de una valoración arbitraria de la prueba y la necesidad de repetir el juicio.

Por consiguiente, no puede procederse a revisar y corregir la valoración probatoria efectuada por la juez de instancia sin vulnerar las exigencias de inmediación y contradicción, y la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 167/2002, de 18 de septiembre, 197/2002, 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre, 212/2002, de 11 de noviembre, 230/2002 de 9 de diciembre y 68/2003, de 9 de abril), según la cual no puede la Audiencia Provincial condenar en grado de apelación por el delito enjuiciado sin haber celebrado vista pública, tramite no previsto actualmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impidiendo en definitiva los principios de inmediación y contradicción que el órgano superior pueda valorar por sí misma las declaraciones de las partes y de los testigos al no haberse producido ante la misma, de modo que una hipotética sentencia condenatoria carecería del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia del apelado absuelto.

IX. CONCLUSIÓN.

Con la realización de este trabajo he intentado dar respuesta a las diferentes y complejas cuestiones que plantea la prueba testifical en el proceso penal español, destacando en primer lugar como punto central, si el Juez o Tribunal sentenciador tiene plena libertad a la hora de valorar la prueba testifical, o si por el contrario esa libre valoración en conciencia debe sujetarse a unas reglas y principios procesales básicos, que sirven a su vez de garantía al derecho a la presunción de inocencia que asiste a todo acusado.

Para obtener respuesta a estas cuestiones, he tenido que ir desgranando cada una de las situaciones y especialidades que pueden darse en la práctica de la prueba testifical en los diferentes tipos de procesos penales, poniéndose de relieve como primera conclusión que es preciso llevar a cabo una reforma en profundidad de la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lugar de efectuar reformas parciales a modo de parche, que parece ser la opción elegida por el legislador español en los últimos años.

Esta necesidad de reforma se hace especialmente patente en el artículo 416 de la LECrim., en el sentido de eliminar de dicho precepto la dispensa de declarar del testigo víctima de violencia de género, especialmente en los casos en que haya presentado denuncia previa contra el pariente agresor.

Pero también esta necesidad de modificación legislativa adquiere especial urgencia en materia de protección de víctimas de delitos, testigos menores de edad y personas discapacitadas necesitadas de especial protección, algo a lo que parece dar respuesta la reciente reforma operada por la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito* que ha reformado diversos preceptos de la LECrim., y que entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el B.O.E. conforme a la Disposición final sexta.

Para que los principios que inspiran esta reforma y las que puedan producirse en un futuro próximo, tengan plena eficacia y puedan aplicarse en la práctica diaria, sigue siendo primordial la urgente modernización de la Administración de Justicia, para que cuente con medios tecnológicos suficientes (videoconferencias, sistemas de grabación de la declaración, etc.), y así evitar someter a testigos víctimas, menores de edad y personas con discapacidad a la confrontación personal con el acusado en el juicio oral, o

para eludir costosos traslados o la reiteración de testimonios en todas las fases del procedimiento.



BIBLIOGRAFÍA.

ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M, *Guía práctica de la prueba penal*, Ed. Dijusa, Madrid, 2005.

ASENCIO MELLADO, J.M, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

BENTHAM, J: *Tratado de las pruebas judiciales*.

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tomo I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

RUIZ VALLIDO, Enrique, *Algunas consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal*, Estudios, Boletín núm. 1767.

FLORES PRADA, *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Madrid, 1997.

GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMER OBNEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal*, 6ª Ed., Madrid, 1968.

MANUALES DE FORMACION CONTINUADA 51, *99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2010.

MEDINA, A., MORENO, Mª José, LILLO, R., GUIJA, J.A., *Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio*, Ed. Triacastela, Madrid, 2010.

MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

PINTO PALACIOS, F. y PUJOL CAPILLA, P., *Manual de actuaciones en sala. Técnicas prácticas del proceso penal*, Ed. La Ley.

Revista DELIBERACIÓN, Marzo 2015, núm. 5.

RIVES SEVA, A.P., *El testimonio de referencia en la jurisprudencia penal*, Artículo Doctrinal de Noticias Jurídicas, Enero 2000, Disponible en Internet:

<http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200001-testimoniojpenal.html>

RIVES SEVA: *La Prueba en el Proceso Penal: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.

SOTO NIETO, F., *Valoración probatoria de las declaraciones de testigos e imputados en sede policial*, Ed. La Ley, Diario La Ley nº 3, 1996.



ANEXO.

Abreviaturas más comunes en el texto o en notas a pie de página

AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
C.E.	Constitución Española
C.E.D.H.	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.E.D.H.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos