

GRADO EN DERECHO



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

**FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS
CAMPUS ELCHE**



LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL PROCESO PENAL

TRABAJO FIN DE GRADO

Realizado por Rubén Bolufer Martínez

Tutor: Pedro Vicente Martínez Cánovas

Curso 2020/2021

0.	INTRODUCCION.....	4
1.	TESTIGO: CONCEPTO Y NATURALEZA.....	5
2.	OBLIGACIONES DE LOS TESTIGOS Y EXENCIONES.....	7
	2.1 Deber de comparecer.	7
	2.2 Deber de declarar.....	11
	2.3 Deber de decir la verdad.....	12
3.	TESTIGO DIRECTO Y DE REFERENCIA.	14
	3.1 Testigo directo.....	14
	3.2 Testigo de referencia.....	15
4.	TESTIGOS EN RELACIÓN A SU CUALIDAD PERSONAL.....	17
	4.1 Testimonio de la víctima o perjudicado.....	17
	4.2 Testigo policía.....	22
	4.3 Testigo menor de edad.....	26
	4.4 Problemática de la aplicación del art. 416 de la LeCrim.....	29
	4.5 Testigo funcionario judicial.....	33
	4.6 Testigo familiar.....	34
	4.7 Testigo disminuido.....	35
	4.8 Impacto de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.....	36
5.	PROTECCION DE TESTIGOS.....	37
	5.1 La protección de testigos en el Procedimiento Penal: Impacto de la LO 19/1994.....	38
6.	LA PRUEBA: CONCEPTO, OBJETO Y CARGA.....	40
7.	PRINCIPIOS BÁSICOS VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	42
	7.1 Principio de inmediación.....	42
	7.2 Principio de contradicción.....	44
	7.3 Principio de publicidad.....	44
	7.4 Principio de oralidad.....	45
8.	PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA ANORMALMENTE.....	46
	8.1 Testigo fallecido.....	47
	8.2 Testigo con enfermedad grave.....	47
	8.3 Testigo en el extranjero.....	48
	8.4 Testigo en paradero desconocido.....	49
9.	PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA: SUPUESTOS, REQUISITOS Y VALORACION.....	49

10. VALORACION DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN CASACION Y APELACION.	52
10.1 El control en casación de la valoración de la prueba testifical.	52
10.2 El control en apelación de la valoración de la testifical como prueba personal.	53
11. CONCLUSION.	56
12. BIBLIOGRAFIA	57
13. ANEXO	61



0. INTRODUCCION.

Todos los ordenamiento jurídicos, tanto antiguos como actuales, poseen unos conocimientos sobre los medios de los que disponen las partes que forman parte de un proceso penal con la intención de persuadir al Juez que lleva la causa en base a que este encuentre la verdad en las manifestaciones y alegatos, con la finalidad de convencer al Juez. La prueba es la pieza clave en todo el procedimiento ya que las estrategias de las partes se basarán en ellas para encontrar el convencimiento del Juez. Es el único medio para poder asegurar el vínculo exterior con el proceso.

Por ello el artículo 24.2 de la Constitución Española emana que el uso de medios de prueba correctos es un derecho fundamental.

En el siguiente trabajo de investigación he querido analizar el concepto y la naturaleza de la prueba testifical, indagando en sus causas más profundas, y centrándome en los elementos fundamentales que la rodean como los testigos, sus obligaciones y deberes y la protección que poseen, los principios rectores de la prueba testifical, las modificaciones a las que ha sido sometida, y todo lo relacionado con la misma puesto que es una pieza vital e imprescindible en un proceso penal.

Para ello, he dividido el trabajo en diversos puntos que siguen un orden lógico para la comprensión global del trabajo y la prueba en si, basándome en la información obtenida de diversas fuentes doctrinales como sentencias de bases de datos de nuestra jurisprudencia, textos legales, obras doctrinales de autores expertos en la materia y revistas jurídicas entre otras, comparando también los diferentes puntos de vista y las interpretaciones efectivas disponibles.

1. TESTIGO: CONCEPTO Y NATURALEZA.

El testigo es cualquier persona que es convocada a la causa por suponerse que posee unos conocimientos vinculados con el hecho que se investiga, con el propósito de que exponga lo que conozca sobre ello¹.

Según José María Asencio Mellado el testigo es ‘*aquella persona física, nunca jurídica, que presta una declaración de conocimiento acerca de aquellos elementos objeto de investigación o enjuiciamiento*’².

Francisco Ramos Méndez³ denomina a los testigos como las personas que de algún modo puedan tener constancia de ciertos sucesos y consiguen contribuir con información relevante para la instrucción del litigio⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵ define al testigo como cualquier persona física que posee capacidad de percepción y sea capaz de argumentarla. Se trata de un tercero que, mediante una declaración de conocimientos, informa al Juez de unos hechos de los cuales tiene constancia y que son motivo de discusión en un proceso. Esa información deberá de ser objetiva y aludir sobre hechos. También expone el Tribunal Supremo lo siguiente: *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*⁶.

¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Editorial Akal/ Iure, Madrid, 1999, p. 259.

² Cfr. ASENSIO MELLADO, JOSE MARIA “Derecho Procesal Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, 2015, pág. 124.

³ RAMOS MENDEZ, FRANCISCO. *El proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, p. 76.

⁴ BENAVENTE CHORRES, HESBERT, *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*, 2015, pág. 59.

⁵ STC 06/04/1992 núm.775/1992 Rj 1992/2857.

⁶ STC del Tribunal Supremo nº 667/2008, de 5 Noviembre.

Así pues, puede afirmarse que la prueba de testigos se basa en que un tercero proporcione oralmente una declaración de unos conocimientos en relación a los hechos importantes en la causa con el fin de persuadir al Juez en relación a la materia a la que se dirige, conforme a lo expuesto por el testigo ⁷.

Gracias a todas estas definiciones de testigo podemos extraer ciertos rasgos característicos de los testigos:

- 1.) El testigo ha de ser un tercero ajeno a los sujetos del proceso y al objeto del mismo; es decir, no puede ser ni Juez ni parte en el proceso en el que declara.
- 2.) La declaración realizada por el testigo deberá dirigirse a unos hechos ya ocurridos de los que haya tenido conocimiento, ya sea de forma directa (presenciándolos) o indirecta (se los hayan relatado). El testigo es la fuente de la prueba testifical al ser la persona que declara en el proceso ante el Juez.
- 3.) El testigo llevará a cabo la declaración de forma oral y exigirá la presencia del testigo ante el Juez que conduzca la causa.

Cualquier declaración que el testigo realice externamente al proceso sin la presencia del Juez no será considerada prueba testifical. Hay que matizar esto para evitar la confusión entre la prueba y el testimonio documental⁸.

- 4.) El testigo deberá de ser una persona física, porque sólo una persona física puede adquirir el conocimiento a través de sus sentidos y es capaz de recordarlos y contarlos ante un Tribunal.
- 5.) La fuerza probatoria del testigo estará sujeta a la sinceridad y veracidad que muestre.

A pesar de ello, algunos de estos rasgos han sido graduados o ajustados por la jurisprudencia contemplando como testigo a las víctimas y perjudicados, del mismo modo

⁷ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Derecho Procesal Penal”, Valencia 2010, pág.389

⁸ ORTELLS RAMOS, MANUEL, Derecho procesal civil, Ed. Thomson Aranzadi, 4ª Edición, Navarra 2003, pág. 444.

que al coacusado, que no poseen la calificación de terceros ajenos a la causa; dar la opción de que algunos testigos puedan de manera muy particular hacer su declaración por escrito y sin la necesidad de asistir al Tribunal, además de evitar un interrogatorio cruzado de las partes; o que la veracidad y sinceridad del testigo queden en posición de desconfianza, al consentir la jurisprudencia la testificación de personas interesadas en las partes o en el propósito del proceso (por ejemplo los parientes) poniendo la imparcialidad del testigo en seria duda.

2. OBLIGACIONES DE LOS TESTIGOS Y EXENCIONES.

2.1 Deber de comparecer.

Existe la obligación para los ciudadanos que sean considerados como testigos de comparecer si son llamados por los órganos jurisdiccionales correspondientes acerca de todo lo que conociere sobre unos hechos que son controvertidos y que quieren esclarecerse. Esta obligación viene impuesta por el art. 410 de la LECrim. que dice 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”*. Además, esta regulada por el art. 118 de la Constitución Española, pero se establecen algunas exenciones.

Las exenciones de esa obligación comienzan en el art. 411 de la LECrim. que manifiesta lo siguiente: *“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’’. También mencionar la importancia del art. 420 de la LECrim. en relación a las personas con obligación a comparecer que no lo hiciesen⁹.

A continuación, el art. 412 de la LECrim. expresa lo siguiente:

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

⁹ Salvo quien esté exento de declarar, el testigo que sin estar impedido no acuda al primer llamamiento judicial, incurrirá en la multa de 200 a 5000€ (artículo 420 LECrim.) Además, si el testigo sigue sin comparecer, será perseguido por el delito de desobediencia a la autoridad.

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, pudiendo hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros:

1.o Los Diputados o 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.

El art. 413 complementa estas exenciones destacando 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’.

Pasando al art. 414 de la citada ley, matiza 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’.

Para finalizar, el art. 415 dice 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 Deber de declarar.

Los testigos tienen la obligación, basándose también en el art. 410 de la LECrim. (como en el deber de comparecer) de declarar cuanto supieren sobre lo que les fuera preguntado. Normalmente declararán a vivaz voz, aunque pueden declarar por escrito mediante un informe que quedará consignado, los eximidos del deber de comparecer, pero teniendo aún así la obligación de prestar declaración, según como mencionan los artículos 702 y 703 de la LECrim¹⁰.

Se debe de destacar también el art. 707 de la LECrim. que aporta que *“todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos”*.

Como bien menciona el artículos anterior, los artículos 416, 417 y 418 de la LECrim. se establecen una serie de supuestos donde se excusa al testigo de su obligación a declarar¹¹.

El art. 416 de la LECrim. dice lo siguiente:

“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.

¹⁰ Artículo 703 LECrim: Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, si las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 412 hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo de los hechos de que se trate, podrán consignarlo por medio de informe escrito, de que se dará lectura inmediatamente antes de proceder al examen de los demás testigos.

No obstante lo anterior, tratándose de los supuestos previstos en los apartados 3 y 5 del artículo 412, la citación como testigos de las personas a que los mismos se refieren se hará de manera que no perturbe el adecuado ejercicio de su cargo.

¹¹ Entre ellos; parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, cónyuge o persona unida en relación de hecho análoga a la matrimonial, el abogado del procesado en relación a su deber de secreto, los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado, acusado, etc.

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''.

Finalmente, el art. 418 de la LECrim. dispone 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 que se refiere el artículo 416''*. Bentham¹² el interrogatorio de los testigos es un arte que requiere de sagacidad, astucia, rapidez y otras cualidades. Es muy importante cómo se formulan las preguntas para que no se den gestos y actitudes que conduzcan al testigo a la hora de expresar la verdad o la mentira.

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 Deber de decir la verdad.

El testigo deberá de decir la verdad sobre las preguntas que se le formulen, y esta obligación resulta indispensable conforme al art. 433 de la LECrim. Para ello se somete al testigo a promesa o juramento de decir la verdad en el primer acto de interrogatorio¹³.

¹² BENTHAM, J: ''Tratado de las pruebas judiciales'', pág. 275.

¹³ Art. 434 de la LECrim: *''Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal''*.

Una vez que el testigo comparece a la vista oral, antes de que comience la práctica de la prueba y la toma de declaración, jura o promete decir la verdad. La falsedad de la declaración constituye un delito de falso testimonio (art. 366 de la LECrim.). La única excepción que contempla el precepto es que se trate de testigos menores de edad penal, en cuyo caso no se les exigirá juramento ni promesa de decir verdad (art. 365.2 de la LECrim.).

Un ejemplo práctico de esta obligación podría ser en el caso de la trama “Gürtel”. Antes de la toma de declaración de los testigos, el presidente del tribunal que Juzga a Baltasar Garzón (GIMÉNEZ, JOAQUÍN), apunta a uno de los testigos lo siguiente: “Tiene usted obligación de decir verdad, pero no se lo digo para que se asuste”.

Siempre, antes del comienzo de la toma de declaración, el Juez, advierte al testigo de la obligación que tiene de decir necesariamente la verdad, y una vez, el testigo accede a dicha petición, comienza la toma de declaración.

Según el art. 458 del Código Penal enjuicia al autor de un delito de falso testimonio a toda persona que faltase a la verdad al prestar una declaración testifical en un proceso en curso, independientemente del momento o el acto en el cual se diera la falsedad. Por tanto, se comete delito en todos los casos cuando la declaración carezca de sinceridad o no concuerde con la veracidad de los hechos.

Aunque el art. 715 de la LECrim. diga que el delito de falsedad se da cuando se produzca el juicio oral, salvo algunas excepciones, al ser el Código Penal la ley especial y posterior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevalece ante esta última¹⁴.

¹⁴ ASENCIO MELLADO, JOSE MARIA “Derecho Procesal Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, 2015, pág. 126-127.

3. TESTIGO DIRECTO Y DE REFERENCIA.

3.1 Testigo directo.

En cuanto a las clases de testigos en relación al inicio del conocimiento de los hechos nos encontramos por una parte con el *testigo directo* que es aquel testigo que ha presenciado los hechos en el momento y lugar en el que se produjeron, por lo que conocen los hechos de forma directa e inmediata. Nieva Fenoll J.¹⁵ dice que el testimonio de los testigos directos deberá de ser coherente, pero hay que considerar que como esta persona no tiene interés en la conclusión del proceso, es muy posible que su declaración no se haya planificado, por lo que se pueden dar ciertas incoherencias que se deban a la “desmemoria”, algo que puede acentuarse con el paso del tiempo.

Nieva Fenoll, J.¹⁶ usa el término desmemoria para aludir a la pérdida de memoria del testigo. El paso del tiempo puede influir sobre la capacidad para recordar por parte del testigo. EBBINGHAUS¹⁷ (1885) fue de los primeros psicólogos que estudió la pérdida de información en la memoria acorde al paso del tiempo, explicando ese efecto como “la curva del olvido de EBBINGHAUS”. El estudio mostró que el olvido se ocasionaba incluso tras espacios de tiempo muy reducidos, y que cuanto más tiempo pasaba más información se perdía.

Loftus y Palmer¹⁸, realizaron en 1974 un estudio sobre un accidente de tráfico, basado en adulterar el verbo con el que se formulaba la pregunta en relación a los hechos. Este estudio reveló que cuando se utilizaba un verbo que se relacionara con un choque de mayor envergadura, los datos de la velocidad a la que se produjo el accidente eran mayores y la inclinación a responder que se habían roto los cristales del vehículo (incluso sin haberse dado ese factor) también aumentaban.

¹⁵ NIEVA FENOLL J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 246.

¹⁶ NIEVA FENOLL, J. “*Fundamentos del derecho procesal penal*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2015, pág. 126-127.

¹⁷ MANZANERO A. L., “Memoria de Testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical”, Pirámide, Humanes de Madrid, 2010, p. 65.

¹⁸ LOFTUS E. y PALMER J., “El experimento de Loftus y Palmer”, 2014, <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2014/06/30/el-experimento-de-loftus-y-palmer.html>.

De ahí que se destaque la importancia de ser muy preciso en las preguntas, que éstas sean directas y que el vocablo utilizado para ello sea el correcto para que el testigo no pueda confundirse y se obtengan falsos testimonios.

3.2 Testigo de referencia.

Por otra parte nuestro ordenamiento reconoce otro tipo de testigo llamado *testigo de referencia* que es aquel que conoce los hechos de forma indirecta pues esa información la recibe de otra persona, no estuvo en el momento y lugar en el que ocurren¹⁹.

El testigo referencial queda reconocido en el proceso penal mediante el art. 710 de la LECrim, que requiere que ‘*los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de su noticia, designando con su nombre o apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado*’.

Hay que destacar el contenido del art. 813 de la LECrim: ‘*No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnias vertidas de palabra*’. Este artículo excluye al testigo de referencia en las causas mencionadas en el mismo.

El art. 710 de la LECrim sirve como vía de admisibilidad para que los testigos referenciales puedan declarar como tales, pero la jurisprudencia también ha indicado que el testimonio de los testigos de referencia carecerá de valor cuando los testigos directos de la causa hubiesen sido llevados a juicio²⁰.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, basándose en la del Tribunal Constitucional²¹ y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²², reconoce la validez de la declaración del testigo de referencia, pero la somete a unos requisitos específicos para comprobar su eficacia. Tales requisitos, totalmente inalienables, son los siguientes:

¹⁹ <https://lpderecho.pe/prueba-testimonial-clasificacion-testigos/>.

²⁰ STC Tribunal Supremo de 23-1-1995 y 27-10-1998.

²¹ STC 217/1989, de 21 de Diciembre.

²² Sentencias de 20 de Noviembre de 1989 [caso KOSTOVSKI], de 27 de Septiembre de 1990 [caso WINDISCH] y de 15 de Junio de 1992 [caso LÜDI].

-Que el testigo de referencia haya identificado de forma clara y precisa al testigo directo, es decir, que quede identificado completamente²³.

-Que no se pueda dar la presencia del testigo directo en el juicio oral y, por ende, no se pueda obtener su declaración. Sólo se reconocerá la validez a los testimonios de referencia cuando los testigos directos no puedan ser escuchados o no puedan acudir al juicio oral (ya sea porque el testigo ha fallecido, se encuentra en el extranjero o en paradero desconocido)²⁴.

Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵ nos indica que el testimonio de referencia se considera una prueba suficiente para que se obtenga el convencimiento judicial, pero siempre y cuando el testimonio del testigo directo, como se ha mencionado con anterioridad, fuese imposible de lograr y que la información dada por el testigo de referencia quede contrastada en el juicio oral, mediante los principios rectores y técnicas probatorias oportunos para concluir su certeza.

No estamos ante un testigo en sentido técnico, puesto que su declaración está basada en lo percibido por otra persona (art. 710 LECrim). A pesar de que el testigo no haya presenciado personalmente el suceso sobre el que se declara, se le da validez, pero la admisión de esta prueba se hace con gran cuidado, exigiéndose que con esta declaración concorra alguna otra prueba de cargo, siendo en la STC 217/1989 de 21 de diciembre de 1989, la primera vez que se admite la prueba testifical de referencia.

La jurisprudencia ha distinguido a dos clases de testigos de referencia, reconociendo a ambos el mismo valor a efectos de prueba:

a) *Auditio Propio*: Aquel que relata lo que directamente escuchó o percibió del testigo directo.

²³ STS de 30 de Mayo de 1995, RAJ 4505; también STS de 27 de Febrero de 1998 (RAJ 1982). Sin embargo, véase la STS de 2 de Febrero de 1998 (RAJ 936), en la que nada se objetó al hecho de que el testigo directo fuese totalmente desconocido.

²⁴ Cfr. STC 217/1989, de 21 de Diciembre.

²⁵ STC 773/2001, de 7 de Mayo.

b) **Auditio Alieno:** Aquel que relata lo que un tercero le ha contado.

Nieva Fenoll J.²⁶ nos dice que se trata de una prueba muy poco fiable, pero que en ocasiones no queda otro remedio que considerarla ante la insuficiencia de evidencias.

En conclusión, el testimonio referencial es aceptado por nuestra jurisprudencia pero con carácter secundario, porque se admite siempre y cuando no se pueda obtener la declaración del testigo directo.

4. TESTIGOS EN RELACIÓN A SU CUALIDAD PERSONAL.

Debido a su naturaleza personal, nos encontramos con diferentes declaraciones testificales provenientes de diferentes tipos de testigos que se pueden distinguir en relación a sus cualidades personales. Es de suma importancia destacar esta cualidad personal ya que el ordenamiento jurídico no examinará igual a cada uno de ellos.

4.1 Testimonio de la víctima o perjudicado.

Existe el problema de la imparcialidad de este testigo sobre otro que no haya sufrido ningún tipo de perjuicio, pero nuestro ordenamiento jurídico no tiene ninguna norma que rechace el valor probatorio de las manifestaciones de la víctima.

Tanto el Tribunal Supremo²⁷ como el Tribunal Constitucional²⁸ han declarado que cuando existen versiones contradictorias el juzgador pueda conferir mayor verosimilitud al testimonio que considere realizando con ello la valoración judicial que la prueba que se realiza libremente y con el único límite que señala el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁹.

²⁶ NIEVA FENOLL J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 249.

²⁷ STS 706/2000, 313/2002 y 1317/2004.

²⁸ STC 201/1989, 173/1990 y 229/1991.

²⁹ Art. 741 LEC: '' 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 ''.

Cabe destacar la STC de 29 de abril de 1997 que dice lo siguiente:” *la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores, subjetivos y objetivos que concurran en la causa*”.

La confesión del testigo víctima o perjudicado tiene valor de prueba testifical si se obtiene acorde con las garantías correspondientes y son hábiles de por si para desvirtuar la presunción de inocencia constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos cometidos sin otros testigos por su forma de producirse. Deberá cumplir unos requisitos jurisprudenciales, que son los siguientes:

-Ausencia de incredibilidad subjetiva: viene dada de las relaciones entre el acusado y la víctima, de las cuales se pudiese producir un móvil como por ejemplo resentimiento, la enemistad, venganza, interés o cualquier otra circunstancia que impida a la declaración de la víctima la condición necesaria para producir cierta incertidumbre en cuanto a su sinceridad.

Este requisito se basa en la evaluación de las condiciones subjetivas de la víctima para decretar si el testimonio dado por la no tiene credibilidad o escasea.

-Análisis de credibilidad objetiva del testimonio de la víctima: se debe de basar en la lógica de la declaración y , en algunas corroboraciones de naturaleza objetiva. Debe de poseer coherencia externa.

Se deberán de constatar la presencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que respalden lo que se considera una declaración de parte, en cuanto la víctima tiene la opción de comparecer tanto como parte acusadora como perjudicada en el procedimiento.

-Persistencia en la incriminación: debe de ser prolongada y darse de forma continua en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones, porque en caso de que sea la única prueba contra el acusado, la única posibilidad de evitar su indefensión es que se cuestione

de forma eficaz su declaración, destacando los aspectos que presenten contradicciones o carencia de veracidad³⁰.

En ningún caso se tomarán en consideración como filtros legales para valorar como prueba el testimonio³¹. La superación de estos requisitos no podrá implicar indispensablemente que poseerá valor incriminatorio, simplemente se podrá considerar como medio de prueba y, a continuación, deberá pasar un segundo filtro que confrontando sus aportaciones con las de la otra parte para corroborar la veracidad de la información³².

Es vital destacar la necesidad de una reforma procesal en la que se plasme la distinta posición que tiene en el proceso quien ostenta la condición de víctima en comparación con quien es testigo en sentido estricto, y que esa diversa posición tenga reflejo en lo que a los medios de prueba se refiere, argumentando que lo contrario, esto es, considerar a la víctima un mero testigo, “desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima”. Esto se refleja en la STS 282/2018, de 13 de Junio³³.

En la misma línea ya se habían pronunciado Castillejo Manzanares y Serrano Massip, al considerar necesario establecer un estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal, con distinciones respecto al testigo en sentido estricto en cuanto al deber y dispensa de declarar, entre otras cuestiones³⁴. Da un paso más allá, en el ámbito que nos ocupa,

³⁰ SSTs de 28 de Septiembre de 1988, 26 de Mayo y 5 de Junio de 1992, 8 de Noviembre de 1994, 27 de Abril y 11 de Octubre de 1995, 3 y 15 de Abril de 1996, 16 Febrero 1.998, 8 Junio 1.998 y 20 Octubre 1.999.

³¹ En nuestro Ordenamiento Jurídico actual no existe un sistema de prueba tasada.

³² <https://www.iberley.es/temas/declaracion-victima-proceso-penal-63111>.

³³ GONZALEZ MONJE, ALICIA, ‘‘ *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España* ’’

³⁴ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; SERRANO MASSIP, Mercedes. Denuncia y dispensa del deber de declarar. En: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.). *Violencia de género y justicia*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 579.

Fuentes Soriano³⁵, al reclamar un sistema probatorio que se adapte a las particularidades de los delitos relacionados con la violencia de género.

Si la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, sobre todo en delitos cometidos en la intimidad de agresor y víctima, puede integrar la prueba necesaria que haga decaer el derecho a la presunción de inocencia, siempre que cumpla los requisitos jurisprudenciales de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la acusación.

Según el Tribunal Supremo³⁶, la víctima de un delito de violencia de género, cuando actúa declarando sobre los hechos acaecidos, no lo hace en mera calidad de testigo, ya que no es un simple observador, sino que ha sufrido en carne propia las consecuencias del hecho delictivo.

En la Sentencia 282/2018, Rec 10776/2017, de 13 de Junio, se pone de manifiesto lo citado anteriormente: *“Es preciso poner de manifiesto que, en este caso, las víctimas de hechos de violencia de género declaran en el plenario con una posición distinta a la de los testigos que ven los hechos, como fueron los padres, pero que no son las víctimas directas del hecho. En estos casos, la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba, ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien «ha visto» un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido (...) En este debate, tuvo la oportunidad de resolver este problema la Ley 4/2015 al poder llevar a cabo una modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal que habilitara una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal. Pero no fue así, y se limitó en el artículo 2 de la misma a fijar la división entre víctima*

³⁵ FUENTES SORIANO, OLGA, Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 44, 2018, p. 3.

³⁶ STS 282/2018, Rec 10776/2017, de 13 de Junio.

directa e indirecta (...) Y pese a que en las disposiciones finales de la Ley 4/2015 modificó la Ley de enjuiciamiento criminal, no realizó, sin embargo, una modificación de la posición procesal de la víctima al margen, o por encima, de la mera situación procesal de «testigo» dentro de los medios de prueba. Y esto es relevante cuando estamos tratando de la declaración de la víctima en el proceso penal, y, sobre todo, en casos de crímenes de género en los que las víctimas se enfrentan a un episodio realmente dramático, cual es comprobar que su pareja, o ex pareja, como aquí ocurre, toma la decisión de acabar con su vida, por lo que la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya declaración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud de la versión que ofrece en las distintas fases en las que ha expuesto cómo ocurrieron unos hechos que, en casos como el que aquí consta en los hechos probados, se le quedan grabados a la víctima en su visualización de una escena de una gravedad tal, en la que la víctima es consciente de que la verdadera intención del agresor, que es su pareja, o ex pareja, ha tomado la decisión de acabar con su vida (...) Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse y observarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo que se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración. En este último punto debe tenerse muy presente que la circunstancia de que entre autor del delito y víctima haya existido algún tipo de enfrentamiento, o haber sido la víctima sujeto pasivo de otros hechos delictivos precedentes, ello no debe conllevar que se dude de su veracidad, ya que la circunstancia de que existan estos antecedentes no deben disminuir su credibilidad, sino que se valorará su declaración con el privilegio de la inmediación de que dispone el Tribunal. Tampoco será un elemento negativo hacia la víctima la circunstancia de que tarde en denunciar hechos de violencia de género”³⁷.

La Sala de lo Penal del TS se enfoca para dar a las víctimas de violencia de género en los procesos penales el trato de testigos cualificados, asignándoles cierto rasgo

³⁷ <https://www.iberley.es/temas/declaracion-victima-proceso-penal-63111>.

diferenciador en lo que respecta a los medios de prueba. Declara que tratar a este tipo de víctimas como testigos *“desnaturaliza su verdadera posición puesto que la víctima no sólo ha visto un hecho y puede testificar sobre él, sino que también es sujeto pasivo del delito, y su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho”*³⁸.

Estima importante conceder una posición procesal a la víctima a parte, o en mayor grado, de la mera situación de testigo en casos de crímenes de género en los que se exponen a revivir capítulos muy dramáticos y agónicos, como comprobar que su pareja o expareja sentimental toma la decisión de acabar con su vida, por lo que *“la versión que puede ofrecer del episodio vivido es de gran relevancia, pero no como mero testigo visual, sino como un testigo privilegiado, cuya valoración es valorada por el Tribunal bajo los principios ya expuestos en orden a apreciar su credibilidad, persistencia y verosimilitud”*³⁹.

4.2 Testigo policía.

Los atestados policiales son definidos por Gimeno Sendra ⁴⁰ *“como la actividad investigadora preliminar a la fase instructora, efectuada y documentada por la Policía Judicial y dirigida, con carácter urgente y provisional, a la averiguación del delito, al descubrimiento e identificación de su autor, al auxilio de la víctima, a obtener el aseguramiento del cuerpo del delito y a la adopción de determinadas medidas cautelares penales y provisionales”*.

Marchal Escalona⁴¹, doctor en Derecho Procesal Penal en la Universidad Camilo José Cela, siguiendo la LECrim. define el atestado como el *“conjunto de diligencias llevadas a cabo por la Policía Judicial traducidas a un documento, que se actúa a prevención del correspondiente órgano judicial o ministerio fiscal, al objeto de comprobar la existencia de un acaecimiento que pueda revestir carácter de delito, verificar los elementos integrantes del mismo al objeto de determinar su ilicitud, aportando al órgano llamado*

³⁸ En relación a lo mencionado en la STS 282/2018, Rec. 10776/2017, de 13 de Junio.

³⁹ <https://www.iberley.es/jurisprudencia/aplicacion-perspectiva-genero-sentencia-ts-sala-penal-n-282-2018-rec-10776-2017-13-06-2018-47819361>.

⁴⁰ GIMENO SENDRA V., “Manual de Derecho Procesal Penal”, Castillo de Luna, 2009, p. 254.

⁴¹ MARCHAL ESCALONA A., “Policía Local de Galicia”, Editorial Meta, 2016, pág. 93.

a resolver en su día el material objeto de prueba que permita constatar el hecho en su doble vertiente, y en su caso, los presuntos responsables''.

Para la elaboración de las diligencias que conforman el atestado se seguirán los criterios establecidos en la legislación procesal y penal vigente, de acuerdo con los determinados, a su vez, por la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial.

La Policía Judicial utilizará los soportes documentales comunes normalizados e informatizados de los Cuerpos de Seguridad del Estado, en la medida en que se ajusten a la actuación policial realizada. Así, para la confección de los atestados que instruya la Policía Local así como los oficios y escritos que redacten relativos a materia de policía judicial se llevará a cabo mediante la aplicación informática de atestados de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, a cuyos efectos, la conexión se realizará a través de sus sistemas informáticos. La LECrim. establece algunas consideraciones atinentes a la firma, a la posibilidad de su sustitución por una relación verbal y a fijar su valor legal y probatorio.

En cuanto al contenido del Atestado, como modelo usual, es el siguiente:

-Diligencias iniciales. En las que se refleja el hecho delictivo de que se tiene conocimiento. La más frecuente es la comparecencia, consistente en la personación en la dependencia policial de:

-El perjudicado o cualquier otra persona notificando el hecho delictivo.

-El funcionario policial dando cuenta del mismo, con posible presentación de detenidos y efectos del delito.

-Diligencias de trámite.- Aquellas que se derivan de la propia dinámica de la actuación policial, y de carácter rutinario (solicitud de antecedentes, petición de parte facultativo, etc.). De entre ellas es fundamental y obligada la diligencia de notificación de derechos al detenido.

-Diligencias indagatorias.- En las que se incluye toda actuación policial que tiene por objeto averiguar y esclarecer todo lo referente al hecho delictivo denunciado; es decir, la

fase indagatoria o de investigación. Entre ellas: Las declaraciones (del presunto culpable y de testigos) y las actas (inspección ocular, entrada y registro en domicilio, incautación, precintado, aprehensión, etc.). La mayoría de ellas requiere la presencia de testigos.

-Diligencias de terminación y revisión. Por la que se remite a la Autoridad judicial correspondiente, poniendo a su disposición al detenido y adjuntando los efectos intervenidos.

Pero el Atestado no tiene carácter judicial así como lo expresa la STS de 26 de octubre de 1994: *“El atestado aun incorporado al proceso, no tiene carácter judicial, pero las pruebas directas objetivas irrepetibles tienen valor convictivo per se, como sucede con el hallazgo de cadáveres o lesionados, huellas, etc. Dicho carácter denunciativo y no judicial no quiere decir que no tenga existencia procesal alguna”*.

Por norma general, el atestado policial no posee eficacia probatoria (el art. 297 de la LECrim. le confiere el valor de mera denuncia)⁴², pero estas declaraciones si que han quedado admitidas por nuestra jurisprudencia como pruebas siempre que los agentes de policía firmen su declaración en el atestado⁴³, y conforme a los requisitos que garanticen el eficaz rebatimiento⁴⁴. Según Gimeno Sendra⁴⁵, las diligencias de manifestación tienen el mero valor de denuncia, y las segundas, llamadas declaraciones testificales, en cuanto que se refieren a hechos de conocimiento propio, deben ser consideradas como un acto de investigación testifical.

En cuanto a las formas o tipos de declaración de los agentes de policía nos encontramos con tres, que son las siguientes:

-Declaración de los funcionarios policiales sobre hechos que conocen de manera directa: Declaran como testigos directos sobre la información recabada de la investigación policial y que, como se ha mencionado anteriormente, deberá de ratificarse

⁴² STS 546/2013, de 17 de Junio: *"las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial"*.

⁴³ STC 31/1987, de 12 de Marzo.

⁴⁴ STC 100/1985, del 3 de Octubre.

⁴⁵ GIMENO SENDRA A., “Manual de Derecho Procesal Penal”, Castillo de Luna, 2009, p. 254

ante el órgano jurisdiccional competente para adquirir valor probatorio . Hay que recalcar la importancia del art. 297.1 de la LECrim. que dice lo siguiente: *“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”*.

La STC 182/1989, de 3 de Noviembre decreta que *“tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2 y 727 LECrim., que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”*⁴⁶.

-Declaración como testigo de referencia: La jurisprudencia la admite respecto de la información que han revelado testigo o detenidos en su presencia mientras se elaboraba el atestado, aunque es importante señalar que esa declaración tendrá naturaleza excepcional y deberá estar sujeto a la realización de los requisitos comunes de la testifical de referencia⁴⁷.

-Declaración como víctima o perjudicado del delito: en este punto cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Marzo de 2017, que va relacionada con las manifestaciones citadas anteriormente en la valoración del testimonio de la víctima u ofendido del delito, y que expresa lo siguiente: *“debe distinguirse los supuestos en que el policía está involucrado en los hechos bien como víctima (por ejemplo, atentado, resistencia...) bien como sujeto activo (por ejemplo, detención ilegal, torturas, contra la integridad moral, etc.). En estos supuestos no resulta aceptable en línea de principio que las manifestaciones policiales tengan que constituir prueba plena y objetiva de cargo, destructora de la presunción de inocencia por sí misma, habida cuenta la calidad, por razón de su condición de agente de la autoridad, de las mismas. Y no puede ser así porque cualquier sobreestimación del valor procesal de las declaraciones policiales llevaría consigo de modo inevitable la degradación de la presunción de inocencia de los sujetos afectados por ellas. De manera que las aportaciones probatorias de los afectados agentes*

⁴⁶ STC 182/1989, de 3 de Noviembre.

⁴⁷ STC 79/1994, de 14 de Marzo.

de la autoridad no deberán merecer más valoración que la que objetivamente se derive, no de la priori de la condición funcionarial de éstos, sino de la consistencia lógica de las correspondientes afirmaciones y de la fuerza de convicción que de las mismas derive en el marco de la confrontación de los restantes materiales probatorios aportados al juicio."⁴⁸.

4.3 Testigo menor de edad.

El art. 361 de la LEC no considera válidas las declaraciones de los testigos menores de 14 años y los cuales el tribunal aprecie que carecen del discernimiento necesario para declarar de forma sincera.

En cambio, en el ordenamiento jurídico penal no existe ninguna restricción o límite específico que prohíba a los menores de edad declarar como testigos. Que su declaración se admita por el juez dependerá de la aptitud del menor que éste aprecie en él para comprender el hecho. Se le exigirán los mismos requisitos que a la víctima y los demás testigos, concentrándose sobretodo en la admisibilidad en cuanto a su credibilidad (algo que comparte con el resto de testificales). Se examinarán de manera detallada las circunstancias que pudieran incurrir en el menor (entorno familiar, incoherencias que hubiesen entre las diversas declaraciones durante las distintas etapas del proceso, la aptitud intelectual del menor, etc)⁴⁹.

Por tanto, la jurisprudencia ha admitido la declaración del testigo menor de edad como prueba de cargo sin restricciones de edad mientras tenga la suficiente inteligencia para percatarse de los hechos objeto de su declaración y que si edad no sirva como impedimento para conocerlos. La valor probatorio estará sujeto a la verosimilitud que se le atribuya, la edad no influirá. La legislación española, europea e internacional progresivamente ha ido considerando la especificidad de los testigos infantiles. Así, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor señala en su art. 9.1 que las comparecencias judiciales del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

⁴⁸ <https://www.whitmanabogados.com/cual-es-el-valor-probatorio-de-las-declaraciones-de-los-agentes-de-la-autoridad/>.

⁴⁹ STS 11/10/1995, RJ 1995/7852.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige que el testigo posea capacidad natural, pero ésta se entiende como capacidad para declarar, conocer la causa del debate y entender los hechos comprendidos sobre los que trata su declaración⁵⁰.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 455 y 713 de la LeCrim se tratará de evitar careos con el testigo menor de edad salvo que el juez o tribunal lo considere imprescindible y no sea lesivo para el interés del menor, previo informe pericial.

En lo referente a la presencia del menor con confrontación visual de por medio, el Tribunal Supremo ha admitido que el testigo menor de edad declare tomándose ciertas medidas de precaución detrás de biombo o "peceras" ya que la escucha debe producirse de la manera menos lesiva posible para el menor (STS 5 27-1-2001)⁵¹. De igual forma, acepta también que el menor declare en el despacho del tribunal y con la comparecencia tanto del Ministerio Fiscal como del abogado defensor, que podrán interrogarlo de manera contradictoria (STC 651/2000, de 5 de Abril), o en habitaciones o salas ajenas a la sala de vistas donde el acusado estuviese presente, el cual vio la declaración del testigo mediante un circuito cerrado de televisión (STS 1123/2000, de 26 de Junio).

Los artículos 448, 707 y 731 bis de la LECrim. respaldan lo dispuesto en las sentencias mencionadas en el párrafo anterior, destacando la elusión de la confrontación visual y el uso de los medios técnicos pertinentes que consigan que sea posible la práctica de la prueba, incluso la posibilidad de que los testigos puedan ser escuchados sin la necesidad de estar presentes en la sala utilizando las tecnologías de la comunicación correspondientes, siempre que estas medidas puedan aplicarse previa evaluación inicial o posterior por razones de seguridad, utilidad, etc. La recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal, en su apartado 8º declara que *"en todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo*

⁵⁰ STC 6/4/1992, núm. 775/1992, RJ 1992/2857.

⁵¹ LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.

posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirles”. La recomendación adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, menciona la necesidad de “*crear, desarrollar o apoyar los servicios dirigidos a categorías específicas de víctimas, como los niños*”.

Es importante destacar el papel del Estatuto de la Víctima de 27 de Abril de 2015 que contiene ciertas disposiciones respecto a los menores y la presencia de estos como algunas de las citadas anteriormente. Esto establece una chance de fortalecer la protección del menor en la vista oral, que la jurisprudencia se afiance y se den las mejores técnicas, y sobretodo que se establezcan deberes jurídicos que se adopten en cualquier órgano judicial garantizando la protección del menor en todos los sentidos, planteándose valorar las especialidades al alcance previstas en el proceso penal.

La primera especialidad la encontramos en materia de prestación de testimonio por aplicación de la Ley 4/2105, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito⁵² específicamente en su art. 26, puesto que en el caso de las víctimas menores de edad [...] se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim. las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito⁵³. Se aplicarán ciertas medidas de protección como grabar por medios audiovisuales durante la fase de investigación y la posible reproducción de las mismas en el juicio durante el juicio, o que la declaración pueda recibirse mediante expertos en algunos casos.⁵⁴

⁵² ARROM LOSCOS, ROSA. “La declaración del menor víctima en el proceso penal, en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Riedpa: revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2015, núm. 3, pp. 1 a 15.

⁵³ SANCHEZ GOMEZ, RAUL, “*La declaración del menor víctima/testigo en el proceso penal*”, pág. 215-216.

⁵⁴ MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. “La declaración testifical de los menores víctimas de hechos delictivos”, en Constitución, Ley y Proceso (González Álvarez, coord.), Ara, imp., Lima, 2013, pp. 447-476; MUÑOZ CUESTA, JAVIER. “La declaración del menor en el proceso penal en especial cuando es víctima de un delito sexual”, en Revista Aranzadi Doctrinal, 2013, núm. 6, pp. 11-19 y VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2005, núm. 16, pp. 284-298.

El Tribunal Supremo en la reciente sentencia 225/2020 dictada el 25 de mayo de 2020 examina el derecho a la exención del deber de declarar cuando afecta a un menor de edad, cómo debe interpretarse y cómo se ha de aplicar. Proclama que “La dispensa de la obligación del testigo de colaborar con la Administración de Justicia se configura como un derecho individual de rango constitucional”.

4.4 Problemática de la aplicación del art. 416 de la LeCrim.

El art. 416 LECrim. causa cierta controversia y es un tema muy polémico. Este artículo dice que la dispensa de la obligación de declarar llega a los parientes del acusado en la relación de parentesco prevista en el mismo artículo (líneas directa ascendente y descendente, cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil). Tiene alcance constitucional en base al art. 24 de la CE. El problema viene a partir de si la dispensa de este artículo debe excluirse a los testigos víctimas de los hechos.

Se trata de un mecanismo que posee el interesado para poder resolver el conflicto de intereses que pueda surgir entre su deber como ciudadano de comunicar unos hechos punibles para su indagación y de comprobar de forma verídica los mismos, y su deber como persona de franqueza y cariño hacia ciertas personas que están unidas por algún tipo de unión familiar.

El Tribunal Supremo en su Sentencia 94/2010 de 15 de noviembre considera fundamento de la dispensa *"el deber de solidaridad que existe entre los que integran un mismo círculo familiar, resolviendo el conflicto entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo familiar y de solidaridad que le une al acusado"*.

En los casos de violencia de género, en el que se busca proporcionar una mayor protección a la mujer ha puesto la dispensa del art. 416 de la LECRIM en primer plano al darse un gran número de procedimientos de este ámbito sobreesidos en fase instructora,

o se hayan dado sentencias absolutorias en el plenario por haberse acogido la víctima a ese derecho.

Algunos órganos jurídicos han manifestado que esta dispensa no iba dirigida para que la propia víctima del delito hiciese uso de ella, como pasa en los caso de violencia de género, y que su alcance constitucional no tiene relación en cuanto a que acreciente sus efectos a las víctimas de los propios delitos, sin poder oponerse a ejercer ese derecho y, posiblemente sin la aprobación del legislador que pueden provocar que la víctima quede en una posición vulnerable si se acoge a esa dispensa no declarando en el acto del juicio oral contra la persona que ha cometido supuestamente el delito (agresor).

Como estos delitos se suelen producir en la intimidad de la pareja, es muy difícil que la declaración se sustente de la suficiente carga probatoria y suele carecer de crédito suficiente, creándose un vacío probatorio.

Al producirse esa situación de desprotección por parte de la víctima en los casos de violencia de género, la mayoría de los debates producidos acerca del análisis de la dispensa y su alcance consideran que esa dispensa debería de excluirse para las víctimas que denuncian el delito⁵⁵.

Las propuestas del observatorio de Violencia Doméstica y de Género del CGPJ para la reforma del art. 416 de la LECrim se basan en los siguientes dos aspectos:

- 1) La posición doctrinal del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

El Acuerdo del pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de

⁵⁵ <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/12533--iquest;debe-derogarse-la-dispensa-a-declarar-contra-los-parientes-del-articulo-416-lecrim-en-los-casos-de-violencia-de-genero/>.

24 de abril de 2013, que buscaba aportar seguridad jurídica a la víctima dado el aumento de casos de violencia de género, declaró:

“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.”*

Pero el Acuerdo del Pleno del No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2018 que analiza el alcance de la dispensa en casos donde el familiar ha cesado en la acusación particular, y la consideración de testificales en instrucción cuando se lleva a cabo la aceptación de la dispensa en el juicio oral. En este caso la jurisprudencia se produce una seguridad hacia la víctima de violencia de género ante probables amenazas para no declarar contra el autor del delito.

Es fundamental destacar la STC 49/2018, de 30 de enero, que lleva a cabo un exhaustivo análisis de la dispensa del art. 416 de la LECrim⁵⁶. Primero diferenció al testigo o víctima familiar del investigado que acude a la Policía o al Juzgado para denunciar el hecho, personándose como denunciante y después como acusación particular. En este supuesto no existe la obligación de comunicar sobre la dispensa del art. 416 de la LECrim. Por otro lado, las personas que se incluyen en la relación de parentesco establecida y que sean llamadas para participar en la aclaración de los actos delictivos denunciados, los cuales si tendrán el derecho de ser informados en cualquier fase del procedimiento, pudiendo darse la nulidad si esta comunicación no se lleva a cabo.

Además, en referencia a la dispensa de los parientes por afinidad, esta sentencia no los incluye, resolviendo que *“encontrándonos ante una dispensa, es decir, una*

⁵⁶ FERNANDEZ NIETO, JOSEFA, Doctora en Derecho, Letrado de la Administración de Justicia; *“A vueltas con la doctrina del pleno STS 389/2020 del art. 416 LECrim y la dispensa del derecho a declarar: incertidumbres, reformas y alternativas de futuro”*.

excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva''⁵⁷.

2) Reforma del artículo para eliminar el derecho a la dispensa cuando la víctima sea la denunciante.

Es importante destacar la STC 486/2016, de 7 de junio, que dice lo siguiente: *“la exención al deber de declarar que proclama el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmáticas. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso. De ahí que, más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitre una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible”. El art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus”.*

⁵⁷ <https://elderecho.com/vueltas-la-doctrina-del-pleno-sts-389-20-del-articulo-416-lecrim-la-dispensa-del-derecho-declarar-incertidumbre-reformas-alternativas-futuro>.

Aquí se entiende realmente que la aplicación no se puede extender al margen de su fundamento principal, como en los casos en los que un testigo es denunciante y víctima al mismo tiempo, por lo que la dispensa en esos casos no debe aplicarse⁵⁸.

4.5 Testigo funcionario judicial.

En cuanto a la doctrina define al testigo se remarca la importancia en su condición jurídica de tercero respecto de los sujetos de la relación personal. Por ejemplo J. Nieva Fenoll⁵⁹ entre otros dice en su definición de testigo que este no figura como parte del proceso porque tiene que ser un tercero respecto de los sujetos del proceso. Por tanto podemos observar que las autoridades judiciales que participan en el proceso penal no pueden ser testigos del mismo al estar involucrados.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Junio de 1990 estableció la incompatibilidad de las autoridades judiciales de ser testigo en el proceso penal y prohibiéndoles esa facultad. Además destaca que lo mencionado por éstas queda registrado legalmente y que su contenido es válido. También se destaca en la jurisprudencia del Tribunal supremo que el juez instructor también carece de la facultad de convertirse en testigo a pesar de que ya no forme parte del proceso. Miguel Fénech⁶⁰ destaca que al conocer la causa por el cual se lleva a cabo el proceso no pueden ser testigos incluso una vez apartados del procedimiento.

⁵⁸ FERNANDEZ NIETO, JOSEFA, Doctora en Derecho, Letrado de la Administración de Justicia; *‘A vueltas con la doctrina del pleno STS 389/2020 del art. 416 LECrim y la dispensa del derecho a declarar: incertidumbres, reformas y alternativas de futuro’*.

⁵⁹ NIEVA FENOLL J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 244.

⁶⁰ Según FÉNECH, tampoco pueden ser testigos los Magistrados que componen el Tribunal que conoce de la causa, por la misma razón; tampoco podrá serlo el Secretario del Juzgado. En este sentido, la STS de 3 de octubre de 1995, desestima el motivo del recurso del condenado, fundado en la negativa de la Audiencia para que declarara como testigo la Secretaria del Juzgado.

4.6 Testigo familiar.

Los familiares o parientes del acusado no tienen la obligación de declarar en contra del mismo en base a la relación que les une entre ellos y que el testimonio directo siempre quedará en entredicho en cuanto a si es verdad lo que haya manifestado.

El art. 416 de la LECrim. no prohíbe a los parientes declarar cuando el acusado sea su familiar, sino que los exime de la obligación general, depositando en ellos la decisión de si quieren o no hacerlo. En el caso de los parientes llamados al juicio como testigos la Ley de Enjuiciamiento les atribuye una suerte de “privilegio familiar”, que deja a su voluntad la decisión de si se abstienen o no de dar testimonio respecto del acusado. Su testimonio se valorará por el órgano sentenciador de manera sensata y reflexiva dada la problemática de este testimonio como se ha mencionado anteriormente.

El art. 24.2 de la Constitución Española reconoce esta dispensa, el contenido del art. 416 de la LECrim. ha sido objeto de estudio para determinar su contenido y alcance, y María Luisa Villamarín López⁶¹ destaca que esto se da sobretodo dado el gran número de casos de violencia doméstica y de género que han ido al alza en los últimos años. Al ser la víctima pariente en estos casos muchas veces se consigue sentencia absolutoria para el procesado.

Los artículos 416 y 417 de la LECrim. regulan las dispensas para declarar, mencionando además los parientes del acusado (línea directa ascendente o descendente, cónyuge, hermanos consanguíneos o uterinos, los laterales consanguíneos hasta 2º grado civil, hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre siempre que fueran reconocidos, así como el padre y la madre de ambos).

Cabe destacar la excepción que se encuentra en el art. 418 de la LECrim. si que obliga a declarar en casos de delitos contra la Seguridad del Estado, contra el Rey o contra el sucesor del mismo.

⁶¹ VILLAMARIN LOPEZ, MARIA LUISA, ‘El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal’, Revista InDret 4/2012, Barcelona, Octubre 2012.

4.7 Testigo disminuido.

Al igual que sucede con los testigos menores de edad, no existe ningún método que incapacidades en nuestro ordenamiento jurídico, simplemente el art. 416 de la LECrim. dice que no podrán ser obligados a declarar. Si que existe el impedimento si las capacidades del testigo, tanto psíquicas como intelectuales, no le permitan expresar ningún dato ni testimonio relacionado al proceso. Destacar el contenido del art. 707 de la LECrim. que dice lo siguiente: *‘ Todos los testigos están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418, en sus respectivos casos. La declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Estas medidas serán igualmente aplicables a las declaraciones de las víctimas cuando de su evaluación inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección ’’.*

Nuestra doctrina dice lo siguiente: *‘ el deficiente mental, aunque carece de la capacidad de expresión de otras personas, puede transmitir vivencias y simples percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que puede ser valoradas en función de las características del testigo, siempre que la testifical se realice de forma inmediata ante el Tribunal Sentenciador ’’.*

Su capacidad o incapacidad para declarar dependerá mucho del informe psicológico para verificar si la declaración del incapaz o disminuido posee el suficiente nivel de certeza y aptitud. Dicho informe se deberá de realizar con todas las garantías procesales con el fin de obtener los datos que permitan saber si el testimonio es válido.

Hay que destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 04/07/1995 núm. 1297/1994 RJ 1995/5381⁶², sobre la cual Alcaide González⁶³ indica que *“El deficiente mental carece de la capacidad de expresión de otras personas pero puede transmitir vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que pueden ser valorados en función de sus características personales del testigo, cuando éste preste su testimonio de forma directa”*.

.El papel del Juez en estos casos es de mucha relevancia ya que será el encargado de la valoración de la declaración y de tener cierto grado de reflexión y cuidado con los pequeños detalles con el fin de analizar de la forma más exacta posible el testimonio.

4.8 Impacto de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia supone un mecanismo muy novedoso que aportará diversos cambios en cuanto a la forma de interpretar el art. 416 de la LECrim. y el trato de la declaración de los menores en seno de un procedimiento penal.

Por otro lado, dará cumplimiento a los compromisos europeos e internacionales , culminando la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores.

En lo referente a la norma procesal penal, da lugar la personación en el procedimiento de las víctimas y personas perjudicadas por un delito incluso pasado el plazo para presentar el escrito de acusación, incorporándose al escrito del Fiscal o de la acusación particular personada. Además se corrige la dispensa de la obligación de denunciar y también se establecen ciertas excepciones en relación a la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la LECrim. Se precisan unos requisitos específicos para la validez de la prueba preconstituida, incluidas las testimoniales de menores o con discapacidad, por

⁶² STS 04/07/1995 núm. 1297/1994 RJ 1995/5381

⁶³ ALCAIDE GONZALEZ, J.M., “Guía práctica de la prueba penal”, Dijusa 2005, pág. 257.

lo que la declaración de estos en el juicio pasa a convertirse en excepcional. También se modifica la regulación de las medidas cautelares penales y civiles cuando puedan afectar a los menores de edad⁶⁴.

Esta ley destaca por la importancia de que los menores y adolescentes cuenten con su propia ley de protección integral frente a cualquier forma de violencia, viendo reconocidos sus derechos, para asegurar y promover el respeto de su dignidad e integridad física y psicológica, norma que ha sido aprobada por un amplio consenso parlamentario⁶⁵.

5. PROTECCION DE TESTIGOS.

En ciertas ocasiones los testigos pueden testificar y se les pueden crear algunos perjuicios, como tener el riesgo de recibir amenazas o presiones que puedan derivar en la modificación de su declaración o incluso a eliminar la misma por miedo a represalias por parte del acusado⁶⁶.

Ante casos así nuestro ordenamiento jurídico cuenta con ciertos mecanismos de protección para evitar esta situación (por ejemplo el art. 464 del Código Penal), pero existen otras medidas en cuanto a la forma de proceder a realizar la declaración por parte del testigo, mediante la declaración anónima u oculta. Toda actividad procesal que quiera tener la consideración de un genuino medio probatorio debe llevarse a cabo, como es conocido, con respecto de una serie de garantías: con intermediación, presencia del concreto tribunal que vaya a dictar sentencia, con publicidad o posible asistencia de terceros, ajenos al proceso, y en forma contradictoria o permitiendo que intervengan en su práctica las partes que no han propuesto el medio de prueba que se trate.

⁶⁴ GUIMERA FERRER-SAMA, ROBERTO, *“Las principales reformas penales introducidas por la nueva Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”*, Sepín Penal.

⁶⁵ <https://letradosdejusticia.es/ley-organica-8-2021-4-junio-proteccion-infancia-y-adolescencia-frente-violencia/>.

⁶⁶ CUBILLO LÓPEZ, IGNACIO JOSE. *La protección de testigos en el proceso penal*. Thomson Reuters, Navarra, 2009. Pág. nº 16.

5.1 La protección de testigos en el Procedimiento Penal: Impacto de la LO 19/1994.

La importancia de la protección de testigos fue destacada por primera vez en la Resolución 40/34 de Naciones Unidas, de noviembre de 1985, reconociéndose que “los testigos y otras personas que les prestan ayuda están expuestos injustamente a pérdidas, daños y perjuicios”, y por ello se afirmó la “necesidad de que se adoptaran medidas nacionales e internacionales para garantizar el reconocimiento y respeto universales y efectivos de los derechos de los testigos”. En la Convención contra la tortura, ratificada por España y publicada en el BOE en 1987 también se nombre esta necesidad. MARTÍN RÍOS⁶⁷, considera esta convención como una norma precedente a la LO 19/1994.

La LO 19/1994, en lo que atiende a las personas susceptibles de amparo, incluye tanto a los testigos como a los peritos. Así se prevé expresamente en el artículo 1 de dicha ley: “las medidas de protección son aplicables a quienes en calidad de testigos y peritos intervengan en procesos penales”.

Perito según GONZÁLEZ BLANCO⁶⁸, es aquella persona con conocimientos técnicos en una materia, que pone al servicio del proceso su pericia o máxima de experiencia sobre alguno o algunos extremos de importancia en la determinación del hecho de la autoría.

En cuanto al concepto de testigo, ya fue marcado anteriormente en el epígrafe 1.1, pero, entre las diferencias principales destacables entre perito y testigo, cabe mencionar la de los conocimientos técnicos. El perito tiene unos conocimientos técnicos que el testigo no tiene. El testigo tiene un conocimiento sobre los hechos que sucedieron que el perito no tiene, y el perito tiene un conocimiento técnico que por su experiencia tiene, y el testigo no.

⁶⁷ MARTÍN RÍOS M. P., “*Victima y justicia penal; reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*”, Atelier, 2012, p. 325.

⁶⁸ GONZÁLEZ BLANCO A., “*Los testigos y peritos protegidos en el orden penal*”, www.asdua.es, 2011, p. 4

Dicho esto, el objetivo de dicha Ley es hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares. Por ello, a través de las medidas de protección que la LO 19/1994 prevé, se pretenden facilitar y proteger el deber de colaboración con la Justicia, y con ello, la seguridad del proceso penal. Autores destacados, entre ellos FUENTES SORIANO⁶⁹, se pronuncian a favor de la restricción del ámbito de aplicación de esta Ley a determinadas formas de criminalidad como el terrorismo y el tráfico de drogas.

La protección se lleva a cabo durante todo el procedimiento, llevándose a cabo un anonimato del testigo durante la Fase de Instrucción (testigo oculto), que puede mantenerse siempre, pero si para el juicio oral el órgano judicial no considera necesario su mantenimiento, y siempre que alguna parte lo solicite, se notifica a todas ellas la identidad del sujeto protegido.

Esto tiene su explicación debido a que la garantía del secreto de la identidad de los testigos en la fase de instrucción no es ilimitada ya que no puede violar el derecho de defensa.

Cabe mencionar el problema de si el anonimato del testigo o cualquier forma de ocultación aún cuando no sea anonimato, son contrarias a los derechos constitucionales de un juicio con todas las garantías y respetuosas con los principios de publicidad, contradicción e inmediación. Esto es objeto de críticas y provoca una deficiencia en la práctica procesal.

El art. 4 de la LO 19/1994 regula la obligación del órgano judicial de pronunciarse sobre el mantenimiento, modificación o supresión de alguna o todas las medidas de protección, así como decidir si procede adoptar otras nuevas antes de comenzar el juicio oral, ponderando los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales en conflicto y las circunstancias del testigo o perito en cuestión en relación al proceso penal que se trate. El artículo apunta la obligación de levantar el anonimato de

⁶⁹ FUENTE SORIANO, O, “La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales”, Revista de Derecho procesal n°1, 1996, p 137 y ss.

la identidad de los testigos o peritos en caso de que en los escritos de calificación provisional, tanto acusación como defensa, así lo solicitaran y el Juez o Tribunal lo estime pertinente. De ser así, se facilitan el nombre y el apellido de los sujetos en el auto en el que se declare la pertinencia de la prueba propuesta.

Pero, llegado el momento del juicio oral, ¿cómo se materializa la protección del testigo o perito en la declaración testifical o pericial? Del redactado del art. 2.b) de la LO 19/1994 ya se extrae la posibilidad de la comparecencia del testigo o perito utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. Si bien este artículo está inmerso en aquellas medidas protectoras adoptadas durante y para la fase de instrucción, en relación con el art. 4 referente al posible mantenimiento de las mismas una vez finalizada, cabe también la comparecencia del testigo o perito al juicio oral y por lo tanto la práctica de prueba testifical o pericial de forma oculta.

6. LA PRUEBA: CONCEPTO, OBJETO Y CARGA.

La prueba testifical tiene una gran importancia dentro de un proceso penal en el cual el principal objetivo es, como dice el profesor Gimeno Sendra, descubrir la verdad real o histórica para sobre ella condenar al culpable de un delito o para absolverle ⁷⁰.

Cafferata Nores añade que “la prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. La búsqueda de la verdad, fin inmediato del proceso penal, debe desarrollarse teniendo a la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual aquél

⁷⁰ Estudio de ENRIQUE RUIZ VADILLO, ‘‘Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal’’, Boletín núm. 1767, pág. 6.

versa. La prueba es el único medio seguro de lograr esa reconstrucción, de un modo comprobable y demostrable”⁷¹.

El objeto en la prueba se establece en base a los hechos que las partes afirman. Éstas deben de transmitir estos hecho en presencia del Juez para que mediante los medios de prueba pertinentes se comparen las de ambas. La prueba es una actividad básica en el proceso penal, y sobre ella se sustenta el veredicto del Juez mediante la sentencia⁷².

Martínez García expone lo siguiente: *‘‘Existen pruebas conocidas como medios de prueba de hechos puros, como la inspección ocular, la prueba documental, la confesión, la testifical, por ejemplo, que aportan información directa al proceso, sin mayor elaboración posterior por parte del tribunal, salvo la propia del procedimiento probatorio a posteriori. Sin embargo, es frecuente que determinados hechos exijan de una prueba pericial posterior para que un profesional aporte su interpretación y conocimiento, por tanto, la pericial no aporta tanto hechos sino como criterios para que el juez valore el grado de certeza de los mismos. Sobre estos criterios o valoraciones profesionales las partes podrán discutir su acierto para confirmar o negar el silogismo que pretende llevar a cabo el órgano judicial. Estos medios son pruebas instrumentales sobre máximas de experiencia’’*⁷³.

La regulación de la prueba está referida preferentemente a la actuación de la acusación, puesto que se coloca frente al derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia y, eso introduce un importante condicionamiento de la prueba de cargo⁷⁴. Por ende, para obtener una sentencia condenatoria, la acusación debe probar los hechos constitutivos de la responsabilidad penal y civil del acusado, concurriendo todos los elementos del tipo delictivo y participación del acusado, así como los hechos que integran

⁷¹ CAFERRATA NORES, José I., La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma. Buenos aires, 1988. Pág. no 5.

⁷² MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA. Consecuencia del principio de dualidad de partes en el proceso penal. La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal. ROMERO PRADAS, MO ISABEL, GONZALEZ CANO, MO ISABEL. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. no 28.

⁷³ MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA. La prueba. Tomo II. La prueba en el... op. cit. Pág. No 28.

⁷⁴ MORENO CATENA, VICTOR. Derecho procesal... op. cit., pág. 417.

los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal y la apreciación de circunstancias penalmente relevantes.

Por otro lado encontramos la prueba de cargo, que se denomina así a aquella prueba que versa sobre todos los hechos constitutivos de la pretensión punitiva.

La finalidad de la prueba de cargo se basa en la exigencia para que pueda dictarse una sentencia condenatoria debe haberse practicado en el juicio una o varias pruebas de gran consistencia y convicción para el juez que evidencien la culpabilidad del acusado, sin que pueda ser condenado por pruebas endebles o vagas^{75 76}.

7. PRINCIPIOS BÁSICOS VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Los principios procesales básicos tienen la función, en su conjunto (van muy ligados entre ellos), de valorar una declaración concreta como prueba de cargo o descargo.

Estos principios se encuentran incluidos en el procedimiento probatorio, que está regulado en los artículos 701 a 722 de la LECrim., y establecen un seguro en cuanto a la validez del testimonio del testigo. La declaración del testigo tiene que realizarse en base a los principios de inmediación, contradicción, de oralidad y de publicidad. En caso de que esto no se de, cabe la posibilidad de que se produzca la nulidad de la declaración.

7.1 Principio de inmediación.

Según el artículo 702 de la LECrim. la prueba testifical se practicará siempre en presencia del Tribunal sentenciador, salvo las personas mencionadas en el artículo 412 de

⁷⁵ RIFA SOLER, JOSE MARIA. El proceso penal práctico. (RICHARD GONZÁLEZ, Manuel). La Ley Actualidad, Madrid, 2017.

⁷⁶ Cif. RUIZ i BELTROL, LAIA. '*Aportación y valoración de la prueba testifical en el proceso penal*', Universidad de León, Curso 2017/2018, pág 30-32.

la LECrim., que podrán realizarlo de forma escrita, o aquellas personas a las que les sea imposible comparecer.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de Audiencias Provinciales con respecto a la valoración de la prueba realizada 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, dice que todo parte a raíz de el poder singular de apreciación probatoria del juez partícipe del acto celebrado, y a partir de los principios procesales básicos que respalden que el acusado haya sido sometido a un proceso público con todas las garantías establecidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española, y dando carta blanca al juez en cuanto a su intervención a la hora de valorar los hechos (actividad probatoria), tratar a los testigos, etc.

Destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1985, que dice que *“La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto de juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el art. 24.2 de la CE, derechos que se traducen en la legalidad vigente, en los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que rigen en el proceso penal, reflejados entre otros, en el art.741 LECrim”*. El jurista Goldschmidt divide subjetivamente o formalmente, y objetiva o materialmente el principio. Subjetivamente en cuanto a que el juez tenga el contacto más directo posible con las fuentes de prueba, pudiendo observar por si mismo éstas. Objetivamente, que este principio garantice que el juez, en base a las pruebas que posee, adquiera su convicción en base a la suposición que crea más clara.

El principio de inmediación puede quedar vulnerado, por lo que el art. 718 de la LECrim. ante los testigos que no puedan comparecer, y se designe una persona de la confianza del juez para preguntar lo que consideren importante. Solamente podrá utilizarse lo dispuesto en el art.719 de la LECrim. cuando el testigo imposibilitado estuviese fuera de la sede del Tribunal. Encontraríamos otro supuesto en casos de prueba anticipada, cuando el testigo por alguna razón justificada no pudiese acudir al juicio oral.

7.2 Principio de contradicción.

Emana que la prueba testifical se practique en presencia del acusado, el cual podrá interrogar a los testigos que hayan acudido en su defensa, y a los comparecidos a instancia de la acusación pública o particular.

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.

También se da en la prueba anticipada, dando la opción al acusado o a su representante legal de comparecer y estar presente en desarrollo para que después pueda tener valor de prueba de cargo en el juicio oral tras su adhesión al proceso.

El mayor problema surge en referencia al testigo oculto y anónimo, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ⁷⁷ ha estimado contrario el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y al principio de contradicción la declaración del testigo anónimo, pero si considera compatible las exigencia del Convenio Europeo en el caso de testigos ocultos, que se conoce la identidad del mismo pero testifica sin la posibilidad de que el acusado pueda verlo, pero si oírlo.

7.3 Principio de publicidad.

El artículo 120.1 de la Constitución Española establece que las actuaciones judiciales serán públicas, lo cual significa que los testigos declararán en el juicio oral no sólo contra las partes, sino también ante el publico que haya asistido, aportando garantía al proceso en cuanto a su transparencia y el control popular de la actuación judicial.

⁷⁷ T.E.D.H. Sentencia de Kostovski de 20/11/1989.

Se manifiesta esta exigencia de publicidad en el juicio oral en el art. 14.1 del del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que expone 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 muestra de la misma forma.

En el art. 680 de la LECrim se establece que no hay oralidad en un proceso donde no haya publicidad; y su justificación se basa en el hecho de que sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad real y con ella el funcionamiento eficaz de la justicia⁷⁸.

El límite a este principio se encuentra cuando existan razones de moralidad o de respeto respecto a una persona ofendida por el delito cometido o su familia, por lo que el juez justificará la decisión de restringir este principio por medio de una resolución motivada, siendo esto básico porque sino estaríamos ante la suspensión de un derecho fundamental.

7.4 Principio de oralidad.

El artículo 102 de la Constitución Española establece que el procedimiento penal será predominantemente oral, siendo la prueba testifical toda ella realizada de forma oral.

Este principio se concreta con la contestación de los testigos en el juicio oral a las preguntas realizadas por las partes, que son oídas por el Tribunal. Excepcionalmente, y siempre que exista una causa motivada, se podrá admitir la lectura de la declaración sumarial del testigo, si este no pudo asistir, sin que se adultere la oralidad en el procedimiento.

⁷⁸ BARONA VILLAR, SILVIA, ‘La prueba. Tomo II. La prueba.. op. Cit. Pág.. 107.

8. PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA ANORMALMENTE.

Se establece doctrina por el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, provisionalmente, sólo se considerarán 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 llevadas a cabo en el juicio oral, ya que el procedimiento probatorio tiene que realizarse indispensablemente en el debate contradictorio que en forma oral se desenvuelve ante el Juez o Tribunal sentenciador.⁷⁹

En cambio, según el art. 299 de la LECrim., las diligencias sumariales son actos que van encaminados a esclarecer el acto delictivo e identificar a la persona que lo ha cometido y que no son consideradas como prueba sino que sirven para preparar el juicio oral, facilitando los componentes imprescindibles para ambas partes (acusación y defensa) y para la curso del debate contradictorio del que el Juez es el encargado de moderar.

La prueba testifical se realiza acudiendo ante el Tribunal sentenciador. Sin embargo, en base a causas de fuerza mayor del testigo, no se puede llevar a cabo de esta forma, por lo que las declaraciones sumariales de un testigo en la fase de instrucción cobran valor. La lectura de éstas es excepcional. Para llegar a ello, se deberán de agotar todas las vías procedimentales de la ley.

Cuando el testigo no pueda acudir el día del juicio oral y este hecho se conozca con antelación se realizará una prueba anticipada. Si, en cambio, este hecho se conoce en el momento de iniciarse el juicio, se podrá solicitar la suspensión inmediata del juicio oral, siempre y cuando el testigo pueda personarse ante el Tribunal en la próxima comparecencia⁸⁰.⁸¹ Además, si en el juicio oral el testigo no comparece, las declaraciones sumariales realizadas ante el juez serán las únicas con valor probatorio, siendo desechadas

⁷⁹ Cfr. JIMENEZ CARBONERO, SANDRA, ‘*La prueba testifical en el proceso penal*’, Óp. Cit. pág. 51.

⁸⁰ Arts. 745 y 746.3 de la LECrim.

⁸¹ STS 24/10/1994 núm. 283/1994 Sr. González Campos.

todas las demás ya que carecen de ciertos principios procesales básicos (sobre todo por el hecho de no poder interrogar al testigo)⁸².

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.

8.1 Testigo fallecido.

Cuando el testigo haya muerto y la declaración sumarial pueda hacerse valer de efectos de prueba de cargo, se deberá de haber practicado con todas las garantías procesales. El Tribunal Supremo⁸³ ha admitido en ciertas ocasiones las declaraciones de testigos fallecidos realizadas ante la policía, aunque estas carezcan de las garantías necesarias para tener validez como prueba de cargo.

8.2 Testigo con enfermedad grave.

En los casos en los que el testigo padezca una enfermedad muy grave (tanto física como psíquica) que le imposibilite comparecer en el juicio oral o que al hacerlo no sea capaz de contestar a las preguntas que le realicen, la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁴ ha admitido como solución única la de proceder a la lectura de sus declaraciones sumariales aplicando el art. 730 de la LECrim.

⁸² STS 21/04/1986 núm. 47/1986.

⁸³ STS 09/05/1990 RJ 1990/3888.

⁸⁴ STS 2963/2018, de 26 de Julio. Además hay que destacar que ésta sentencia hace referencia a otras como la STS 225/2018, de 16 de Mayo y a otras dos del Tribunal Constitucional (SSTC de 25 de Febrero de 1991 y 8 de Noviembre de 1993) en relación a esa posibilidad probatoria excepcional.

Cuando la enfermedad fuese temporal o se pudiera prever la curación de la misma, se podría llevar a cabo la suspensión y aplazamiento del juicio si el testigo fuese de relevancia. Si la enfermedad no fuese considerada grave, el Tribunal podría desplazarse, acompañado de las partes, a su domicilio, o recibir la declaración mediante exhorto en relación a los artículos 718 y 719 de la LECrim.

8.3 Testigo en el extranjero.

Si el testigo reside o se encuentra en el extranjero, tanto si es de forma temporal o permanente, no está obligado a comparecer a testificar en el juicio oral en virtud del art. 410 de la LECrim. Si en la instrucción se pueda predecir que el testigo no va a comparecer, lo más recomendable es aplicar el 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 partes⁸⁵.⁸⁶

No obstante, cuando la declaración de conformidad con el art. 448 de la LECrim. no se haya realizado todavía, y antes de desechar la declaración personal, se intentará:

-Convocar al testigo residente en el extranjero basándose en la aplicación de Tratados y Convenios Internacionales sobre asistencia recíproca en materia penal. Al no establecerse sanción por desobedecer la citación, esta medida casi nunca será efectiva por regla general, al trastocar la vida del testigo por el desplazamiento para declarar.

-Realizar una declaración del testigo a través del auxilio judicial internacional, para ello normalmente se utiliza la vía diplomática, aunque en la actualidad también se permite la relación directa entre tribunales, pudiendo declarar el testigo en su país de residencia, respondiendo al cuestionario de preguntas y repreguntas que se le formule por escrito por las partes del proceso penal.

⁸⁵ STS 23/01/1990 RJ1990/1921.

⁸⁶ Ley 4/2015, de 27 de Abril, del Estatuto de la víctima del delito da una nueva redacción modifica la redacción del art. 448, quedando redactado de la siguiente forma: *“Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”*.

Se tiene razón en que si no se agotan todas las vías procedimentales para citar al testigo residente en el extranjero no parece lógico que se proceda a leer la declaración sumarial vía artículo 730 de la LECrim., al no agotar todas esas vías, pero la jurisprudencia viene dictaminando la posibilidad de considerar valorable la declaración sumarial del testigo si que sea necesario que comparezca, ni recibirle a través de comisión rogatoria⁸⁷. Esto no suele darse frecuentemente ya que, como se ha citado anteriormente, el testigo no tiene la obligación de acudir al juicio oral.

8.4 Testigo en paradero desconocido.

Lo primero que habrá que hacer cuando el testigo no acuda al juicio oral es intentar conocer las causas por las que se ha producido esa incomparecencia, para valorar posteriormente si se ha dado por estar el testigo en paradero desconocido.

En el caso de que estuviese en paradero desconocido se podría proceder a la lectura de la declaración sumarial estipulada en el artículo 730 de la LECrim.⁸⁸ 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. Pero si la incomparecencia se debe a un error en la citación (en este caso se procedería a subsanarlo) o por voluntad del testigo, no se puede acudir al recurso establecido en el artículo mencionado anteriormente⁸⁹.

9. PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA: SUPUESTOS, REQUISITOS Y VALORACION.

Como se señaló anteriormente, la fase de instrucción se encamina a averiguar y comprobar las circunstancias objetivas y subjetivas de la acción penal. Si concurren, deberá abrirse el juicio oral.

⁸⁷ STC 10/05/1985 núm. 62/1985 Sr. Arozamena Sierra.

⁸⁸ STC 25/1994, de 28 de Enero y STS 120/1988, de 7 de Febrero.

⁸⁹ Cfr. ESTEVE ANDREU SERRA, JOSEP. Óp. Cit pág. 58.

El proceso penal está configurado de esta manera, por lo que la prueba de la existencia de la acción penal solo puede producirse en el enjuiciamiento, es decir, en la fase de juicio oral.

Los actos de investigación son aquellos dirigidos a fundar la imputación, la adopción de medidas cautelares y la petición de apertura de juicio oral, pero nada más. Los actos de investigación llevados a cabo durante la instrucción no pueden estar encaminados a fundar la sentencia penal. Sólo los actos de prueba practicados en el juicio oral servirán de fundamento a la sentencia (art. 741.1 LECrim).

Dicho esto, la prueba anticipada supondrá una “excepción” a la realización de la prueba en la vista oral. La prueba anticipada en palabras de ARMENTA DEU⁹⁰, consiste esencialmente en la práctica de un medio de prueba en fase de instrucción, esto es, en un momento previo anterior al que le corresponde, frente a la fundada previsión de que no podrá realizarse en el marco del juicio oral. (arts 675.III, 777,2, 797.2, 350, 356, 465.II, 471 y 476 LECrim).

DE LA OLIVA⁹¹ destaca que ello no alcanza a cualquier acto de investigación sumarial, sino que tan sólo a aquellos con respecto a los cuales:

- a) Sea imposible o muy difícil su reproducción en el acto del juicio oral (por ejemplo, el testigo fallecido).

NIEVA FENOLL⁹² matiza, que la razón esencial de ello consiste en la voluntad, de alejarse de un modelo inquisitivo. En dicho modelo, la prueba se practicaba en realidad durante la instrucción, lo que hacía inútil toda la actividad posterior de defensa del reo, que no había participado realmente en dicha primera fase.

- b) Siempre y cuando se garantice el principio de contradicción.

⁹⁰ ARMENTA DEU T., “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 171.

⁹¹ DE LA OLIVA A., “Derecho procesal penal”, Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 469.

⁹² NIEVA FENOLL J., “Manual de Derecho procesal penal”, Edisofer, Madrid, 2011, p. 225.

La LECrim, exige en la práctica de la misma, la observancia de una serie de garantías que persiguen, fundamentalmente, asegurar la contradicción (arts 448 y 449 LECrim sobre la declaración de los testigos).

c) Se solicite su lectura en el juicio oral.

Nuestro TS señala que la lectura ha de entenderse que sólo es requerida como medio de introducción del tema en el debate contradictorio característico del acto del juicio, y tal introducción puede hacerse por cualquier medio, siendo en este sentido suficiente con que aparezca la cuestión efectivamente tratada en el juicio (STS de 27 de junio de 1990).

Teniendo en cuenta el concepto genérico de prueba 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 que claramente no se le va a poder localizar por encontrarse en una ubicación que sitúa al testigo en su país de origen por ser éste extranjero.

Resulta interesante la STC 41/1991, de 25 de febrero, al señalar que *“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.”*

El art. 730 LECrim a tenor con lo establecido, se refiere únicamente a las “diligencias practicadas en el sumario”, y no, por tanto, a las realizadas ante la Policía en el atestado. Por ello, las declaraciones obrantes en el atestado, no ratificadas ante el Juez instructor, de imposible reproducción en el juicio oral, no pueden ser leídas al amparo del artículo 730. La única forma de introducir tales declaraciones como material probatorio valorable por el Tribunal sentenciador sería mediante la declaración, en el juicio oral, como testigo de referencia del agente de policía que tomó la declaración (STC 217/89).

Para finalizar la prueba testifical anticipada cabe apuntar, que sólo podrá tener valor de prueba de cargo válida, 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 podrá utilizar para formar su convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado sobre un determinado hecho delictivo.

10. VALORACION DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN CASACION Y APELACION.

La valoración de la prueba que lleva a cabo el juzgador de primera instancia judicial tiene que ser capaz de ir a vía de recurso, garantía que permite dar cumplimiento a la presunción de inocencia como regla de juicio. El principio de inmediación supone un límite importante por parte del Tribunal que conoce el recurso de apelación o casación.

10.1 El control en casación de la valoración de la prueba testifical.

La valoración de la credibilidad de los testigos por parte del Tribunal es una cuestión de hecho, e impide el control casacional sobre ello. Lo que no se impide al Tribunal Sancionador es si la convicción del juzgador se ha sustentado en argumentos ilógicos, las máximas de la experiencia humana o a los conocimientos científicos.

RUIZ VADILLO dice que, así como el juzgador de la primera instancia se caracteriza *“por las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración –lo que dijo, lo que calló, el gesto, la palidez del rostro, los titubeos, etc.-, del testigo-víctima, única prueba de cargo, otro Juez en grado de apelación sólo podrá sustituir la absolución por la condena en función de la deficiente argumentación del primero, de un inequívoco error en la apreciación de la prueba, de la irracionalidad, de la falta de lógico de la arbitrariedad del razonamiento, pero no el puro voluntarismo”*⁹³. Como

⁹³ Voto particular de E. RUIZ VADILLO en STC 14/10/1997 núm. 172/1997.

consecuencia de ello las declaraciones de los testigos sólo estarán dentro del marco de control del recurso de casación basándose en las reglas de criterio racional ⁹⁴.

10.2 El control en apelación de la valoración de la testifical como prueba personal.

La valoración de la prueba testifical en cuanto al recurso de apelación depende de como se el art. 795 de la LECrim., en el cual se regulaba el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, en relación con el art. 24.2 de la CE, originándose un enfrentamiento en cuanto a su uso, llevándose a cabo cambios jurisprudenciales y metodológicos a lo largo del tiempo.

En un primer momento, la doctrina constitucional confería STC 120/1994 ‘‘plena facultades al Tribunal Superior supraordenado ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite novum iudicium’’, pero a consecuencia de las sentencias del T.E.D.H dictadas por violación del art. 6.1 del C.E.D.H., la doctrina española cambió el criterio. La STC 167/2002 de 18 de Septiembre sirve como punto de inflexión, manifestando que *‘‘respeto a los principios de inmediación y contradicción, que conforman el derecho a un proceso con todas las garantías, exigen que el tribunal ad quem, al conocer de nuevo sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados, y al tener que valorar para ello las declaraciones prestadas en el sumario y en el juicio oral, oiga personalmente a los recurrentes’’*.

En la misma dirección tenemos la jurisprudencia del TS, en lo referente a la necesidad de inmediación para valorar las pruebas personales manifestando que *‘‘los recurrentes pretenden una revisión de la valoración de la actividad probatoria, sustituyendo la realizada por el tribunal por otra, la que proporciona en el recurso, que estima más adecuada a la prueba practicada en el enjuiciamiento. Esa pretensión no puede ser*

⁹⁴ Cfr. ESTEVE ANDREU SERRA JOSEP. Óp. Cit pág. 69-72.

*atendida al carecer esta sala de la precisa inmediación en la práctica de la prueba”.*⁸⁰
*“Las facultades que el art. 795 de la LECrim. otorga al tribunal ad quem en el recurso de apelación (que le atribuyen plena jurisdicción y desde luego le permiten revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez a quo y modificar los hechos probados) deben respetarse las garantías constitucionales del art. 24.2 de la Constitución Española, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia”*⁹⁵.

Como consecuencia de ese cambio en la doctrina y la jurisprudencia, los Magistrados de la Audiencia de Madrid resolvieron que *“en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias no deben practicarse de nuevo en la segunda instancia las pruebas que dependan de los principios de inmediación y de contradicción. Esa nueva práctica entrañaría graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables. Por otro lado, la repetición de las pruebas no sería legalmente posible a tenor de las restricciones que impone el art. 790.3 de la LECrim., y el acusado no tendría obligación de someterse a un segundoprocedimiento, por no estar establecido en ningún precepto legal”*⁹⁶ Pero si admitieron una nueva evaluación de las pruebas de carácter personal. El método no cambia para sentencias condenatorias, salvo la excepción de que se encontraran contradicciones en las pruebas de carácter personal, o sean importantes, o no se hayan evaluado de la manera adecuada (el tribunal de segunda dictaría sentencia absolutoria sin tener que repetir la prueba).

Las limitaciones de la legislación a los tribunales de Estrasburgo y el TC, basándonos en la interpretación de sus resoluciones, hacen indispensable una reforma del recurso de apelación para ajustarse a la nueva doctrina, eliminando el error en la apreciación de la prueba. Un proyecto de reforma ya ha dado sus primeros pasos. Con la reforma, el tribunal

⁹⁵ URIARTE VALIENTE, Luis M. y FARTO PIAY, Tomás. *“El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada”*. Ed. La Ley- Manuales profesionales. Madrid.2007.

⁹⁶ Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Audiencia Provincial Sección penales el 29/05/2004. Revista Otrosí. Colegio de Abogados de Madrid núm. 58. 2004. pp. 18 y ss.

de apelación únicamente valorará, conforme a los principios pertinentes y en su presencia, las pruebas nuevas que pudiesen practicarse y no se hayan practicado en un primer momento⁹⁷.



⁹⁷ Cfr. ESTEVE ANDREU SERRA JOSEP. Óp. Cit pág. 69-72.

11. CONCLUSION.

La principal misión del trabajo es haber intentado dar contestación a varias cuestiones de suma importancia en nuestro proceso penal, y para ello ha sido fundamental centrarse en cada elemento y situación.

Destaco sobretodo la importancia de la prueba testifical, es un medio de prueba con mucho peso en los procesos penales y al ser un medio de prueba de naturaleza personal, se valoran mucho los principios inherentes de todo el proceso penal para no causar ningún tipo de perjuicio al testigo, evitando así que se caiga en el arbitrio de las decisiones del Juez puesto que los medios de prueba son un recurso esencial para poder reconstruir los hechos que producen la controversia y conocerlos de la forma más clara posible.

También pienso que es importante dar relevancia al papel del Juez a la hora de valorar la prueba testifical, porque con los mecanismos y principios existentes se evita que tenga un valoración totalmente libre, teniendo que sujetarse a éstos para garantizar la fiabilidad del proceso. Aunque eso no quita que el Juez es quien en último lugar decide sobre la credibilidad o no de los hechos relatados por el testigo. Pero siempre atado a los principios y mecanismos citados anteriormente.

Por otro lado, he concluido que es necesaria una reforma bastante profunda de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ajuste a los tiempos actuales y que no vaya efectuando reformas parciales, sino que se centre en una reforma más global para dar respuesta a diversas situaciones y especialidades con una respuesta doctrinal y jurisprudencial poco definida (un ejemplo de ello sería la necesidad de que la regulación legal para los testigos de referencia sea mucho más amplia, ya que en estos momentos se queda corta y se debería de ampliar su valoración, sobretodo en los casos en los que nos encontremos sin la declaración de testigos directos).

Finalmente, recalcar la nueva Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que en mi opinión es un mecanismo muy novedoso y necesario que dará respuesta (en parte) a varios aspectos relacionados con el artículo 416 de la LECrim. y que necesitaban de una reforma urgente, sobretodo en cuanto a la dispensa de declarar del testigo víctima.

12. BIBLIOGRAFIA

- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Instituciones de Derecho procesal penal*, Editorial Akal/ Iure, Madrid, 1999.
- ASENCIO MELLADO, JOSE MARIA “Derecho Procesal Penal”, Editorial Tirant lo Blanch, 2015.
- RAMOS MENDEZ, FRANCISCO. *El proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.
- BENAVENTE CHORRES, HESBERT, *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*, 2015.
- MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Derecho Procesal Penal”, Valencia 2010.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL, Derecho procesal civil, Ed. Thomson Aranzadi, 4ª Edición, Navarra 2003.
- NIEVA FENOLL J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2011.
- MANZANERO A. L., “Memoria de Testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical, Pirámide, Humanes de Madrid, 2010.
- LOFTUS E. y PALMER J., “El experimento de Loftus y Palmer”, 2014.
- BENTHAM, J: “Tratado de las pruebas judiciales”.
- GONZALEZ MONJE, ALICIA, “ *La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España* ”
- CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL; SERRANO MASSIP, MERCEDES. Denuncia y dispensa del deber de declarar.
- CASTILLEJO MANZANARES, RAQUEL (Dir.). *Violencia de género y justicia*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2013.
- FUENTES SORIANO, OLGA. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. *Revis ta General de Derecho Procesal*, n. 44, 2018.
- GIMENO SENDRA V., “Manual de Derecho Procesal Penal”, Castillo de Luna, 2009.
- MARCHAL ESCALONA A., “Policía Local de Galicia”, Editorial Meta, 2016.
- ARROM LOSCOS, ROSA. “La declaración del menor víctima en el proceso penal, en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Artículo 433 de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal”, en Riedpa: revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, 2015, núm. 3.

SANCHEZ GOMEZ, RAUL, ‘*La declaración del menor víctima/testigo en el proceso penal*’.

MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL. “La declaración testifical de los menores víctimas de hechos delictivos”, en Constitución, Ley y Proceso (González Álvarez, coord.), Ara, imp., Lima, 2013.

MUÑOZ CUESTA, JAVIER. “La declaración del menor en el proceso penal en especial cuando es víctima de un delito sexual”, en Revista Aranzadi Doctrinal, 2013, núm. 6

VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. “Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2005, núm. 16.

FERNANDEZ NIETO, JOSEFA, Doctora en Derecho, Letrado de la Administración de Justicia; ‘*A vueltas con la doctrina del pleno STS 389/2020 del art. 416 LECrim y la dispensa del derecho a declarar: incertidumbres, reformas y alternativas de futuro.*

VILLAMARIN LOPEZ, MARIA LUISA ‘*El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal*’, Revista InDret 4/2012, Barcelona, Octubre 2012.

ALCAIDE GONZALEZ, J.M., ‘*Guía práctica de la prueba penal*’, Dijusa 2005.

GUIMERA FERRER-SAMA, ROBERTO, ‘*Las principales reformas penales introducidas por la nueva Ley de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*’, Sepín Penal.

Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia, artículo en relación a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de Junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José. La protección de testigos en el proceso penal. Thomson Reuters, Navarra, 2009.

MARTÍN RÍOS M. P., “Víctima y justicia penal; reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal”, Atelier, 2012.

GONZÁLEZ BLANO A., “Los testigos y peritos protegidos en el orden penal”, www.asdua.es, 2011.

FUENTE SORIANO, O, “La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales”, Revista de Derecho procesal nº1, 1996.

Estudio de ENRIQUE RUIZ VADILLO, ‘*Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal*’, Boletín núm. 1767.

CAFERRATA NORES, José I., La prueba en el proceso penal. Ediciones Depalma. Buenos aires, 1988.

MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA. *Consecuencia del principio de dualidad de partes en el proceso penal. I La prueba*. Tomo II.

ROMERO PRADAS, Mo Isabel, GONZALEZ CANO, Mo Isabel. ‘*La prueba en el proceso penal*’. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

RIFA SOLER, JOSE MARIA. El proceso penal práctico. RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL. La Ley Actualidad, Madrid, 2017.

Trabajo Fin de Grado, RUIZ I BELTROL, LAIA. ‘*Aportación y valoración de la prueba testifical en el proceso penal*’, Universidad de León, Curso 2017/2018.

Trabajo Fin de Grado, JIMENEZ CARBONERO, SANDRA, ‘*La prueba testifical en el proceso penal*’, Universidad Miguel Hernández, Curso 2014/2015.

Trabajo Final de Carrera, ESTEVE ANDREU SERRA, JOSEP, ‘*La prueba testifical en el ¿proceso de libre valoración?*’, Universitat Abat Oliba CEU, 2011.

ARMENTA DEU T., “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, Marcial Pons, Madrid, 2004.

DE LA OLIVA A., “Derecho procesal penal”, Ramón Areces, Madrid, 2004.

URIARTE VALIENTE, Luis M. y FARTO PIAY, Tomás. “*El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*”. Ed. La Ley- Manuales profesionales. Madrid.2007.

Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Audiencia Provincial Sección penales el 29/05/2004. Revista Otrosí. Colegio de Abogados de Madrid núm. 58. 2004.

Voto particular de E. Ruiz Vadillo en STC 14/10/1997 núm. 172/1997.

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

STC 25/1994, de 28 de Enero y STS 120/1988, de 7 de Febrero.

STS 2963/2018, de 26 de Julio.

STS 24/10/1994 núm. 283/1994 Sr. González Campos.

STS 21/04/1986 núm. 47/1986.

STS 09/05/1990 RJ 1990/3888.

STS 04/07/1995 núm. 1297/1994 RJ 1995/5381

STS 282/2018, Rec 10776/2017, de 13 de Junio.

STS 11/10/1995, RJ 1995/7852.

STC 6/4/1992, núm. 775/1992, RJ 1992/2857.

STC 182/1989, de 3 de Noviembre.

STC 79/1994, de 14 de Marzo.

STS 23/01/1990 RJ1990/1921.

STS 546/2013, de 17 de Junio.

STC 31/1987, de 12 de Marzo.

STC 100/1985, del 3 de Octubre

STS 706/2000, 313/2002 y 1317/2004.

STC 201/1989, 173/1990 y 229/1991.

STS de 30 de Mayo de 1995, RAJ 4505.

STS de 27 de Febrero de 1998 (RAJ 1982).

STS de 2 de Febrero de 1998 (RAJ 936)

STC 217/1989, de 21 de Diciembre.

STC 773/2001, de 7 de Mayo.

STC Tribunal Supremo de 23-1-1995 y 27-10-1998.

STC 217/1989, de 21 de Diciembre.

Sentencias de 20 de Noviembre de 1989 [caso KOSTOVSKI], de 27 de Septiembre de 1990 [caso WINDISCH] y de 15 de Junio de 1992 [caso LÜDI].

STC 06/04/1992 núm.775/1992 Rj 1992/2857.

STC del Tribunal Supremo nº 667/2008, de 5 Noviembre.

13. ANEXO

Abreviaturas más comunes de uso en nota de texto:

- AP : Audiencia Provincial.
- TS: Tribunal Supremo.
- CE: Constitución Española
- C.E.D.H.: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LECrím.: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- STC: Sentencia Tribunal Supremo.
- STC: Sentencia Tribunal Constitucional.
- T.E.D.H.: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Art.: Artículo.

