



**Universidad Miguel Hernández**

**Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche**

**Grado en Seguridad Pública y Privada.**

**Curso Académico 2022-2023**

**EL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL:  
ESPECIAL ATENCIÓN AL MENOR DE EDAD**

**Trabajo Fin de Grado.**

**Alumno. Vicente MIRALLES MUR**

**Tutor. Pedro Vicente MARTÍNEZ CÁNOVAS**



*Se dice que existen tres clases de testigos:  
Los que han visto bien, pero dudan de lo que han visto.  
Los que han visto mal, pero creen haber visto bien.  
Y los que no han visto nada y aseguran haber visto todo.*

***Marco Aurelio Almazán (1922-1991)***

## Índice

Resumen.....	4
Abreviaturas.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
Presentación.....	8
Estado de la cuestión y marco teórico.....	9
Objetivos e Hipótesis.....	13
Metodología, recopilación de información y estructura del trabajo.....	14
CAPITULO I.....	15
ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL .....	15
I.1. Testigo. Definición.....	15
I.2. TIPOLOGÍA TESTIFICAL.....	18
I.2.1. Menor de edad.....	18
I.2.2. Funcionarios policiales.....	19
I.2.3. Testigos protegidos.....	20
I.2.4. Testigos ocultos.....	21
I.2.5. Testigos anónimos.....	23
I.2.6. Víctimas.....	24
I.3. DISTINCIÓN ENTRE TESTIGO DIRECTO Y DE REFERENCIA.....	31
I.4. EFECTO RASHOMON EN LA PRUEBA TESTIFICAL.....	33
CAPITULO II.....	39
MARCO LEGISLATIVO DE LA TESTIFICAL DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL.....	39
CAPITULO III.....	41

TRATAMIENTO DEL MENOR COMO TESTIGO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.....	41
III.1. CAPACIDAD PARA RENDIR DECLARACION.....	42
III.2. VALORACIÓN DE LA TESTIFICAL.....	46
III.3. TESTIFICAL POR VIDEOCONFERENCIA.....	49
III.4. DECLARACIÓN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.....	51
III.5. DECLARACIÓN DE LOS MENORES CON CUALIDAD DE VÍCTIMAS EN EL JUICIO ORAL.....	54
III.6. TESTIMONIO DEL MENOR COMO VÍCTIMA DEL DELITO FRENTE A LOS LIMITES DEL DERECHO A LA DEFENSA.....	61
III.6.1. Según criterio jurisprudencial, la regla general.....	62
III.6.2. Según criterio jurisprudencial, la excepción a la regla general.....	62
III.6.3. Limitaciones de la prueba anticipada en la declaración de menores .....	64
III.7. EL CAREO EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y FASE DE JUICIO ORAL .....	67
III.7.1. Admisión del careo entre el testigo menor y el sujeto activo del delito .....	70
IV. CONCLUSIONES.....	71
V. BIBLIOGRAFÍA.....	75
V.1. Legislación.....	80
V.2. Jurisprudencia.....	82

## Resumen

El proceso penal está fundamentado en tres pilares fundamentales, en principio, como un mecanismo para dar respuesta a conflictos de intereses por la comisión de un delito; al plantear el conflicto también se convierte en el medio para su resolución, el cual está regido por principios y garantías de un debido proceso donde las mismas partes en conflicto son las que impulsan su resolución a través de sus alegatos y pruebas que sustentan los hechos.

Esa es la razón que le otorga relevancia a la actuación probatoria de las partes en el proceso, porque son los alegatos y pruebas los que determinan los fundamentos que van a sustentar el pronunciamiento del juez. De allí surge el testimonio como uno de los mecanismos para justificar los hechos alegados. No obstante, en el ámbito judicial se presume que cualquier ciudadano es capaz para rendir declaración en un proceso, aunque la norma establece ciertos supuestos que limitan esta actuación, estableciendo de forma expresa los sujetos exentos de dar su testimonio, de modo que no se ha establecido un criterio subjetivo.

Sin embargo, las declaraciones testificales presentan ciertas particularidades de carácter procesal con respecto al sujeto en su cualidad de parte, bien sea como víctima, testigo o como presunto sujeto activo del ilícito penal. Estas particularidades especialmente en los menores de edad formaran parte del enfoque de esta investigación, así como la valoración del testimonio y los límites para rendir declaración de los menores de edad de conformidad con la legislación vigente y los diversos criterios aportados por la doctrina y jurisprudencia.

Recordemos que el proceso penal español se rige por el principio de la libre valoración de la prueba de conformidad con el art. 741 LECrim. Es decir, el órgano jurisdiccional aprecia las pruebas según su conciencia en atención a las motivaciones planteadas por la parte acusatoria, la defensa y lo expresado por el procesado. Teniendo presente que la libre valoración de la prueba no debe ser entendida como la discrecionalidad o arbitrariedad del juez para interpretar los hechos, sino valorar las pruebas bajo reglas del criterio racional, con lógica, y la máxima de experiencia que suministren los peritos.

Bajo este contexto se plantea como objetivo general de la investigación el estudio de la legislación reguladora de la figura del testigo, en su cualidad de menor de edad en los procesos penales, a los fines de determinar si con la normativa actual, el Estado en su potestad sancionadora puede salvaguardar el derecho de la defensa del acusado y al mismo tiempo salvaguardar la salud mental del menor al actuar como testigo y víctima en los juicios penales con la aplicación del régimen de garantías establecido.

**Palabras claves:** testigo, menor de edad, proceso penal, la prueba, valoración.

## Abstract

The criminal process is supported by three fundamental pillars, on the one hand, it is the mechanism to respond to conflicts of interest as a result of the commission of a crime; Once this conflict has been raised, this is precisely the means for its resolution governed by principles and guarantees of a due process in which it is intended that the parties in conflict are the ones who promote its resolution with their allegations and evidence that support the facts.

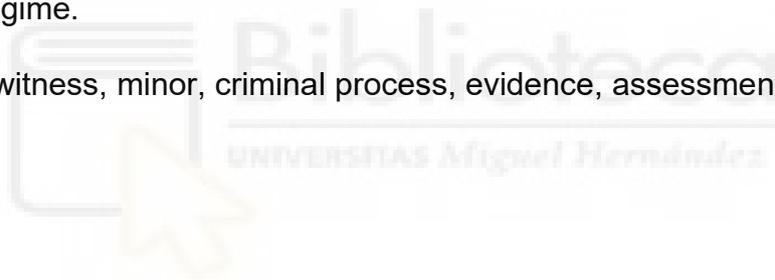
That is the reason that gives relevance to the probative performance of the parties in the process, because it is the allegations and evidence that determine the grounds that will support the pronouncement of the judge. From there arises the testimony as one of the mechanisms to justify the alleged facts. However, in the judicial field it is presumed that any citizen is capable of giving a statement in a process, although the norm establishes certain assumptions that limit this action, expressly establishing the subjects exempt from giving their testimony, so that it has not been established a subjective criterion.

However, the testimonial statements present certain particularities of a procedural nature with respect to the subject in his capacity as a party, either as a victim, witness or as an alleged active subject of the criminal offense. These particularities, especially in minors, will be part of the focus of this investigation, as well as the assessment of the testimony and the limits to render statements of minors in accordance with current legislation and the various criteria provided by doctrine and jurisprudence.

Let us remember that the Spanish criminal process is governed by the principle of the free evaluation of the evidence in accordance with art. 741 LECrim. That is, the court appreciates the evidence according to its conscience in response to the motivations raised by the prosecution, the defense and what was expressed by the defendant. Bearing in mind that the free assessment of the evidence should not be understood as the discretion or arbitrariness of the judge to interpret the facts, but rather assess the evidence under rational criteria rules, with logic, and the maximum of experience provided by the experts.

In this context, the general objective of the investigation is the study of the legislation regulating the figure of the witness, in his capacity as a minor in criminal proceedings, in order to determine if with the current regulations, the State in its sanctioning power can safeguard the defendant's right to defense and at the same time safeguard the minor's mental health by acting as a witness and victim in criminal trials with the application of the established guarantee regime.

**Keywords:** witness, minor, criminal process, evidence, assessment.



## Abreviaturas

<b>Art.</b>	Artículo
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CCAA</b>	Comunidades Autónomas
<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEDH</b>	Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DOC</b>	Diario Oficial de la Unión Europea
<b>DM</b>	Decisión Marco
<b>EM</b>	Estado Miembro
<b>FJ</b>	Fundamento jurídico
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LECrím</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LMPIVG</b>	Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>ONG</b>	Organización no Gubernamental
<b>RD</b>	Real Decreto
<b>SAP</b>	Sentencia Audiencia Provincial
<b>STC</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>UE</b>	Unión Europea

# INTRODUCCIÓN

## Presentación

La finalidad del proceso penal viene sustentada en tres pilares fundamentales, por una parte, es el mecanismo eficaz para dar respuesta a conflictos de intereses como resultado de la comisión de un delito tipificado en la legislación penal; una vez planteado este conflicto es precisamente este el medio para su resolución regido por principios y garantías de un debido proceso en el que se pretende que sean las mismas partes que tienen el conflicto las que impulsen su resolución con sus alegatos y pruebas que sustenten los hechos.

Por esa razón adquiere tal relevancia la actuación probatoria de las partes en el proceso, porque son precisamente los alegatos y pruebas traídos al proceso los que determinan posteriormente los fundamentos que van a sustentar el pronunciamiento del juez.

De allí surge el testimonio como uno de los mecanismos más antiguos para justificar los hechos alegados. No obstante, en el ámbito judicial se presume que cualquier ciudadano es capaz para rendir declaración en un proceso, aunque la norma establece ciertos supuestos que limitan esta actuación, estableciendo de forma expresa los sujetos exentos de dar su testimonio, de modo que no se ha establecido un criterio subjetivo.

Sin embargo merece la pena destacar, y así lo haremos en el desarrollo de esta investigación, que las declaraciones testificales presentan ciertas particularidades de carácter procesal con respecto al sujeto en su cualidad de parte, bien sea como víctima del hecho, testigo o como presunto sujeto activo del ilícito penal; de hecho, algunas de estas particularidades quedan sujetas a que como víctima del hecho resulte en la persona de un menor de edad o con alguna discapacidad física o psíquica, quedando su capacidad para rendir testimonio sujeta a ciertas normas, especialmente cuando debe ser parte de un proceso penal.

Estas particularidades sobre la prueba testifical especialmente de los menores de edad formaran parte del enfoque que pretendemos dar en esta oportunidad a la investigación, sobre los testigos en el proceso penal español,

así como la valoración del testimonio y los límites para rendir declaración de los menores de edad de conformidad con la legislación vigente y los diversos criterios aportados por la doctrina y jurisprudencia.

A pesar de que con las legislaciones anteriores era común observar que en los procesos penales algunos testigos eran recusados, con la normativa penal vigente los testimonios como medio probatorio se rigen por el principio de libre valoración de prueba, es decir, no obstaculiza el proceso para admitir testigos. Y para valorar con eficacia los testimonios es necesario conocer de todas las circunstancias que permitieron a la persona conocer de los hechos, determinar si le afecta o no el tener que describirlo y porque, estos aspectos permitirán suponer posibles omisiones en su narrativa y determinar la confianza o certeza de sus alegatos.

### **Estado de la cuestión y marco teórico**

Ahora bien, al hacer referencia a la intervención del menor de edad en procesos penales, dejando al margen por un momento las limitaciones de su categoría jurídica, inmediatamente que conocemos de su intervención en el ámbito penal saltan las preocupaciones de todas las partes intervinientes, especialmente del juzgador.

Porque estamos conscientes que se trata de personas con mayor grado de vulnerabilidad por razón de edad y madurez emocional y esta situación nos coloca en una posición especial y diferente a la que normalmente enfrentamos en procesos penales de adultos, sobre todo si están en riesgo derechos fundamentales, sean del demandante o imputado, exigen de mayor atención<sup>1</sup>.

Los menores de edad presentan ciertas características concretas que han sido configuradas como necesidades que se han pretendido satisfacer con métodos con los que hasta ahora no se ha logrado los fines perseguidos. Me refiero a la puesta en práctica de herramientas tecnológicas recientes como son las videoconferencias, aunque se han aplicado con mesura y han ayudado a superar dificultades, su aplicación ha causado debates importantes por parte

---

<sup>1</sup> BUJOSA VADELL, Lorenzo. La declaración testifical del menor en el proceso penal de adultos y las nuevas tecnologías como instrumentos de protección. Biblioteca jurídica UNAM. 2016. Pp. 557.

de la doctrina y la jurisprudencia, por lo que este aspecto formara parte de esta investigación<sup>2</sup>.

Ahora bien, indistintamente del interés por conocer a detalle la regulación penal de la figura del testigo, lo que realmente justifica la elaboración de esta investigación es motivado a las dificultades que actualmente enfrenta el Estado al ejercer sus potestades sancionadoras sobre ciudadanos que ha incurrido en la comisión de un hecho punible en el que está involucrado un menor de edad.

Esta situación además ha sido objeto de grandes debates doctrinarios y jurisprudenciales, debido a que están en juego, por una parte, el derecho a la defensa del imputado y por la otra el deber del Estado de proteger y brindar las garantías necesarias al menor, por su especial condición de vulnerabilidad. Pero además es fundamental precisar las condiciones de desigualdad de las partes ante el conflicto penal y su postura más débil ante la potestad del juzgador. Lo cual trajo como consecuencia la necesidad de establecer una normativa que permita impartir la justicia con equidad.

De allí deriva el desarrollo constitucional e indiscutible de la idea de un juicio justo con la previsión de un régimen de garantías para los procesados en ejercicio de una defensa real y efectiva frente a la acusación. Esas garantías están configuradas como el supuesto esencial para ejercer el derecho a un juicio justo y no son susceptibles de derogación en un Estado de Derecho.

En ese sentido, es la norma constitucional quien prevé a través del art. 24.2<sup>3</sup> de la CE el derecho de los procesados a exigir un proceso público con garantías, y una de las principales manifestaciones del ejercicio de este derecho se ven reflejados en el derecho de defensa y contradicción.

No obstante, esta norma encuentra respaldo en el ámbito internacional, mediante el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH)<sup>4</sup> en su el art. 6.3 en el cual quedan enumerados los derechos de los

---

<sup>2</sup> BUJOSA VADELL. Op. Cit. pp. 560.

<sup>3</sup> Constitución Española, Publicado en BOE núm. 311, de 29/12/1978.

<sup>4</sup> Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Publicado en

procesados, y, específicamente en el apartado d) establece su derecho a formular preguntas o solicitar interrogatorios aquellas personas que rindan testimonios en su contra y, al mismo tiempo podrá solicitar sean citadas personas para ser interrogados los testigos que a su criterio rendirán declaración en su defensa en igualdad de condiciones que los testigos que declaran en su contra.

De esta facultad del procesado a interrogar y citar testigos deriva a su vez el ejercicio del derecho a un proceso contradictorio donde el procesado tendrá la oportunidad de ejercer su defensa contra la acusación formulada, pudiendo plantear pruebas de descargo y rebatir las pruebas presentadas para incriminarlo, además tendrá la oportunidad de intervenir en la práctica de diligencias y ciertos tramites durante el proceso, a los fines de ejercer su derecho de alegar y ser escuchado en interés de su defensa.

Por su parte el Tribunal Constitucional<sup>5</sup> (TC) se ha manifestado con relación al derecho de defensa, considerando que su ejercicio está garantizado en los procesos contradictorios, con lo que el principio de contradicción queda sentado como regla fundamental para el desarrollo de todo proceso penal<sup>6</sup>.

Así queda ratificado igualmente en uno de sus pronunciamientos al año siguiente, cuando el TC reitera que el principio de contradicción es la regla fundamental de cualquier proceso penal, aclarando que si este principio no está presente en el proceso, entonces no es un juicio justo<sup>7</sup>.

De tal manera que estamos ante un derecho formal y el deber de reconocerlo no está sujeto a la clase de defensa que pueda ser ejercida<sup>8</sup>. En los mismos términos lo ha interpretado el TS al exigir que las prueba que se pretendan llevar a la práctica de la fase de juicio oral deben estar regidas al principio de contradicción, inmediación, publicidad y defensa<sup>9</sup>. Es en este punto donde el estado de indefensión reduce las oportunidades de defensa procesal para alegar, probar y rebatir las pretensiones de la parte contraria.

---

BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

<sup>5</sup> STC 128/1996 de 9 de julio. Publicado en BOE núm. 194, de 12 de agosto de 1996

<sup>6</sup> STC 93/2005 de 18 de abril de 2005. Publicado en BOE núm. 120, de 20 de mayo de 2005.

<sup>7</sup> STC 12/2006 de 16 de enero de 2006. Publicado en BOE núm. 161, de 7 de mayo de 2006.

<sup>8</sup> STC 144/1997, de 15 de septiembre. Publicado en BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1997

<sup>9</sup> STS 202/1998 de 13 de febrero. Rec. 1684/1996. ECLI:ES:TS: 1998:962.

Frente a estos argumentos ineludibles se presenta la necesidad de tener en cuenta los derechos de los menores que se ven en la necesidad de actuar como víctimas o testigos, e incluso en ambas posiciones en un proceso penal. Dado que por parte de los profesionales de la psicología se ha manifestado su preocupación por aquellos menores que intervienen en este tipo de juicios, por considerar que debido a su grado de inmadurez y especial vulnerabilidad se convierte para ellos en una experiencia estresante y con efectos a largo plazo.

Son diversos los aspectos que pueden desencadenar en crisis de ansiedad del menor con su intervención en procesos de esta índole; antes, durante y después del juicio donde deben rendir su declaración. Especialmente al tener que enfrentar a personas adultas, bien sea como el mismo procesado o involucrado en la comisión del ilícito, donde en su calidad de testigos quedan expuestos a la formulación de fuertes interrogatorios, y si además resultan ser víctimas del hecho juzgado, tienen que enfrentar a su agresor y la experiencia de revivir los hechos. Todas estas situaciones afectan la sana evolución psíquica del menor al tener que comparecer a un órgano jurisdiccional.

No obstante, esta situación de especial vulnerabilidad de los menores en su cualidad de testigos o víctimas exige de un régimen especial de garantías y protección, junto con la prestación de apoyo y asistencia acordes a su madurez cognitiva y edad, con la finalidad de aminorar en la medida de lo posible los traumas que pudieran ocasionarle su intervención en estos procesos judiciales. Por esa razón, a partir de la entrada en vigor de la LO 1/1996<sup>10</sup> sobre normas reguladoras de la protección jurídica del menor (LOPJM), el art. 9.1, establece que llegado el momento de su intervención en procedimientos judiciales su comparecencia debe resguardar siempre su intimidad y ajustarse a su desarrollo evolutivo<sup>11</sup>.

Sin embargo, es con su intervención en los procesos penales donde el menor presenta mayores efectos negativos para su desarrollo emocional y psicológico, especialmente cuando se trata de juicios por delitos contra la

---

<sup>10</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996

<sup>11</sup> FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Circular 3/2009 de 10 de noviembre, sobre protección de menores víctimas y testigos. Referencia: FIS-C-2009-00003 el 10 de octubre de 2009 y actualizado en enero de 2022. Pp. 3.

indemnidad sexual en los que el juzgador debe ponderar cuidadosamente el alcance de su participación, para poder garantizarle junto con los derechos del procesado, el debido interés al perseguir el delito y resguardar las necesidades del menor afectado. Siempre respetando el derecho de defensa del procesado, pero también salvaguardando los derechos del menor en su cualidad de testigo, e impidiendo en la medida de lo posible que se le ocasionen mayores daños de los ya producidos.

## **Objetivos e Hipótesis**

Por todo lo antes expuesto se plantea como objetivo general de la investigación el estudio de la legislación reguladora de la figura del testigo, en su cualidad de menor de edad en los procesos penales, a los fines de determinar si con la normativa actual, el Estado en su potestad sancionadora puede salvaguardar el derecho de la defensa del acusado y al mismo tiempo salvaguardar la salud mental del menor al actuar como testigo y víctima en los juicios penales con la aplicación del régimen de garantías establecido.

Para ello, se toma como punto de partida la legislación penal vigente en materia de menores, pero le damos especial atención a los criterios doctrinales y jurisprudenciales utilizados en la práctica.

De lo contrario, si durante el desarrollo de la investigación y del análisis, surge la idea de que la aplicación de la normativa en vigor junto con los criterios consolidados de la jurisprudencia no logra brindar la igualdad de tratamiento de las partes y salvaguardar los derechos del menor como testigo y víctima, en sujeción al principio universal del interés superior del menor. Entonces habría que plantearse la necesidad de aplicar nuevas reformas a dicha normativa.

No obstante, para cumplir con el objetivo general trazado y determinar la eficacia de la normativa penal vigente, es necesario investigar y desarrollar con detalle los siguientes objetivos específicos

1. Estudiar los aspectos generales de la figura del testigo a partir de las distintas definiciones aportadas por la doctrina y jurisprudencia, de la

- cual se extraen las características principales de la figura para luego describir las diferentes clases de testificales y tipos de testigos.
2. Analizar la normativa actual en material penal que regula y sustenta la intervención del menor en los procesos penales bajo su cualidad de víctima y testigo.
  3. Explicar el tratamiento de los menores durante su participación en el proceso penal, haciendo especial énfasis en su capacidad para rendir declaraciones, las limitaciones a su ejercicio tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral.
  4. Hacer una breve descripción de la práctica de las videoconferencias como medida de protección del menor para rendir declaración en procesos penales cuando el juzgador considere que la participación directa de este puede afectar su desarrollo evolutivo.

### **Metodología, recopilación de información y estructura del trabajo**

Para llevar a cabo la investigación se ha elegido una metodología hermenéutica interpretativa a través de una revisión bibliográfica de los criterios más actuales de la doctrina y jurisprudencia acordes con la normativa penal vigente para los testigos menores de edad, con la finalidad de conocer las implicaciones derivadas de la intervención del menor en procesos penales en los que por su condición de víctima o por conocer del ilícito penal debe rendir declaración en calidad de testigo, y así determinar si efectivamente son llevados a la práctica los mecanismos de protección del menor, a través del análisis de los criterios doctrinales jurisprudenciales más recientes sobre el asunto.

A los fines de darle un orden cronológico a la investigación y que esta permita realizar un adecuado análisis deductivo, el trabajo se ha estructurado en tres capítulos. En el capítulo se abordan los aspectos generales con relación a la figura del testigo en el proceso penal español, seguidamente se desarrollan las diferentes definiciones sugeridas por la doctrina y jurisprudencia, extrayendo de ellas los caracteres esenciales que lo identifican. Para luego describir las tipologías testificales del menor de edad, el funcionario policial, los

denominados testigos protegidos, testigos ocultos, anónimos y finalmente los testigos en su cualidad dual de víctimas. Y, culminar el Capítulo estableciendo algunas diferencias entre los testigos directos y de referencia.

Más adelante en el segundo Capítulo, se explica detalladamente el marco legislativo de la testifical del menor como prueba en el proceso penal. Y, seguidamente en el tercer Capítulo se analiza tratamiento del menor como testigo en el proceso penal español en la fase de instrucción y etapa de juicio oral, se explican los requisitos que exige la ley para considerar a una persona en capacidad para rendir declaración, se analiza los criterios de valoración de la testifical por videoconferencia como una de las recientes medidas de protección para el menor y evitar que enfrente directamente su intervención en el proceso. Seguidamente estudiamos las limitaciones del derecho a la defensa frente al testimonio del menor como víctima del delito, tomando de fundamento el criterio jurisprudencial. Y, para finalizar con algunas ideas concluyentes que justifican la investigación aquí desarrollada.



## CAPITULO I

# ASPECTOS GENERALES SOBRE LOS TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL

## I.1. Testigo. Definición

El testigo se define<sup>12</sup> como aquella persona física que como tercero en un proceso es llamado a juicio para rendir declaración sobre hechos de los que conoce y son presentados en un proceso para dirimir conflictos, pero la persona que actúa como testigo no está relacionada con los hechos.

Por su parte la legislación penal española, establece las personas a las que se les exige rendir declaración (art. 410 de la LECrim)<sup>13</sup>; luego en el art. 411 de la LECrim) prevé quienes están exentos de esta obligación.

<sup>12</sup>Enciclopedia Jurídica. Testigos Publicado en 2020, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/testigo/testigo.htm> . Revisado el 15/11/2022.

<sup>13</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en Gaceta de Madrid núm. 260, de 17/09/1882.

Luego la normativa civil procesal, de forma supletoria nos describe la capacidad para ser testigo en el art. 361 de la LEC. Señalando que cualquier persona física con capacidad plena de sus sentidos para captar y explicar los hechos acaecidos tiene la aptitud para ser testigo<sup>14</sup>.

Por su parte la jurisprudencia, también ha dado su definición de la figura del testigo, reconocida como una persona física con capacidad perceptiva y aptitud para argumentar. El testigo no es parte en el juicio, rinde declaración como un tercero, el cual informa al juez sobre los hechos de los que tiene conocimiento, y son motivo de controversia en un juicio<sup>15</sup>.

No obstante, la información que pueda suministrar la persona en calidad de testigo debe ser objetiva y relacionada con los hechos objeto de controversia. Estos aspectos en su declaración la convierten en el medio probatorio idóneo, si la declaración adolece de objetividad y no es concerniente a los hechos entonces no brinda la seguridad suficiente al compararla con lo declarado por otros sujetos y las experiencias empíricas.

De modo que debe ser tomada tal cual es para luego determinar su valor o bien para averiguar las circunstancias que influyeron para adquirir esos conocimientos, así como los efectos de reproducirla y con ello será posible orientarse sobre el fondo de su inexactitud y así valorar la confianza sobre su declaración<sup>16</sup>.

En términos generales los testigos son cualquier persona física y aunque no necesariamente forman parte del proceso se admite que rinda declaración sobre los hechos llevado a juicio, a los fines de que según su experiencia personal, posiblemente por presenciar directamente un acontecimiento, o simplemente por conocer detalles de este por otros medios, está en capacidad para referenciar lo ocurrido. De modo que estaríamos frente a dos tipos de testigos, el primero presencial y el segundo referencial<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 7, de 08/01/2000.

<sup>15</sup> STS 2857/1992 del 06/04/1992

<sup>16</sup> STS 667/2008, 5 de noviembre de 2008. Rec. 11102/2007. ECLI ES:TS: 2008:6095.

<sup>17</sup> ALCALDE GONZÁLEZJ.M, Guía práctica de la prueba penal, Ed. Dijusa 2005, España- pp. 250.

Según el criterio ASECIO MELLADO<sup>18</sup> el testigo es “una persona física, pero nunca jurídica, es tercero ajeno a los hechos llevados al proceso, que rinde declaración sobre elementos que están siendo investigados o enjuiciados<sup>19</sup>.

No obstante, en la generalidad de las definiciones doctrinarias sobre el testigo, todas tienen ciertos caracteres preponderantes 1) Es un tercero en el proceso, no está vinculado con los hechos objeto de investigación y que da inicio al proceso penal; b) Presenta su declaración en el tribunal de la causa de forma oral y en presencia de las partes. Oportunidad en la que podrá ser objeto de interrogatorios por los representantes de las partes. Las preguntas formuladas deben realizarse en sujeción a los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad; y, 3) El valor probatorio de sus declaraciones estará sujeto a su capacidad congruente de narrar los hechos y que estos puedan ser comprobados con veracidad<sup>20</sup>.

Sin embargo, estos caracteres que describen la actuación del testigo en los procesos fueron replanteados por la jurisprudencia, por considerar que el testigo es en realidad el sujeto afectado, y deciden atribuirles la calificación de víctimas, tal como ocurre con la figura del coacusado, quien no tiene condición de tercero ajeno en el proceso. Y además añade que aun cuando sus declaraciones se deben regir por los principios antes referidos, la norma también admite las declaraciones por escrito sin tener que comparecer al tribunal, y no ser interrogado por las partes. Además, añadió que para la valoración de su declaración se exija la claridad en su narrativa porque no podemos olvidar que algunos testigos siendo parientes de las partes, rinden declaración en interés de estas o del juicio, y sus declaraciones además de ser admitidas son valoradas, pero no precisamente en sujeción a la claridad y franqueza de lo narrado.

---

<sup>18</sup> ASECIO MELLADOJ.M, Derecho Procesal Penal. Universidad de La Rioja. Valencia 2012, pp.155.

<sup>19</sup> JIMENEZ CABORNERO, S La Prueba Testifical en el Proceso Penal. Universidad Miguel Hernández De Elche, 2015, España, pp.5

<sup>20</sup> Ibidem

## I.2. TIPOLOGÍA TESTIFICAL

### I.2.1. Menor de edad

El tratamiento de la declaración testifical del menor de edad no ha seguido una misma línea en los procesos penales, posiblemente sea esa una de las razones por las que a veces los admiten sin inconvenientes y en otros los rechazan. Generalmente las dudas para su admisión se refieren a su capacidad como testigo, por eso, son sometidos a evaluaciones periciales con la finalidad de determinar la capacidad del menor para diferenciar la ficción de la realidad.

En este sentido se observan discrepancias en los criterios doctrinales, porque unos no están de acuerdo con que se fije una edad para declarar por debajo del límite en el que sabemos que el sujeto no tiene capacidad para ser testigo en procesos penales. Sostienen que es una cuestión de hecho el tener que decidir si un menor tiene la capacidad para referenciar situaciones que ha podido presenciar o escuchar. Se considera que si este es el tratamiento que se pretende dar al menor de edad testigo no se debe condicionar sus manifestaciones<sup>21</sup>.

En opinión personal, la edad del menor no debe ser establecida como limitante para creerle, hay otros aspectos que si deben ser considerados, por ejemplo, su capacidad para discernir conforme a su nivel de madurez y que pueda diferenciar la realidad de la fantasía. Por ejemplo, hay menores que con su espontaneidad e inocencia característica se manifiestan hechos que han visto y le han causado impresión. Sin embargo, de acuerdo a la máxima experiencia entendemos que es necesario establecer una edad promedio a partir de la cual se pueda admitir sus declaraciones, y ello no solo por la veracidad de los hechos sino por otros aspectos que pudieran influir al momento de su declaración. Y es un tema que analizaremos más adelante.

Ahora bien, la LECrim, prevé la normativa para que el menor de edad rinda declaración en calidad de testigo, específicamente en el art. 361 de la LECrim establece la edad de 14 años como requisito para admitir su

---

<sup>21</sup> DEL MORAL GARCÍA; A. Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual. Publicado en Revista de Jurisprudencia. Número 2, noviembre 2014. <http://agamme.org/wp-content/uploads/2011/10/DECLARACION-XUDICIAL-MENOR-ABUSADO.pdf>

testimonio, menores con menos de esta edad su testimonio no tendrá valor probatorio, a menos que el juez considere que este cuenta con la madurez suficiente para rendir una declaración veraz.

De ser necesario porque el juez de instrucción considere que el menor que va a rendir declaración no cuente con la madurez suficiente para ello, podrá solicitar la intervención del MF y expertos a los fines de impedir que de su participación resulte afectado o se le causen daños (art. 433 de la LECrim). Y, de ser pertinente para salvaguardar la integridad mental del menor, el juez podrá evitar que el menor testigo establezca contacto visual con el procesado (art. 707 de la LECrim).

Los fines del legislador al aplicar este tipo de medidas es en primer lugar darle primacía al interés superior del menor, si bien es cierto que hay casos donde la declaración del menor es relevante para la resolución del caso, las formalidades del proceso penal para ser testigos pueden afectar el desarrollo emocional del menor, de allí la finalidad de implementar este tipo de medidas para suavizar el impacto emocional del menor durante el proceso.

### **I.2.2. Funcionarios policiales**

Con relación a los funcionarios policiales, estos pueden intervenir en los procesos penales bien sea como víctimas, inculcados o simplemente en hechos en los que no lo esté. Así que para valorar su declaración es indispensable determinar en cual de estos supuestos se encuentra el funcionario.

En caso de estar implicado como víctima o procesado por la comisión de una tipología delictual, sus declaraciones no constituyen plena prueba ni se consideran imparciales. Generalmente no tienen mayor valor probatorio que salvo el que le otorgue el juez de forma objetiva de conformidad a la sana crítica, y este debe descartar para ello la cualidad de funcionario policial<sup>22</sup>.

Ahora, cuando su intervención sea producto del desempeño de sus funciones de investigaciones sus declaraciones deben estar basadas en la

---

<sup>22</sup> TISNER BURILLO, C. Perspectiva jurídica y psicológica del testimonio en el proceso penal. Publicado por la Universidad Pontificia Comillas. 2021. Pp.16.

percepción de la comisión del delito. En estos casos sus declaraciones tienen valor testifical y se consideran prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado pues no hay razones de fundamentos para dudar de su declaración (arts. 297 y 717 de la LECrim). Así lo ratifica el TS, al desestimar la petición del recurrente quien alegaba error de apreciación de pruebas<sup>23</sup>.

### I.2.3. Testigos protegidos

Esta figura testifical es especialmente particular, pues además de verse involucrado en la consecución de hechos ilícitos de gran relevancia en los que los delincuentes se consideran de alta peligrosidad, como ciudadano se le exige rendir declaración sobre los hechos para que los jueces logren la resolución del caso (art. 118 de la CE). Se trata de un deber que al mismo tiempo puede colocar en situación de peligro al testigo y lógicamente tienden a evitar rendir declaraciones o prestar apoyo a los cuerpos policiales por temor a represalias.

Generalmente este tipo de testigos son aquellos que se encuentran involucrados de alguna manera cuando presencian la comisión de ilícitos perpetrados por organizaciones criminales o terroristas, donde los delitos cometidos han generado graves daños materiales o morales a la sociedad y afectan a todo el colectivo<sup>24</sup>.

De allí surge la figura del testigo protegido a los fines de que cumpla con su deber constitucional de apoyar a los órganos jurisdiccionales a la resolución del caso. En ese sentido se prevé como medida de protección al testigo, rendir declaraciones en la fase de juicio oral, mediante videoconferencia de tal manera que la persona no quede físicamente expuesta ante los procesados. Esta medida deja en desuso la técnica antigua del biombo que no resguardaba en lo absoluto al testigo pues igualmente se le exigía asistir a la Sala de juicio.

Esta técnica aplicada en las salas de vistas pretendía evitar que el testigo fuere visto físicamente en el juicio oral, aplicarla solo exigía que su

<sup>23</sup> STS 364/2015, de 10 de febrero de 2015. Rec. 1025/2014. - ECLI:ES:TS: 2015:364

<sup>24</sup> MAGRO SERVET, V., Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal. La Ley Penal, Nº 75, Sección Estudios, Editorial La Ley. 2010, pp.2.

petición fuere suficientemente motivada y reflejada en el acta de juicio. Pero el solo hecho de no cumplir con tal requisito daba lugar a control de casación o la nulidad de su vista oral<sup>25</sup>.

En la actualidad contamos la práctica de las videoconferencias para ciertos casos aplicable en situaciones de violencia de género y delitos contra la indemnidad sexual. Sin embargo, hay que resaltar que considerar el miedo para la práctica de esta técnica debe estar basada en el temor de represalias o riesgos inminentes del testigo por parte del acusado, de que esta pueda ser identificado por las partes, pero no por simple hecho de que el testigo sienta miedo de asistir al proceso.

No obstante, para que estos testigos sean dispensados con la debida protección en casos donde exista una amenaza fáctica, la legislación española un régimen de protección de testigos a través de la LO 19/1994<sup>26</sup>.

Sin embargo, a pesar de su regulación este régimen de protección sigue siendo un tema de debate doctrinario con respecto a que el mismo realmente sea efectivo para garantizar resguardo suficiente a los testigos frente a las posibles represalias de los inculpados. Se parte del criterio de que en el régimen de protección regulado hay diferentes intereses en juego; en primer lugar la necesidad del Estado de bajar los índices de delincuencia, resolver los casos con celeridad y tomar medidas que faciliten el desarrollo de las investigaciones; luego tenemos la necesidad de brindar a los testigos las garantías suficientes para que rinda declaraciones con el menor riesgo posible y libre de apremios sin temor de que resulte afectado, y finalmente entran en juego los intereses del procesado de hacer valer sus derechos de defensa sin ser limitado<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Acuerdo del Pleno de la Sala 2.a del TS de 6 octubre 2000.

<sup>26</sup> Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Publicado en BOE núm. 307, de 24/12/1994.

<sup>27</sup> ALONSO BELZA, M., La protección de peritos y testigos en causas criminales, Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N°. 13, 1999, pp. 114.

#### I.2.4. Testigos ocultos

A poco menos de un año en que el TC<sup>28</sup> se pronuncia sobre el valor constitucional de los testimonios anónimos y ocultos y establece distinciones entre ambos, entra en vigor la LO 19/1994<sup>29</sup>. En su pronunciamiento el tribunal define el testimonio oculto como aquellos rendidos por testigos que no son vistos por el procesado impidiéndolo con el uso de mamparas que protegen que este sea visualizado mientras rinde declaración.

Asimismo, define los testimonios anónimos como los rendidos por sujetos desconocidos tanto por la defensa como el propio tribunal. En esta clase de testigos se describen varias formas de anonimato a saber: a) testigos que debido a las particularidades del caso no fue posible obtener sus datos personales y se ignora su identificación en el proceso; b) testigos que a pesar de ser identificados y consta en autos, el tribunal decide mantener en secreto la identidad de este frente a las partes en el proceso.

Del mismo modo se establecen distinciones entre los testigos ocultos, dependiendo del grado de ocultamiento que se decida utilizar al momento de rendir declaración en la vista oral. Admitiendo la posibilidad de que este declare en un espacio diferente a la sala del tribunal pero que pueda ser escuchado sin que sea visto por el público, las partes ni el propio tribunal<sup>30</sup>.

Otra posibilidad es que rinda declaración en presencia de los letrados y el tribunal, pero que el público y el procesado no puedan visualizarlo; sin embargo, en la practica la modalidad habitual para esta clase de testificales es el uso de biombos. Aunque también hay otras modalidades de ocultamiento con las que el testigo asiste a la sala del tribunal, pero se oculta su rostro con capuchas o se desvirtúa su rostro con cualquier tipo de postizos y sistemas de distorsión de voz<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> STC 64/1994, de 28 de febrero. rec. 2468/1991. Publicado en BOE 71/1994, de 24 de marzo de 1994.

<sup>29</sup> Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Publicado en BOE núm. 307, de 24/12/1994.

<sup>30</sup> ROSALES PEDRERO, S. La protección de testigos en el proceso penal. Publicado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. 2017. Pp.3.

<sup>31</sup> STS 852/2016 del 11 de noviembre de 2016, rec. 10881/2015, ECLI: ES:TS:2016:4835; Pte: Jorge Barreiro, Alberto G.

Por ejemplo, en el caso del TC<sup>32</sup> fue reconocido el valor probatorio y constitucional de testigo oculto siempre y cuando se respetara el principio de contradicción al momento de su interrogatorio en el juicio oral. Según el criterio del TC, el hecho de ocultar visualmente al testigo no implica que este limitando los derechos de defensa del procesado, de modo que esta forma de rendir declaración no contraviene el derecho al debido proceso porque se están respetando todas las garantías (art. 24.2 de la CE).

Este criterio se ratifica años después en otros casos donde el TC<sup>33</sup> mediante autos<sup>34</sup>, insistió que las declaraciones de los testigos ocultos tienen valor probatorio y que mientras el tribunal y las partes conozcan la identidad de los testigos se está respetando la exigencia del derecho a la defensa del procesado conforme lo establece el art. 6.3.d) CEDH<sup>35</sup> y, por ende cumple con las garantías exigidas en el art. 24.2 de la CE.

### **1.2.5. Testigos anónimos**

Para hacer referencia a las testificales de anónimos, es necesario resaltar la Directiva 2012/29/UE<sup>36</sup>, la cual estableció como medida de protección para las víctimas la posibilidad de rendir declaración sin que el procesado pueda establecer contacto visual con esta, permitiendo el uso de medios idóneos complementados con métodos tecnológicos de comunicación (art. 23.3.a).

Luego el TC trae a colación la doctrina del TEDH, y alude a las testificales anónimas concluyendo que el anonimato absoluto del testigo de cargo impide contradecir sus alegatos por lo tanto no cumple lo exigido en el art. 24 de la CE. Sin embargo, se considera que esta postura debe ser

---

<sup>32</sup> STC 64/1994, de 28 de febrero. rec. 2468/1991. Publicado en BOE 71/1994, de 24 de marzo de 1994.

<sup>33</sup> ATC 270/1994, de 17 de octubre. Publicado en BOE N° 279, del 22 noviembre de 1994.

<sup>34</sup> ATC 522/2005, de 20 de diciembre. ECLI:ES:TC: 2005:522A.

<sup>35</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Publicado en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

<sup>36</sup> Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Publicado en DOUE núm. 315, de 14 de noviembre de 2012.

matizada porque no siempre pierde valor probatorio ni vulnera el derecho a un proceso en igualdad de condiciones para las partes (art. 6 del CEDH).

De acuerdo al criterio sostenido por la doctrina del TEDH<sup>37</sup> se puede deducir que las testificales en anonimato no es una modalidad de declaración del todo incompatible con los requisitos exigidos para los procesos en igualdad de condiciones para las partes, cuando sea realmente necesaria su práctica y siempre y cuando no implique prestar atención a particularidades concurrentes, ni que limite de ninguna forma el derecho de defensa del procesado, de modo que esta situación debe ser ponderada por el tribunal competente.

Al mismo tiempo, si es necesario mantener el anonimato del testigo, este no puede limitar las garantías del principio de contradicción ya reconocida expresamente en el art. 6.3.d del CEDH, siempre se debe admitir o permitir que la defensa interrogue al testigo, y tampoco esta puede ser la única prueba de cargo que pueda sustentar la condena del procesado<sup>38</sup>.

## **I.2.6. Víctimas**

Si comparamos la posición de las víctimas del proceso penal con respecto al civil, en este último la víctima rinde declaración y es parte del proceso; en cambio en el proceso penal, las víctimas declaran, pero no son partes, solo tienen cualidad de testigos. No obstante, el TS sostiene que cuando las víctimas rinden declaración sobre los hechos dirimidos en la causa no lo hace como testigo, porque es el sujeto pasivo en la comisión del delito, es decir, no observó lo acaecido, es el perjudicado de la acción.

De modo que el valor probatorio de su declaración como víctima no tiene ningún rasgo distintivo con relación a los demás tipos de testigos, ahora si es posible que se le preste mayor relevancia a su narrativa, la precisión con que narra, sus emociones y gestos al narrar los sucesos<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> STEDH 11454/85 de 20 de noviembre de 1989. Kostovski/ Holanda, ECLI: CE: ECHR:1989:1120JUD001145485; STEDH 1996\20 de 26 de marzo de 1996. Doorson/Holanda, ECLI:ES:AN:2018:4656; STEDH Vissier/Holanda, de 14 de febrero de 2002; STEDH Krasniki/República Checa, de 28 de febrero de 2006

<sup>38</sup> MIRANDA ESTRAMPES, M; HERNÁNDEZ GARCÍA, J y otros autores." Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal; Colección: Cuadernos Digitales de Formación N° vol. 31. 2013.pp.113.

<sup>39</sup> STS 282/2018, 13 de Junio de 2018. Rec.10776/2017. ECLI ES:TS: 2018:2182.

En ese sentido tanto la doctrina del TS<sup>40</sup> como del TC<sup>41</sup> han reconocido que el testimonio de las víctimas tiene valor de prueba testifical con la capacidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado<sup>42</sup>.

Por su parte el TS<sup>43</sup> ha consolidado criterio con relación a la eficacia probatoria del testimonio de las víctimas cuando es la única prueba de cargo exigiendo una detallada y sensata valoración, sujeta a los criterios de valoración que detallo a continuación:

- La falta de credibilidad subjetiva debido a la relación entre la víctima y el procesado que puedan llevar a suponer que hay algún resentimiento, motivos de venganza o interés personal que haga que su declaración pierda la certeza idónea y termine generando incertidumbre.
- Similitud del testimonio, por lo que es necesario constatar la imparcialidad en la narrativa del hecho.
- Perseverancia en pretensión de incriminar al procesado, la cual debe perdurar a través del tiempo sin que en su narrativa se produzcan contradicciones ni equívocos<sup>44</sup>.

No obstante, el tribunal resalta que no necesariamente deben estar presentes todos los requisitos mencionados<sup>45</sup>, pero si es indispensable motivar de forma adecuada y razonable. Porque negarle el valor probatorio al testimonio de una víctima cuando es la única prueba de cargo para desvirtuar la inocencia del procesado, implicaría dejar impune la comisión de muchísimos delitos, especialmente los delitos de indemnidad sexual que generalmente son perpetrados sin presencia de testigos, solamente la víctima<sup>46</sup>.

Ahora bien, para el caso de las testificales con la cualidad de víctimas, se presentan ciertas dificultades, algo complejas al aplicar el art. 416 de la

---

<sup>40</sup> STS 1317/2004, de 16 de noviembre. Rec. 2912/2002. ECLI ES:TS: 2004:7401.

<sup>41</sup> STS 173/1990, de 12 de noviembre. Rec de amparo 949/1988. Contra SAP de Zamora. Publicado en BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1990/ STC 64/1994, de 28 de febrero. rec. 2468/1991. Publicado en BOE 71/1994, de 24 de marzo de 1994.

<sup>42</sup> SOTO NIETO, F., "Prueba de testigos y su valoración procesal" en Diario la Ley, Sección Columna, Nº 6462, 2006. pp.27.

<sup>43</sup> STS 97/2009 de 9 de febrero. Rec. 1173/2008. ECLI ES:TS: 2009:624.

<sup>44</sup> STS 1139/2009, de 30 de octubre. Rec. 265/2009. ECLI ES:TS: 2009:7234.

<sup>45</sup> STS 169/2019 de 28 de marzo. Rec. 365/2018. ECLI ES:TS: 2019:1360.

<sup>46</sup> STS 282/2018, 13 de junio de 2018. Rec.10776/2017. ECLI ES:TS: 2018:2182.

LECrím, lo cual ha originado algunos debates doctrinarios y jurisprudenciales, por lo que es necesario analizar a detalle la referida norma.

El mencionado art. 416 de la LECrím hace referencia a la dispensa de todos aquellos testigos con relación parental con el procesado, al respecto el debate se origina por el hecho de si se debe o no excluir de este requerimiento a los testigos con cualidad de víctimas del hecho acaecido.

Al respecto la doctrina mayoritaria al interpretar la norma considera que las víctimas por comisión de delitos contra la indemnidad sexual o violencia de género no deben ser incluidos en la dispensa prevista en la precitada norma, fundamente este criterio en las razones siguientes:

- En primer lugar, sostienen que el legislador al redactar los arts. 416 y 417 de la LECrím. No tomaron en cuenta a los testigos con cualidad de víctimas, sino que establecieron estas dispensas para el caso de personas que mantuvieran una relación parental con el procesado, pero no para el caso de que estas personas resultaren ser las víctimas del delito. Por ello sugieren que esta norma debe ser objeto de reforma.
- En segundo lugar, manifiestan que la supresión del deber de no declarar establecido en el art. 416 de la LECrím. está relacionado directamente con el art 216 del mismo texto en el que igualmente aluden a los sujetos exentos del deber de denunciar.
- Señalan que, en los casos de violencia de género o delitos contra la indemnidad sexual, en la gran mayoría, los únicos testigos suelen ser las víctimas, porque son hechos perpetrados habitualmente en lugares aislados y sin presencia de personas. De modo que no se debería aplicar la dispensa en la oportunidad de formular la denuncia.
- Además, señalan que las víctimas de violencia de género no deben ser equiparadas al testigo definido en el art 416, porque no es posible aplicarle el art. 707 de la LECrím. Por ser un testigo especial.

Este criterio también está sustentado por la FGE al percibir que hay un número significativo de Fiscalías que consideran la necesidad de reforma del art. 416 de la LECrím. Debido a las dificultades que ocasiona la aplicabilidad de

la norma en los casos de violencia de género<sup>47</sup>.

En términos similares manifestaron expertos de violencia de género del CGPJ, haciendo referencia a las dificultades técnicas que estaba generando el aplicar la normativa de la LO 1/2004<sup>48</sup>, pues afirmaba que para poder garantizar seguridad jurídica y brindar mayor protección a las víctimas, era necesario que el legislador admitiera la necesidad de reforma explícita del art. 416 de la LECrim.

En el sentido de dejar sentado que para las víctimas de violencia de género no es aplicable la dispensa de declarar con relación a los delitos perpetrados frente a ellos por acusados con los que tienen un vínculo parental<sup>49</sup>. Asimismo, fue ratificado en el informe del 28/06/2007, resaltando que las bases que sustentan la dispensa vienen dadas por el respeto a la solidaridad familiar de un testigo que resulte estar emparentado con el procesado que incurre en la comisión de delitos que no atentan a bienes jurídicos de un testigo que no es víctima y es agredida por su pareja o cónyuge.

Sin embargo, cuando acudimos al análisis del criterio jurisprudencial del TS y las AP se observa que el art. 416 de la LECrim es aplicado a cualquier testigo que tenga vínculo parental con el procesado, sin hacer ningún tipo de distinción en el delito o cualidad especial del testigo y solamente aceptan que este testigo pueda renunciar a ese derecho, de modo que en los casos de denuncia a instancia de parte y en aras de recibir protección en su cualidad de víctimas, no es viable aplicar la referida dispensa, por esa razón consideran innecesaria la aclaratoria planteada en el art. 416.1.

Este criterio es sostenido por el TS en algunos pronunciamientos donde se percibe que en sus argumentos explica que la finalidad de la exención para rendir declaración de testigos con vínculo parental con el procesado, prevista en el precitado art., lo que pretende es brindar una solución al testigo que se ve ante el conflicto de tener que declarar la verdad de los hechos y el deber de

---

<sup>47</sup> Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado 2020. “Capítulo V, sobre algunas Cuestiones de interés con tratamiento específico. [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html). Consulta 04/12/2022.

<sup>48</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Publicado en BOE núm. 313, de 29/12/2004.

<sup>49</sup> Informe de 20 de abril de 2006, del Grupo de expertos en violencia de género del CGPJ. Publicado el 20/04/2006. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/?vgnnextlocale=es&startAt=20&pag01=2> Consulta 04/12/2022.

solidaridad que surge de su relación familiar con el procesado. El testigo se enfrenta a esta disyuntiva y el precepto le brinda la posibilidad de no declarar, dispensa que es igualmente válida para los testigos con cualidad de víctima del procesado, así sea un familiar<sup>50</sup> (FD.1°).

En otro fallo del TS recuerda que en muchos casos donde la víctima resulta ser familiar del procesado y esta decide formular igualmente la denuncia, el alcance de la dispensa prevista en el art. 416 de la LECrim es relativa porque entendemos que aun cuando la ley la excusa, la víctima formula espontáneamente la denuncia a sabiendas que al hacerlo tendrá que declarar<sup>51</sup> (FD.3°).

Es decir, entiendo que cuando la propia víctima libre de coacción presenta la denuncia y obtiene la protección personal, no procede la aplicación del art. 416.1 de la LECrim., la cual entendemos como supuesto que justifica a los que se niegan a rendir declaración contra procesados porque tienen un vínculo parental, pero su negativa a declarar es por la relación parental, pero no son las víctimas del delito que le imputan a este procesado. En otras palabras, el art. 416.1 reconoce a los testigos un derecho renunciable, pero no por denunciar de forma espontánea hechos de los que han sido víctimas y por lo que solicitan a funcionarios policiales les brinden protección<sup>52</sup>.

De modo que es un derecho que la persona decide ejercer o no, puede renunciar a este en cualquier etapa en las que el testigo deba informar: sea en la investigación policial, instrucción o juicio oral. No siendo necesario informar al testigo víctima del derecho a dispensa cuando por ejemplo acuda en la fase policial a denunciar al agresor, así tenga con este algún vínculo parental de los previstos en el art. 416 is de la LECrim.

No obstante, en la etapa de instrucción y en el juicio oral (art. 710 de la LECrim) la situación es distinta porque es deber del juez informar al testigo víctima su derecho a la dispensa legal, resaltar que no está obligado a declarar contra el inculpado pariente y dejar constancia de su respuesta. De hecho, no se trata de un mero trámite por parte del juez, porque el no cumplimiento de

---

<sup>50</sup> STS 134/2007 del 22 de febrero de 2007. Rec. 10712/2006. ECLI ES:TS: 2007:1947.

<sup>51</sup> STS 319/2009 del 23 de marzo de 2009. Rec. 11295/2008. ECLI ES:TS: 2009:2139.

<sup>52</sup> STS 625/2007, de 12 de julio. Rec. 10015/2007. ECLI ES:TS: 2007:5286.

este deber puede ser causa de nulidad de la diligencia y de la prueba por vulnerar lo previsto en el art 11<sup>53</sup> de la LOPJ.

Sin embargo, este criterio no es compartido por el TC quien sostiene que hay razones legales suficientes para invalidar la declaración del testigo víctima por el hecho de que el juez no haya cumplido con la formalidad de informarle sobre su derecho de dispensa a no rendir declaración porque desde el punto de vista de la tutela efectiva resulta desproporcionado tal formalidad cuando es sobreentendido que el testigo conoce de su derecho<sup>54</sup>.

Con relación a la procedencia o no de la dispensa en la etapa de juicio oral tampoco hay un criterio unificado, el más reciente y sustentado de forma mayoritaria considera que cuando la víctima declara contra el inculpado pariente automáticamente se rompe el vínculo parental, por lo tanto la dispensa pierde sentido legal<sup>55</sup>. Luego en otro de sus pronunciamientos alude a los fundamentos STS del 26/03/2009, en la que reitera que no es necesario que en la etapa de juicio oral se comprueben los vínculos parentales del testigo víctima con el procesado para comprobar que este puede ejercer su derecho a no rendir declaración<sup>56</sup>.

No obstante, y en virtud a la disparidad de criterio en materia de dispensa legal, el TS en Pleno acuerda que las personas que mantienen o tuvieron algún vínculo parental de los previstos en el art. 416.1 de la LECrim con el inculpado quedan exentos del deber de rendir declaración contra el procesado. Quedando eximidos a declarar: a) sobre hechos ocurridos tras ser disuelto el vínculo matrimonial o que definitivamente cese la relación afectiva; y, b) cuando el testigo adquiera la cualidad de acusador en el proceso<sup>57</sup>.

Por otra parte, debemos mencionar otra de las dificultades percibidas en la práctica de las testificales, se trata del valor probatorio cuando es rendida en

---

<sup>53</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE núm. 157.

<sup>54</sup> STC 94/2010, de 15 de noviembre. Publicado en BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010.

<sup>55</sup> STS 17/2010 del 26 de enero de 2010. Rec. 10615/2009. ECLI ES:TS: 2010:655.

<sup>56</sup> STS 459/2010 de 14 de mayo de 2010. Rec. 11529/2009. ECLI ES:TS: 2010:2648.

<sup>57</sup> Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013. sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim. Disponible [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Tribunal\\_Supremo/Jurisprudencia/Acuerdos\\_de\\_Sala/ci.Acuerdos\\_del\\_Pleno\\_No\\_Jurisdiccional\\_de\\_la\\_Sala\\_Segunda\\_del\\_Tribunal\\_Supremo\\_de\\_24\\_04\\_2013\\_sobre\\_la\\_interpretacion\\_del\\_art\\_416\\_de\\_la\\_LECrim\\_formato3](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Acuerdos_de_Sala/ci.Acuerdos_del_Pleno_No_Jurisdiccional_de_la_Sala_Segunda_del_Tribunal_Supremo_de_24_04_2013_sobre_la_interpretacion_del_art_416_de_la_LECrim_formato3)

fase de investigación policial, pues los testigos con cualidad de víctima en fase de juicio oral deciden acogerse a la dispensa legal (art. 707 bajo los supuestos del 416 de la LECrim). No obstante, para su valoración se exige previamente dejar constancia de que el testigo se le ha informado de la posibilidad de ejercer la dispensa, a excepción de aquellos que hayan denunciado voluntariamente. El caso es que el TS se inclina por la idea de que estas declaraciones no están sujetas a valoración porque considera que valorarlas implicaría neutralizar el efecto pretendido al aceptar ejercer la dispensa en la fase de juicio oral.

Igualmente ha manifestado la imposibilidad de incorporarla a la fase de juicio oral a través del art. 730 de la LECrim en el que ya se ha dispuesto los casos en que la diligencia no es posible reproducirla en el plenario, situación que no ocurre cuando el testigo no rinde declaración por haber ejercido la dispensa.

Además, el art. 714 de la LECrim no podrá ser invocado para incluir estas declaraciones porque la única posibilidad permitida en esta norma es para valorar la credibilidad de la prueba durante el juicio oral, que es la verdadera prueba y la constituye esencialmente las declaraciones de testigo que refutan y plantean oposición<sup>58</sup>.

En oposición a este criterio la AP de Huelva, resuelve recurso de amparo donde el recurrente se opuso a que el MF haya solicitado durante la fase de instrucción dar lectura a la declaración de la víctima y el Juez haya negado la solicitud alegando que no se encuentran en los supuestos establecidos en el art. 730 de la LECrim para que dicha declaración pase a formar parte de las pruebas en el juicio y, además enfatizo sobre su valoración para dictar sentencia, aun con lo establecido en el art 416 LECrim., manifestando que la dispensa no se le está dando el sentido pretendido por la norma, porque el derecho a no rendir declaración al ser ejercido tardíamente solamente surtirá efectos cuando se inste. De modo que en estos casos no opera la retroactividad y no tendrá validez dicha declaración<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> STS 129/2009, 10 de febrero de 2009. Rec. 763/2008. ECLI ES:TS: 2009:629/ STS 273/2009 de marzo de 2009. Rec. 686/2008. ECLI ES:TS: 2009:1776.

<sup>59</sup> SAP Huelva 49/2009, 5 de Marzo de 2009. Rec. 54/2009. ECLI ES: APH: 2009:283.

No obstante, si este fuera un criterio unificado de la jurisprudencia los niveles de impunidad disminuirían considerablemente, cuando no hay otras pruebas valor suficiente para debilitar la presunción de inocencia, porque son muchos los casos donde los testigos con cualidad de víctimas se acogen a la dispensa por las amenazas no solo del procesado sino del mismo grupo familiar.

En ese sentido tras el análisis de la casuística jurisprudencial es importante llamar a la reflexión a nuestro legislador, porque en los términos que la norma actual prevé la dispensa legal (art. 416.1 LECrim) exige ser replanteada y ajustada a la realidad social y las nuevas tipologías delictivas. Especialmente en materia de violencia de género, delito que cada día cobra mayor fuerza y requiere de una regulación que no permita que tantos casos queden impunes y brinde mayor protección a las víctimas. Por eso es necesario trabajar hacia una reforma normativa que no brinde al testigo víctima la dispensa de no declarar<sup>60</sup>.

### **I.3. DISTINCIÓN ENTRE TESTIGO DIRECTO Y DE REFERENCIA**

Al inicio de nuestra investigación en el capítulo I, al definir al testigo pudimos identificar los tipos de testigo más relevantes. Sin embargo, merece la pena diferenciar al testigo directo del testigo de referencia, en atención a la forma en que ha podido obtener información sobre los hechos controvertidos.

Así el testigo directo es el sujeto que conoce de los hechos por haberlos presenciado por alguno de sus sentidos, es decir, a través del tacto, vista u oído. De modo que en la oportunidad de rendir declaración podrá narrar lo que escucho, lo que sintió o haya visto<sup>61</sup>.

Con respecto al testigo de referencia, el TS lo define como el sujeto que suministra información de los hechos porque terceras personas le han

---

<sup>60</sup> ORTEGA CALDERON, J. Artículo 416 LECrim y menores tras la reforma por LO 8/21 de 4 de junio. Publicado por El Derecho.com. el 04/08/2021. <https://elderecho.com/articulo-416-lecrim-y-menores-tras-la-reforma-por-lo-8-21-de-4-de-junio>

<sup>61</sup> BELZUZ ABOGADOS. La figura procesal del testigo en los procedimientos judiciales. Publicado el 25 de junio de 2015. <https://www.belzuz.net/es/publicaciones/en-espanol/item/1009-abogados-especialistas-en-procedimientos-judiciales.html>

manifestado algún tipo de datos al respecto, pero no porque directamente haya presenciado el suceso<sup>62</sup>.

En ese sentido ambos testigos directo y referencial al rendir su declaración deberán indicar los motivos y forma en que han obtenido la información a los fines de que el juez pueda valorar la declaración. Entendiendo que estos motivos y formas se refieren al modo, tiempo y lugar en que obtienen información del suceso.

Con respecto a las razones de los testigos directos, se puede presumir su admisión por parte del juez, porque sus conocimientos sobre el hecho los ha experimentado directamente, en cambio con los testigos referenciales la información suele generar dudas porque conoce de este a través de terceros que generalmente cuentan los hechos sustentados en criterios de percepción muy personal, es decir, deriva de la conducta expresiva de un testigo directo<sup>63</sup>.

En el proceso penal es admitida la declaración del testigo referencial cuando este puede detallar de forma muy específica el origen de la información, aportar los datos de identificación plena de la fuente y especificar el modo tiempo y lugar en que conoció a la persona que le suministra la información (art. 710 de la LECrim). Cumplidos estos requisitos se podrá valorar como un medio de prueba admisible. Sin embargo, es un medio de prueba de carácter supletorio, pues solo es admitida cuando no se logra obtener una prueba directa.

Pero de ninguna forma podrá ser admitida la declaración de un testigo de referencia cuando la identidad del testigo directo que le ha transmitido la información de los hechos se desconoce o se oculta tal como ocurre con los funcionarios policiales confidentes<sup>64</sup>.

Con el testigo de referencia se lleva al proceso penal otro interlocutor, y resulta complejo determinar la veracidad de sus declaraciones, porque no hay forma de constatar si la información que le ha dado el testigo directo fue interpretada correctamente por el testigo de referencia. Por esa razón se le

---

<sup>62</sup> STS 732/2009, 7 de julio de 2009. Rec. 1416/2008. ECLI ES:TS: 2009:4587.

<sup>63</sup> DEL CASO JIMÉNEZ, María. La prueba testifical en el proceso penal. Editorial Jurídica Sepín. 2018. pp. 134

<sup>64</sup> ASENCIO MELLADO, Jose. Derecho Procesal Penal. Universidad de La Rioja. Valencia. 2012. Pp. 158-160.

exige a este tipo de testigos que al rendir declaración debe detallar las circunstancias en que recibió información sobre el hecho<sup>65</sup>.

No obstante, en el ámbito jurídico penal el testigo referencial es objeto de debates en torno a la eficacia como medio de prueba y en qué casos debe ser admitida en el proceso penal. Parte de las dificultades que surgen con el testigo referencial es su cualidad transmisora de una información vista y escuchada por otra persona. No estamos frente a inconvenientes en torno a su legalidad es más bien cuestiones de credibilidad, por eso no hay que apoyarse en la declaración de referencia en los casos que es posible la declaración del testigo directo<sup>66</sup>.

Bajo la misma línea se argumenta que no se debe otorgar al testigo de referencia el rol protagónico en la fase de juicio oral, ni fundamentar una resolución condenatoria en estas declaraciones. A pesar de admitir el valor legal de esta declaración se sugiere no darle tanta relevancia en el proceso porque consideran que rompe el vínculo de intermediación entre el testigo y el objeto conocido. Y de admitir esta declaración se recomienda emplear otros medios probatorios para verificar la veracidad de esta<sup>67</sup>.

Por su parte el TS les otorga a las declaraciones de referencia el carácter complementario a los fines de fortalecer otras pruebas que se hayan practicado, y considera viable otorgarle el carácter subsidiario en los casos que la declaración del testigo directo sea imposible practicarla por circunstancias que imposibiliten su presencia en el juicio<sup>68</sup>.

## **I.4. EFECTO RASHOMON EN LA PRUEBA TESTIFICAL**

La definición genérica del efecto «Rashomon» nos lleva representar el carácter relativo de la verdad y resalta la relevancia de algunos elementos que influyen en la narrativa del testigo al momento de la reconstrucción de sucesos

---

<sup>65</sup> MARTÍNEZ NAVARRO, Daniel. La Prueba Testifical en el Proceso Penal Español. Biblioteca de la Universidad Miguel Hernández. 217.pp.18

<sup>66</sup> RIVES SEVA Antonio. La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala 2º del Tribunal Supremo, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999. pp.238.

<sup>67</sup> COBO DEL ROSAL, Maria. Cuadernos de Política Criminal N° 7, Universidad La Rioja. 2002, pp. 527.

<sup>68</sup>STS 129/2009, 10 de Febrero de 2009. Rec. 763/2008. ECLI ES:TS: 2009:629.

acaecidos, me refiero a elementos como la ideología, la memoria, la cultura, experiencias anteriores y emociones.

Por una parte, la creatividad de la memoria del testigo y por la otra, la influencia de su ideología la que puede alterar su percepción de ciertos aspectos del hecho. Asimismo, las experiencias anteriores vividas por el testigo y la intensidad de sus emociones pueden desvirtuar la realidad según su percepción, lo que trae como consecuencia distintas versiones del hecho acaecido, y en ocasiones pueden resultar contradictorias.

De modo que la base del efecto «Rashomon» es el carácter subjetivo de diversos hechos. Incluso los mismos profesionales del Derecho, los abogados en aras de brindar sus servicios en defensa de su representado pueden desvirtuar los hechos al reconstruir la verdad para defender los intereses personales del cliente. Así en el ámbito jurídico se dice que estamos en presencia del Rashomon, cuando los testigos al rendir su declaración relatan el mismo hecho de forma contradictoria.

No obstante, Rashomon causa revuelo tras el rodaje cinematográfico de una película japonesa basada en la consecución de un hecho punible donde sus personajes narran el hecho de forma diferente, la historia versa sobre el homicidio de un samurái y la violación de su cónyuge<sup>69</sup>.

En este caso el jurado eran los espectadores quienes asistieron a las declaraciones testificales de los involucrados. Entre ellos estaba un monje que antes de acaecer los hechos se había encontrado con el fallecido (samurái) y su cónyuge. Luego tenemos un testigo presencial (leñador). El sujeto activo de ambos delitos (bandido). Y, las dos víctimas, el samurái fallecido junto con la cónyuge violada<sup>70</sup>.

Frente a la comisión de dos hechos punibles al momento de su declaración los personajes relatan lo ocurrido haciendo su propia interpretación de lo acaecido desde su perspectiva, lo cierto es que los hechos narrados de

---

<sup>69</sup> Vid. PRINCE, S. La Cámara del Guerrero: el cine de Akira Kurosawa. Ed. Princeton, Nueva Jersey. Prensa de la Universidad de Princeton, 1999.

<sup>70</sup> RICHIE, Donald. Las películas de Akira Kurosawa. 3ª ed. California. University of California Press, 1998. Pp. 70 y ss.

los testigos no coinciden. Recordemos que la película es grabada al mismo tiempo, en cierto plano y diferentes perspectivas<sup>71</sup>.

Sin embargo, el jurado popular como espectador no conoce la realidad de los hechos, y ello les genera dudas porque solo cuentan con las diferentes versiones de los personajes y sin ningún medio probatorio con esa estudiada intención. De modo que desde una perspectiva jurídica el jurado solo tiene las testificales contradictorias de los distintos personajes quienes han narrado el hecho tal como lo han interpretado.

Ahora bien, traslademos la situación del jurado y el tema del rodaje al verdadero ámbito jurídico y analicemos la difícil tarea de los jueces para la valoración probatoria de unas testificales totalmente diferentes en el proceso penal español. Porque no nos han planteado relatos falsos, sino testigos que han declarado desde su propia interpretación, para estos esa es la verdad, y a pesar de que existen diversos medios de prueba, aquí se nos plantea la prueba testifical, que además es el tema de nuestra investigación<sup>72</sup>.

Basándonos en el tema del rodaje cinematográfico y en el valor probatorio de la prueba testifical y versus el efecto Rashomon, apreciamos el interés evidente de que el culpable sea castigado y al mismo tiempo que el inocente no sea sancionado injustamente. Ambos intereses por sí mismos resultan discordantes, pero ante la necesidad de administrar justicia y la posibilidad de dejar impune a un culpable y condenar a un inocente, parece que la solución es acudir al principio *in dubio pro reo*.

No obstante, es necesario resaltar que el régimen procesal acusatorio se rige por el principio de libre valoración de la prueba, de modo que si no contamos con más pruebas que estas declaraciones, no existe al menos una duda razonable de culpabilidad, posiblemente el juez deberá dictar una sentencia absolutoria al no estar plenamente convencido de la culpabilidad y ante tales circunstancias prima la presunción de inocencia.

---

<sup>71</sup> AKIRA KUROSAWA. El cine de Akira Kurosawa. Publicado por Artium, Biblioteca y Centro de documentación. <https://catalogo.artium.eus/dossieres/5/akira-kurosawa/el-cine-de-akira-kurosawa> (26/12/2022)

<sup>72</sup> DE PRADA GARCÍA, Aurelio. "Rashomon en los Tribunales. Hechos y relatos judiciales sobre los hechos". En Martínez Paricio, J.I. y Moreno Camillo, Capítulo I: Comprender el presente, imaginar el futuro. Nuevas y viejas brechas sociales. Ed. Corisco, Italia. 2018. pp. 46-62.

Los jueces al momento de su decisión en circunstancias como la planteada deben aplicar tanto el criterio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, porque las contradicciones suscitadas sobre los hechos declarados le impiden acreditar la culpabilidad del procesado.

Para condenar al procesado por la comisión de los delitos de violación y homicidio es indispensable demostrar la certeza de los hechos más allá de una duda razonable. Tal como lo exige la doctrina sostenida por el TS, al menos una actividad mínima de prueba de cargo<sup>73</sup> (FJ. 2º), exigencia que reitera en sus fundamentos argumentativos en un fallo emitido en el 2015<sup>74</sup>.

Sin embargo, como no existen otros medios de prueba y además las testimoniales resultan contradictorias sobre los hechos acontecidos, los jueces requieren aplicar ciertas reglas para establecer el valor probatorio de estas declaraciones sin tener que violentar el principio de presunción de inocencia.

Si bien es cierto que el juez tiene libre potestad para definir si una prueba testimonial desvirtúa o no la presunción de inocencia, al punto que el Tribunal superior no valora el carácter subjetivo de valoración en aplicación del principio de inmediación, es fundamental que los tribunales mantengan la valoración de la prueba mientras no se pueda demostrar que el juez de instancia haya incurrido en error de hecho, por haberlas valorado en contradicción a las reglas de la sana crítica y máxima experiencia<sup>75</sup>.

El uso de la potestad de libre valoración que haga el juez de primera instancia sobre las pruebas practicadas debe ser respetado por el Tribunal de apelación, cuando el proceso de valoración sea debidamente motivado y acorde al razonamiento emanado en de la sentencia. Uno de estos medios probatorios a los que aludimos es precisamente las testimoniales del procesado, víctimas y testigos. Al momento de valorar estas declaraciones como son pruebas de carácter personal, deben primar los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad.

---

<sup>73</sup> STS 53/2011 del 10 de febrero de 2011. Rec. 1622/2010. ECLI ES:TS: 2011:355.

<sup>74</sup> STS 454/2015, 10 de Julio de 2015. Rec. 10746/2014. ECLI ES:TS: 2015:3377.

<sup>75</sup> SEVILLA CÁCERES, Francisco. Valoración de la prueba por el Tribunal de apelación. Mundo jurídico. 2022. <https://www.mundojuridico.info/valoracion-de-la-prueba-por-el-tribunal-de-apelacion/> (26/12/2022).

Al respecto en la doctrina jurisprudencial se ha generado debate en cuanto a la es determinante la aplicación del principio de inmediación y, por esa razón, el juez de instancia es quien está en la capacidad para decidir acerca de la credibilidad o no de lo escuchado y visto durante la fase de juicio oral<sup>76</sup>.

Por su parte el TC<sup>77</sup> sostiene que la presunción de inocencia es un derecho constitucional que para limitar su ejercicio exige debe existir una actividad de cargo mínima de la que sea posible presumir o deducir que el procesado es culpable de los hechos imputados, que la actividad probatoria derive de la parte acusadora y que esta cuente con las debidas garantías procesales, especialmente que se haya obtenido de forma lícita y en sujeción a los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción; y que si es valorada al momento de dictar sentencia esta sea suficientemente razonada<sup>78</sup>.

No obstante, por mandato constitucional, el art. 24 de la CE le reconoce al procesado el derecho a no declarar su culpabilidad ni a rendir declaraciones que lo afecten personalmente, ni que sus declaraciones puedan ser calificadas de falsas, para que luego pueda incurrir en delitos de falsos testimonios conforme lo previsto en el CP. De modo que las declaraciones de los procesados merecen ser valoradas por el juez con mayor cautela porque no resultan fiables, por lo tanto, exigen precisar elementos para reconocer estas declaraciones.

Por otra parte, los arts. 410 al 412 de la LECrim, nos establecen de forma expresa las personas obligadas a rendir testificales y aquellas exentas en determinados supuestos. Pero cualquiera de las que la norma obliga a declarar deben decir absolutamente la verdad de los hechos vistos o escuchados, directa o indirectamente, de lo contrario quedan expuestos a ser imputados por falso testimonio.

---

<sup>76</sup> BARONA VILAR, Silvia. "Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria" Vol. 2 en González Cano, La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2017, pp. 77-148.

<sup>77</sup> STC 31/1981 de 28 de julio de 1981. Rec. 40/1981. Publicado en BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.

<sup>78</sup> MORENO CATENA, Victor. Derecho Procesal Penal. Ed. Tirant lo Blanch. 9ª edición, Valencia 2019. Pp. 145.

Estas circunstancias nos otorgan un mayor margen de credibilidad a los testimonios personales más que a los del procesado. Por tanto, hay que afirmar que las declaraciones de testigos son un medio de prueba de naturaleza personal y de carácter instrumental porque a través de este se transmite al juez el conocimiento del hecho, obligando a quien lo rinde a jurar que dice la verdad.

Con respecto a las declaraciones de las víctimas, aunque en ocasiones no son imparciales en virtud de la afectación por los hechos, eso no impide que sean valoradas como medio de prueba, inclusive se admite como única prueba de cargo para emitir la sentencia.

Así lo ha establecido el TS<sup>79</sup> en reiterados fallos al igual que el TC<sup>80</sup>, especialmente cuando son casos donde la comisión de los delitos es ejecutada en un entorno de clandestinidad y es complejo obtener otros medios de prueba.

Claramente eso no quiere decir que estas declaraciones puedan desvirtuar la presunción de inocencia, porque para eso es necesario: a) la falta de credibilidad en virtud de la relación existente entre la víctima y el procesado, que nos pudieran llevar a presumir que existe un resentimiento, interés de venganza o cualquier otro que pudiera poner en duda la certeza de la declaración; b) hay constatar que existen confirmaciones reiteradas que corroboren una versión de los hechos que no es precisamente el testimonio presentado, por una persona ajena al proceso, sino la declaración de la parte, dado que la víctima también puede convertirse en parte acusadora o perjudicada civilmente en el proceso (arts. 109 y 110 de la LECrim.).

De modo que es de gran importancia verificar objetivamente la existencia del hecho; c) que la incriminación persista en el tiempo, sin contradicciones ni equívocos, porque al ser valorada como la única prueba que enfrenta la negativa de un procesado que alega su inocencia, pues prácticamente se convierte en la única posibilidad de impedir la indefensión del acusado y poder cuestionar de forma eficaz su declaración, y dejar en evidencia las contradicciones que adviertan la falta de veracidad<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> STS 313/2002 del 22 de febrero de 2002. Rec. 532/2000. ECLI ES:TS: 2002:1251/ STS 294/2008, 27 de mayo de 2008. Rec. 1931/2007. ECLI ES:TS: 2008:2452.

<sup>80</sup> STC 176/1990 del 12 de diciembre de 1990. Rec. 949/1988. Publicado en BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1990/ STC 229/1991, de 28 de noviembre de 1991. Publicado en BOE núm. 3, de 3 de enero de 1992.

<sup>81</sup> STS 678/2019 del 06 de marzo de 2019. Rec.779/2018. ECLI:ES:TS: 2019:678.

No obstante, los jueces al atender las reglas de la sana crítica conforme lo disponen los arts. 410 al 450 de la LECrim, les corresponde valorar la fuerza probatoria de estas testificales. Para finalmente según su máxima experiencia aprecia las pruebas aportadas y argumentadas por la parte acusadora, la defensa y lo expresado por el procesado a los fines de emitir la respectiva sentencia conforme lo dispone el art. 741 de la LECrim.

En base a lo antes expuesto, podemos retomar el denominado efecto Rashomon, relativo a las distintas versiones que sobre los hechos declaran los testigos en el rodaje cinematográfico de Akira Kurosawa, situación que en base a lo que hemos analizado en relación a la valoración de la prueba testifical en el proceso penal, corresponde definitivamente al juez su valoración conforme a la máxima experiencia y reglas de criterio racional, determinar en este caso de las declaraciones emitidas por estos personajes cual ofrece credibilidad.

Nadie es más idóneo y calificado para determinar la certeza de lo declarado, cuando son ellos de manera precisa quienes examinan personalmente a los testigos. Son los jueces quienes tienen la capacidad para deducir cuando una declaración es preparada, cuando el testigo incurre en contradicciones o cuando realmente dice la verdad sobre los hechos<sup>82</sup>.

## CAPITULO II

### MARCO LEGISLATIVO DE LA TESTIFICAL DEL MENOR EN EL PROCESO PENAL

El Estado español siempre ha tenido el instinto protector hacia los menores y ello lo percibimos en el amplio desarrollo normativo que componen el régimen jurídico de protección del menor<sup>83</sup>. En ese sentido, se puede partir desde la LO 1/1996<sup>84</sup>, de Protección Jurídica del Menor (LOPJ), la cual a través

---

<sup>82</sup> GUILLÉN, Antonio y otros. La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno: actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano. Ediciones Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones. 2000. Pp. 521-522.

<sup>83</sup> COLÁS TURÉGANO, Asunción., "Derecho Penal de menores", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 357.

<sup>84</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

del art. 9.1 establece que la comparecencia del menor al proceso penal debe ajustarse al desarrollo evolutivo del menor y procurando la protección de su intimidad.

Así mismo, España, como parte de la UE y firmante de tratados internacionales, ha realizado ajustes en su normativa en sujeción a las premisas expuestas por entes supranacionales. Por una parte, desde la aprobación del RD de 14 de septiembre de 1882<sup>85</sup>, la LECrim ha sido objeto de varias reformas en materia procesal penal a los fines de brindar mayor protección al menor.

Luego la Decisión Marco 2001/220/JAI<sup>86</sup> además de impulsar la reforma de la LECrim a través de la LO 8/2006<sup>87</sup>, establece en sus arts. 2 y 8.4 la exigencia a los EM a procurar durante las actuaciones de las víctimas estas reciban un trato digno, brindarles un tratamiento especial a las que sean más vulnerables y garantizarles protección cuando rinda declaración en audiencia pública.

Igualmente, en la referida DM en el punto 14 exige que las actuaciones del menor en los procesos penales se lleven en un ambiente adecuado y cónsono a la edad, madurez y habilidades del niño, adaptándolo a un lenguaje de fácil comprensión. Más adelante en el punto 23 sugiere procurar los esfuerzos necesarios para impedir que los menores se sometan a muchas intervenciones.

Posteriormente al transponer la normativa española a la Directiva 2012/29/UE<sup>88</sup> al establecer normas en protección y apoyo a las víctimas provoca cambios significativos en la LECrim con el impulso de la ley 4/2015<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en Gaceta de Madrid núm. 260.

<sup>86</sup> Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (2001/220/JAI). Publicado en DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

<sup>87</sup> Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006.

<sup>88</sup> Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Publicado en DOUE núm. 315, de 14 de noviembre de 2012

<sup>89</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicado en BOE núm. 101, de 28/04/2015.

Fue así como se logra modificar el régimen jurídico del menor en el proceso penal y brindar mayor protección en su cualidad de testigo o víctima de la comisión de un delito<sup>90</sup>.

## CAPITULO III

### TRATAMIENTO DEL MENOR COMO TESTIGO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

La normativa española para el tratamiento de menores como testigos o víctimas en el proceso penal, ha previsto de forma obligatoria la asistencia del MF y la de expertos de forma facultativa (art. 433 de la LECrim 2006). Pero luego con la reforma producida con la Ley 4/2015, ambas intervenciones quedan bajo la potestad del juez en decidir de la necesidad de sus actuaciones al momento de la declaración del menor en aras de impedir afectación del menor víctima por su falta de madurez (art. 433 de la LECrim 2015).

Por otra parte, en la LECrim 2006, se exigía impedir que el menor testigo se confrontara visualmente con el procesado en la oportunidad de rendir declaración (art. 448 de la LECrim 2006); sin embargo, tras la reforma de la ley procesal de 2015, la exigencia se comporta como una posibilidad (art. 448 de la LECrim 2015). También establecida para los procesos penales abreviados (art. 707 de la LECrim).

Así la norma permite el uso de cualquier herramienta tecnológica para impedir la confrontación visual cuando el menor rinda declaración. Y, por último, en los arts. 455 y 713 de la LECrim se limita la intervención de menores en la práctica de careos salvo en los casos donde el juez lo considere indispensable y no contraproducentes para el interés del menor.

Igualmente, a través del art. 731 Bis de la LECrim, se acuerda que los tribunales podrán utilizar las videoconferencias o herramientas similares que

---

<sup>90</sup> ALCALA MARTINEZ SAGRERA, Cristina. El menor en el proceso penal: Sus declaraciones como víctima y como testigo. Publicado por la Biblioteca de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 2017. Pp. 12.

hagan posible la comunicación simultánea de sonido e imagen para las actuaciones de los menores en el proceso penal.

Al mismo tiempo la referida ley procesal prevé la implementación de medidas de protección para las menores víctimas, cuando el procesado haya incurrido en la comisión de los delitos previstos en el art. 57 del CP. Entre estas medidas se encuentra la suspensión de la patria potestad.

Por otra parte, cabe resaltar que producto de la trasposición del ordenamiento español a través de la LOPJM recobran valor los principios establecidos en la Convención de los derechos del niño al reconocer la titularidad de los derechos de los niños. Asimismo, hace especial referencia al principio fundamental del interés superior del menor.

En ese sentido la LOPJM en su art. 2 establece que los menores tienen derecho a ser tomados en cuenta para la toma de decisiones que los afecten indistintamente de que tales decisiones sean de orden público o privado.

Después mediante la Ley 1/1996<sup>91</sup>, ratifica a los menores su derecho a la asistencia jurídica gratuita e instituye el rol fundamental del MF en la protección y defensa de los menores en su cualidad de víctimas o testigos, tal como lo prevé la Ley 50/1981<sup>92</sup>.

Y, en materia de normativa estatal las CCAA han desarrollado normativa en aras de brindar protección al menor. No obstante, la mayor parte de sus normas deriva de las competencias atribuidas por el art. 148.1.20 de la CE; en materia de asistencia social.

Finalmente es importante mencionar que recientemente con la aprobación de la Ley 8/2021<sup>93</sup>, se brindan mayores medidas de protección a los menores involucrados en procesos penales, al ser modificados ciertos preceptos que para el desarrollo de nuestra investigación son relevantes. me refiero específicamente a la reforma vertida en los siguientes artículos de la LECrim: 1) art. 261: ha previsto la excepcionalidad en el sistema general de

---

<sup>91</sup>Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Publicado en BOE núm. 11, de 12/01/1996.

<sup>92</sup> Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Publicado en BOE núm. 11, de 13/01/1982.

<sup>93</sup> Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Publicado en BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

dispensa del deber de denunciar, al exigir a los familiares cercanos y el cónyuge formular denuncias contra el familiar autor de delitos graves cuando las víctimas sean menores de edad; 2) art 416: en la misma línea de intereses de especial protección para los menores de edad, este precepto fue objeto de reformas al incluir ciertas excepciones para dispensar el deber de rendir declaraciones; 3) art 449 bis: acuerda practicar la declaración como prueba preconstituida en soporte de la grabación audiovisual con la finalidad de aumentar las medidas de protección del menor y no someterlo en reiteradas oportunidades al acto de declarar e impedir su victimización; 4) art. 449 ter: este precepto también fue objeto de reforma, al exigir que en los casos de determinados delitos graves donde las víctimas o testigos sean menores de catorce años, su audiencia debe ser convertida en prueba preconstituida.

De modo que ha regulado sistemáticamente la prueba preconstituida como parte de las garantías para menores en calidad de testigos y/o víctimas, haciendo efectivos ciertos cambios en las medidas cautelares en el ámbito penal para su acogida en el proceso penal. Así como la obligatoriedad de preconstituir la prueba si el testigo es menor de catorce años. De modo que estos casos el juez una vez preconstituida la prueba solamente puede acordar su declaración en la fase de juicio oral, cuando exista un interés suficiente motivado del juez o las partes.

### **III.1. CAPACIDAD PARA RENDIR DECLARACION**

La norma constitucional, en su art. 12 de la CE, establece los dieciocho años como la mayoría de edad, lo que supone capacidad plena del sujeto para obrar civilmente. Pero en realidad esta edad, se comporta en todos los ámbitos como un punto de referencia, lo cual no implica que se pueda determinar diferentes límites de edad que por motivos se establezcan para ejercer algunas obligaciones y derechos. En el caso de las testificales del menor en los procesos penales la LECrim se rige por la edad que ha establecido la CE.

En el caso del menor de dieciocho años, se parte del criterio que cualquier sujeto en capacidad de advertir lo que sucede en su entorno y pueda

relatar lo sucedido podrá actuar como testigo y rendir declaración en el proceso penal aun cuando no haya alcanzado la mayoría de edad<sup>94</sup>.

Por otra parte en el proceso penal, el menor además de adquirir la cualidad de testigo, también podrá hacerlo como víctima cuando este ha sido el sujeto pasivo de un delito de abuso o agresión sexual, de modo que actúa como testigo-víctima, ocupando una posición activa en el proceso, siempre y cuando tenga la capacidad o madurez suficiente para ser parte del proceso, de lo contrario su participación será por representación (art. 109 de la LECrim) Quedando limitada su actuación a rendir declaración sobre los hechos.

Sin embargo, la posición del menor en el proceso quedara sujeta a que decida ejercer la acción penal y civil, aunque esta última es accesoria. Si ejerce la acción penal, su posición toma relevancia al rendir su testifical y pasa a ser parte del proceso<sup>95</sup>. Sin embargo, recordemos que en el proceso penal no se establecen límites por razón de edad para rendir declaración, de hecho toda persona que sea llamada por el tribunal para rendir testifical está en el deber de hacerlo (art. 410 de la LECrim), salvo las personas exentas (art. 416 de la LECrim), En todo caso el juez deberá informar al testigo de su derecho a la dispensa y manifestar si se acoge a esta o no. Pero observamos, que la norma no exime expresamente al menor para declarar, de modo que podrá hacerlo con su representante legal.

En esta misma línea debemos tener presente que por las características particulares y desarrollo evolutivo del menor, su intervención en el proceso penal los coloca en una posición más vulnerable y proclive a la victimización. Hay que tener presente las consecuencias emocionales y físicas que puede originar en el menor su participación en el proceso, por lo que exigen un tratamiento encaminado siempre a brindarle la mayor asistencia y protección e igualmente prestarle objetividad al momento de su testifical.

Cuando los menores de edad intervengan en los procesos penales es indispensable la presencia del MF especialmente en los procesos cuando el

---

<sup>94</sup> ARROM LOSCOS, Rosa., "La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Art. 433 de la LECrim", Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, N°. 3, 2015, pp. 15.

<sup>95</sup> BUJOSA VADEL, Lorenzo., "La prueba de referencia y garantías procesales", Diario La Ley, N°. 6821, 2007, pp. 10-11.

menor interviene como testigo-víctima que generalmente son casos de delitos de abuso y agresión sexual. Porque incurrir en errores en este tipo de causas o archivar la investigación de forma prematura puede implicar graves consecuencias no solo para las partes sino para las víctimas, por ello se pretende que estos procesos de abusos sexuales con menores víctimas se les binde prioridad y calidad en sus actuaciones<sup>96</sup>.

Partiendo de la premisa de que el testigo menor de edad merece un tratamiento especial, debemos resaltar que es posible graduar los niveles de protección según la edad de los menores, si existe o no relación parental entre la víctima y el procesado, si este es o no víctima del delito objeto de la causa, y la gravedad del delito cometido.

Hay que tener presente que la mera intervención del menor en el proceso es perturbadora y traumática, por lo que su participación debe fundarse en esta idea por lo tanto debe buscarse evitar que las evaluaciones de expertos psicólogos, médicos y psiquiatras se practiquen más de una vez si no es necesario. Es decir, al momento de evaluar al menor el experto debe procurar en un solo acto, explorar, evaluar y diagnosticar, para no someter nuevamente al menor a este acto.

Y en esta misma línea, debería ser tratado al momento de rendir su declaración. Este criterio es el que debe pretender el MF, y procurar que el menor no sea sometido dos veces a rendir declaración, a menos que sea absolutamente necesario. Como funcionario garante debe procurar que el menor deba revivir nuevamente el sufrimiento de relatar el hecho traumático por el que ha pasado.

Asimismo, en la etapa de juicio oral se debe evitar reiteradas suspensiones, impedir que se promuevan y admitan preguntas que ponen en duda la credibilidad de lo declarado por el menor e irrespeten su dignidad.

Cuando sea posible se debe procurar que los menores no rindan declaración ante los funcionarios policiales, sobre todo si este tiene la cualidad de víctima de un delito contra la indemnidad sexual. De esa manera

---

<sup>96</sup> Circular 3/2009 de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Referencia: FIS-C-2009-00003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>

disminuimos al menor las diligencias perturbadoras y traumáticas y la duplicidad de declaraciones, siendo necesario en estos casos dar algunas pautas a la Policía Judicial para prescindir de su declaración y ordenar su traslado al Juzgado de Guardia para preconstituir la prueba.

Por otra parte, merece la pena insistir en que aun con la reforma aplicada en la LECrim a través de la LO 8/2006<sup>97</sup> en materia de testigos, tampoco hace referencia a límites de edad para declarar, por lo que suponemos que dicha normativa también es aplicable al menor de dieciocho años. Pero con relación a la edad para aplicar las medidas de protección incorporadas por sus normas, no exige atender a la edad del testigo cuando conoció de los hechos sino a la edad al momento de rendir su declaración.

Tal como lo mencionaba en párrafos anteriores, es indispensable la presencia del MF en los casos que estén involucrados menores, no obstante, su importancia en la fase de instrucción no es precisamente por su deber de asegurar una eficaz investigación, sino en su función de protector y vigilante de que los derechos del menor sean respetados y que se brinde al procesado las debidas garantías del proceso.

Cuando el menor rinde declaración durante la fase de instrucción, la presencia del MF es esencial para el acopio de información sustancial que le permitirá decidir si es necesario o no proponerlo como testigo para la fase de juicio oral, de no ser necesario pues entonces hacer lo conducente para preconstituir la prueba, ordenar la citación de testigos de referencia o impulsar las diligencias necesarias para soportar la credibilidad del testimonio. Si por el contrario, se considera necesario que declare en fase de juicio oral, podrá promover medida cautelar a los fines de impedir su doble victimización; y finalmente en esta fase de instrucción podrá inclinarse por solicitar el sobreseimiento de la causa.

Por su parte el art. 4332 de la LECrim en su tercer párrafo prevé de forma facultativa la asistencia de expertos. Estos profesionales en las áreas de psicología infantil psiquiatras o pedagogos. podrán orientar acerca de la forma

---

<sup>97</sup> Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006.

más adecuada de tratar al menor según las circunstancias de cada caso en particular. Pero en realidad la asistencia técnica de estos expertos se definirá considerando la edad del menor, el tipo de delito y cuando el menor además de ser testigo es víctima del hecho; estos aspectos serán determinantes para valorar la conveniencia de su intervención. De modo que en interés del menor y a los fines de evitar causarles perjuicios al menor la asistencia de expertos y participación del MF.

En ese sentido de ser necesario podrán formularse las preguntas al menor a través de los expertos e incluso limitar o evitar la presencia de las partes durante el interrogatorio, siendo el juez quien ordenara se disponga lo conducente para que las partes trasladen las preguntas a los expertos.

La intención del legislador es brindar mayor protección a los menores durante los interrogatorios y los fiscales procurarán que en los procesos con menores sean ellos los primeros en declarar<sup>98</sup>.

### **III.2. VALORACIÓN DE LA TESTIFICAL**

Las pruebas con reconocimiento para desvirtuar la presunción de inocencia son la practicadas en la fase de juicio oral, aunque hay mecanismos el señalado en el art. 730 de la Lecrim que permiten incluir ciertas diligencias practicadas en sumario, sin que éstas vulneren los principios de oralidad, intermediación y contradicción<sup>99</sup>.

A través de la precitada norma es posible dar lectura de testimonios rendidos en fase sumarial que a simple vista podrían desvirtuar la presunción de inocencia pero según la doctrina consolidada del TC<sup>100</sup> deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) que haya razones motivadas que no permitan reproducir las declaraciones en la fase de juicio oral; b) que sea posible garantizar la contradicción; c) que resulte indispensable la participación del juez

---

<sup>98</sup> Circular 3/2009, Pautas generales sobre interrogatorios a menores, pp. 22.

<sup>99</sup> STC 57/1986, 14 de mayo de 1986. Rec. Amparo 10/1985. Publicado en BOE núm. 141 del 13 junio 1986.

<sup>100</sup> STC 303/1993, 25 de octubre de 1993. Rec. amparo 1.669/1989. Publicado en BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1993.

de instrucción; y, d) que la incorporación de los testimonios sumariales se realice mediante lectura documentada.

Sin embargo, aun ante la exigencia de estos requisitos en la práctica todavía surgen dudas en cuanto a las garantías de contradicción, al exigir que las testificales de cargo y del procesado se rijan por el principio de contradicción en el sentido de que estas se pudieran desvirtuar por la defensa en la fase de sumario.

No obstante, en la práctica se considera efectiva la contradicción cuando al momento de rendir las declaraciones de índole incriminatoria está presente el defensor y participa en las diligencias de investigación. Así entendíamos que se garantizaba el principio de contradicción. Pero los inconvenientes para determinar el valor probatorio de estas diligencias surgen cuando la defensa no está presente.

Sin embargo, en la práctica este criterio se ha matizado y ahora se admite la lectura de diligencias en la fase de sumario sin la presencia de la defensa y cuando esto ocurre los tribunales justifican su ausencia con argumentos distintos. Por ejemplo, para el TS, la incomparecencia del defensor implica la ausencia del principio de contradicción y ello puede desencadenar tres importantes situaciones: Por una parte, considerar la incomparecencia como conductas negligentes de la parte que estaba en rebeldía; que a pesar de haber citado a comparecer no asistió, que no haya formulado preguntas y que no asiste a la prueba anticipada.

En segundo lugar, se considera que se ha perdido la oportunidad de formular preguntas al testigo de cargo por falta de gestión procesal del tribunal, es decir, se pierde la oportunidad de preconstituir la prueba aun cuando era posible; o simplemente la defensa no fue citada. Y, por último, precisa circunstancias imprevistas y ajenas a las partes, por ejemplo, fallece el testigo, la fase sumarial se declara secreta o que el procesado no se ha podido localizar y/o identificar<sup>101</sup>.

No obstante, si se plantean algunas de estas circunstancias, podemos interpretar que el respeto al principio de contradicción no exige que el defensor

---

<sup>101</sup> STS 1031/2013 del 15 de marzo de 2013. Rec. 214/2011. ECLI:ES:TS: 2013:1031.

interrogue al procesado, sino que es suficiente haber tenido la posibilidad de interrogarlo.

Para los dos primeros supuestos descritos el criterio de aplicación del principio contradictorio es unánime, es decir, si la incomparecencia de la defensa o el procesado es por conductas imputables a estos entonces se ha ejercido el principio de contradicción; pero si la incomparecencia de estos se debe a la falta de gestión del órgano jurisdiccional se considera que no se ha respetado el principio de contradicción, por lo tanto, la prueba de cargo carece de validez conforme a lo previsto en el art. 730 de la Lecrim.

Ahora bien cuando la incomparecencia no puede ser imputada ni a las partes ni al tribunal, la situación se torna compleja porque la jurisprudencia no ha logrado unificar criterios; y aunque coinciden en que las pruebas pueden ser valoradas mientras no sean configuradas como únicas pruebas, pero cuando estas se enfrentan a otras pruebas que validen los testimonios incluidos por medio del art. 730 de la LECrim, sus criterios son distintos cuando las declaraciones sumariales son llevadas a la fase de juicio oral y se convierten en la única prueba acusatoria.

En ese sentido observamos la disparidad de criterios en sus fallos, por ejemplo en algunos han considerado que se ha vulnerado el principio de contradicción cuando no se hacen interrogatorios por causas no imputables a la parte y, la sentencia condenatoria se sustenta en la vulneración de la presunción de inocencia, aludiendo a la doctrina sustentada en la STDH<sup>102</sup> donde el tribunal europeo sostiene que los derechos de defensa se ven limitados por incompatibilidad con las garantías previstas en el art 6º cuando la sentencia condenatoria se fundamenta solamente en el testimonio de un sujeto que no ha podido ser interrogado por el procesado ni en fase de instrucción ni en juicio<sup>103</sup>.

En otros fallos del propio TS se considera ejercido el principio de contradicción cuando el defensor está presente en la fase de instrucción y los

---

<sup>102</sup> STDEH de 5 diciembre de 2002. Craxi/ Italia

<sup>103</sup> STS 3059/2015 del 02 de junio de 2015. Rec. 1973/2014. ECLI:ES:TS: 2015:3059.

alegatos vertidos son oportunos con respecto a los testimonios, de hecho, es posible solicitar nuevas declaraciones<sup>104</sup>.

No obstante, frente a la disparidad de los criterios descritos, pareciera ser el más idóneo el que considera que cuando la falta de interrogatorios no pueda ser imputada ni al órgano jurisdiccional ni a las partes a pesar de afectar la contradicción exigible, no podemos invalidar la prueba de forma automática.

Si bien es cierto que la regla general exige el ejercicio del principio de contradicción no debemos descartar las pruebas sin valorar las circunstancias en cada caso de forma particular, hay que ponderar y acudir a otros mecanismos seguros que permitan valorar las pruebas incluidas en declaraciones sumariales de testigos que no pudieron ser interrogados por otros defensores con intereses contrarios<sup>105</sup>.

En definitiva, podemos afirmar que podrán ser valoradas las pruebas admitidas por medio del art. 730 de la LECrim como única prueba de cargo aun cuando el defensor no participare activamente, pero a pesar de ello no dejan de surgir controversias cuando la falta de interrogatorios no se puede imputar ni al tribunal ni a la defensa<sup>106</sup>.

### III.3. TESTIFICALES POR VIDEOCONFERENCIA

Uno de los mayores aportes a los medios probatorios en el proceso penal son las videoconferencias. Aplicable a casi todos los supuestos previstos en el art. 229.2 de la LOPJ (testimonios, interrogatorios, careos, inspección de informes y vista de informes periciales). Este medio de prueba se lleva a cabo en presencia del juez, las partes y audiencia pública, a excepción de los casos mencionados en los arts. 325 y 731 bis de la LECrim que por razones legales se acogen al uso de la videoconferencia<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> STS 3994/2015 del 09 de septiembre del 2015. Rec. 1998/2014. ECLI:ES:TS: 2015:3994.

<sup>105</sup> STS 6623/2013 del 12 de diciembre de 2013. Rec. 10596/2013. ECLI:ES:TS: 2013:6623.

<sup>106</sup> YEBRA GAGO, Paula. Valor probatorio de las declaraciones sumariales introducidas vía artículo 730 Lecrim. Especial referencia al principio de contradicción. Publicado por Legal Today el 09/05/2016. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/valor-probatorio-de-las-declaraciones-sumariales-introducidas-via-articulo-730-lecrim-especial-referencia-al-principio-de-contradiccion-2016-05-09/>

<sup>107</sup> MONTESINOS GARCIA, Ana. La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal. Ed. Marcial Pons, 2009. Barcelona. Pp. 63.

De acuerdo al criterio sostenido por la FGE, la videoconferencia como medio de prueba es de gran utilidad en los procesos penales, pero especialmente para las testificales. En ese sentido la señalado en la instrucción 3/2002<sup>108</sup> algunas de sus aplicaciones en las pruebas de testigos:

En primer lugar, menciona su utilidad para las declaraciones de expertos y testigos cuando se presentan dificultades de desplazamientos por razones personales del testigo (por ejemplo, alguna condición física que le impida trasladarse a la sede del tribunal).

En segundo lugar, hace referencia a los beneficios que brinda en cuanto protección, ofreciendo al testigo la posibilidad de declarar sin tener que enfrentar la presencia del procesado (testigo-victima o vínculos familiares con el procesado) otorgando así al testigo la libertad de narrar los hechos libres de la presión que tales circunstancias puedan generar.

Sin embargo, la videoconferencia resulta uno de los medios de prueba más relevante en aquellos casos de delitos sexuales o violencia de género, porque evitamos la victimización secundaria y si se trata de una menor resulta de gran aporte en interés del menor.

Además, se utiliza en casos donde se requiere practicar la prueba con inmediatez y no se puede suspender dada la posibilidad de perder la función probatoria al existir situaciones urgentes, por ejemplo, ante la posibilidad de no lograr la declaración de un testigo que está en fase terminal de una enfermedad y se presume su muerte antes de los términos para rendir declaración. Recordemos que la prueba testifical se practica en la fase de juicio oral, esa es la regla general.

Nuestra norma procesal así lo admite a través del art. 419 de la LECrim, al señalar que si el testigo tiene algún tipo de impedimento físico para acudir a la sede del tribunal, el juez de instrucción podrá constituir el domicilio de este en la sede para rendir declaración siempre y cuando el interrogatorio no ponga en riesgo la salud del testigo, por lo que suponemos que es posible en estos casos valerse de la videoconferencia para obtener su testimonio<sup>109</sup>. Pero

---

<sup>108</sup> Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, acerca de actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia. FIS-I-2002-00003. 01/03/2002.

<sup>109</sup> MONTESINOS GARCIA, Ana. Op. cit. pp. 73

también por razones de distancia se podrá constituir en domicilio el órgano judicial de la comunidad en el competente para brindar el auxilio de tal manera que el testigo comparezca a la práctica de la videoconferencia.

El uso de la videoconferencia para las pruebas de testigos especialmente de menores de edad, testigos protegidos y de referencia nos permite obtener su declaración libre y espontánea, brindando protección pues reduce las posibilidades posible presión psicológica frente a casos de delitos de agresión sexual, organizaciones criminales, narcotráfico, situaciones donde los testigos comparecen al tribunal con el temor de represalias por el sujeto activo del delito. Un ejemplo de la utilidad se observa en un caso donde el testigo estaba residenciado en Gran Bretaña y rinde su declaración por videoconferencia<sup>110</sup>.

En caso de las declaraciones testificales, el juzgado u órgano instructor donde ha de realizarse la vista (según la fase procesal en que se practique) estarán presente el juez y las partes que formularan las preguntas al testigo durante su declaración por videoconferencia. De modo que el uso de este medio de prueba podrá ser acordado de oficio o por solicitud de los testigos intervinientes en el proceso<sup>111</sup>.

#### **III.4. DECLARACIÓN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN**

Una vez entra en vigor la LO 8/2006, el art. 433 de la LECrim, nos indica que las declaraciones de los menores de edad durante la fase de instrucción siempre deben ser rendidas en presencia del MF y el juez, pero también nos permite de forma facultativa que sean realizadas ante expertos, según sea el caso y en interés del menor, igualmente podrán estar presentes los padres o quien ejerza la patria potestad, a menos que estos resulten ser los imputados y el juez mediante auto motivado acuerdo lo contrario. Y, el juez puede ordenar que la declaración sea grabada.

El rol del MF en el acto de declaración del menor es con fines de protección de sus derechos fundamentales y el TC ha resaltado su importancia

<sup>110</sup> ATS 2153/2006 del 26 de octubre 2006 (JUR 2006\276689)

<sup>111</sup> RUIZ BELTROL, Laia. Aportacion y valoracion de la prueba testifical en el proceso penal. Publicado por la Universidad De León. 2018. Pp. 77.

en un proceso civil donde no se había permitido la presencia del MF mientras el menor estaban rindiendo declaración; y argumenta que aun cuando la norma admite que este acto se realice sin que las partes estén presentes, (arts.138.2 y 754 de la LEC) esta exclusión no se extiende al MF, pues la norma exige su intervención en el proceso en defensa de la legalidad y protección de los derechos del menor afectado.

Por lo tanto, su presencia es esencial a los fines de que pueda velar por los intereses del menor, escucharlo y formularle preguntas que le permitan conocer su versión de los hechos para poder determinar su afectación personal y familiar; y de ser necesario solicitar al tribunal adoptar medidas de protección para el menor<sup>112</sup>.

Además, el MF al presenciar la declaración del menor durante la instrucción le permite acceder a información relevante y determinante como decidir si el menor debe o no ir a juicio oral en calidad de testigo, si es necesario hacer alguna diligencia para constatar la credibilidad del testimonio, preconstituir la prueba, citar testigos de referencia, valorar si es necesario promover medida cautelar para impedir la victimización y finalmente si procede o no el sobreseimiento<sup>113</sup>.

Con respecto a la presencia facultativa de sus padres o de quien ejerza la patria potestad o guarda, entendemos a priori que puede ser en beneficio del menor, en el sentido de brindarle apoyo, confianza y seguridad en el acto. Sin embargo, el juez podrá negar la presencia de estos, cuando resulten ser los imputados del hecho pues no tendría sentido su presencia cuando la intención del legislador es procurarle seguridad y protección al menor.

Pero la norma también prevé la excepción de la presencia de los padres o representantes, aunque no sean los imputados. Entendemos que el fundamento de esta excepción viene reflejado en el art. 162 del CC cuando reconoce a los padres o quien ejerza la patria potestad la representación de los hijos no emancipados, pero a la vez los exceptúa cuando se pruebe la existencia de conflictos de intereses entre padres e hijos.

---

<sup>112</sup> STC 17/2006, de 30 de enero de 2006. Rec. amparo 6707/2001. Publicado en BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2006.

<sup>113</sup> Doctrina de la FGE. Circular 3/2009 de 10 de noviembre, sobre protección de menores víctimas y testigos. Pp. 9.

De modo que podemos deducir que de esta excepción basada en conflictos de intereses es donde se fundamenta la posibilidad de excluirlos del acto de declaración del menor, aunque existen otros supuestos que motiven esta excepción, por ejemplo que se perciba el interés de los padres en evitar que el menor colabore con la investigación del hecho, sin embargo al no tener la certeza de ello y permitir la asistencia al acto, no se permitirá que los padres intervengan durante la declaración del menor e intenten orientarlo en su narrativa.

Con relación a la asistencia de expertos la norma se refiere a ellos de forma general, no especifica a que tipo de expertos se refiere, pero entendemos que se trata de profesionales en psicología o psiquiatría que puedan orientar como debe ser tratado el menor durante el acto de declaración. Su asistencia o intervención también dependerá de la edad del menor, que este además de ser testigo sea la víctima del delito y la tipología del delito también influye en la determinación de la asistencia de expertos.

En estos casos en que es admitida la asistencia de los expertos, al momento del interrogatorio del menor se deben seguir las instrucciones del experto, especialmente si se trata de menores de muy corta edad donde se dificulta el dialogo directo se sugiere que el mismo experto sea quien formule las preguntas, pero previamente debe reunirse con el MF y el juez a los fines de determinar el objeto pretendido.

No obstante, si antes de que el menor rinda declaración se ha solicitado la práctica de evaluación psicológica se sugiere al experto que en su informe manifieste si el menor puede rendir declaración sin resultar afectado psicológicamente y de ser necesario proponer las medidas preventivas convenientes para que declare sin inconvenientes.

En la practica el MF tiene como regla general escuchar las sugerencias motivadas de los expertos en cuanto a si estos sugieren que el menor no sea citado como testigo a la fase de juicio oral. De modo que si el menor aún no ha declarado es posible proponer que su declaración sea grabada en sujeción al principio de contradicción exigido para preconstituir la prueba, y siempre en interés del menor<sup>114</sup>.

<sup>114</sup> Doctrina de la FGE. Circular 3/2009, op. cit. pp. 10.

Un aspecto que merece la pena destacar con respecto al deber de prestar juramento de jóvenes y menores como testigos es que una vez entra en vigor la LO 8/2006 el legislador suprime el deber del juez de instrucción de informarles sobre su obligación de decir la verdad y las sanciones en que podrían incurrir por falso testimonio.

De modo que los menores quedan exentos de prestar juramento, pero si se les pueden advertir de lo importante en decir la verdad de los hechos y aquellos que sean mayores de 14 años la posibilidad de ser sancionados por la LORPM si se comprueba que han mentido.

Sin embargo, el art. 706 de la LECrim sigue vigente para la fase de juicio oral, de modo que una vez haya comparecido el mayor de 14 años con cualidad de testigo deberá prestar juramento en los términos previstos en el art. 434 de la LECrim.

Posiblemente lo coherente debió ser incorporar a la fase del juicio oral la previsión de que los testigos menores de 18 años no prestaran juramento, pero al no existir una norma que lo estableciera expresamente obligó a mantener vigente el art. 706 de la LECrim.

### **III.5. DECLARACIÓN DE LOS MENORES CON CUALIDAD DE VÍCTIMAS EN EL JUICIO ORAL**

Diversas investigaciones realizadas por profesionales de la psicología han señalado que los menores enfrentan elevados niveles de estrés al tener que declarar por lo que se sugiere tomar ciertas consideraciones para reducir este nivel de estrés, por ejemplo, implementar las grabaciones de las testificales, hacer pausas durante la declaración e interrogatorios, evitar el contacto visual con el procesado.

No obstante, en un intento de disminuir estos efectos en el menor y lograr la eficacia del testimonio se sugiere darle prioridad al menor al momento de testificar, es decir, que sea el primero en el orden de señalamiento, evitarle largas esperas para ingresar a la Sala, en la medida de lo posible procurar que el menor sea acompañado por expertos al momento de declarar, evitar el uso

de togas durante su declaración y que estos puedan estar sentados al declarar<sup>115</sup>.

Al respecto resulta importante resaltar que cuando los menores deben enfrentar el acto de testificar, es necesario tomar algunas previsiones para contrarrestar los niveles de estresen el menor, por ello la Academia de Psiquiatría infantil (1999) sugiere utilizar medios audiovisuales, hacer algunas pausas durante su testifical, evitar público y que este no se enfrente física y visualmente con el procesado.

Por otra parte, las Naciones Unidas<sup>116</sup> ha sugerido que cuando los menores deban intervenir en procesos penales en calidad de testigos o estos sean víctimas hay que considerar la posibilidad de hacer recesos mientras el menor este declarando, que las fechas y horarios de celebración de las sean pautas considerando el más adecuado para el menor según la madurez y edad del menor, y establecer un régimen estricto de notificaciones de asistencia de tal manera que podamos asegurar que el menor no tendrá que volver al Juzgado.

Asimismo, la ONU insiste en aclarar la importancia de previsión de estas medidas especiales para los menores porque no se tratan solamente resguardar el interés del menor, sino que de ello también dependerá la calidad y fiabilidad del testimonio pues mientras el menor enfrente menor estrés su testimonio será de mejor calidad.

En ese sentido el MF tiene como regla general evitar en la medida de lo posible evitar que los menores de edad testifiquen en la fase de juicio oral, no solo en interés del menor sino para obtener un testimonio de calidad. Así entre las sugerencias para brindar mayor protección al menor nos refieren evitar el contacto visual entre el menor y el procesado. Analicemos en que consiste y qué medios tecnológicos se pueden utilizar para lograrlo y resguardar al menor y mantener indemne los derechos del procesado a la contradicción y validez de la prueba.

---

<sup>115</sup> HERNAN BELLIDO, J. Psicología del testigo. El menor como testigo. Publicado por la Universidad de Alicante. 2008. pp.9

<sup>116</sup> ONU. Resolución 2005/20 del 10 de agosto de 2005, sobre Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Punto 30. Pp. 9. Disponible [http://www.aimjf.org/download/Leyes\\_ES/Sexual\\_Right\\_and\\_sexual\\_violence/Directrices\\_sobre\\_la\\_justicia\\_en\\_asuntos\\_concernientes.pdf](http://www.aimjf.org/download/Leyes_ES/Sexual_Right_and_sexual_violence/Directrices_sobre_la_justicia_en_asuntos_concernientes.pdf)

Para ello debemos recordar que con la reforma realizada mediante la LO 14/1999<sup>117</sup>, el art. 707 de la LECrim dio acceso con carácter facultativo al uso de medios audiovisuales para evitar el contacto visual entre testigo menor de edad y el procesado.

De tal manera que al estar involucrados menores en calidad de testigos, el juez podía ejercer esta potestad en sujeción al interés menor y acordar que el interrogatorio se llevara a cabo evitando el contacto visual de este con el acusado, pudiendo utilizar cualquier medio tecnológico o audiovisual disponible: Sin embargo, el juez debería previamente que el menor fuere evaluado por experto pericial que confirmara la no lesividad o afectación del menor. Una vez obtenido el informe pericial el mediante resolución debidamente motivada podía acordar este interrogatorio.

Luego esa norma es modificada a través de la LO 8/2006<sup>118</sup> suprimiendo el carácter facultativo, la necesidad de un informe psicológico previo y la resolución del tribunal motivando la necesidad de confrontación entre el testigo y el procesado. En otras palabras, cuando los menores sean o no víctimas y deban declarar en la fase de juicio oral se debe evitar el contacto visual con el procesado a través del uso de cualquier medio tecnológico que permita aplicar la prueba<sup>119</sup>.

Fue así como se determina la no aplicabilidad del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno<sup>120</sup> para los procesos penales con menores en calidad de testigos que exigía al juez motivar por resolución cuando acordara la no confrontación visual entre el testigo menor y su agresor en la fase de juicio oral, tal como lo establecía la LO 19/1994, art.2. b.

No obstante, la reforma además distinguía entre la contradicción indispensable y la confrontación evitable entre procesado y testigo menor. En ese sentido al exigir la contradicción el procesado o su representante legal deberán formular preguntas al menor testigo, pero esto no quiere decir

<sup>117</sup> Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999.

<sup>118</sup> Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006.

<sup>119</sup> Doctrina de la FGE. Circular 3/2009, op. cit. pp. 18.

<sup>120</sup> TS del 6 de octubre de 2000, Sala Segunda

necesariamente que deban tener un contacto físico, visual y directo entre ambos.

Por otra parte, la norma también exige que cuando el menor deba testificar en juicio oral se impida el contacto visual con el inculpado, y este acto no afecta la igualdad procesal entre partes cuando el testimonio es rendido en presencia de su abogado representante quien deberá proteger sus intereses, todo en aras de brindar protección al testigo<sup>121</sup>.

En términos muy similares el TEDH en el caso Bellerín/España, ha señalado que los intereses de víctimas y testigos son amparados por el art. 8 del CEDH, cuando deben rendir testificales pues los Estados están obligados a organizar el proceso penal de tal manera que no peligren los intereses de las partes.

Por esa razón estos procesos deben estar regidos por el principio de equidad y justicia, en el sentido de sopesar los intereses de defensa del inculpado y de testigos. Las motivaciones argumentadas para establecer la modalidad de desarrollar la prueba están sustentadas en brindar protección a la salud emocional del menor y para el TEDH, nuestro proceso penal brinda estas garantías al menor.

En este caso particular de Bellerín/España afirma el tribunal que no se ha vulnerado el art. 6.3.d del CEDH porque el abogado del demandante siempre tuvo la posibilidad de interrogar al menor testigo menor. De modo que podemos afirmar que el ejercicio de la contradicción no obliga al inculpado estar presente para el interrogatorio de los testigos cuando existan motivos suficientes para ello, su abogado representante puede formular las preguntas<sup>122</sup>.

De modo que en los casos penales donde sea posible la intervención de los menores en la fase de juicio oral, no debe privar el hecho de que sea en calidad de testigo o víctima o, del delito investigado, porque la ley exige de su presencia en esta fase de juicio, y más aún cuando se les pueda brindar medidas de protección como el uso de mamparas o la videoconferencia, para impedir la confrontación física con su agresor y, de esa forma practicar la

---

<sup>121</sup> STEDH 1996\20 de 26 de marzo de 1996. Doorson/Holanda, ECLI:ES:AN:2018:4656.

<sup>122</sup> STEDH, de 4 de noviembre de 2003 en el Caso Bellerin/España.

prueba con el medio probatorio adecuado que no afecte la salud mental del menor.

Sin embargo antes de que se previera con carácter legal, ya el TC<sup>123</sup> la había aceptado desde 1994 al argumentar que no era posible el principio de contradicción y el anonimato de testigos de cargo, por no cumplir lo previsto y exigido por el art. 6 CEDH; mientras que en los casos donde las testificales se pudieran calificar de ocultos y no de anónimos, es decir, que el procesado no pueda visualizar al testigo pero que admite ejercer al procesado el ejercicio de contradicción y conocer la identidad del testigo para todas las partes del proceso pueda respetarse a los fines de asegurar el derecho de defensa y que el juez pueda valorar el desarrollo del acto para luego emitir sentencia sobre la inocencia o culpabilidad del procesado, entonces se asumirán cumplidas las previsiones del referido art. 6.3.d del CEDH. Así lo ha señalado el TC<sup>124</sup>.

Igualmente ratifica lo dicho al año siguiente cuando admite que en esos casos se restringe el principio de publicidad en la fase de juicio ello no implica incurrir en porque se han respetado los principios de contradicción, inmediación, oralidad y defensa que caracterizan el acto del plenario, en el sentido de que todas partes del proceso han podido constatar que los testigos fueron sometidos a los respectivos interrogatorios<sup>125</sup>.

Con relación a los medios tecnológicos a utilizar para impedir el contacto visual y directo entre el menor testigo y el procesado entendemos que puede ser cualquier medio técnico o audiovisual, específicamente la videoconferencia, medio que fue incorporado con la reforma operada mediante la LO 8/2006 con el uso de la expresión “gravosa o perjudicial” en el art. 731 bis de la LECrim y al incluir la videoconferencia como medio técnico, especialmente cuando el testigo sea un menor de edad.

En ese sentido si interpretamos sistemáticamente los arts. 707 y 731 bis de la LECrim podemos concluir que las testificales de los menores de edad operan con apoyo de la norma cuando se constata la perjudicialidad de comparecencia, y por ello se admite ahora la videoconferencia.

---

<sup>123</sup> STC 64/1994 del 28 de febrero de 1994. Rec. de amparo 2.468/1991. Publicado en BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994.

<sup>124</sup> ATC 269/1994, 17 de Octubre de 1994. ECLI: ES:TC: 1994:269A

<sup>125</sup> STS 191/1995, 3 de marzo de 1995. Rec. 3476/1991. ECLI:ES:TS: 1995:1220.

Si a pesar de ello nos queda alguna duda al respecto también se puede traer a colación la Instrucción 1/2002<sup>126</sup>, con la que nos brindaba la opción del uso de la videoconferencia durante la fase de juicio oral para impedir que el inculpado y el menor tuvieran contacto visual durante las testificales. Y la Instrucción 3/2002<sup>127</sup>, nos recuerda los beneficios de la videoconferencia en los actos procesales especialmente para que los testigos declaren libre de apremios, sin ningún tipo de presión, haciendo especial referencia a los testigos menores de edad.

Por otra parte, es necesario considerar las exigencias del legislador para que los menores comparezcan a declarar ante tribunales, tal como lo establece la LO 1/1996, específicamente en los arts. 9.1 y 11.2.d, en el sentido de que dicho acto se debe practicar tomando en cuenta el desarrollo evolutivo del menor y respetar su derecho a la intimidad y condición emocional con relación al procesado.

En términos similares lo enfatiza el punto 26 de la Carta de Derechos humanos, al reconocer a los menores de edad el derecho de comparecer a los tribunales tomando en cuenta su desarrollo físico y psíquico. Brindando nuevamente la posibilidad de aplicar medidas tecnológicas con las que evitamos al menor la confrontación visual del menor con el investigado y su asistencia a la sala de juicio con el uso de circuito cerrado, mamparas o videoconferencia.

Indudablemente que el uso de técnicas análogas reduce la capacidad de neutralizar las consecuencias de la victimización secundaria, porque no impide que el menor este presente en las áreas del tribunal en las que pueda encontrarse al procesado, sin embargo, son válidos y suficientes para establecerse en casos donde no es necesario ciertos grados idóneos de protección.

En todo caso el uso de la técnica de mamparas debe ser implementado para tratar de evitar la confrontación física entre procesado y menor pero que permita al menor el contacto visual con las personas que lo acompañen, y que

---

<sup>126</sup> Doctrina de la FGE: Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, acerca de actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia. FIS-I-2002-00003.

<sup>127</sup> Doctrina de la FGE: Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, acerca de actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia. FIS-I-2002-00003

además permita que el juez, las partes y el MF puedan visualizar su exploración.

No obstante, el TS admite otra clase de cautelas para salvaguardar al menor, por ejemplo, es posible que el menor declare en compañía de algún familiar, el juez podrá suspender de forma temporal el juicio, limitar la publicidad, rendir la declaración como testigo oculto para el procesado o sin confrontación visual<sup>128</sup>

Sin embargo, en una resolución anterior, el propio TS admite que los menores de edad puedan declarar fuera del espacio destinado para las visitas, pudiendo practicar el interrogatorio en presencia del MF y el defensor en el despacho del juez<sup>129</sup>.

Igualmente les otorga valor probatorio a las declaraciones rendidas en los espacios cercanos a la sala de visitas, pudiendo el procesado visualizar el acto testifical a través de circuito cerrado<sup>130</sup>.

A pesar de que se sugiere preferiblemente el uso de mamparas también se aceptan las testificales de menores desde el paso a las puertas hacia la sala de vistas aun cuando se sugiere dejarla como última alternativa<sup>131</sup>.

Y, por último, merece la pena resaltar que en los casos de maltrato infantil cuando no sea posible la práctica de prueba preconstituida, en la oportunidad para declarar el menor en la fase de juicio oral, si existen en esa zona geográfica oficinas de atención a la víctima, esta debe ser notificada de la fecha del acto testifical con la finalidad de contar con su apoyo al menor y la familia y rinda informe del acto. Y, en aquellos casos donde el menor este bajo tutela se exige sea acompañado en el acto de declaración por un educador del centro.

### **III.6. TESTIMONIO DEL MENOR COMO VÍCTIMA DEL DELITO FRENTE A LOS LIMITES DEL DERECHO A LA DEFENSA**

---

<sup>128</sup> STS 1169/2000 del 30 de junio. Rec. 3691/1998. ECLI:ES:TS: 2000:5387.

<sup>129</sup> STS 651/2000, 5 de abril de 2000. Rec. 1845/1998. ECLI ES:TS: 2000:2795.

<sup>130</sup> STS 1123/2000, 26 de junio de 2000. Rec. 1315/1999. ECLI: ES:TS: 2000:5227.

<sup>131</sup> STS 673/2007, de 19 de julio. Rec. 10105/2007. ECLI: ES:TS: 2007:5051.

Tal como hemos reiterado durante el desarrollo de la investigación, los menores como testigos en el proceso penal y especialmente cuando también son víctimas del hecho, genera tensiones no solo para el menor sino para el propio órgano jurisdiccional debido al interés el salvaguardar la salud física y psíquica del menor y el deber de respetar el derecho de defensa y contradicción del procesado.

Nuestra normativa actual ha establecido unas reglas generales para la oportunidad de testificar de las personas, inclusive los menores; e igualmente otras normas que impiden su victimización secundaria, en aras de que el menor no resulte doblemente afectado su desarrollo emocional, pero estas medidas no dejan de afectar en cierta medida el ejercicio del derecho de defensa.

No obstante, en la actualidad se ha podido precisar que el derecho de contradicción y defensa se ha desvalorizado en virtud del uso de privilegios tanto en la fase de instrucción como del juicio oral con fines de salvaguardar a los testigos menores de edad. Al punto que el TS ha señalado la necesidad de ponderar el uso excesivo de medidas que pongan en riesgo el derecho de defensa, porque el hecho de que exista la necesidad de intervención de menores en los procesos penales no implicar debilitar las garantías procesales y que estas sean incompatibles con el deber de proteger otros bienes que exigen de una tutela cuentan con tute reforzada<sup>132</sup>.

Por ello en uno de sus fallos recientes el TS dejado sentado con carácter formativo los criterios generales de actuación procesal con intervención de menores, haciendo énfasis en el carácter excepcional de las normas que sugieren trastocar las reglas generales, supuestos y la cantidad de razonamientos motivados para su aplicación<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> SALAS PAÑOS, D. Proceso penal: Declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del Derecho de Defensa. Disponible desde el 10 de abril de 2019 en el Blog de Publicaciones jurídicas de Domingo Monforte. <https://www.domingomonforte.com/proceso-penal-declaracion-de-menores-victimas-del-delito-limitaciones-del-derecho-de-defensa/> Visualizado 06/11/2022.

<sup>133</sup> STS 188/2018, 18 de abril de 2018. Rec. 1448/2017. ECLI ES:TS: 2018:1378.

### **III.6.1. Según criterio jurisprudencial, la regla general**

El TS manifiesta que no comparte el criterio de desplazar caprichosamente el derecho de defensa y el deber de ejercer la contradicción simplemente porque la víctima del hecho punible sea un menor de edad<sup>134</sup>.

Un año más tarde reitera que no se debe ni se pueden alterar las reglas en torno a la presencia de menores en la fase de juicio oral, y la regla general es que los menores de edad deben testificar en juicio para que el juez sentenciador pueda apreciarla y valorarla directamente, porque de esta forma también se respeta el derecho de contradicción y defensa que asiste al inculpado, claro, al tratarse de menores, será su abogado representante quien presencia la declaración del menor<sup>135</sup>.

Sin embargo, aun cuando estas resoluciones aluden a la declaración de menores en la fase de juicio oral entendemos que los argumentos planteados son válidos para la declaración en la fase de instrucción. Los jueces de instrucción deben aceptar que el representante legal del inculpado este presente al momento que los menores rindan declaración salvo que existan situaciones excepcionales, y si ese fuere el caso el juez mediante resolución motivada deberá dejar constancia, pero siempre procurando afectar lo menor posible el derecho de defensa y contradicción.

### **III.6.2. Según criterio jurisprudencial, la excepción a la regla general**

El ordenamiento jurídico español deja a los jueces un margen amplio de actuación para adoptar medidas de protección cuando las personas con discapacidad o menores deban rendir testifical. De forma específica se puede traer a colación la LOPJ<sup>136</sup> a través de sus arts. 229.2 y 230; luego tenemos la LECrim en sus arts. 433, 448, 707, 730, 731 bis y 797.2; y, en el Estatuto de la víctima<sup>137</sup> mediante el art. 26 contentivo de amplias posibilidades al permitir ejercer el derecho de defensa y contradicción indirectamente, dando acceso a

---

<sup>134</sup> STS 19/2013, 9 de enero de 2013. Rec. 10694/2011. ECLI ES:TS: 2013:173.

<sup>135</sup> STS 632/2014, 14 de Octubre de 2014. Rec. 466/2014. ECLI ES:TS: 2014:3916.

<sup>136</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE núm. 157.

<sup>137</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicado en BOE núm. 101, de 28/04/2015.

los expertos profesionales y jueces para mediar mientras estos rinden declaración.

Por ejemplo, en la fase de instrucción cuando las personas con discapacidad o menores deban rendir declaración, el juez en atención al nivel del desarrollo evolutivo de estas víctimas y en aras de ocasionarles la menor afectación, podrá solicitar la participación del MF y expertos durante la practica testifical. (art. 433.3 de la LECrim).

De hecho, el juez podrá basado en estos argumentos, que los interrogatorios de los menores sean realizados a través de los expertos, también puede acordar la no presencia de las partes en el espacio físico de exploración de las víctimas. Pero organizando y facilitando lo necesario para que las partes puedan ejercer su derecho a la defensa formulando las preguntas o solicitando aclaratorias a las que haya lugar.

Asimismo, con el interés de brindar protección a los testigos victimas el legislador incorpora las videoconferencias como medio probatorio en el proceso penal a los fines de evitar que los menores en condición de víctima confronten físicamente con su agresor al momento de declarar (art. 448 de la LECrim).

No obstante también podemos relacionar el art. 448 de la LECrim (aplicable en la fase de instrucción) con el art. 730 de la LECrim (aplicable en la fase de juicio oral), pudiendo acordar a solicitud de partes, la reproducción o lectura de las actuaciones aplicables durante el juicio oral; y en efecto entendemos de lo antes descrito que es posible reproducir estas actuaciones sumariales, por razones distintas a la voluntad de las partes, por ende, es posible hacerlo con las declaraciones del menor en fase de instrucción<sup>138</sup>.

Con los beneficios que precisa esta normativa los órganos jurisdiccionales han tomado como práctica habitual de la prueba preconstituida para el desarrollo de las testificales a través de la Cámara Gesell en los procesos de delitos de indemnidad sexual o violencia de género.

---

<sup>138</sup> SALAS PAÑOS, D. Proceso penal: Declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del Derecho de Defensa. Disponible desde el 10 de abril de 2019 en el Blog de Publicaciones jurídicas de Domingo Monforte. <https://www.domingomonforte.com/proceso-penal-declaracion-de-menores-victimas-del-delito-limitaciones-del-derecho-de-defensa/>

Este instrumento técnico no es más que la videoconferencia, aplicado en tiempo real, con el cual es posible observar el desarrollo de la entrevista realizada al menor por los expertos, sin que el menor pueda conocer que le están observando. Donde el experto puede recibir por comunicación telefónica indicaciones del juez o MF para aclarar determinados puntos en la entrevista y el representante del procesado también podrá formular preguntas y que el experto plantee al menor en los términos claros, acordes a su madurez y sin que estas resulten lesivas. Tan pronto el menor rinda su declaración los resultados se trasladan al plenario, y así evitamos que el menor deba enfrentar nuevamente el trámite de rendir declaración.

Todas estas técnicas llevan intrínsecas las medidas de protección en atención al interés del menor, son potestades que ha otorgado el legislador al juez de instrucción con la única finalidad de que el menor no confronte físicamente con su agresor, pero además permite que este último ejerza su derecho a la defensa a través de su abogado representante quien será el que formule las preguntas.

De modo que ahora podemos evitar la confrontación física del menor y procesado tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, a pesar de la afectación al ejercicio del derecho de defensa que esto implica, especialmente cuando en diversos casos, las testimoniales de los menores son la única prueba que incrimina al acusado y por tanto fundamenta la acusación. Evidentemente, el principio de inmediación directa del juez que debe emitir una resolución se ve disminuida cuando las declaraciones no pueden escuchadas directamente por las partes involucradas.

### **III.6.3. Limitaciones de la prueba anticipada en la declaración de menores**

A pesar del interés protector de estas normas, el TS ha establecido ciertas limitaciones a esa práctica procesal generalizada y fija parámetros para determinar cuándo pueden o no ser utilizadas, aclarando que efectivamente hay ciertos casos que dadas las circunstancias del hecho, es imposible negar su aplicación. Es así como el máximo tribunal decide enfatizar el cuadro jurisprudencial y normativo que debemos apreciar para determinar el uso y de

la declaración de menores, cuando se practica solamente fuera de la fase de juicio oral y puedan mermar la garantía de presunción de inocencia.

En ese sentido el TS resalta los fundamentos siguientes: En el caso particular que ocupa al Tribunal este decide validar la práctica de videoconferencias para formular los interrogatorios siempre que se cumplan algunos requisitos para no menoscabar el derecho de defensa.

Con relación al uso habitual de medidas que merman el ejercicio del derecho de defensa, el TS arguye que en un fallo que había emitido con anterioridad<sup>139</sup>, que el hecho de que menores de edad tuvieran que estar presentes en un proceso penal, no podía ser un motivo para debilitar las garantías establecidas para la valoración probatoria. Indudablemente esto no quiere decir que tal afirmación no sea compatible con el deber de resguardar otros bienes que igualmente confluyen en el proceso de enjuiciamiento y que están respaldadas por la tutela del régimen jurídico español.

Asimismo, trae a colación la existencia de un marco doctrinario que exige requisitos legítimos para enervar la presunción de inocencia del procesado con el uso de la prueba preconstituida y la aplicabilidad de las videoconferencias<sup>140</sup>.

Además, recuerda que existen causas legítimas con las que se puede evitar que los menores rindan declaraciones en la fase juicio oral sustentados en la necesidad, interés y deber de salvaguardar el desarrollo evolutivo y estabilidad emocional de los menores, protegiéndolos del grave peligro de alterar su psiquis al pretender insertarlos al escenario del proceso penal. Por lo que los jueces deben ponderar su intervención tomando en cuenta la naturaleza del delito investigado en los que posiblemente sea necesario exigir brindarle mayores garantías a su intimidad<sup>141</sup>.

No obstante, estas causas legítimas deben estar suficientemente argumentadas con razonamientos claros y precisos, porque no es suficiente con los simples argumentos emitidos por los tribunales, es decir, se requiere

---

<sup>139</sup> STS 750/2016 de 11 de octubre de 2016. Rec. 10098/2016. ECLI ES:TS: 2016:4521.

<sup>140</sup> STS 1374/2018 del 12 de abril de 2018. Rec. de Casación 1984/2017. ECLI:ES:TS: 2018:1374.

<sup>141</sup> STC 75/2013 de 8 de abril de 2013. Rec. de amparo 1771-2011. Publicado en BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013.

especialmente que los argumentos sean respaldados por informes psicológicos que en sus recomendaciones indique los riesgos emocionales del menor si tuviere que comparecer y someterse a los interrogatorios de las partes<sup>142</sup>. Igualmente, el juez debe ponderar las características de personalidad del menor, su edad y madurez con respecto al caso específico.

Sin embargo, en cada caso en particular hay que considerar si es posible adoptar medidas cautelares para no prescindir de la intervención del menor en la fase del juicio oral siempre y cuando se le pueda garantizar protección al menor. De esta forma se puede valorar si el menor puede rendir declaración y practicarle el correspondiente interrogatorio evitando que confronte visualmente a su agresor o procesado, recordemos que además de las videoconferencias es posible utilizar otros medios técnicos de comunicación a distancia y que hemos descrito en párrafos anteriores.

Por otra parte, es importante establecer garantías y medidas mínimas para el ejercicio del derecho de defensa para el procesado, entre las más relevantes podemos mencionar las siguientes:

- Los procesados por la comisión de delitos contra menores de edad o en procesos donde es esencial la declaración del menor, el investigado debe ser informado de que el menor rendirá testifical.
- Al procesado hay que brindarle la oportunidad de observar el acto de declaración del menor, bien sea durante su celebración o luego por la reproducción de la videoconferencia.
- El procesado tiene el derecho de formular preguntas, indistintamente de que sea directamente o a través de su abogado representante o del experto psicólogo si fuere el caso, durante la práctica de la primera fase de la declaración o posteriormente donde se deban indicar aspectos adicionales en los que su representante considere deban formularse nuevas preguntas al menor.
- Cuando se trate de una prueba preconstituida a los efectos de incorporarla a la fase de juicio oral es indispensable que esta sea grabada para poder reproducirla en juicio y que el juez pueda constatar que se ha respetado el derecho de defensa del procesado en la

---

<sup>142</sup> STS 366/2016, 28 de abril de 2016. Rec. 2087/2015. ECLI ES:TS: 2016:1810.

oportunidad de formular las preguntas que considere necesaria para su defensa.

- Además, se debe dejar constancia de las causas legítimas que impidan que el procesado y menor víctima/testigo sean confrontados físicamente durante la práctica de su declaración.

Y, por último, resaltar los fundamentos del TS en la sentencia precitada, con relación a las diversas motivaciones que fundamentan la necesidad de que el menor no rinda declaración en la fase de juicio oral. Estos fundamentos que justifican excepcionalmente la intervención del menor en juicio también deben explicar de forma suficiente que los mecanismos de confrontación visual y el escenario de celebración del juicio tampoco impedían las consecuencias negativas en el menor, es decir, temor y ansiedad al declarar.

En definitiva, podemos afirmar que debe imperar la regla general de que los menores deben rendir declaración en la fase de juicio oral, indistintamente de que esta sea o no víctimas del delito investigado y, de ser necesario acordar alguna de las excepciones que brinda la norma para que no sean directamente interrogados por la defensa, debe ser justificado y plasmado en la sentencia, incluso es necesario ponderar las razones por las que no se han podido aplicar medidas diferentes.

En todo caso, los parámetros a seguir dependerán de los aspectos concurrentes en cada caso en particular, el hecho delictivo, edad del menor, etc., sin tomar criterios generales y ceñirse a las pautas excepcionales que ha establecido el TS (SALAS PAÑOS 2019).

### **III.7. EL CAREO EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y FASE DE JUICIO ORAL**

Para analizar este medio de prueba hay que distinguir el careo en la fase de instrucción y en el juicio oral. Este medio está previsto en los arts. 451 al 454 de la LECrim, aplicables al acusado y testigos.

Desde la perspectiva de una diligencia de investigación la norma la considera de carácter subsidiario porque requiere que inicialmente se

practiquen otras actuaciones, tales como la declaración del procesado y testigos y como resultado de estas se deriven circunstancias o hechos que discrepan en sus narrativas, es decir, que las declaraciones no coinciden; y, por otra parte, el careo es de carácter excepcional porque se lleva a la práctica únicamente cuando no existe otro medio probatorio que determine la consecución del hecho punible o culpabilidad del acusado (art. 455 de la LECrim). Así lo ha señalado el TS<sup>143</sup>, cuando el recurrente solicitaba practicar el careo entre este y la denunciante.

Sin embargo, el juez niega su práctica enfatizando el hecho de que el careo más que un medio probatorio es una diligencia que se lleva a la práctica con fines de verificar y contrastar la confiabilidad de otras pruebas, por lo tanto, es aplicable solamente en casos excepcionales donde no existe otra manera de confirmar la comisión del hecho punible<sup>144</sup>.

De tal manera que la doctrina del TS es enfática al señalar que el careo no es un medio probatorio autónomo, al contrario, es complementario y excepcional que permite aclarar dudas sobre las declaraciones rendidas por procesados y testigos.

No obstante, para que sea admitido el careo en fase de instrucción debe estar fundamentada en la discrepancia de las declaraciones rendidas sobre el hecho que versa el proceso y es de especial relevancia en el sumario. Es indiferente donde existan estas discrepancias, entre declaraciones testimoniales, entre los procesados o entre ambas; lo importante para que el juez de instrucción la acuerde es que exista una evidente deferencia entre las narrativas de los hechos<sup>145</sup>.

En ese sentido podemos afirmar que la práctica del careo tiene por finalidad constatar la veracidad del hecho investigado y para ello es necesario establecer límites, como lo es las amenazas y ofensas. Es en esa oportunidad donde los jueces de instrucción deben El Juez instructor deberá vigilar la

---

<sup>143</sup> STS 272/2017 del 23 de enero de 2017. Rec. 10262/2016. ECLI:ES:TS: 2017:272.

<sup>144</sup> ALMAGRO NOSETE, J. Derecho Procesal, Tomo II Proceso Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 294.

<sup>145</sup> CHOZAS ALONSO, J., El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Diario La Ley, Madrid, 2010, pp. 503.

práctica de esta diligencia y asegurarse de que las partes intervinientes no incurran en este tipo de improperios.

Con relación a la práctica de esta diligencia durante la fase de juicio oral, nuestra normativa procesal tan solo dedica algunos arts. al careo durante el juicio, lo cual nos lleva a suponer la relatividad de su efectividad como medio probatorio<sup>146</sup>.

Nos referimos al art. 713 de la LECrim que solo establece los límites durante su práctica, al prohibir de forma explícita el uso de improperios y propinar amenazas entre careados, pero además señala que sus fines persiguen la búsqueda de la verdad sobre los hechos acaecidos durante el careo de los intervinientes.

Luego a través del art. 729 de la LECrim nos indica que esta se podrá acordar de oficio o a solicitud de partes. Lo cual nos deja ver nuevamente los límites de su aplicación y su carácter excepcional con relación a lo previsto en el art. 728 del mismo texto al prohibir a las partes promover o solicitar cualquier otro medio de prueba diferente a las que hayan propuesto inicialmente, por lo tanto, únicamente se presentaran como testigos aquellos identificado en la lista<sup>147</sup>.

Ahora cuando hay menores involucrados en el proceso penal no solo hay que valorar si esta diligencia es o no admitida y además debemos recordar los límites de su aplicabilidad.

Lo primero en resaltar es que si esta diligencia de careo no es admitida cuando hay testigos menores de edad, no quiere decir que se está revocando la valoración de la prueba, porque esta decisión queda a discrecionalidad del juez de instrucción. Ello en virtud de lo que nos mencionaba el TS en uno de sus pronunciamientos de que más que un medio de prueba, el careo se comporta como un instrumento procesal que sirve para constatar la comisión del hecho punible o aclarar incongruencias vertidas tras las declaraciones rendidas bien sea de los testigos o acusados.

<sup>146</sup> WOLTER KLUWER. Careo procesal penal. Guías jurídicas. Diario La Ley. Publicado en 2016. Disponible en <https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4siAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC1MjS7Wy1KLizPw8WyMDAwsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAAMb-7I1AAAAWKE>

<sup>147</sup> AVAREZ GIL-ALBARELLOS, L. Testimonio de menores en el proceso penal. Publicado por la Universidad de Valladolid. 2022. Pp.47.

### **III.7.1. Admisión del careo entre el testigo menor y el sujeto activo del delito**

En cuanto a la admisibilidad de esta diligencia de investigación cuya practica implica carear al acusado con un testigo menor de edad, el art. 713 de la LECrim mantiene el mismo criterio previsto para la fase de instrucción en el art. 455 de la LECrim.

No obstante, este art. prohíbe el careo con testigos menores de edad involucrados, a menos que el juez lo considere excepcionalmente necesario, pero para acordarla la norma exige constatar si el menor pudiera resultar afectado exigiendo previamente del informe pericial.

De modo que la norma vuelve a reiterar el carácter excepcional de esta diligencia, pero cuando se trata de casos con menores involucrados es aún más restrictiva. En otras palabras, para acordar el careo con testigos menores de edad se debe estar ante la imposibilidad de prescindir su práctica y, además es imprescindible que previamente el menor sea sometido a la evaluación de profesionales expertos que confirmen que su práctica no resultara lesiva para este menor.

No obstante, para poder determinar la imprescindibilidad del careo, el juez podrá actuar de oficio o, a petición de parte. Será de oficio cuando el juez conforme a su criterio considere necesario practicarla; y a petición de parte cuando la solicitud de su práctica venga acompañada de motivaciones suficientes que la justifiquen imprescindible. Pero como la práctica del careo es potestad exclusiva del juez, entendemos que no está obligado ordenarla<sup>148</sup>.

Si se comprueba la imprescindibilidad de su practica el juez debe ordenar la práctica de evaluación con experto profesional y al obtener el informe pericial que precise el adecuado equilibrio emocional del menor entonces se podrá ordenar el careo<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> GARCÍA FAÍLDE, J. Tratado de Derecho Procesal Canónico, Publicado por la Universidad Pontificia de Sala, Vol. 81 N° 319. 2006, Pp. 239

<sup>149</sup> ARANGÜENA FANEGO, C. "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prueba testifical y careos con menores de edad en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio", Revista de Derecho Penal N°. 2, 2001. Pp. 65.

Sin embargo, dada la necesidad de su práctica también será imprescindible aplicar las medidas necesarias para impedir la confrontación visual entre el testigo menor y su agresor, especialmente en los casos donde el menor además de testigo es víctima de abuso sexual.

En resumen, podemos concluir que las normas que aluden a la práctica del careo, todas resaltan su carácter excepcional, establece límites durante su práctica. Pero cuando están involucrados los menores la excepcionalidad es aun con mayor énfasis y exige la imprescindibilidad de las medidas de confrontación entre el menor y su agresor. Incluso en la praxis, en algunos casos esta es sustituida por interrogatorios del perito que ha evaluado al menor y que manifiesta la fiabilidad de la declaración rendida por el menor en sumario.

#### IV. CONCLUSIONES

Una vez finalizada la investigación y cumplir con el objetivo general trazado de estudiar la legislación reguladora de la figura del testigo menor de edad en los procesos penales, a los fines de determinar si con la normativa actual, el Estado en su potestad sancionadora puede salvaguardar el derecho de la defensa del acusado y al mismo tiempo salvaguardar la salud mental del menor al actuar como testigo y víctima en los juicios penales con la aplicación del régimen de garantías establecido, se ha podido llegar a las conclusiones siguientes:

**PRIMERO:** Los procesados en juicios penales públicos se les ha reconocido todas las garantías conforme lo establece el art. 24.2 de la CE; y una de sus principales manifestaciones se perciben al ejercer su derecho a la defensa y contradicción. Ejercido al presentar pruebas que desvirtúen su culpabilidad y su oportunidad de contradecir las pruebas que lo incriminan, pudiendo durante el proceso realizar trámites y diligencias, ejercer su derecho a ser escuchado y alegar lo que en interés de su defensa le conviene.

**SEGUNDO:** Los menores en virtud a su edad y desarrollo evolutivo los convierte en sujetos especialmente vulnerables, y el hecho de tener que

enfrentar el desarrollo de un proceso penal los hace más vulnerables, les genera estrés, pero si además son víctimas del hecho punible los invade el temor de tener que enfrentar al agresor corriendo el riesgo de una victimización secundaria con su participación en el proceso penal. Además, diversos estudios de psicología criminal han demostrado los efectos psíquicos y físicos que pueden ocasionarle al menor su participación, por ello el legislador establece un tratamiento especial de asistencia y protección para los menores que deban rendir testificales.

Dadas estas circunstancias la declaración del menor como medio de prueba ha sido uno de los temas más debatidos por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud de sus características especiales como testigos y víctimas. Sin embargo, al aprobar la LO 8/2021 se hicieron cambios significativos en los arts. 448 y 730 de la LECrim, y se incluye también los arts. 449 bis, ter y el 703 bis de la LECrim.

**TERCERO:** El MF debe tener en cuenta que los procesos penales más complejos son aquellos donde intervienen menores, especialmente si el menor es la víctima (en su mayoría en delitos contra la indemnidad sexual y violencia de género) por lo que merecen de mayor atención, fallas en su investigación o decidir el sobreseimiento de la causa implicaría consecuencias graves para las víctimas.

Sin embargo, aun teniendo presente que los menores exigen de un tratamiento especial por ser más vulnerables, es posible brindarles la protección debida sin extralimitar los niveles de protección al punto de afectar el derecho de defensa del procesado. Podemos graduar el alcance de la protección considerando la edad del menor, su grado de madurez, si además de testigo es víctima, si el procesado y el menor tienen vínculos filiales y la gravedad y naturaleza del delito.

Hay que tener presente que cuando el menor es víctima del delito investigado, las diligencias que recaen sobre este lo perturban, le misma incertidumbre de desconocer lo que van a enfrentar les ocasiona ansiedad, recordemos que no se trata solo de rendir declaración, pues las testificales encierran una serie de actos según sea el caso, además de rendir declaración

sobre los hechos, debe ser evaluado por un psicólogo, si su declaración es por medio de videoconferencia, los preparativos previos, enfrenta el interrogatorio a través de expertos quienes deberán previamente adaptar las preguntas a un lenguaje acorde a la edad del menor de tal manera que este pueda declarar libre de apremio.

De modo que debemos procurar evitar largas esperas para ingresar a la Sala de audiencia, darle primacía al testimonio del menor en el orden de señalamiento, evitar que el menor sea evaluado varias veces por expertos, tomar recesos durante su declaración e interrogatorios.

Por su parte el MF en sus funciones de protección y en atención al interés del menor debe evitar en lo posible que el menor deba rendir declaración de forma reiterada a menos que resulte estrictamente necesario. Todos estos aspectos ayudan a obtener un testimonio certero y disminuyen en gran medida los niveles de afectación del menor.

**CUARTO:** Las testificales de menores víctimas tienen el valor de prueba de cargo siempre y cuando se rinda en sujeción a las garantías respectivas, es decir, incorporada al proceso conforme a los principios de contradicción y publicidad, que la declaración por sí misma desvirtúe la presunción de inocencia del procesado.

En este aspecto la jurisprudencia ha logrado unificar criterios y admiten de forma unánime que las testificales de menores víctimas tienen el valor de prueba de cargo en la fase de juicio oral capaces de atenuar la presunción de inocencia incluso cuando es la única prueba existente.

Pero para aceptarla como única prueba de cargo el TS establece ciertas exigencias para su valoración: que no existan dudas sobre la credibilidad y reiterada similitud de incriminación en la declaración. Sin embargo, la falta de estos requisitos solo sirve para desestimarla como única prueba de cargo, pero el hecho de que una declaración supere estos requisitos no implica que automáticamente se deba valorar como inculpatario.

**QUINTA:** Es en la fase de juicio oral la oportunidad procesal para practicar las pruebas porque es donde adquieren carácter vinculante. Aunque no podemos olvidar que el art. 449 bis y ter de la LECrim establece

excepciones con relación a la prueba preconstituida la cual busca validar la declaración rendida por el menor en la fase de instrucción, esto lo observamos en la práctica cuando los menores son de corta edad y sus fines es ocasionarle la menor afectación al menor. No obstante, para preconstituir la prueba el juez debe procurar resolución motivada para poder reproducirla en la fase de juicio oral.

Sin embargo, en aras al interés superior del menor se debe procurar que los menores no rindan declaración policial, sobre todo cuando son víctimas del delito investigado y este es de índole sexual. La doctrina lo considera prudente a los fines de disminuir los actos de declaración y de ser necesaria su práctica y a los efectos de reducir la afectación del menor procurar instruir previamente al funcionario policial para que su práctica sea la más adecuada y logre la eficacia del valor probatorio o se prescinda de esta y se traslade al tribunal respectivo para preconstituirla.

**SEXTA:** Indistintamente de las consideraciones que hemos hecho hasta ahora, no podemos negar que la videoconferencia como medio de prueba es una herramienta tecnológica apta para disminuir los riesgos de victimización secundaria.

Este mecanismo permite la efectiva comunicación bidireccional de audio e imagen sin que el menor víctima y el procesado se confronten física y visualmente. Permitiendo al testigo declarar libremente sin ningún tipo de presión y el procesado a través de su abogado representante podrá ejercer su derecho a la defensa y contradicción, formulando las preguntas que en interés de su defensa convenga.

Además, es un medio de prueba que respeta las exigencias de contradicción, intermediación y publicidad. El hecho de que por este medio no haya una confrontación visual entre el testigo y el inculpado no afecta el derecho de defensa de este, porque el mismo TEDH ha señalado en reiteradas oportunidades que este medio de prueba no vulnera el art 6 del CDH, por ende, no impide al procesado ejercer su derecho a la defensa pues el que finalmente va a valorar la declaración es el juez y este está presente en el acto.

De tal manera que podemos concluir afirmando que nuestra legislación procesal penal se ajusta a los principios y derechos que la rigen, pero debe buscar equilibrar el interés superior del menor con el derecho de defensa del procesado, procurando matizar en menor medida el principio de contradicción para que los menores y el mismo procesado ejerzan sus derechos con la menor afectación posible.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AKIRA, KUROSAWA. 2022. *El cine de Akira Kurosawa*. Publicado por Artium, Biblioteca y Centro de documentación. Último acceso: 26 de diciembre de 2022. <https://catalogo.artium.eus/dossieres/5/akira-kurosawa/el-cine-de-akira-kurosawa>.
- ALCAIDE GONZÁLEZJ.M. 2005. *“Guía práctica de la prueba penal”*. pp. 250. España: Ed. Dijusa.
- ALCALA MARTINEZ SAGRERA, CRISTINA. 2017. *El menor en el proceso penal: Sus declaraciones como víctima y como testigo*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas .
- ALMAGRO NOSETE, J. 1992. *Derecho Procesal, Tomo II Proceso Penal*, pp.294. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- ARANGÜENA FANEGO, C. 2001. *“La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prueba testifical y careos con menores de edad en la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio”*. Pp. 65. España: Revista de Derecho Penal N°. 2.
- ARROM LOSCOS, Rosa. 2015. *“La declaración del menor víctima en el proceso penal; en especial el menor víctima de delito sexual. La relevancia del nuevo Art. 433 de la LECrim”*, pp. 15. España: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, N°. 3.
- ASENCIO MELLADO, Jose. 2012. *Derecho Procesal Penal*. pp. 155. Valencia: Universidad de La Rioja.

- AVAREZ GIL-ALBARELLOS, LUCIA. 2022. *Testimonio de menores en el proceso penal*. España: Universidad de Valladolid.
- BARONA VILAR, Silvia. 2017. "Objeto de la prueba y principios esenciales de la actividad probatoria" Vol. 2 en González Cano, *La prueba*. Tomo II. *La prueba en el proceso penal*. pp. 77-148. España: Ed. Tirant Lo Blanch.
- BELZUZ ABOGADOS, . 2015. *La figura procesal del testigo en los procedimientos judiciales*. 25 de Junio. Último acceso: 16 de diciembre de 2022. <https://www.belzuz.net/es/publicaciones/en-espanol/item/1009-abogados-especialistas-en-procedimientos-judiciales.html>.
- BOLUFER MARTINEZ, RUBEN. 2021. *la prueba testifical en el proceso penal*. España: Universitat Miguel Hernandez.
- BUJOSA VADEL, Lorenzo. 2007. "La prueba de referencia y garantías procesales", pp. 10-11. Diario La Ley, N°. 6821,.
- BUJOSA VADELL, LORENZO. 2016. *La declaración testifical del menor en el proceso penal de adultos y las nuevas tecnologías como instrumentos de protección*. España: Biblioteca jurídica UNAM.
- CASTILLO MORO, Manuel. 2022. *Efecto Rashomon» versus la prueba testifical en el proceso penal*. 06 de diciembre. Último acceso: 26 de diciembre de 2022. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/efecto-rashomon-versus-la-prueba-testifical-en-el-proceso-penal/>.
- CGPG. 2006. *Informe de 20 de abril de 2006, del Grupo de expertos en violencia de género del CGPJ. Publicado el 20/04/2006*. 20 de abril. Último acceso: 04 de diciembre de 2022. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Grupos-de-expertos/?vgnnextlocale=es&startAt=20&pag01=2>.
- CHOZAS ALONSO, J. 2010. *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal*. pp. 503. Madrid: Diario La Ley.
- COBO DEL ROSAL, Maria. 2002. *Cuadernos de Política Criminal N° 7*, pp. 527. Universidad La Rioja.

- COLÁS TURÉGANO, Asunción. 2011. *“Derecho Penal de menores”*, pp. 357. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- DE PRADA GARCÍA, Aurelio. 2018. *“Rashomon en los Tribunales. Hechos y relatos judiciales sobre los hechos”*. En Martínez Paricio, J.I. y Moreno Camillo, *Capítulo I: Comprender el presente, imaginar el futuro. Nuevas y viejas brechas sociales*. pp. 46-62. Italia: Ed. Corisco.
- DEL CASO JIMENEZ, MARIA T. 2018. *La prueba testifical en el proceso penal*. España: Universidad de Salamanca.
- EnciclopediaJurídica. 2020. *Testigos*. Último acceso: 15 de noviembre de 2022. <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/testigo/testigo.htm>.
- FGE. 2020. *Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado 2020. “Capítulo V, sobre algunas Cuestiones de interés con tratamiento específico*. Último acceso: 04 de diciembre de 2022. [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA\\_SITE/index.htm](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.htm) l. .
- FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. 2022. *Circular 3/2009 de 10 de noviembre, sobre protección de menores víctimas y testigos*. España: Fiscalía general del Estado.
- GARCÍA FAÍLDE, J. 2006. *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Pp. 239. España: Universidad Pontificia de Sala, Vol. 81 N°. 319 .
- GARCÍA, DEL MORAL, y A. 2014. *Declaraciones de menores víctimas de abuso sexual*. . Editado por Revista de Jurisprudencia. Número 2. noviembre. Último acceso: 17 de noviembre de 2022. <http://agamme.org/wp-content/uploads/2011/10/DECLARACION-XUDICIAL-MENOR-ABUSADO.pdf>.
- GUILLÉN, Antonio y otros. 2000. *La prueba y medios de prueba. De Roma al derecho moderno: actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*. Pp. 521-522. Ediciones Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones.
- HERNAN BELLIDO, J. 2008. *Psicología del testigo. El menor como testigo*. pp.9. España: Universidad de Alicante.

- JIMENEZ CABORNERO, SANDRA. 2015. *La Prueba Testifical En El Proceso Penal*. pp.5 . España: Universidad Miguel Hernández De Elche,.
- KLUWER., WOLTER. 2016. *Careo procesal penal. Guías jurídicas. Diario La Ley*. Último acceso: 08 de febrero de 2023. <https://guiasjuridicas.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDC1MjS7Wy1KLizPw8WyMDAwsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAAMb-711AAAWKE>.
- MAGRO SERVET, V.,. 2010. *Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal. La Ley Penal, Nº 75, pp.2*. España: Editorial La Ley. .
- MARTÍNEZ NAVARRO, DANIEL. 2017. *La Prueba Testifical en el Proceso Penal Español*. Universidad Miguel de Hernández .
- Ministerio de Sanidad y servicios sociales e igualdad. 2007/22/11. *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ambito familiar*. pp. 30. España: Ministerio de Sanidad y servicios sociales de igualdad. actualizado en 2014.
- MIRANDA ESTRAMPES, M, J HERNÁNDEZ GARCÍA, R. BACH FABREGO, SÁNCHEZ SISCART J, S CAMARENA GRAU, J.J LÓPEZ ORTEGA, y J ORTEGA LORENTE. 2013. " *Cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal; pp.113*. España: Colección: Cuadernos Digitales de Formación Nº vol. 31.
- MONTESINOS GARCIA, Ana. 2009. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal. Pp. 63*. Barcelona: Ed. Marcial Pons.
- MORENO CATENA, Victor. 2019. *Derecho Procesal Penal.Pp. 145*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 9ª edición.
- Noticias Jurídicas, . 2021. *Claves de la LO 8/2021, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*. 07 de junio. Último acceso: 10 de febrero de 2023. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>.

- ORTEGA CALDERON, J. 2021. *Artículo 416 LECrim y menores tras la reforma por LO 8/21 de 4 de junio*. *El Derecho.com*. 04 de agosto. Último acceso: 04 de diciembre de 2022. <https://elderecho.com/articulo-416-lecrim-y-menores-tras-la-reforma-por-lo-8-21-de-4-de-junio>.
- Poder Judicial de España. 2013. *Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim*. 24 de abril. Último acceso: 12 de diciembre de 2022. [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Tribunal\\_Supremo/Jurisprudencia\\_/Acuerdos\\_de\\_Sala/Acuerdos\\_del\\_Pleno\\_No\\_Jurisdiccional\\_de\\_la\\_Sala\\_Segunda\\_del\\_Tribunal\\_Supremo\\_de\\_24\\_04\\_2013\\_sobre\\_la\\_interpretacion\\_del\\_art\\_416\\_de\\_la\\_LECrim\\_.formato](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia_/Acuerdos_de_Sala/Acuerdos_del_Pleno_No_Jurisdiccional_de_la_Sala_Segunda_del_Tribunal_Supremo_de_24_04_2013_sobre_la_interpretacion_del_art_416_de_la_LECrim_.formato).
- PRINCE, S. 1999. *La Cámara del Guerrero: el cine de Akira Kurosawa*. Nueva Jersey: Ed. Princeton . Prensa de la Universidad de Princeton.
- RICHIE, Donald. 1998. *Las películas de Akira Kurosawa*. Pp. 70 y ss. 3ª ed. California. University of California Press, .
- RIVES SEVA, Antonio. 1999. *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala 2º del Tribunal Supremo*, pp.238. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- ROSALES PEDRERO, SILVIA. 2017. *La protección de testigos en el proceso penal*. España: Tribunal Superior de Justicia de Canarias.
- RUIZ BELTROL, LAIA. 2018. *Aportación y valoración de la prueba testifical en el proceso penal*. España: Universidad de leon.
- SALAS PAÑOS, DANIEL. 2019. *Proceso penal: Declaración de menores víctimas del delito. Limitaciones del Derecho de Defensa*. Editado por Diario La Ley. 10 de Abril. Último acceso: 06 de noviembre de 2022. <https://www.domingomonforte.com/proceso-penal-declaracion-de-menores-victimas-del-delito-limitaciones-del-derecho-de-defensa/>.
- SANCHO ALEGRE, MARIA. 2020. *El interrogatorio de testigos en el proceso penal*. España: repositorio de la Universidad Zaragoza.
- SEVILLA CÁCERES, Francisco. 2022. *Valoración de la prueba por el Tribunal de apelación*. *Mundo jurídico*. . 11 de marzo. Último acceso: 26 de

diciembre de 2022. <https://www.mundojuridico.info/valoracion-de-la-prueba-por-el-tribunal-de-apelacion/>.

SOTO NIETO, F. 2006. *"Prueba de testigos y su valoración procesal"* pp.27. Diario la Ley, Sección Columna, Nº 6462.

TISNER BURILLO, CRISTINA. 2021. *Perspectiva jurídica y psicológica del testimonio en el proceso penal*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

YEBRA GAGO, Paula. 2016. *Valor probatorio de las declaraciones sumariales introducidas vía artículo 730 Lecrim. Especial referencia al principio de contradicción*. 09 de mayo. Último acceso: 05 de enero de 2023. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/valor-probatorio-de-las-declaraciones-sumariales-introducidas-via-articulo-730-lecrim-especial-referencia-al-principio-de-contradiccion-2016-05-09/>.

## V.1. Legislación

Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en Gaceta de Madrid núm. 260, de 17/09/1882.

Constitución Española, Publicado en BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Publicado en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Publicado en BOE núm. 11, de 13/01/1982.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en BOE núm. 157.

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Publicado en BOE núm. 307, de 24/12/1994.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Publicado en BOE núm. 11, de 12/01/1996.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Publicado en BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicado en BOE núm. 138, de 10 de junio de 1999.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 7, de 08/01/2000.

Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. (2001/220/JAI). Publicado en DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, acerca de actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia. FIS-I-2002-00003. 01/03/2002.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Publicado en BOE núm. 313, de 29/12/2004.

ONU. Resolución 2005/20 del 10 de agosto de 2005, sobre Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos. Punto 30. Pp. 9. Disponible [http://www.aimjf.org/download/Leyes\\_ES/Sexual\\_Right\\_and\\_sexual\\_violence/Directrices\\_sobre\\_la\\_justicia\\_en\\_asuntos\\_concernientes.pdf](http://www.aimjf.org/download/Leyes_ES/Sexual_Right_and_sexual_violence/Directrices_sobre_la_justicia_en_asuntos_concernientes.pdf)

Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Publicado en BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006.

Circular 3/2009 de 10 de noviembre, sobre protección de los menores víctimas y testigos. Doctrina de la fiscalía general del Estado. Referencia: FIS-C-2009-00003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2009-00003>

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Publicado en DOUE núm. 315, de 14 de noviembre de 2012.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicado en BOE núm. 101, de 28/04/2015.

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Publicado en BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

## V.2. Jurisprudencia

### Sentencias del Tribunal Supremo

- STS 173/1990, de 12 de noviembre. Rec de amparo 949/1988. Contra SAP de Zamora. Publicado en BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1990.
- STS 191/1995, 3 de marzo de 1995. Rec. 3476/1991. ECLI:ES:TS:1995:1220.
- STS 202/1998 de 13 de febrero. Rec. 1684/1996. ECLI:ES:TS:1998:962.
- STS 651/2000, 5 de abril de 2000. Rec. 1845/1998. ECLI ES:TS:2000:2795.

- STS 1123/2000, 26 de junio de 2000. Rec. 1315/1999. ECLI: ES:TS: 2000:5227.
- STS 1169/2000 del 30 de junio. Rec. 3691/1998. ECLI:ES:TS: 2000:5387.
- STS 313/2002 de fecha 22 de febrero de 2002. Rec. 532/2000. ECLI ES:TS: 2002:1251.
- STS 1317/2004, de 16 de noviembre. Rec. 2912/2002. ECLI ES:TS: 2004:7401.
- STS 134/2007 del 22 de febrero de 2007. Rec. 10712/2006. ECLI ES:TS: 2007:1947.
- STS 625/2007, de 12 de julio. Rec. 10015/2007. ECLI ES:TS: 2007:5286.
- STS 673/2007, de 19 de julio. Rec. 10105/2007. ECLI: ES:TS: 2007:5051.
- STS 294/2008, 27 de mayo de 2008. Rec. 1931/2007. ECLI ES:TS: 2008:2452.
- STS 667/2008, 5 de noviembre de 2008. Rec. 11102/2007. ECLI ES:TS: 2008:6095.
- STS 97/2009 de 9 de febrero. Rec. 1173/2008. ECLI ES:TS: 2009:624.
- STS 129/2009, 10 de febrero de 2009. Rec. 763/2008. ECLI ES:TS: 2009:629
- STS 319/2009 del 23 de marzo de 2009. Rec. 11295/2008. ECLI ES:TS: 2009:2139.
- STS 273/2009 de marzo de 2009. Rec. 686/2008. ECLI ES:TS: 2009:1776.
- STS 732/2009, 7 de julio de 2009. Rec. 1416/2008. ECLI ES:TS: 2009:4587.
- STS 1139/2009, de 30 de octubre. Rec. 265/2009. ECLI ES:TS: 2009:7234.

- STS 17/2010 del 26 de enero de 2010. Rec. 10615/2009. ECLI ES:TS:2010:655.
- STS 459/2010 de 14 de mayo de 2010. Rec. 11529/2009. ECLI ES:TS:2010:2648.
- STS 53/2011 del 10 de febrero de 2011. Rec. 1622/2010. ECLI ES:TS:2011:355.
- STS 19/2013, 9 de enero de 2013. Rec. 10694/2011. ECLI ES:TS:2013:173.
- STS 1031/2013 del 15 de marzo de 2013. Rec. 214/2011. ECLI:ES:TS:2013:1031.
- STS 6623/2013 del 12 de diciembre de 2013. Rec. 10596/2013. ECLI:ES:TS:2013:6623.
- STS 632/2014, 14 de octubre de 2014. Rec. 466/2014. ECLI ES:TS:2014:3916
- STS 364/2015, de 10 de febrero de 2015. Rec. 1025/2014. - ECLI:ES:TS:2015:364.
- STS 3059/2015 del 02 de junio de 2015. Rec. 1973/2014. ECLI:ES:TS:2015:3059.
- STS 454/2015, 10 de julio de 2015. Rec. 10746/2014. ECLI ES:TS:2015:3377.
- STS 3994/2015 del 09 de septiembre del 2015. Rec. 1998/2014. ECLI:ES:TS:2015:3994.
- STS 366/2016, 28 de abril de 2016. Rec. 2087/2015. ECLI ES:TS:2016:1810.
- STS 750/2016 de 11 de octubre de 2016. Rec. 10098/2016. ECLI ES:TS:2016:4521.
- STS 852/2016 del 11 de noviembre de 2016, rec. 10881/2015, ECLI:ES:TS:2016:4835.
- STS 272/2017 del 23 de enero de 2017. Rec. 10262/2016. ECLI:ES:TS:2017:272.

- STS 188/2018, 18 de abril de 2018. Rec. 1448/2017. ECLI:TS:2018:1378.
- STS 1374/2018 del 12 de abril de 2018. Rec. de Casacion 1984/2017. ECLI:ES:TS:2018:1374.
- STS 282/2018, 13 de junio de 2018. Rec.10776/2017. ECLI ES:TS:2018:2182.
- STS 678/2019 del 06 de marzo de 2019. Rec.779/2018. ECLI:ES:TS:2019:678.
- STS 169/2019 de 28 de marzo. Rec. 365/2018. ECLIES:TS:2019:1360.

### **Sentencias del Tribunal Constitucional**

- STC 31/1981 de 28 de julio de 1981. Rec. 40/1981. Publicado en BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981.
- STC 303/1993, 25 de octubre de 1993. Rec. amparo 1.669/1989. Publicado en BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1993.
- STC 57/1986, 14 de mayo de 1986. Rec. Amparo 10/1985. Publicado en BOE núm. 141 del 13 junio 1986.
- STC 176/1990 del 12 de diciembre de 1990. Rec. 949/1988. Publicado en BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 1990.
- STC 229/1991, de 28 de noviembre de 1991. Publicado en BOE núm. 3, de 3 de enero de 1992.
- STC 2857/1992 del 06/04/1992
- STC 64/1994, de 28 de febrero. rec. 2468/1991. Publicado en BOE 71/1994, de 24 de marzo de 1994.
- ATC 269/1994, 17 de octubre de 1994. ECLI: ES:TC:1994:269A
- ATC 270/1994, de 17 de octubre. Publicado en BOE N° 279, del 22 noviembre de 1994.
- STC 128/1996 de 9 de julio. Publicado en BOE núm. 194, de 12 de agosto de 1996.

- STC 144/1997, de 15 de septiembre. Publicado en BOE núm. 248, de 16 de octubre de 1997.
- STC 93/2005 de 18 de abril de 2005. Publicado en BOE núm. 120, de 20 de mayo de 2005.
- ATC 522/2005, de 20 de diciembre. ECLI:ES:TC: 2005:522A.
- STC 12/2006 de 16 de enero de 2006. Publicado en BOE núm. 161, de 7 de mayo de 2006.
- STC 17/2006, de 30 de enero de 2006. Rec. amparo 6707/2001. Publicado en BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2006.
- STC 94/2010, de 15 de noviembre. Publicado en BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010.
- STC 75/2013 de 8 de abril de 2013. Rec. de amparo 1771-2011. Publicado en BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2013.

#### **Audiencias provinciales**

- SAP Huelva 49/2009, 5 de marzo de 2009. Rec. 54/2009. ECLI ES: APH: 2009:283.

#### **Sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos**

- STEDH 11454/85 de 20 de noviembre de 1989. Kostovski/ Holanda, ECLI: CE: ECHR:1989:1120JUD001145485.
- STEDH 1996\20 de 26 de marzo de 1996. Doorson/Holanda, ECLI:ES:AN:2018:4656.
- STEDH Vissier/Holanda, de 14 de febrero de 2002.
- STEDH, de 4 de noviembre de 2003 en el Caso Bellerin/España.
- STEDH Krasniki/República Checa, de 28 de febrero de 2006.