

Universidad Miguel Hernández

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche

Grado en derecho. Curso Académico 2016-2017



La Prueba Testifical en el Proceso Penal Español

Trabajo Fin de Grado.

Alumno.- Daniel Martínez Navarro

Tutor/a.- Profa. Dra. Olga Fuentes Soriano.





“Daría la mitad de lo que sé por la mitad de lo que ignoro”.

René Descartes

Resumen

La prueba testifical es una de las pruebas principales del proceso penal. En el presente trabajo de investigación se ha analizado la figura del testigo en el proceso penal español, su declaración en el procedimiento y la valoración que a dicha prueba otorgan los tribunales.

Por ello, en primer lugar, se estudiará el concepto de testigo en el proceso penal, recurriendo para ello a su definición recogida tanto en el artículo 24.1 CE como en la LO 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, y LECrim de 14 de septiembre de 1882, entre otras, contando igualmente con la definición que de los testigos realizan diferentes autores procesalistas españoles.

En segundo lugar se explicarán los derechos que corresponden a los testigos, en concreto, la indemnización para resarcir los gastos y perjuicios sufridos como consecuencia de su intervención en el proceso, así como las obligaciones que éstos tienen, dando a conocer la obligación de comparecer y la obligación de declarar. Ligada a estas dos obligaciones, se realizará también un estudio de la obligación de decir la verdad, indispensable en lo que se refiere a la declaración del testigo.

En tercer lugar, la declaración testifical en el proceso penal, tanto en la fase de instrucción como en la fase de juicio oral, dando a conocer los principios generales que rigen la práctica de la prueba testifical.

Y por último, el valor probatorio de la declaración testifical en la fase del juicio oral, tanto de una manera general, como en supuestos especiales.

SUMARIO

<u>Abreviaturas</u>	8
<u>Introducción</u>	9
<u>1. - El Testigo en el Proceso Penal Español</u>	11
1.1 El testigo: Concepto y clases	11
1.1.1 El Testigo directo	15
1.1.2 El Testigo dereferencia	16
1.1.3 Testigo protegido. Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos	18
1.1.4 El Agente Encubierto.Especial mención al Agente Encubierto Informático	25
<u>2.- Estatuto jurídico del Testigo</u>	29
2.1 Derechos: Indemnización por su comparecencia en el Procedimiento Penal	29
2.2 Obligaciones	30
2.2.1 Obligación de comparecer; excepciones	30
2.2.2 Obligación de declarar; exenciones	35
2.2.3 Obligación de decir verdad	39
<u>3.- La declaración testifical en el proceso penal</u>	41
3.1 Fase de instrucción	41
3.1.1 El Atestado policial. Elaboración y contenido	44
3.1.2 Declaraciones de la Policía Judicial contenidas en el atestado: Valor probatorio	48
3.1.3 Diligencias de investigación: Concepto y fines	51

3.1.3.1 El careo.....	54
3.1.4 La Prueba Testifical Anticipada: Concepto y valor probatorio de la misma	57
3.2 Fase del juicio oral.....	59
3.2.1 Principios generales de la práctica de la prueba Testifical.....	62
3.2.1.1 Inmediación	63
3.2.1.2 Oralidad	64
3.2.1.3 Contradicción	65
3.2.1.4 Publicidad	66
3.2.2 La declaración del testigo en la Fase del Juicio Oral.....	67
4.- <u>La valoración de la prueba testifical: Supuestos especiales</u>	70
4.1 La valoración de la prueba testifical.....	70
4.2 Supuestos especiales	72
4.2.1 La incomparecencia del testigo en el acto del juicio oral.....	73
4.2.1.1 El testigo con enfermedad grave o fallecido.....	76
4.2.1.2 El testigo con residencia en el extranjero.....	78

4.2.1.3 El testigo en paradero	
desconocido.....	80
4.2.2 La declaración testifical de partientes y familiares.....	81
4.2.3 La declaración del testigo-víctima.....	82
4.2.3.1 La exención de la obligación de declarar del art. 416 LECrim.....	85
4.2.4 Los testigos menores de edad.....	87
4.2.5 Los testigos Discapacitados.....	89
4.2.6 Los Confidentes.....	90
4.2.7 Los Testigos anónimos y ocultos.....	91
<u>Conclusiones</u>.....	95
<u>Bibliografía</u>.....	97

Abreviaturas

AP	Audiencia Provincial
Art. / Arts.	Artículo / Artículos
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Núm.	Número
Op. Cit.	Obra Citada
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
P.	Página
Pp.	Páginas

Introducción

En términos generales, el proceso penal es el procedimiento de carácter jurídico que se lleva a cabo a fin de que los órganos jurisdiccionales apliquen una ley de tipo penal a un caso específico. Las acciones que se desarrollan en el marco de estos procesos están orientadas a la investigación, la identificación y el eventual castigo de aquellas conductas que están tipificadas como delitos por el código penal.

El proceso penal es el único medio a través del cuál se podrá alcanzar una sentencia que declare la culpabilidad de una persona y le imponga una pena.

El Juez va a ser el encargado de aplicar la Ley al caso específico para determinar la culpabilidad o no del acusado. Aquí, es donde la prueba juega un papel esencial a la hora de alcanzar el pleno convencimiento del juzgador.

El derecho al proceso está íntimamente ligado al derecho a la prueba. El art. 24.2 CE proclama el derecho fundamental a la defensa en juicio y, consecuentemente, el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes.

La prueba ha de versar principalmente sobre los hechos alegados en el proceso, controvertidos por las partes, que han de ser clarificados mediante los distintos medios probatorios admitidos por el ordenamiento jurídico para que el juzgador pueda fundar el fallo correctamente.

Así pues, la prueba testifical juega un papel fundamental a la hora de fijar los hechos de un supuesto ilícito penal, hasta el punto de ser considerada, como el medio probatorio principal, pues no hay mejor prueba que la declaración de un testigo que ha presenciado directa o indirectamente la comisión de un delito, y que por ello, posee unos conocimientos privilegiados.

En cuanto a la metodología utilizada para realizar el estudio de la prueba testifical, se ha hecho uso del método deductivo, proceso discursivo y descendente que pasa de lo general a lo particular, y esto es justo lo que se ha pretendido en el presente trabajo. Se parte de un concepto general de testigo, y

de aquí, se esgrimen problemas y preguntas que se van resolviendo conforme el lector vaya adquiriendo conocimientos sobre dicha figura.

Para el estudio de los testigos, se han consultado manuales de Derecho Procesal de diferentes autores, se ha realizado un estudio exhaustivo de la jurisprudencia actual, y se han leído un gran número de artículos para adquirir los conocimientos necesarios para profundizar en la materia.

Por lo tanto, el trabajo ha quedado estructurado en 4 epígrafes donde se ha tratado de realizar un análisis extenso de la figura del testigo, de los derechos y obligaciones que éste tiene, de su declaración, y por último, se han detallado supuestos especiales en relación con el proceso y con la propia cualidad de la persona que va a prestar su declaración o testimonio como tercero, haciendo hincapié en la figura del testigo-víctima.



1. - El Testigo en el Proceso Penal Español

1.1 El testigo: Concepto y clases

La Prueba Testimonial durante mucho tiempo ha sido considerada como inexacta y en muchos casos falsa, ya que es muy difícil que todos los testigos declaren la verdad de lo presenciado y mucho más la verdad de lo sucedido. Entonces la disyuntiva nace en que el testigo es un aporte a muchos de los elementos que nacen del supuesto delito pero no puede aclarar todos.

El Testimonio, en el más amplio sentido, puede decirse que es el relato oral o escrito, espontáneo o provocado, acerca de un hecho que se desea conocer o comprobar o como dicen los juristas es la declaración de una persona idónea que, llamada a juicio, dice lo que sabe sobre los hechos que se indagan y de cuya demostración depende la decisión de la causa.

NIEVA FENOLL¹, establece el testigo como aquel sujeto que conoce los hechos del proceso, pero que no figura como parte en el mismo al no haber sido su protagonista, es decir, no está involucrado en la situación de que se trata más que como observador, por mucho que, ciertamente, pueda concurrir en él algún interés que pueda ser más propio de alguien que es parte.

Por otro lado, ASECIO MELLADO², define al testigo como aquella persona física, nunca jurídica, tercero ajeno a los hechos, que presta una declaración de conocimiento acerca de aquellos elementos objeto de investigación o enjuiciamiento.

MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ³, apuntan que la prueba de testigos consiste en que un tercero preste oralmente una declaración de conocimiento sobre hechos relevantes para la causa, pretendiéndose con ello lograr la convicción del juez en relación con la materia sobre la que se declara, de acuerdo, con lo manifestado por el testigo.

¹ NIEVA FENOLL J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 244

² ASECIO MELLADO J.M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 155

³ MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 389.

Tras las definiciones referenciadas doctrinales, la Jurisprudencia nos acerca al concepto de testigo, así, según la STS de 6-4-1992⁴, testigo es “toda persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón de tal percepción. Es al tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible, en tanto que narra los hechos y no formula valoraciones sobre ellos.

La STS 957/2007⁵ matiza que el testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo. Es un medio “superior” a otros medios probatorios, dando una seguridad y una precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Debemos por ello, averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento y también las que puedan afectar a su reproducción.

El testigo debe de ser siempre necesariamente una persona física como establece ARMENTA DEU⁶, con la condición de tercero en el proceso penal, que declara ante el Juez sobre hechos y circunstancias pasadas.

De los autores y Jurisprudencia mencionados, podemos obtener una serie de características comunes a sus definiciones:

En primer lugar, el testigo ha de declarar de forma oral y en presencia del Tribunal y de las partes, la cuáles, podrán interrogarlo de manera cruzada, con sujeción a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

En segundo lugar, la fuerza probatoria del testigo depende de su sinceridad y veracidad. Por ello, es conveniente y a veces hasta necesario realizar una especie de depuración del testigo para comprobar si objetivamente puede ser creíble su declaración, por ello, cada parte podrá tachar los testigos propuestos por la contraria en quienes concurren algunas de las causas siguientes:

⁴ STS 775/1992, de 6 de abril de 1992, la cual, además de lo establecido, apunta como primera nota para la atendibilidad de tal prueba la necesidad de una determinada capacidad informativa: la denominada en materia procesal civil capacidad natural”.

⁵ STS 957/2007, de 28 de Noviembre de 2007.

⁶ ARMENTA DEU T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 160

Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo.

Ser el testigo, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su procurador o abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses, así como tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate.

Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su abogado o procurador.

Haber sido el testigo condenado por falso testimonio (artículo 377.1LECrim)⁷.

Las tachas se habrán de formular desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista, sin perjuicio de la obligación que tienen los testigos de reconocer cualquier causa de tacha al ser interrogados sobre las preguntas generales de la ley (art. 367.1 LECrim), en cuyo caso se podrá actuar conforme a lo que señala el apartado 2 de dicho artículo, esto es, interrogando el Juez o Tribunal al testigo sobre esas circunstancias, haciendo que tanto las preguntas como las respuestas se consignen en acta para la debida valoración de las declaraciones al dictar sentencia.

Para hacer valer la tacha correspondiente, la ley prevé el seguimiento de un incidente con la prueba encaminada a justificarla, excepto la testifical (art. 379.1 LECrim). El incidente relativo a las tachas de testigos carece de una resolución expresa, previéndose que el tribunal tenga en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba (art. 344.2 LECrim), la cual se llevará a cabo conforme a las reglas de la sana crítica (art. 376 LECrim). La tacha no impide testificar, únicamente da una probabilidad mayor o menor de que el testimonio otorgado sea fiable o no.

⁷El precepto contempla incluso que la parte proponente del testigo pueda también tachar a éste si con posterioridad a la proposición llegare a su conocimiento la existencia de alguna de las causas de tacha establecidas en el apartado anterior (art. 377.2 LECrim).

En tercer lugar, tiene conocimiento de los hechos acaecidos.

Mientras que el testigo es la “persona que tiene noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio” (artículo 360LECrim), bien por haberlos presenciado directamente (testigo directo), bien por conocer la versión de los mismos suministrada por otra persona (testigo de referencia), “el perito es traído al proceso por poseer unos conocimientos especializados sobre los hechos considerados *en abstracto*”, de ahí que su misión sea la de auxiliar o asesorar al juez para la decisión que éste ha de adoptar sobre el asunto sometido a su enjuiciamiento.

No obstante, cuando un determinado testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, “el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos” (artículo 370.4).

Y por último, el testigo nunca es parte del proceso penal, es decir es un tercero ajeno al proceso, y por lo tanto no tiene los derechos y deberes de las mismas, por lo que como veremos posteriormente tiene obligación de decir verdad, incurriendo en un delito de falso testimonio para el caso de no hacerlo, lo que condiciona su declaración y su posición procesal en el Juicio, de ahí, la importancia de su testimonio, y el carácter objetivo y veraz que se le otorga al mismo.⁸

Por lo tanto, no puede ser considerado testigo el propio investigado por el delito, ya que su relato de los hechos no tiene consideración de testimonio, aunque sí que se puede considerar como tal a la propia víctima, por ser conocedora de los hechos, sobre todo en aquellos delitos que se producen en la intimidad y sin otra prueba de cargo, por ejemplo, en delitos de violencia de género. No siendo por tanto parte, desde el punto de vista procesal no se pueden exigir los requisitos de capacidad procesal que sí deben darse en la parte, ahora bien, deben tener una capacidad de discernimiento necesaria para poder percibir y relatar lo percibido.

⁸ ASENSIO MELLADO J. M., *Derecho Procesal...*, Op. Cit., p. 155

1.1.1 El Testigo directo

Como manifiesta ASENCIO MELLADO⁹, testigos directos son aquellos que conocen el hecho investigado por conocimiento directo e inmediato, sin personas interpuestas.

El testigo directo es aquel sujeto que presencia la comisión de un ilícito penal. Al encontrarse en el lugar donde sucedieron los hechos, tiene un conocimiento que no tiene otra persona sobre el procedimiento, y es necesario que el Juez realice un llamamiento a dicho testigo para que acuda a la vista oral a declarar sobre aquellos hechos que presencié.

En palabras de NIEVA FENOLL¹⁰, el testimonio de los testigos directos debe de ser coherente, aunque hay que tener en cuenta que como esta persona no está interesada en el desenlace del procedimiento, es muy probable que no haya preparado su declaración, por lo que esto puede dar lugar a incoherencias que pueden ser fruto puramente de la “desmemoria”, la cual, aumente por el paso del tiempo.

El mismo autor, hace uso del término “desmemoria”. Es el término que utiliza el procesalista para referirse a la pérdida de memoria por parte del testigo. El simple paso del tiempo puede tener un efecto negativo sobre la capacidad de retención. EBBINGHAUS (1885)¹¹ fue de los primeros psicólogos en estudiar de forma sistemática la pérdida de información en la memoria como efecto del paso del tiempo, definiendo la que se conoce como “La Curva del Olvido de EBBINGHAUS”.

El olvido y la distorsión forman parte de los procesos normales de memoria, y es cierto totalmente, que con el paso del tiempo, la memoria puede llegar a perderse sobre ciertos hechos, pero de hechos tan importantes como pueden llegar a ser un asesinato, un robo, un secuestro..etc., es difícil que la memoria del testigo se vea mermada ya que suponen actos tan impactantes

⁹ ASENCIO MELLADO J. M., *Derecho Procesal...*, Op. Cit. p. 158

¹⁰ NIEVA FENOLL J., *Fundamentos...*, Op. Cit. p. 246

¹¹ MANZANERO A.L., *Memoria de Testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical*, Piramide, Madrid, 2010, p. 65

para un sujeto, que es muy complicado que llegue a perder memoria sobre lo sucedido.

Unida a la desmemoria la distorsión de la memoria por efecto de la información sugerida supone un problema para el testigo directo a resolver.

Por ello, cabe preguntarse cómo impedir que los testigos y víctimas de una agresión comenten entre ellos lo sucedido antes de la llegada de los efectivos policiales.

Aunque la legislación¹² establece que debe cuidarse que los testigos no se vean afectados por la influencia de contaminaciones fruto de los comentarios entre testigos o de otras fuentes externas, lo cierto es que resulta muy difícil evitarlo. Un comentario del funcionario que dirige las diligencias o una pregunta mal formulada pueden inducir a los testigos a interpretar los hechos en una dirección concreta, por lo que es necesario ser preciso en los términos empleados para no confundir a los testigos y obtener así falsos testimonios.

1.1.2 Testigo de referencia

El testigo de referencia es definido perfectamente por la STS 28 de noviembre de 2007¹³ como “la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido, obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas”.

En la misma sentencia, el Tribunal Supremo constata que esta prueba testifical “podrá ser valorada como prueba de cargo cuando sirva para otorgar credibilidad y fiabilidad a otro testigo, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas”.

Es habitual encontrar esta prueba testifical en los agentes de policía que atienden a la víctima tras suceder los hechos delictivos, y es básica para

¹² Artículo 704 Ley de Enjuiciamiento Criminal: “*Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral, permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado ni con otra persona.*”

¹³ STS 957/2007, de 28 de noviembre de 2007.

cotejar la versión de los hechos dada por la víctima en el proceso, por ser los primeros en recoger la versión en el lugar donde han acaecido los hechos.

Del mismo modo, ASECIO MELLADO¹⁴, manifiesta que los testigos de referencia son aquellos que conocen del hecho a través de otra u otras personas interpuestas, que lo fueron a su vez testigos directos, o también de referencia, por lo que no hay obstáculo alguno para su admisibilidad en el proceso penal, cumpliendo determinadas exigencias, entre ellas la imposibilidad de suplir las declaraciones del investigado, la inadmisión de la declaración del testigo de referencia en el caso de comparecer el testigo directo, solo cabe la declaración del testigo de referencia si es conocido el testigo directo, y en modo alguno puede un testigo de referencia declarar acerca de hechos transmitidos por un testigo directo cuya identidad permanece oculta, como es el caso de los confidentes policiales.

No es un testigo en sentido técnico, puesto que su declaración está basada en lo percibido por otra persona¹⁵. A pesar de que el testigo no haya presenciado personalmente el suceso sobre el que se declara, se le da validez, pero la admisión de esta prueba se hace con gran cuidado, exigiéndose que con esta declaración concorra alguna otra prueba de cargo, siendo en la STC de 21 de diciembre de 1989¹⁶, la primera vez que se admite la prueba testifical de referencia.

Por otro lado, el art. 710 LECrim, establece que deben de cumplirse dos obligaciones para que sea admitida la declaración del testigo de referencia:

En primer lugar, *Auditio Propio* precisar el origen de su conocimiento sobre los hechos objeto de su declaración, a efectos de evitar indefensión en las partes en los casos de falsedad en la declaración del testigo directo.

Y en segundo lugar, *Auditio Alieno* facilitar las circunstancias personales del testigo con el fin de poder identificar al testigo directo.

¹⁴ ASECIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal...*, Op. Cit. Pp. 158 a 160

¹⁵ Art. 710 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁶ STC 217/1989, de 21 de diciembre de 1989.

Además, esta prueba tiene un carácter supletorio, porque solo es admisible cuando no es posible la prueba directa.

Con el testigo de referencia se introduce otro interlocutor en el procedimiento. Es complicado determinar su declaración debido a que no sabemos si lo que el testigo directo le estableció al testigo de referencia o indirecto fue malentendido por este último. Por ello, el testigo de referencia, además de dar declaración de aquello que sabe sobre el ilícito cometido, debe dar detalles también de las circunstancias en las cuáles recibió la adquisición de información.

RIVES SEVA¹⁷, manifiesta que el problema que plantean los testigos de referencia, como transmisores de lo que otros ojos y oídos han percibido, no es un problema de legalidad sino una cuestión de credibilidad, así pues no se debe buscar el apoyo de la referencia en los supuestos en los que pueda oírse a quien presencié el hecho delictivo o a quien percibió el dato probatorio directo.

1.1.3 Testigo Protegido. Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos

Ha quedado así conceptualizado el testigo en el ámbito jurídico-penal, como una persona que, teniendo conocimiento de hechos o datos relevantes para el procedimiento, ya sea como consecuencia de lo que ha visto, de lo que ha oído o de lo que ha percibido, brinda su testimonio, siempre obligado a decir verdad (en caso contrario cometería un delito de falso testimonio), en orden a colaborar con la Administración de Justicia.

Sin embargo, en determinadas ocasiones, y sobre todo en causas penales muy complejas o con mucha repercusión mediática, los ciudadanos se muestran reticentes a cumplir con este deber ante el riesgo de que ellos mismos o incluso sus allegados, puedan sufrir represalias como consecuencia de su colaboración con la Justicia. Y es en este marco del potencial riesgo o

¹⁷ RIVES SEVA A. P., *La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 238

peligro que puede sufrir una persona por poner en conocimiento de la Autoridad Judicial competente lo que sabe sobre determinados hechos delictivos que puede ayudar a esclarecer con su testimonio, donde surge la figura del Testigo Protegido.

Dicha figura, no es exclusiva de España, sino que existe en Derecho comparado, destacando especialmente la normativa internacional a ella referente en la Resolución, de 25 de mayo de 1993 ¹⁸, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia, así como el exhaustivo examen que sobre la misma ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; lo que ha provocado la necesidad de crear un marco legal en nuestro país que goce de un claro propósito protector de estos Testigos que quieren colaborar con la Justicia sin padecer por ello un riesgo, y así en 1994, se aprobó la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

La importancia de la protección de testigos fue destacada por primera vez en la Resolución 40/34 de Naciones Unidas, de noviembre de 1985, reconociéndose que “los testigos y otras personas que les prestan ayuda están expuestos injustamente a pérdidas, daños y perjuicios”, y por ello se afirmó la “necesidad de que se adoptaran medidas nacionales e internacionales para garantizar el reconocimiento y respeto universales y efectivos de los derechos de los testigos”.

En la Convención contra la tortura, ratificada por España y publicada en el BOE en 1987 también se nombra esta necesidad. MARTÍN RÍOS ¹⁹, considera esta convención como una norma precedente a la LO 19/1994.

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

¹⁸ Resolución 827/1993 del Consejo de seguridad de las Naciones Unidas

¹⁹ MARTÍN RÍOS M. P., “Víctima y justicia penal; reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal”, Atelier, 2012, p. 325

Perito según GONZÁLEZ BLANCO ²⁰, es aquella persona con conocimientos técnicos en una materia, que pone al servicio del proceso su pericia o máxima de experiencia sobre alguno o algunos extremos de importancia en la determinación del hecho de la autoría.

En cuanto al concepto de testigo, ya fue marcado anteriormente en el epígrafe 3.1, pero, entre las diferencias principales destacables entre perito y testigo, cabe mencionar la de los conocimientos técnicos. El perito tiene unos conocimientos técnicos que el testigo no tiene. El testigo tiene un conocimiento sobre los hechos que sucedieron que el perito no tiene, y el perito tiene un conocimiento técnico que por su experiencia tiene, y el testigo no.

La finalidad de dicha Ley es hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

Por ello, a través de las medidas de protección que la LO 19/1994 prevé, se pretenden facilitar y proteger el deber de colaboración con la Justicia, y con ello, la seguridad del proceso penal. Autores destacados, entre ellos FUENTES SORIANO²¹, se pronuncian a favor de la restricción del ámbito de aplicación de esta Ley a determinadas formas de criminalidad como el terrorismo y el tráfico de drogas.

Así, cuando el Juez de Instrucción aprecie racionalmente un peligro grave para la persona o patrimonio del testigo, o de sus familiares, podrá acordar un conjunto de medidas de protección, sobre las que deberá recaer ulteriormente un pronunciamiento del órgano enjuiciador, con el objeto de mantener, modificar o suprimir dichas medidas, o adoptar otras nuevas²².

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

²⁰ GONZÁLEZ BLANCO A., "Los testigos y peritos protegidos en el orden penal", www.asdua.es, 2011, p. 4

²¹ FUENTE SORIANO, O, "La LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales", Revista de Derecho procesal nº1, 1996, p 137 y ss.

²² STC 75/2013, de 8 de abril, donde se analiza la figura del testigo protegido, los requisitos a los que debe estar sometida su actuación, así como las medidas de protección que se deben de adoptar para que la protección del testigo sea óptima.

En primer lugar, mantener oculta la identidad del testigo, acordando que durante la instrucción no consten en las diligencias sus datos personales de identificación, como nombre, apellidos, domicilio, profesión, lugar de trabajo, familiares etc.²³

La LO 19/1994 preserva la identidad del testigo en aras a su propia seguridad, al menos durante toda la fase de instrucción del proceso si así fuere necesario.²⁴

No obstante, al ser necesario garantizar el derecho de defensa y contradicción y las garantías procesales en el momento del juicio oral, si alguna de las partes solicita motivadamente conocer la identidad del testigo, se deberá facilitar el nombre y apellidos, manteniendo el resto de medidas de protección, como facilitar que el testigo protegido intervenga en el proceso utilizando cualquier medio que imposibilite su identificación visual.²⁵

Del mismo modo, ASECIO MELLADO²⁶, manifiesta que si el testigo protegido no acude al juicio oral a ratificar sus declaraciones sumariales, y por tanto no se somete a contradicción, siendo así que en la instrucción pudo ser interrogado sin conocerse su identidad, no podrá reproducirse su declaración mediante la mera lectura, ya que tal posibilidad sería contraria al derecho de defensa por imposibilidad real de contradicción.

Además, suele ser frecuente en la práctica fijar como domicilio del testigo protegido la sede del órgano judicial, con el fin de practicar allí las notificaciones para hacerlas llegar reservadamente al destinatario con el auxilio de las fuerzas de seguridad. Del mismo modo suele evitarse tomar imágenes del testigo, retirando los mecanismos de grabación.

²³ Artículo 2 LO 19/1994 de Protección de Testigos.

²⁴ El Reglamento de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional creado para el castigo de crímenes en la antigua Yugoslavia, por la resolución 827/93 del Consejo de Seguridad de Las Naciones Unidas, apunta que la ocultación en los sumarios del nombre de los testigos, el empleo de un pseudónimo o la evitación de la divulgación del nombre por los medios de comunicación son medidas de protección de la identidad de los testigos.

²⁵ Art. 436 LECrim primer párrafo : “El testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, (...) Si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito (...)”

²⁶ ASECIO MELLADO J.M, *Derecho procesal ...*, Op. Cit. p 163.

En segundo término, los testigos protegidos pueden recibir protección policial mientras dure la situación de peligro. En casos excepcionales se les puede facilitar una nueva identidad y medios económicos para cambiar su lugar de residencia o trabajo.

Por último, es frecuente que el testigo sea trasladado a dependencias judiciales en un vehículo policial u oficial, y que se le facilite un local reservado para su uso exclusivo mientras permanezca en la sede judicial.

La jurisprudencia y la doctrina del TS y del TC, respectivamente, distingue dos modalidades de testimonio protegido: los testigos anónimos en los que se desconocen por el acusado y su defensa los datos identificativos del testigo y los testigos ocultos o semiocultos en los que sí se conoce la identidad del testigo, pero éste declara oculto para el acusado o para éste y también para el resto de las partes²⁷.

En el caso de los testigos anónimos, no resulta factible para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al ser imposible someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio.

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

La STS de 10 de junio de 2014 ²⁸ analiza la cuestión señalando que los problemas que emergen en la práctica procesal diaria con las declaraciones de los testigos protegidos se focalizan generalmente en dos puntos principales:

El descubrimiento de la identidad del testigo y la forma en que éste presta su declaración en la vista oral.

²⁷ STS 828/2005, de 27 de junio de 2005.

²⁸ STS 455/2014, de 10 de junio de 2014.

En cuanto al primer aspecto, el interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad con el fin de evitar cualquier clase de represalia que ponga en riesgo su vida o integridad física o la de sus parientes o allegados, entra en colisión con el derecho a defensa ya que cuestiona la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo.

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

En la mencionada sentencia, tras distinguir el TS²⁹ dentro de la categoría general de testigos protegidos, entre testigos anónimos y testigos ocultos, precisa que en la subcategoría de los testigos anónimos, caben distinguir distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto y no se da a conocer a las partes.

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

²⁹ STS 455/2014, citada anteriormente.

capuchas, verdugos y diferentes postizos). Todos estos sistemas se complementan en algunos casos con la distorsión de la voz.

La importante STC, de 28 de febrero de 1994³⁰, tras distinguir ambas modalidades de testimonios, anónimos y ocultos o semiocultos, examina el problema de los testigos protegidos desde la perspectiva del derecho a un juicio público con todas las garantías consagrado en el artículo 24.2 de la CE, en su triple vertiente de exigencias de publicidad, contradicción e igualdad de armas.

Después de descartar la vulneración del principio de publicidad del proceso por el mero hecho de que el testigo hubiera declarado sin ser visto por el acusado y su defensa, el TEDH³¹ analiza la posibilidad de contradicción e igualdad de armas, con el fin de determinar si estas se observaron en el caso concreto.

Con posterioridad la STC, 8 de abril de 2013³², ha insistido en la doctrina expuesta sobre el testigo protegido y el testigo oculto y anónimo, y en particular sobre este último, aplicando la jurisprudencia del TEDH, ha establecido que para poder erigirse en prueba de cargo, la declaración del testigo anónimo debe reunir tres concretos requisitos:

El primero de ellos, que el anonimato haya sido acordado por el órgano judicial en una decisión motivada en la que se hayan ponderado razonablemente los intereses en conflicto.

El segundo, que los déficits de defensa que genera el anonimato hayan sido compensados con medidas alternativas que permitan al acusado evaluar y, en su caso, combatir la fiabilidad y credibilidad del testigo y de su testimonio.

Y por último, en tercer lugar, que la declaración del testigo anónimo concorra acompañada de otros elementos probatorios, de manera que no

³⁰ STC 64/1994, de 28 de febrero de 1994.

³¹ Sentencia del TEDH de Kostovski 1989/21, de 20 de noviembre de 1989, Windisch 1991/23 de 27 de septiembre de 1990 y Lüdi 1992/51, de 15 de junio de 1992.

³² STC 77/2013, de 8 de abril.

podrá, por sí sola o con un peso probatorio decisivo, enervar la presunción de inocencia ³³.

Por tanto, esta figura aparentemente sencilla y útil para el proceso penal, en realidad muestra dificultades ante la ponderación que debe hacerse de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, y por ello, la Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, y de manera extensa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han intentado analizar y dotar de contenido y mayores requisitos la regulación del testigo protegido, en un claro intento de buscar un equilibrio entre un proceso penal con todas las garantías para el acusado y la protección de los testigos protegidos y en su caso, sus familiares, en su deber de colaboración con la Justicia.

1.1.4 El Agente Encubierto en el Proceso Penal: Especial mención al Agente Encubierto Informático

En la lucha contra la criminalidad organizada, nuestro ordenamiento jurídico incluyó la figura del agente encubierto o infiltrado mediante el artículo 282 bis LECrim. La LO 5/1999, 13 de enero.

El primer apartado del art. 282 bis LECrim establece expresamente que “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.”

Además, según el art. 282.2 LECrim, el funcionario de la Policía Judicial “no podrá ser obligado a actuar como agente encubierto, sino que deberá prestarse voluntariamente a realizar este servicio.”

³³ *DELIBERACIÓN*, Marzo, 2015, núm. 5, págs. 33 a 36.

A modo de ejemplo, una de las referencias jurisprudenciales del agente encubierto es la STS de 15 de noviembre de 1984³⁴, la cual establece, que “las fuerzas policiales tienen, entre otras funciones, la de prevenir el delito ejercitado una misión de profilaxis social, y la de descubrir su preparación, siendo uno de los procedimientos de investigación utilizados al efecto, el de infiltración, de incognito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de hechos punibles y de provocar su detención.”

Encontramos una doble prohibición en el agente encubierto: por un lado, no se puede obligar a un concreto policía a actuar como agente encubierto, y por otro, el cuerpo policial, representado por los mandos superiores, ha de estar de acuerdo con la medida. Esto se justifica, ya que con esta actuación se corren graves riesgos personales y profesionales, solo evaluables por las autoridades policiales en sus específicos conocimientos sobre criminalidad organizada.

Cuando existe la propuesta y autorización del funcionario que actúa como agente encubierto, a este se le asignará una identidad supuesta o falsa. Esta identidad se otorga por el Ministerio de Interior por un plazo de seis meses, y en ese periodo de tiempo, esta será la identidad bajo la que actuará el funcionario de la Policía Judicial para infiltrarse en la organización delictiva, en palabras de GARCÍA SAN MARTÍN ³⁵ .

La característica crucial de la figura del agente encubierto es el engaño. A través del engaño y de su identidad falsa, se acercará a los miembros de la banda para posteriormente descubrir sus actividades ilícitas y quiénes son sus autores. Por tanto, el fundamento de esta figura es la averiguación de delitos, la práctica de las diligencias de investigación y la recogida de las pruebas del delito.

El agente encubierto puede infiltrarse en la actividad criminal, así, como la realización de otras labores que sean necesarias para el cumplimiento

³⁴ STS 1570/1984, de 15 de noviembre de 1984.

³⁵ GARCÍA SAN MARTÍN J, *Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas*, Diario La Ley, 2014, p. 126.

efectivo de la misión. El agente, debe de informar al Juez y Fiscal periódicamente sobre los hechos y actuaciones que se realicen dentro de la organización criminal.

Sin embargo, el Agente Encubierto, tiene totalmente prohibido provocar la comisión del ilícito y realizar actos distintos a los específicamente encomendados, de acuerdo con el artículo 282 bis LECrim.

Si un agente encubierto provoca un delito dejará de tener la denominación de agente encubierto y pasará a tener el nombre de agente provocador que incoa la consecución de un “delito provocado”, el cual, será aquel que es realizado por un delincuente de la banda organizada pero que se ha producido porque el agente provocador ha inducido a dicha persona para que se produzca el ilícito.

La STS de 15 de septiembre de 1993³⁶, marca la definición de delito provocado. En España, esta misión se le encarga a la Policía Nacional, la Guardia Civil o agentes de policías autonómicas si tienen competencias como Policía Judicial.

Igualmente, la STS 395/2014³⁷, discute la intervención de determinados agentes encubiertos a los que considera agentes provocadores.

Explicado el agente encubierto, es necesario realizar una especial mención al agente encubierto informático figura novedosa, introducida por la LO 13/2015³⁸ en nuestra LECrim mediante el artículo 282 Bis puntos 6 y 7. El punto 6 de dicho artículo establece que “ el Juez de Instrucción podrá autorizar a funcionarios de la Policía Judicial para actuar bajo identidad supuesta en comunicaciones mantenidas en canales cerrados de comunicación con el fin de establecer alguno de los delitos a los que se el apartado 4 de este artículo o cualquier delito de los previstos en el artículo 588 ter a.”

³⁶ STS 1992/1993, de 15 de septiembre de 1993 establece que “para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el –itercríminis- desde la fase de ideación hasta la de ejecución.”

³⁷ STS 395/2014, de 13 de mayo de 2014.

³⁸ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Con dicha reforma de incluye el Agente Encubierto Informático en la LECrim.

El 95 por ciento de los ciberdelitos cometidos en España quedan impunes. Este dato, que obra en poder del Ministerio del Interior, es una de las razones por las que se decidió dar una nueva redacción al artículo 282 de la LECrim.

El objetivo es eliminar los obstáculos con los que se encuentran a la hora de perseguir delitos en la red los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, en funciones específicas de Policía Judicial, que actúan bajo la función de agente encubierto. El Ministerio del Interior asume que cada vez son más los contenidos de carácter delictivo que transitan por la red y que lo hacen en las zonas no detectables de Internet, conocidas como “Deep web” o internet oscuro o profundo.

Es ahí donde, aprovechando el anonimato, los delincuentes alojan todo tipo de contenido delictivo, operaciones de comercio ilícito, tráfico de productos, sustancias o armas. Con la nueva regulación, el “agente encubierto” podrá asumir una identidad virtual falsa para poder actuar en canales cerrados de comunicación e incluso intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido en el curso de una investigación.

Estas herramientas les permitirán acceder con una identidad supuesta a estas comunidades cerradas, que exigen una identificación o invitación de alguno de sus miembros, facilitando la identificación de los autores de los hechos delictivos, así como recabar las evidencias electrónicas oportunas. Siempre que se lo autorice un juez, también podrán obtener imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

En este sentido, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español en su sentencia de 12 de noviembre de 2001³⁹, ya señalaba esta posibilidad: “...debemos desechar la pretensión de que la grabación de la conversación en que los Agentes encubiertos simularon estar interesados en la compra de hachís suponga una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18.3 de la Constitución Española”.

³⁹ STS 2081/2001 de 12 de noviembre de 2001.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 28 de junio de 2013 ⁴⁰, insistió en la necesidad de configurar legalmente esta figura y la actuación del agente encubierto –informático o no- dentro de un domicilio: “La necesidad de incorporar a nuestro sistema procesal una norma que proporcione cobertura a las posibles entradas en el domicilio del investigado, sin otra autorización que un consentimiento viciado por el desconocimiento de la verdadera identidad del agente encubierto, resulta inaplazable”.

2. Estatuto Jurídico del Testigo

En términos generales podemos definir el Estatuto Jurídico como el conjunto de normas que imponen reglas de conducta en determinados ámbitos territoriales o en relación a actividades específicas, en ese sentido y en relación a los testigos, el mismo regula los derechos y obligaciones que rigen la actuación de los testigos ante los tribunales de justicia, teniendo por lo tanto como límites las leyes vigentes en el ordenamiento jurídico.

2.1 Derechos: Indemnización por su comparecencia en el procedimiento Penal.

Los testigos que atendiendo a la citación realizada comparezcan ante el Tribunal, tendrán derecho a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les haya originado, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas, en las cuales, se limita el número de testigos a tres para que queden incluidos en la obligación de la parte condenada al pago de las mismas. Si varias partes propusieran a un mismo testigo, el importe de la indemnización se prorrateará entre ellas.

⁴⁰ STS 575/2013, de 28 de junio de 2013.

El artículo 722 LECrim establece el derecho a indemnización.⁴¹ El importe de la indemnización lo fijará el Secretario judicial mediante decreto, el cual no tendrá en principio limitación de cuantía, si bien se tendrán en cuenta los datos y circunstancias que se hubiesen aportado. Dicho decreto se dictará una vez finalizado el juicio o la vista. Si la parte o partes que hayan de indemnizar no lo hiciesen en el plazo de diez días desde la firmeza de la resolución mencionada en el párrafo anterior, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio.

MÉNDEZ LÓPEZ⁴², refiere que el fundamento de esta indemnización está en la necesidad de resarcir los gastos y perjuicios sufridos por los testigos como consecuencia de su intervención en el proceso, en contrapartida a la obligación de comparecer bajo sanción de multa y responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad.

Para el abono de la indemnización, se debe acudir a la secretaria del juzgado o a las oficinas de atención al ciudadano donde se le facilita al testigo un impreso en el que deberá hacer constar los gastos y adjuntar los documentos que sean necesarios para que se pueda hacer el abono correcto de las cantidades, como pudieran ser estancias en hotel u otros, dicho impreso puede obtenerse a través de internet u oficinas de atención al ciudadano.

2.2 Obligaciones

2.2.1 Obligación de comparecer; excepciones

La LECrim regula de forma detallada el régimen jurídico para la práctica de la prueba testifical, imponiendo a los testigos la obligación de comparecer, la obligación de declarar y la obligación de decir la verdad.⁴³

⁴¹ El art. 722 LECrim establece que “los testigos que comparezcan a declarar ante el Tribunal tendrán derecho a una indemnización, si la reclamaren.

El Secretario judicial la fijará el mediante decreto, teniendo en cuenta los gastos de desplazamiento, manutención, Alojamiento, y salarios dejados de percibir por el testigo con motivo de su comparecencia para declarar.”

⁴² MÉNDEZ LÓPEZ I., *Diario La Ley*, nº 6719, 23 de mayo de 2007.

⁴³ Art. 118 CE establece la obligación de prestar la colaboración requerida en el curso de un proceso, de ahí la obligación del testigo de comparecer a declarar, salvo las excepciones previstas a dicha regla general, dependiendo de quien sea, o del cargo que ocupe.

Ello es debido a la importancia de dicha prueba en el proceso penal, siendo numerosas las veces en las que la prueba testifical resulta ser la principal o única fuente de datos de la que extraer el relato de hechos probados de la sentencia.

La LECrim no establece límite alguno respecto al número de testigos que pueden deponer en el juicio oral, siendo la pertinencia y la necesidad de los testimonios, el motivo para la exclusión de alguno de los propuestos o de que queden sin practicar alguno de los admitidos.

La jurisprudencia es unánime en cuanto a la realización de una sola prueba testifical, la cual, constituye medio de prueba válido, sin perjuicio de ponderar el Tribunal las circunstancias concurrentes y la ausencia de móviles espurios. Ello determina que actualmente carezca de virtualidad jurídica el antiguo principio "*testis unus, testis nullus*" (un testigo, ningún testigo).

Ahora bien, los Artículos 410, 411 y 412 de la LECrim regulan la obligación de comparecer, y las exenciones a la regla general mencionada, relativas en la mayoría de los casos por la cualidad de la persona, por ello, si bien, todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley, esta regla general decae en el caso de El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino. También están exentos del deber de declarar los Agentes Diplomáticos acreditados en España.⁴⁴

Además, y aunque no están exentos de declarar, si lo estarán de acudir al llamamiento judicial, pudiendo hacerlo por escrito, las demás personas de la Familia Real.

Del mismo modo, como establece el artículo 412 LECrim están exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo:

⁴⁴ Artículo 411 de la LECrim.

“El Presidente y los demás miembros del Gobierno.

Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado.

El Presidente del Tribunal Constitucional.

El Presidente del Consejo General del Poder Judicial.

El Fiscal General del Estado.

Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.”⁴⁵

Y estarán igualmente exentos de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiéndolo hacer en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros:

“Los Diputados y Senadores.

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

Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

El Defensor del Pueblo.

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

Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado.

El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas.

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

Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.”⁴⁶

⁴⁵ Artículo 412 de la LECrim.

Finalmente, serán invitadas a prestar su declaración por escrito los agentes diplomáticos y miembros de oficinas consulares, remitiéndose al efecto al Ministerio de Justicia, con atenta comunicación para el de Asuntos Exteriores, un interrogatorio que comprenda todos los extremos a que deban contestar, a fin de que puedan hacerlo por vía diplomática.⁴⁷

Además, las consecuencias previstas ante la falta de comparecencia fluctúan desde una sanción pecuniaria si es el primer llamamiento, hasta la comisión del delito de obstrucción a la justicia y desobediencia, si es en el segundo o posteriores llamamientos, sin causa de justificación ante la incomparecencia.

De notable actualidad es el Auto de 30 de mayo de 2017 dictado por la Sección Segunda de la Sala De Lo Penal de la Audiencia Nacional.⁴⁸

Por un lado, el artículo 412 establece la exención de concurrir al llamamiento judicial del Presidente del Gobierno como se acaba de mencionar. Por tal motivo, y amparándose igualmente en el artículo 731 bis LECrim, que establece la facultad potestativa del tribunal de acordar que la prueba testifical se realice mediante videoconferencia, la secretaría general del gobierno solicitó ante la admisión de la declaración como testigo de Don Mariano Rajoy Brey, que dicha testifical se realizara mediante videoconferencia.

Las razones que esgrime la defensa de Mariano Rajoy a fin de eludir su comparecencia ante la Audiencia, a juicio de la Sala carecen de consistencia, dado que alega en primer lugar que la comparecencia física del testigo teniendo que desplazarse a la sede de la Audiencia Nacional en San Fernando de Henares implicaría un importante despliegue de recursos públicos, no entendiendo el Tribunal en qué consiste ese despliegue únicamente por tener que desplazarse unos pocos kilómetros.

En segundo lugar se alegan igualmente razones de seguridad, que quedan igualmente desvirtuadas pues la Audiencia Nacional cuenta con mayores garantías y medidas de seguridad que las que puedan ofrecer otras

⁴⁶ Artículo 412 LECrim.

⁴⁷ Artículo 415 LECrim.

⁴⁸ Auto de 30 de mayo de 2017 de la Audiencia Nacional, Rollo de Sala 5/2015.

plazas y foros en las que el testigo haya protagonizado actos y encuentros electorales.

Por último se alega igualmente la intensa actividad del Presidente lo cual evidentemente no es óbice para su comparecencia ante el Tribunal en la fecha elegida por el testigo en función de su agenda.

Sin embargo, la Sala, teniendo en cuenta que Don Mariano Rajoy, no comparece como Presidente del Gobierno, sino, como ciudadano español, en calidad de testigo por hechos relacionados con los cargos que tenía en el PP, y que el Tribunal de la Audiencia Nacional se sitúa en el mismo plano institucional que el ejecutivo, la Sala acordó citar al testigo Mariano Rajoy para su comparecencia ante el Tribunal, adoptando cuantas medidas fueran necesarias para preservar su imagen institucional, denegando en consecuencia la solicitud del mismo de declaración mediante videoconferencia.

Ciertamente, el principio de inmediación está fuertemente arraigado en nuestro ordenamiento jurídico, solamente sacrificable cuando concurren razones verdaderamente poderosas que permitan prescindir de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas.

No obstante, el avance de los medios tecnológicos y la incorporación de las nuevas tecnologías al procedimiento, hacen pensar que en un tiempo no muy lejano, la videoconferencia, será utilizada con mayor frecuencia que en la actualidad y no con carácter excepcional.

Así las cosas, CHOCLÁN MONTALVO ⁴⁹, se muestra totalmente partidario del uso de la videoconferencia y recuerda que el propio Pacto de Estado de la Justicia expresa en sus puntos 12 y 14 la voluntad de implantar plenamente las nuevas tecnologías en la justicia como símbolo de su modernización. Señala con acierto este autor que: *“La videoconferencia es un medio de comunicación que permite llevar a la sede del tribunal donde deben practicarse las actuaciones judiciales, a tenor del artículo 268.1 de la LOPJ la*

⁴⁹ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *“Las reformas procesales”*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, P.65

imagen y el sonido de un testimonio o declaración de quien no puede concurrir de cuerpo presente, evitándose con ello dilaciones indeseadas en el proceso.”

2.2.2 Obligación de declarar; exenciones

En cuanto a la obligación de prestar declaración, se recoge la regla general en la Ley de Enjuiciamiento Civil artículo 707, y las excusas a dicha obligación en los artículos 416 a 418.

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

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

Así, no tienen obligación de declarar:

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

La Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y la del Tribunal Supremo⁵⁰, han optado por entender que la dispensa del artículo 416 de la LECrim es aplicable para todos los testigos que se encuentran en la relación de parentesco prevista en el precepto, sin que exista exclusión alguna.

⁵⁰ STS 134/2007, de 22 de febrero de 2007 que establece que “la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad familiar que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito del que se imputa al inculpado.”

“El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.”⁵¹

Si bien una vieja STS de 11 de diciembre de 1902 no puso tacha alguna al testimonio del Abogado de la acusación particular, es más problemática la posibilidad de que el testimonio del Abogado defensor pueda ser utilizado como prueba de cargo. La STS de 3 de abril de 1995⁵² resolvió la pretensión formulada por el condenado de que se declarara nula la declaración prestada en el juicio oral por el Abogado designado de oficio que le había asistido en la detención sufrida en Comisaría, alegando que “un Abogado que asiste a un acusado no puede testimoniar después como testigo de cargo contra su cliente”; tesis que el Alto Tribunal estima “incontestable y que llevaría a declarar la nulidad de la prueba, y a priori a su inadmisibilidad”

Del mismo modo, no podrán ser obligados a declarar como testigos:

“Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.”⁵³

En palabras de RIVES SEVA⁵⁴, este es el caso del llamado “secreto sacerdotal”, y así lo establece la Jurisprudencia:

Propuesto por la defensa como testigo el cura párroco a quien, en secreto de confesión le fueron entregadas por el acusado las joyas sustraídas, a fin de acreditar la concurrencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, el Tribunal Supremo en *STS de 11 de octubre de 1990*⁵⁵ declaró que la negativa de la Audiencia a suspender el juicio ante la incomparecencia de este testigo era correcta porque, tal y como establece el artículo 707 en relación con el 417.1 de la LECrim,

⁵¹ Artículo 416.2LECrim.

⁵² STS de 3 de abril de 1995 [RJ 1995, 2803].

⁵³ Artículo 417 LECrim.

⁵⁴ RIVES SEVA A.P., *La prueba en...*, Op. Cit., p. 232

⁵⁵ STS de 11 de octubre de 1990 (RJ 1990, 7996).

no podrán ser obligados a declarar los eclesiásticos sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

Tampoco podrán ser obligados a declarar como testigos los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.⁵⁶

De tal manera que se exime a los funcionarios públicos de declarar cuando no puedan hacerlo sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, lo cual supone que pueden declarar sobre otros extremos, pero no en manera alguna sobre los particulares que deben mantenerse secretos, sin que su negativa a declarar sobre materias secretas requiera que sus superiores deban informar si les han autorizado o no para quebrantar el secreto funcional público, debiendo simplemente presuponerse que tal negativa evidencia la falta de autorización, pues la regla general es la prohibición de violar estos secretos, ya que hacer lo contrario genera la comisión del delito previsto en el artículo 367 del Código Penal.⁵⁷

Del mismo modo, tampoco están obligados a declarar, el Juez Instructor y el Fiscal adscrito al Juzgado, y ello, fue establecido por la STS de 25 de junio de 1990⁵⁸ que les negó esta cualidadles negó esta cualidad porque “lo que las Autoridades Judiciales y Fiscales dicen queda documentado y autenticado en forma legal y sólo lo que en dicha documentación consta es válido, sin que puedan ni deban pedirse explicaciones de otra naturaleza que no podrían darse de ninguna manera porque sería contrario a los más elementales principios que gobiernan la propia Organización Judicial en relación con el proceso.”

⁵⁶ Artículo 417 LECrim.

⁵⁷ STS, de 9 de abril de 1969 (RJ 1968, 1869)

⁵⁸ STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 5665)

Tampoco podrán ser obligados a declarar “los incapacitados física o moralmente ⁵⁹.”

En lo que se refiere a la incapacidad mental, como puso de relieve la STS de 6 de abril de 1992⁶⁰, en el proceso penal “basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales. El deficiente mental es susceptible de transmitir información que puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho por lo que el testimonio del deficiente mental puede ser atendido como prueba de cargo.”

También la STS de 4 de febrero de 1991⁶¹ concedió valor al testimonio de la víctima, oligofrénica profunda en grado de idiocia, pese a esa tara intelectual, pues puede servir para formar la convicción del juzgador, dado que no hay límite legal alguno para tal prueba testifical, al contrario de lo que ocurre en el proceso civil, precisamente por las diferencias esenciales que distinguen aquél del proceso penal.

En el mismo sentido las SSTS de 20 de diciembre de 1983⁶² (oligofrénica en grado de imbecilidad), 4 de febrero de 1993 ⁶³ (personas mentalmente insuficientes).

Por último, ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416, exceptuando el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.⁶⁴

Actualmente, se le ha negado al presidente Mariano Rajoy declarar por videoconferencia por el “Caso Gürtel”, ya que aunque se encuentre exento del deber de comparecer de acuerdo con el artículo 416 por ser el presidente del

⁵⁹ Artículo 417 LECrim.

⁶⁰ STS de 6 de abril de 1992 (RJ 1992, 2857).

⁶¹ STS de 4 de febrero de 1991 (RJ 1991, 745).

⁶² STS de 20 de diciembre de 1983, (RJ 1983, 6705).

⁶³ STS de 4 de febrero de 1993 (RJ 1993, 934).

⁶⁴ Artículo 418 LECrim.

gobierno, Rajoy, “no comparece como presidente del gobierno, sino como un ciudadano español en calidad de testigo por hechos que se están juzgando en razón a los cargos que tenía en el PP”⁶⁵, y además, no existían razones suficientes como para decretar la declaración por videoconferencia.

El artículo 731 bis LECrim matiza que “por razones de utilidad, seguridad u orden público, se podrá acordar que la actuación de la prueba testifical se realice a través de videoconferencia”. El Tribunal, considera que Rajoy no puede acudir a declarar sobre dicho caso, argumentando la Audiencia Nacional que “la comparecencia de los testigos ante el tribunal siempre ha sido y es una comparecencia física además de no existir razones de utilidad, de seguridad u orden público que acrediten la aprobación de la videoconferencia”.⁶⁶

2.2.3 Obligación de decir la verdad

Unida a la obligación de declarar, mientras que a las partes sí que se les da la posibilidad de mentir para que se cumpla el derecho de defensa⁶⁷, al testigo no se le permite este “derecho a mentir”, ya que si el testigo mintiera, sería completamente imposible clarificar cómo sucedieron los hechos para determinar la culpabilidad o no del acusado, además de incurrir el mismo en un delito de falso testimonio castigado con penas de prisión.

Los testigos acuden al juicio oral para declarar aquello que conocen sobre el ilícito penal sean testigos directos o de referencia, y tienen que decir necesariamente la verdad.

Una vez que el testigo comparece a la vista oral, antes de que comience la práctica de la prueba y la toma de declaración, jura o promete decir la verdad. La falsedad de la declaración constituye, como hemos mencionado, un delito de falso testimonio⁶⁸.

⁶⁵ RECUERO, M., “Rajoy tendrá que testificar físicamente y no por videoconferencia en el juicio de Gürtel el 26 de julio”, El Mundo, 2017.

<http://www.elmundo.es/espana/2017/05/30/592d4b0846163fed548b45b1.html>

⁶⁶ Auto de 30 de mayo de 2017 de la Audiencia Nacional, Rollo de sala 5/2015

⁶⁷ La STC 89/1986 de 1 de julio, nos refleja cuando puede existir vulneración del derecho de defensa. Examinando cada caso concreto para así observar cuando se ha producido un menoscabo del derecho de defensa (art 24.1 CE).

⁶⁸ Art. 458 CP: “1. *El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.*”

En palabras de BERNAL VALLS ⁶⁹, el juramento de decir la verdad es irrelevante a efectos del falso testimonio. El falso testimonio no es simplemente un perjuicio, sino la plasmación de un incumplimiento del deber legal de decir la verdad en la prestación de la declaración.

La única excepción que contempla el precepto es que se trate de testigos menores de edad penal, en cuyo caso no se les exigirá juramento ni promesa de decir verdad⁷⁰.

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

ASENCIO MELLADO⁷¹, entiende que existe una contradicción entre el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto al momento en que se comete el delito por el testigo al faltar a la verdad.

El Código penal estima autor de un delito de falso testimonio a toda persona que faltare a la verdad al prestar declaración testifical en el curso de un proceso, con independencia del momento o acto, en cambio la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece considerar la comisión del delito cuando la misma se produzca en el Juicio Oral, resultando una aplicación del Código penal mucho más restringida, pudiendo declarar falsamente en instrucción y rectificar en el Juicio Oral, con lo que podría no cometerse el delito de falso testimonio. Ahora bien, el Código Penal es Ley especial y posterior, y por lo tanto se comete el delito en el momento que se falta a la verdad en cualquier fase del proceso.

⁶⁹ BERNAL VALLS J. "El falso testimonio", Tecnos, P. 50

⁷⁰ Art. 433 LECrim: "Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal." No establece obligación alguna el precepto sobre la obligación que tienen los menores de edad de prestar juramento.

⁷¹ ASENCIO MELLADO J. M., *Derecho Procesal...*, Op. Cit., Pp. 157 a 158.

3. - La declaración testifical en el proceso penal

3.1 Fase de Instrucción

La fase de instrucción se encuentra regulada en el Libro II de la LECrim, concretamente, en los arts. 259 a 648. Se configura, por tres elementos básicos: los sujetos que intervienen, el objeto sobre el que versa y los actos que componen sus procedimientos.

Se entiende por instrucción según GIMENO SENDRA⁷² el conjunto de actos de investigación, practicados por la Policía Judicial, que suceden tras el Auto de incoación y se extienden hasta el Auto de conclusión o de sobreseimiento y que, mediante la determinación del hecho punible y la de su presunto autor, tienen por objetivo, bien la preparación del juicio oral, bien el sobreseimiento de la causa, así como la adopción de medidas cautelares y provisionales, penales y civiles tendentes a garantizar el ulterior cumplimiento de la Sentencia.

A tenor de lo establecido en el artículo 299 de la LECrim, su función principal se basa en preparar el juicio oral mediante la determinación del hecho punible, así como averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

La iniciación de la Fase instructora se produce mediante la puesta en conocimiento ante la autoridad competente de una sospecha de la comisión de una acción que tenga los caracteres que encajan con la definición de delito. Los actos de iniciación del procedimiento son la denuncia, la querrela o la iniciación de oficio.

DE LA OLIVA⁷³, apunta que la *notitiacriminis* desencadena una inmediata respuesta estatal, es decir la apertura del Proceso Penal, es preciso por ello, evitar que desaparezcan las huellas del delito, que el responsable de

⁷² GIMENO SENDRA V., "Manual de Derecho Procesal Penal", Castillo de Luna, Madrid, P.233

⁷³ DE LA OLIVA J., "Derecho Procesal Penal", Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 293

los hechos eluda la acción de la justicia. Se trata de evitar el peligro del retardo, pero también se ha de evitar el peligro de la precipitación y que sea sometido a juicio público un sujeto en virtud de una acusación carente de fundamento.

Por otro lado, NIEVA FENOLL⁷⁴, define la fase instructora como “una fase procedimental que se celebra con carácter previo al proceso penal. Con frecuencia la doctrina la incluye dentro del proceso mismo, pero en realidad no es más que una actividad pre procesal que posee una finalidad principal y una complementaria.

-Aseguramiento de las personas y de los bienes de los sospechosos.

-Recogidas de vestigios del delito.”

VISÚS APELLÁNIZ⁷⁵, establece los caracteres de la fase de instrucción, manifestando que es necesariamente escrita, exceptuando declaraciones en las cuales los investigados y los testigos son interrogados oralmente, aunque cabe apuntar, que todo lo que ellos establecen oralmente, es plasmado a papel.

Los medios de investigación pueden ser llevados a cabo de oficio, y es necesariamente, una fase secreta, donde solo pueden tener conocimiento de las actuaciones las partes personadas y la víctima. Pero en casos especiales, cuando exista el riesgo de que el investigado pueda destruir pruebas o entorpecer la investigación se puede declarar el secreto de sumario⁷⁶.

No podemos olvidar, como señala ASECIO MELLADO⁷⁷, que el artículo 301, 1 de la LECrim declara que el sumario es secreto para la sociedad y público para las partes, que pueden por tanto tomar conocimiento pleno del mismo, artículo 302.1 LECrim, y por ello nadie puede proporcionar información acerca de los actos y contenidos de éste a terceros ajenos al proceso, claro está que esta prohibición únicamente alcanza a quienes intervengan en la elaboración del sumario, nunca a quienes, cualquiera que sea la vía legal por la

⁷⁴NIEVA FENOLL J., “Fundamentos de Derecho...”, Op. Cit., P. 100

⁷⁵VISÚS APELLÁNIZ J. A., “Fase de instrucción en el procedimiento penal”, Ilexabogados, 2016

<http://ilexabogados.com/blog/fase-de-instruccion-en-el-procedimiento-penal/>

⁷⁶ STC 13/1985, de 9 de diciembre de 1985.

⁷⁷ ASECIO MELLADO J. M., *Derecho Procesal...*, Op. Cit., P. 123.

que lo conozcan, informen de ello, incluso mediante publicaciones periódicas, ahora bien llama la atención que siendo secreto el sumario para la sociedad los propios Tribunales y el Consejo general Del Poder Judicial tengan sus gabinetes de información que trasladan a la sociedad noticias sobre procedimientos en marcha, constituyendo un contrasentido a la disposición legal señalada.

Y además de lo establecido, es una fase necesaria del proceso penal, ya que la investigación del hecho delictivo, la delimitación de sus perfiles, evitar la desaparición de pruebas y preparar la defensa son, razones que se han argumentado para defender su existencia.

GIMENO SENDRA⁷⁸ matiza que el carácter necesario de la instrucción no es cuestionable, ya que en ella se produce la preparación del Juicio Oral, se realizan los actos de aseguramiento de las personas y responsabilidades civiles, y se buscan y conservan fuentes de prueba.

El Juez, asume la incoación, el desarrollo y la terminación de la fase de instrucción la cual, una vez el órgano Jurisdiccional tiene noticia de la comisión de un hecho con apariencia delictiva acordará la iniciación del procedimiento, dispondrá la práctica de las diligencias de averiguación y comprobación del delito y del delincuente que sean precisas.

En cuanto a las Fases Instructoras GIMENO SENDRA⁷⁹, las establece atendiendo a un criterio objetivo o procedimental.

El sumario ordinario que se incoa ante la sospecha de la comisión de un delito muy grave (art 757 LECrim).

La Instrucción Complementaria de la Ley del Jurado, que ha de practicarse cuando el objeto del procedimiento lo constituya alguno de los delitos de la competencia de este Tribunal (art 1 LO 5/1995⁸⁰).

Las Diligencias Previas del procedimiento abreviado, que es el procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de delitos de la competencia de

⁷⁸GIMENO SENDRA V., "Manual de Derecho ...", Op. Cit., P. 300.

⁷⁹GIMENO SENDRA V., "Manual de Derecho ...", Op. Cit., P. 235.

⁸⁰LO 5/1995 del Tribunal del Jurado.

los Juzgados de lo Penal y de las AP siempre y cuando la pena objetiva privativa de libertad no exceda de los nueve años.⁸¹

Independientemente del nombre que adopte la Fase de Instrucción, el Juez, dictará un auto que pondrá fin a la fase de investigación. Y tras la reforma de la LECrim⁸², el tiempo máximo de duración de dicha fase será de seis meses, y si la misma es declarada compleja el plazo podrá extenderse hasta dieciocho meses.

El Juez de instrucción, determina, que al haberse practicado todas las diligencias imprescindibles de la investigación penal, se concluye la instrucción para iniciar otra fase denominada como “fase intermedia”, en la cual, se traslada el resultado de las actuaciones a las partes acusadoras para que indiquen si solicitan el sobreseimiento, formula la acusación o les interesa la práctica de alguna diligencia de investigación más. Esto último se realiza solo excepcionalmente.

3.1.1 El Atestado Policial. Elaboración y contenido.

Previo al análisis de la declaración testifical en el atestado, es necesario incluir el concepto, elaboración y contenido del mismo. Será importante puntualizar los tipos de declaraciones contenidas en dicho documento, así como el valor probatorio que supone la realización del atestado policial.

⁸¹ Artículo 790 LECrim: “Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se de traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas, para que en el plazo común de 5 días, soliciten la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente”.

⁸² Artículo 324.1 LECrim: “1. Las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

No obstante, antes de la expiración de ese plazo, el instructor a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes, podrá declarar la instrucción compleja a los efectos previstos en el apartado siguiente cuando, por circunstancias sobrevenidas a la investigación, ésta no pudiera razonablemente completarse en el plazo estipulado o concurran de forma sobrevenida algunas de las circunstancias previstas en el apartado siguiente de este artículo.”

El Atestado puede definirse según GIMENO SENDRA⁸³, como la actividad investigadora preliminar a la fase instructora, efectuada y documentada por la Policía Judicial y dirigida, con carácter urgente y provisional, a la averiguación del delito, al descubrimiento e identificación de su autor, al auxilio de la víctima, a obtener el aseguramiento del cuerpo del delito y a la adopción de determinadas medidas cautelares penales y provisionales.

El Atestado es un documento oficial, que constituye la fase preliminar del procedimiento penal, teniendo el valor procesal de denuncia.

MARCHAL ESCALONA⁸⁴, siguiendo la LECrim define el atestado como el conjunto de diligencias llevadas a cabo por la Policía Judicial traducidas a un documento, que se actúa a prevención del correspondiente órgano judicial o ministerio fiscal, al objeto de comprobar la existencia de un hecho que pueda revestir carácter de delito, verificar los elementos integrantes del mismo al objeto de determinar su ilicitud, aportando al órgano llamado a resolver en su día el material objeto de prueba que permita constatar el hecho, y en su caso, los presuntos responsables.

VILA MUNTAL⁸⁵ manifiesta que como norma general, el atestado policial carece de eficaciaprobatoria, puesto que el art. 297 de la LECrim. le confiere el valor de mera denuncia.

Así lo declara también, la STS de 30 de enero de 1984⁸⁶, al otorgar al atestado policial un valor de denuncia y no de prueba, y que, para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente mediante la declaración de los agentes policiales firmantes del atestado en condiciones que garanticen la efectiva contradicción.⁸⁷

⁸³GIMENO SENDRA V., "Manual de Derecho...", Op. Cit., P. 254.

⁸⁴MARCHAL ESCALONA A., "Policía Local de Galicia", Editorial Meta, 2016, p. 93

⁸⁵VILA MUNTAL M.A., "La Prueba en el Proceso Penal", P. 202

⁸⁶ STS 9/1984, de 30 de enero de 1984.

⁸⁷ STS 258/1998, de 28 de febrero de 1998.

El Atestado deberá de ser también necesariamente secreto. Así matiza el artículo 15 del RD, de 19 de junio de 1987⁸⁸, sobre Regulación de la Policía Judicial. Si este secreto profesional fuera violado, se aplicará el artículo 7.h) de la LO 4/2010, de 20 de mayo, de Régimen disciplinario del cuerpo Nacional de Policía a aquellos funcionarios que desvelaren secretos del atestado. La conducta además, puede ser constitutiva del delito previsto en art. 417.1 CP.

A tenor de lo establecido, el CGPJ hizo pública una declaración en fecha 12 de mayo de 1981 según la cual nos matizaba que los atestados policiales por causa de delito están sometidos a secreto, lo mismo que las actuaciones judiciales del sumario. El secreto que se mantiene con el atestado es un límite al derecho de información recogido en nuestra Constitución. Este secreto, que los jueces cumplen escrupulosamente, debe ser cumplido con idéntico rigor por los portavoces de las fuerzas de seguridad del Estado, al igual que ocurre con el sumario, el cual es secreto para la sociedad.

La Ley de 12 de mayo de 2007⁸⁹, tomando como referencia lo establecido en la LECrim, expresa que la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en el ejercicio de sus funciones de Policía Judicial, tiene su reflejo a través del Atestado, y cita expresamente su artículo 292 según el cual, los funcionarios de Policía Judicial deberán de extender, bien en papel sellado, bien en papel común un atestado de diligencias que practiquen en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito.

Según la Instrucción 9/1991 de la Dirección de la Seguridad del Estado, la Policía Judicial utilizará los soportes documentales comunes normalizados e informatizados de los Cuerpos de Seguridad del Estado, en la medida en que se ajusten a la actuación policial realizada. Para la confección de los atestados

⁸⁸ RD 769/1987, de 19 de junio de 1987 sobre la Regulación de la Policía Judicial, que establece que “los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial deberán guardar rigurosa reserva, sobre la evolución y resultado de las concretas investigaciones que les hubieren sido encomendadas, así como de todas las informaciones que, a través de ellas, obtengan.”

⁸⁹ Ley 7/2007, de 12 de mayo de 2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

que instruya la Policía Local así como los oficios y escritos que redacten relativos a materia de policía judicial se utilizará la aplicación informática de atestados de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, a cuyos efectos, la conexión se realizará a través de sus sistemas informáticos.

La LECrim establece algunas consideraciones atinentes a la firma, a la posibilidad de su sustitución por una relación verbal y a fijar su valor legal y probatorio. De todos sus preceptos parece desprenderse la condición de que el atestado es un documento que va referido a los preliminares del sumario:

La LECrim⁹⁰ establece que el atestado será firmado por el que lo haya extendido. Existe pues, la posibilidad de que el atestado sea instruido por un solo funcionario, aunque en la práctica es frecuente que en la elaboración intervengan dos funcionarios, uno que actúa como Instructor, y otro en calidad de Secretario que es el que se encargará de la confección práctica del mismo.

Los testigos que hubieren intervenido en las diligencias relacionadas en el atestado serán invitados a firmarlo en la parte a ellos referente, además de las preceptivas firmas de los policías, y, si no lo hicieren, se expresará la razón⁹¹. De esta forma, los funcionarios policiales no pueden obligar a persona alguna a firmar las declaraciones en que hayan intervenido, consiguiendo mediante una diligencia aquellos supuestos en que dichas personas se nieguen a firmar y el motivo o las causas de esta negativa.

Por lo general el contenido del Atestado es el siguiente:

Consta de unas diligencias iniciales en las que se refleja el hecho delictivo de que se tiene conocimiento. La más frecuente es la comparecencia, consistente en la personación en la dependencia policial del perjudicado o cualquier otra persona notificando el hecho delictivo y del funcionario policial dando cuenta del mismo, con posible presentación de detenidos y efectos del delito, si los hubiera.

De unas diligencias de trámite, que serán aquellas que se derivan de la propia dinámica de la actuación policial, y de carácter rutinario (solicitud de

⁹⁰ Art. 293 LECrim.

⁹¹ Art. 293 LECrim.

antecedentes, petición de parte facultativo, etc.). De entre ellas es fundamental y obligada la diligencia de notificación de derechos al detenido.

De unas diligencias indagatorias en las que se incluye toda actuación policial que tiene por objeto averiguar y esclarecer todo lo referente al hecho delictivo denunciado; es decir, la fase indagatoria o de investigación.

Por último consta también, de unas diligencias de terminación y revisión. Por la que se remite a la Autoridad judicial correspondiente, poniendo a su disposición al detenido y adjuntando los efectos intervenidos.

3.1.2 Declaraciones de la Policía Judicial contenidas en el atestado: Valor probatorio.

En consonancia con este trabajo, especial importancia revisten las declaraciones policiales en el atestado y el valor probatorio que pueden tener estos como testigos, siguiendo a VILA MUNTAL⁹², ni esta específicamente regulada, ni tampoco excluida, admitiéndose por la jurisprudencia la declaración de los funcionarios policiales como medio probatorio con eficacia para enervar la presunción de inocencia. Además, los mismos también podrán ser objeto de las medidas de protección a testigos previstas en la L.O. 19/1994, puesto que dicha Ley no establece ningún obstáculo ni impedimento al respecto.

Los funcionarios de policía que han participado en la confección de un atestado, van a poder prestar dos tipos de declaración: como testigo directo, respecto de los hechos que han percibido personalmente, y también como testigo indirecto o de referencia, respecto de los hechos sobre los que otras personas han declarado en el atestado policial.

Respecto de la declaración de los funcionarios policiales sobre hechos de conocimiento propio, declararán como testigo directo sobre los hechos que

⁹²VILA MUNTAL M., "La prueba en el proceso penal", Valencia, 2000 p. 202

conozcan a raíz de la investigación policial, debiendo acudir ante la autoridad judicial para ratificar los extremos manifestados en el atestado⁹³.

La STC de 3 de noviembre de 1989⁹⁴ establece que “tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2 y 727 LECrim, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio”.

En cuanto a la declaración de los funcionarios policiales como testigos de referencia es admitida por la Jurisprudencia y por la doctrina, respecto de los hechos manifestados por testigos o detenidos en su presencia durante la confección del atestado policial, aunque dicha declaración tendrá el carácter de excepcional y supeditada al cumplimiento de los requisitos propios de la testifical de referencia, que más adelante desarrollaremos.

La STC, de 23 de febrero de 1995⁹⁵, establece que las declaraciones vertidas en el atestado policial - en ese caso se trataba de declaraciones inculpativas efectuadas por un coimputado únicamente en Comisaría—, “carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el acto del juicio oral”.

El TC y el TS se muestran favorables a incluir declaraciones de Policías como testigos directos, es decir, sobre los hechos que conocen directamente durante la investigación policial y también como testigos de referencia, en relación con los hechos que terceras personas les han referido, ya sean testigos o detenidos. En este último caso declararán como testigo directo del contenido del testimonio y de referencia respecto al hecho a ser juzgado.

⁹³ Arts. 297: “Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubieran practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales” y 717 LECrim: “Las declaraciones de las autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificadas, apreciables como estas según las reglas del criterio racional.”

⁹⁴ STC 182/1989, de 3 de noviembre de 1989.

⁹⁵ STC 51/1995 de 23 de febrero de 1995.

Así se desprende de las Sentencias del Tribunal Constitucional, de 23 de febrero de 1995, de 29 de septiembre de 1997 y de 3 de octubre de 1994⁹⁶, por ello, ninguna crítica cabe efectuar a la admisión como medio probatorio de la declaración de los policías, puesto que al igual que cualquier testigo, puede declarar sobre los hechos que conozca a raíz de la investigación policial efectuada.

No obstante, cuando declare en calidad de testigo de referencia, ello sólo será viable en supuestos verdaderamente excepcionales, cuando resulte imposible acudir a la declaración del testigo directo. Si se cumple ese requisito, que, se insiste, deberá observarse de forma muy estricta, nada impide que su declaración junto a otras pruebas de cargo, pueda enervar la presunción de inocencia del acusado. Pero debe existir otro material probatorio de cargo. La declaración de un policía o varios como testigo de referencia, por sí sola resulta insuficiente para fundamentar la condena del acusado, puesto que no existe ninguna posibilidad de controlar la veracidad de lo manifestado por ese tercero.

Así pues, el valor probatorio de las declaraciones Policiales en el Atestado como testigos de referencia de los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado debe de quedar diferenciado cuando los hechos los conozcan por terceras personas o por el detenido, pues en este último caso, solamente podrían ser tenidas en cuenta , aquellas declaraciones que se efectuaran por el detenido en presencia de su Abogado, y nunca, en declaraciones espontáneas o en conversaciones informales entre el detenido y los agentes policiales, pues carecen de virtualidad propia al ser realizadas sin las garantías exigidas en la LECrim, entre otras en lo referido a la presencia del Letrado como garantía de su derecho de defensa.

En estos casos, dicha declaración, por sí sola, no podrá tener efectos enervatorios de la presunción de inocencia, puesto que se habrá obtenido con

⁹⁶ ATC 1452/1997, de 29 de septiembre de 1997; STC 153/1997, de 29 de septiembre de 1997; STS 261/1994, de 3 de octubre de 1994.

vulneración de derecho fundamental de la CE, y tendrá la consideración de prueba ilícita, de conformidad con lo previsto en la LOPJ⁹⁷.

Por ello, carecen de validez probatoria, sin la oportuna ratificación ante el Juzgado de instrucción y posteriormente la ratificación en el juicio Oral las declaraciones testificales realizadas y recogidas en el Atestado Policial, puesto que su admisión supone una infracción del principio de oralidad e inmediación, ya que el Tribunal no podrá oír directamente a los testigos, así como del principio de contradicción, en la medida en que los procesados y los defensores no habrán tenido la posibilidad de interrogar a los testigos.⁹⁸

La STC, de 23 de febrero de 1995, establece que las declaraciones vertidas en el atestado policial - en ese caso se trataba de declaraciones inculpativas efectuadas por un coimputado únicamente en Comisaría—, “carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el acto del juicio oral”.⁹⁹

3.1.3 Diligencias de investigación: Concepto y fines.

Explicada la Fase de Instrucción, es necesario, dar a conocer las diligencias de investigación que se llevan a cabo dentro de la mencionada fase.

⁹⁷ Art. 17.3 CE: “3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.” y art. 11 LOPJ: “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

⁹⁸ STC 79/1994, de 14 de marzo de 1994.

⁹⁹ STC 51/1995, de 23 de febrero de 1995. La Jurisprudencia Constitucional, en una consolidada y unánime doctrina sobre las declaraciones efectuadas únicamente en sede policial y no ratificadas ante la Autoridad Judicial, se ha negado a admitirlas puesto que “las declaraciones contenidas en el atestado policial, aún realizadas con las debidas garantías de asistencia de Letrado, y aun siendo por su minuciosidad muy verosímiles no bastarían como tales a efectos de la destrucción de la presunción de inocencia, sobre todo si se tiene en cuenta que tales declaraciones no han sido objeto de discusión en el juicio oral, ni han tenido la posibilidad de ser interrogados en el mismo quienes intervinieron en esa diligencia, lo que hubiera podido producir una actividad probatoria destinada a destruir esa presunción y cuyo resultado hubiera podido ser valorado a tal efecto por el Juzgador”.

La declaración testifical supone una diligencia encaminada a la averiguación del ilícito penal.

La definición de diligencias de investigación nos la ofrece artículo 299 LECrim, a tenor del cual son aquellas actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

Existen tres posiciones en torno a los fines de la instrucción, a saber aquella que la conceptúa como preparación del juicio, la que la entiende como preparación de la acusación y una última que la concibe como determinante del enjuiciamiento. Según CAMPOS SÁNCHEZ y ORENES BARQUERO¹⁰⁰, es esta última la que, a su criterio, prevalece ya que entienden que no ha de darse el juicio si no hay base racional para ello, de tal forma que, tanto ha de interesar que se someta a juicio quien aparece como presunto responsable de un delito como que no se someta aquella persona sobre la que no recaen indicios de criminalidad.

Para la consecución de la finalidad mencionada, del artículo citado, se desprenden tres aspectos fundamentales a tener en cuenta:

En primer lugar, las actuaciones de investigación, indagación, comprobación del hecho delictivo y todas las circunstancias útiles en él concurrentes.

En segundo lugar, una actividad de constancia o fijación de lo averiguado, consistente en la reunión o acopio del material probatorio, que una vez sometido a contraste se convierte en medio de prueba.

Y en tercer y último lugar, la adopción de medidas cautelares, preventivas o el aseguramiento de personas y cosas.

Matizan los autores citados anteriormente que lo importante en todo caso, es guardar el necesario equilibrio entre la función inquisitorial de la

¹⁰⁰ CAMPOS SÁNCHEZ M. y ORENES BARQUERO M. , “*Las diligencias de investigación. El Proceso Penal*”, p. 78

investigación de oficio y la garantía de los derechos de los ciudadanos en la adopción de medidas restrictivas de derechos.

Es preciso distinguir aquí los procedimientos que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal por delitos:

El procedimiento ordinario o tipo por delitos graves: Tales diligencias se integran en la llamada fase de instrucción o sumario y su regulación se encuentra en el artículo 308 LECrim¹⁰¹. Este procedimiento es el aplicable a aquellos delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años¹⁰².

El procedimiento abreviado: Tales actuaciones reciben el nombre de diligencias previas¹⁰³, siendo procedente aquí la aplicación de las diligencias de investigación reguladas en sede de sumario con las especialidades que ofrecen los artículos 785 y 786 LECrim. Este procedimiento es el aplicable a los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años o bien con cualesquiera otras penas, sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía y duración.

El Juicio por delitos Leves y la ausencia de instrucción formal: Como excepción es usual la práctica de diligencias tendentes a la averiguación de la persona del denunciado o incluso a determinar las consecuencias dañosas o lesivas de la presunta infracción cometida, mediante la pericia de daños materiales o corporales, evitando así posponer a ejecución de sentencia la cuantificación de una eventual responsabilidad civil.

También se distinguen los juicios rápidos y los del tribunal del jurado.

¹⁰¹ Art. 308 LECrim: *“Inmediatamente que los Jueces de instrucción o de Paz, en su caso, tuvieren noticia de la perpetración de un delito, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del Fiscal de la respectiva Audiencia, y dará, además, parte al Presidente de ésta de la formación del sumario, en relación sucinta, suficientemente expresiva del hecho, de sus circunstancias y de su autor, dentro de los dos días siguientes al en que hubieren principiado a instruirle.”*

¹⁰² Art. 757 LECrim: *“Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.”*

¹⁰³ Art 774 LECrim: *“Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas y les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 301 y 302.”*

En cuanto al órgano competente para realizar las diligencias de investigación, el legislador quiso en 1882, que fuera el Juez quien realizara la labor instructora de las causas por delitos, concibiendo la instrucción como preparación del Juicio Oral. No obstante, la redacción legal choca con la realidad diaria. Las modernas formas de delincuencia, la interrelación de su actuar, la existencia de bandas organizadas que operan en territorios de diversos Partidos Judiciales, entre otros factores, hacen necesaria una especialización en la investigación difícilmente compatible con la atribución en exclusiva al Juez de Instrucción de la labor instructora. Su mantenimiento no ocasiona otro hecho que dilaciones en la buena administración de justicia.

3.1.3.1 El careo

Tanto las declaraciones del imputado como de los testigos proporcionan al juez instructor datos que pueden ser útiles para la investigación. Sin embargo, pueden producirse divergencias, contradicciones o desacuerdos sobre unos mismos hechos derivados de aquellas declaraciones.

En este caso, se prevé la diligencia conocida como careo, es decir, la confrontación personal y oral en presencia del juez instructor de quienes mantienen posiciones discordantes para intentar su aclaración. Esta diligencia está recogida en los artículos 451 a 455 de la LECrim, y de ella se puede destacar lo siguiente:

En primer lugar, es una diligencia esencialmente subsidiaria, a la que no cabe acudir más que cuando no haya otro modo para constatar los hechos o los presuntos responsables.

En segundo lugar, podrá acordarse de oficio o a instancia de parte, aunque su celebración quedará siempre a criterio del juez.

En tercer lugar, se practicará ante el instructor, citándose simultáneamente a quienes deben enfrentarse cara a cara.

En cuarto lugar, no se practicarán careos con testigos menores de edad, salvo que el juez lo estime imprescindible y no lesivo para el interés del testigo.

Y en quinto y en último lugar, se leerán a los enfrentados sus declaraciones solicitándoles su ratificación o modificación, levantando la oportuna acta.

Como indica RIVES SEVA¹⁰⁴, el careo no es propiamente un medio de prueba autónomo e independiente, sino una diligencia complementaria o medio extraordinario de comprobación de la fuerza probatoria y credibilidad de las declaraciones o manifestaciones de los imputados y los testigos, al objeto de contrastar su valor y depurar o aclarar las contradicciones o discordancias que entre ellas puedan existir, contribuyendo a formar la convicción del juzgador a la vista de las actitudes o explicaciones que los careados adopten o faciliten.

Por lo mismo, y ante el riesgo de enfrentamiento dialéctico entre los careados y la experiencia demostrativa de que raras veces conduce a resultados eficaces, la propia LECrim señala su excepcionalidad¹⁰⁵.

Por ello, es doctrina constante y pacífica del Tribunal Supremo¹⁰⁶ la de que la decisión del juzgador de instancia sobre la celebración o no del careo no está sujeta a revisión casacional, sino que pertenece a la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales. Lo que no impide, como ha declarado la STS de 13 de diciembre de 1994¹⁰⁷, dado el derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes, que pueda provocar indefensión la denegación no motivada de tal prueba.

¹⁰⁴ RIVAS SEVA A. P., *“La prueba...”*, Op. Cit., P. 217

¹⁰⁵ Art. 455 LECrim, el cual, establece su práctica “cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados.” En concordancia con el artículo 455 LECrim, el art. 451 LECrim, matiza que “deja la decisión de su práctica al libre criterio del Juez.”

¹⁰⁶ SSTS de 22 abril de 1983 [RJ 1983, 2259], 24 de octubre de 1983 [RJ 1983, 4783], 12 de febrero de 1986 [RJ 1986, 591], 12 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6937], 4 de abril de 1987 [RJ 1987, 2450], 23 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7587], 16 de noviembre de 1987 [RJ 1987,], 31 de enero de 1989 [RJ 1989, 636], 11 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 792], 17 de junio de 1990 [RJ 1990, 5323], 14 de junio de 1991 [RJ 1991, 4720], 2 de marzo de 1992 [RJ 1992, 1670], 13 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2091], 26 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4492], 14 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8195], 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10003], 19 de enero de 1993 [RJ 1993, 396], 26 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 8834], / de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8399], 9 de febrero de 1996 [Rec. 1155/1995], 8 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4036] y 4 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1765]; y STC 55/1984, de 7 de mayo [RTC 1984, 55].

¹⁰⁷ STS de 13 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10147].

También se ha referido la jurisprudencia a aspectos concretos de la diligencia de careo. Su carácter excepcional ha sido proclamado por la STS de 14 de enero de 1993¹⁰⁸ y así lo dice expresamente la LECrim en su artículo 455 cuando apunta que “no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados. Las ventajas de utilización son muy discutibles y, en la práctica, produce, en general, más confusión que claridad.”

En todo caso, “el careo, del que constantemente dice la Sala Segunda no es diligencia propia del juicio oral, sino del sumario, presenta dos serios inconvenientes para el descubrimiento de la verdad: ser, de todas las diligencias probatorias, una de las más expuestas al riesgo de la subjetividad en su valoración, y propiciar, en buen número de casos, que proclamado sea vencedor -el que teóricamente dice la verdad- el más osado, el más hábil o el que más grita¹⁰⁹.”

Respecto a su documentación, la STS de 23 de octubre de 1993¹¹⁰, recuerda que “el artículo 453 de la LECrim establece literalmente que el Secretario dará fe de todo lo que ocurriere en el acto del careo, así como de lo que se observare en su actitud durante el acto.”

Por último, cabe establecer, que la diligencia sumarial de careo debe ser reproducida en el acto del juicio oral, careciendo de eficacia probatoria si el testigo no comparece a tal acto¹¹¹. Aunque por excepción, “si las declaraciones de testigos figuran en autos, vertidas con las debidas garantías, en presencia del Juez, incluidos los careos con las correspondientes apreciaciones judiciales, se está en presencia de la denominada prueba preconstituida que, en tanto prueba documentada, pero no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado¹¹²”.

¹⁰⁸ STS, de 14 de enero de 1993 [RJ 1993, 161].

¹⁰⁹ Voto particular de los Magistrados JIMÉNEZ VILLAREJO y GARCÍA ANCOS a la STS 2530/1995 de 29 de julio de 1998.

¹¹⁰ STS, de 23 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7951].

¹¹¹ STS, de 11 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7098].

¹¹² STS, de 26 de septiembre de 1991.

3.1.4 La prueba testifical anticipada: Concepto y valor probatorio de la misma

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

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

Los actos de investigación llevados a cabo durante la instrucción no pueden estar encaminados a fundar la sentencia penal. Sólo los actos de prueba practicados en el juicio oral servirán de fundamento a la sentencia¹¹³.

La prueba anticipada supondrá una “excepción” a la práctica de la prueba en la vista oral. La prueba anticipada en palabras de ARMENTA DEU¹¹⁴, consiste esencialmente en la práctica de un medio de prueba en fase de instrucción, esto es, en un momento previo anterior al que le corresponde, frente a la fundada previsión de que no podrá realizarse en el marco del juicio oral.¹¹⁵

DE LA OLIVA¹¹⁶ destaca que ello no alcanza a cualquier acto de investigación sumarial, sino que tan sólo a aquellos con respecto a los cuales:

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

NIEVA FENOLL¹¹⁷ matiza, que la razón esencial de ello consiste en la voluntad, de alejarse de un modelo inquisitivo. En dicho modelo, la prueba se practicaba en realidad durante la instrucción, lo que hacía inútil toda la actividad posterior de defensa del reo, que no había participado realmente en dicha primera fase.

¹¹³ Art. 741.1 LECrim: “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.”

¹¹⁴ ARMENTA DEU T., “Lecciones de Derecho..”, Op. Cit., P. 171.

¹¹⁵ Arts. 350, 356, 465.2, 471, 476, 675.3, 777 y 797.2 LECrim.

¹¹⁶ DE LA OLIVA A., “Derecho procesal penal”, Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 469

¹¹⁷ NIEVA FENOLL J., “Manual de Derecho procesal penal”, Edisofer, Madrid, 2011, p. 225

También se requiere, que se garantice el principio de contradicción.

La LECrim, exige en la práctica de la misma, la observancia de una serie de garantías que persiguen, fundamentalmente, que se garantice el principio de contradicción¹¹⁸.

Y por último, que se solicite su lectura en el juicio oral.

Teniendo en cuenta el concepto genérico de prueba anticipada, la prueba testifical anticipada, es aquella que se practica con anterioridad al juicio oral, cuando se prevé que un determinado testigo no va a poder comparecer, bien porque es posible que entonces haya muerto, o esté en un estado de grave enfermedad, o bien porque se prevé que claramente no se le va a poder localizar por encontrarse en una ubicación que sitúa al testigo en su país de origen por ser éste extranjero, se procede a dar lectura de la declaración en el juicio oral.

El art. 730 LECrim a tenor de lo establecido, se refiere únicamente a las “diligencias practicadas en el sumario”, y no, por tanto, a las realizadas ante la Policía en el atestado. Por ello, las declaraciones obrantes en el atestado, no ratificadas ante el Juez instructor, de imposible reproducción en el juicio oral, no pueden ser leídas al amparo del artículo 730. La única forma de introducir tales declaraciones como material probatorio valorable por el Tribunal sentenciador sería mediante la declaración, en el juicio oral, como testigo de referencia del agente de policía que tomó la declaración¹¹⁹.

Para finalizar la prueba testifical anticipada cabe apuntar, que sólo podrá tener valor de prueba de cargo válida, cuando se haya llevado a cabo con la escrupulosa observancia de los principios rectores de la valoración de la prueba, es decir, inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, formando entonces junto al resto de medios probatorios practicados en la vista oral, parte del acervo probatorio que el Tribunal podrá utilizar para formar su convicción sobre la culpabilidad o inocencia del acusado sobre un determinado hecho delictivo.

¹¹⁸ Arts. 448 y 449 LECrim.

¹¹⁹ STC 217/1989, de 21 de diciembre de 1989.

3.2 Fase del Juicio Oral

El juicio oral es la fase central del proceso penal, pues en él se va a practicar, como regla general, toda la actividad probatoria que servirá como fundamento a la sentencia, y ello porque es en este momento donde se dan cita toda una serie de garantías para el acusado:

Por un lado, es de vital importancia, el principio acusatorio, el cual, se desarrolla ante un órgano distinto al que ha conocido de la fase de investigación y, por tanto, se trata de un órgano jurisdiccional que no está “contaminado” por toda la información que se haya podido recopilar en la investigación contra el acusado. Además, esto supone una garantía de imparcialidad.

Y por otro lado, juegan también un papel muy importante, los principios de contradicción y de igualdad de armas.

El principio de contradicción es garantía de verdad, la verdad surge de la confrontación de las versiones de las partes y de los argumentos y pruebas a favor de cada una de ellas. Ambas partes tienen la posibilidad de intervenir en la práctica de la prueba para contradecir sus resultados o para proponer medios de prueba alternativos. Por medio del principio de Igualdad, las partes, a diferencia de lo que sucede en la fase de investigación, comparecen en el juicio oral con igualdad de medios de ataque y defensa.

Dicho esto, una vez finalizada la instrucción, comienza la fase intermedia, que finaliza formalmente con el auto de apertura del juicio oral, dictado este por la Audiencia Provincial en caso de tratarse de un sumario ordinario o por el Juez de Instrucción en caso de tratarse de un procedimiento abreviado.

Comienza así tras este auto, la fase más importante del proceso penal, pues bajo los principios procedimentales de publicidad, oralidad, inmediación y concentración, así como procesales de contradicción, igualdad y acusatorio, se realizará la actividad probatoria, de cuyo resultado procederá la condena o

absolución de fondo del acusado, ya que, en el proceso penal, no cabe la “absolución den la instancia”¹²⁰.

GIMENO SENDRA ¹²¹, matiza que el auto de apertura del juicio oral ocasiona en el procedimiento una serie de importantes efectos:

En primer lugar, desde el punto de vista subjetivo, impide la entrada de nuevas partes acusadoras en el proceso¹²².

En segundo lugar, y desde el punto de vista objetivo, el auto de conclusión impide la revocación del sumario y con ella la posibilidad de entrada de material fáctico en la instrucción, sobre el cual han de fundamentar las partes su pretensión¹²³.

Y en tercer y en último lugar, desde un punto de vista formal, el auto de apertura produce la publicidad del procedimiento¹²⁴.

Se encuentra regulado en el Título II del Libro III de la LECrim “de los artículos de previo pronunciamiento”¹²⁵. Estos artículos forman auténticos presupuestos procesales que han de ser denunciados por las partes y resueltos por el órgano jurisdiccional, con carácter previo al juicio oral, en una audiencia preliminar a fin de poder obtener la concentración del juicio oral, eliminando los “obstáculos” procesales que sean necesarios.

Los artículos 667 y 668 de la LECrim establecen que las cuestiones previas tan solo pueden promoverse a instancia de parte, es decir, de la defensa o el Ministerio Fiscal. El Tribunal podía hasta este preciso instante apreciarlas y pronunciar un posible auto de sobreseimiento, pero a partir de la

¹²⁰ Arts. 144 y 742.1 LECrim.

¹²¹ GIMENO SENDRA V., “Manual de Derecho...”, Op. Cit., P. 559

¹²² Art. 110 LECrim: “Los perjudicados por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito(...).”

¹²³ El art. 650 LECrim, establece que el escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas, los hechos punibles, la calificación legal de los mismos, la participación que en ellos hubiera tenido el procesado, las atenuantes y los agravantes, y las penas en que haya incurrido el procesado.

¹²⁴ Art. 783.1LECrim:“ 1. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641.”

¹²⁵ Arts. 666 a 679 LECrim.

apertura del juicio oral, habrá de esperar a que las partes las propongan en los artículos de previo pronunciamiento, sin perjuicio de poder examinarlas en el juicio oral.

Aunque el juicio oral haya comenzado formalmente con el auto de apertura, desde un punto de vista material, dicha fase tan sólo sucede con la presentación de los escritos de calificación provisional, pues, sin acusación, no es posible que exista juicio, y además, con dichos obstáculos procesales mencionados o cuestiones previas, aún puede truncarse la apertura del juicio oral.

La regla general será (por obligación constitucional) la necesaria publicidad del juicio, disponiéndose el secreto para la sociedad cuando la absoluta publicidad pueda lesionar algún derecho fundamental.

Se realizan pues, actos preparatorios del juicio oral, que tienen por finalidad obtener la concentración de la sesión o sesiones del Juicio oral y abarcan la proposición, admisión y práctica anticipada de la prueba, la recusación de peritos, el señalamiento del juicio oral y las citaciones de los testigos y los peritos cuando dichas citaciones sean procedentes.

Con respecto a la proposición de la prueba, ha de efectuarse en los escritos de calificación provisional, en los que se especifican los medios de prueba y la lista de testigos y peritos, a excepción de lo que establece el art. 786.2 LECrim.

El artículo 786.2LECrim, de interesante análisis, señala que “El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa”, seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto.

El último punto del mencionado artículo nos da un precepto interesante a examinar: “El Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas.”.

Como excepción a la proposición de prueba en los escritos de calificación provisional, y en lo que respecta al trabajo, en cuanto a la posibilidad de proponer prueba testifical, tras los escritos de acusación y defensa, como peculiaridad de la proposición y práctica de la prueba, entre ellas la testifical.

El artículo prevé pues, la posibilidad de que se utilicen las cuestiones previas para interesar la admisión de pruebas a practicar en el acto del Juicio Oral. Resulta evidente pues que, gozando de amparo legal la posibilidad de proponer prueba mediante el trámite de cuestión previa, y por supuesto entre ellas “ la testifical”, y una vez la misma ha sido admitida por entenderla útil y pertinente a los efectos de la vista que hade sustanciarse, la misma quedará fijada, y se practicará en el acto del Juicio Oral, para lo cual es condición sine qua non que el testigo se encuentre en el lugar de celebración de la vista Oral, ya que, en caso contrario no se admitirá la prueba. *Hernández*

3.2.1 Principios generales rectores del proceso penal y de la valoración de la prueba testifical

Los principios inspiradores del Proceso Penal, son a la vez, rectores de la declaración testifical en el proceso, como no podía ser de otra manera, así antes de analizar en el capítulo siguiente del presente trabajo la valoración de la prueba testifical, haremos una breve mención de los principios procesales básicos, ya que sin ellos no es posible tomar en consideración la prueba testifical y valorar la misma como prueba inculpatória o absolutoria.

Estos principios generales que recoge la LECrim constituyen la garantía mínima de validez de la prueba testifical, pues la falta de alguno de ellos o su

vulneración produciría ipso facto la declaración de nulidad de la prueba practicada.¹²⁶

Por ello la declaración del testigo debe practicarse con respeto a los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

3.2.1.1 Inmediación

Este principio se encuentra vinculado al Principio de Oralidad, la inmediación es una condición necesaria para la Oralidad. La inmediación impone, según señala MIXÁN MASS¹²⁷, que la declaración testifical sea realizada siempre en presencia del Tribunal, desde el comienzo hasta el final.

La inmediación es el acercamiento que tiene el juzgador con todos los elementos que sean útiles para emitir sentencia y según MIXÁN MASS¹²⁸ rige en dos planos:

En la relación entre quienes participan en el proceso y el tribunal, lo que exige la presencia física de estas personas.

Y por otro lado, en la recepción de la prueba testifical. Para que el juzgador se forme una clara idea de los hechos y para que sea posible la defensa se requiere que la prueba sea practicada en el juicio. La inmediación da lugar a una relación interpersonal directa, frente a frente, cara a cara. El juzgador conoce directamente la personalidad, las actitudes, las reacciones del testigo. En consecuencia, la inmediación es una necesidad porque es una de las condiciones materiales imprescindibles para la formación y consolidación del criterio de conciencia con el que será valorada la prueba testifical.

La prueba testifical tendrá por lo tanto que practicarse siempre en presencia del Tribunal sentenciador, exceptuando a las personas ya

¹²⁶ Art. 701 a 722 LECrim.

¹²⁷ MIXÁN MASS F., "Derecho Procesal Penal (Juicio Oral)", BGL, Trujillo, 1996, Pp. 71 a 101.

¹²⁸ MIXÁN MASS F., "Derecho Procesal...", Op. Cit., Pp. 71 a 101.

mencionadas en el capítulo 4.2.1 que pueden hacerlo por escrito, o aquellas que están impedidas para poder comparecer; es esencial que exista la “inmediación para que el tribunal de instancia perciba por sus sentidos lo que ya otros ojos y oídos no van a ver ni oír¹²⁹.

Aunque este principio básico tiene sus excepciones, así, quiebra el principio de inmediación cuando exista una imposibilidad de comparecencia del testigo, ante lo cual el magistrado se podrá personar en la residencia del testigo y en su presencia las partes realizarán las preguntas que interesen, igualmente en los casos de prueba anticipada que veremos posteriormente.

3.2.1.2 Oralidad

Quienes intervienen en la audiencia deben expresar a viva voz sus pensamientos. Todo lo que se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resuelva, será concretado oralmente. La Oralidad es una característica inherente al Juicio Oral e "impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realicen utilizando como medio de comunicación la palabra; esto es, el medio de comunicación durante el Juicio viene a ser por excelencia, la expresión oral.

Por ello, la Constitución Española establece la oralidad en el procedimiento penal, siendo la prueba testifical toda ella realizada de forma oral. Este principio se materializa en la prueba testifical en que todas las contestaciones y las preguntas realizadas a los testigos serán escuchadas por el Tribunal, en caso excepcional se podrá leer las declaraciones sumariales, cuando exista causa justificada para ello, porque el testigo no pueda comparecer.¹³⁰

¹²⁹ STS 535/1997, de 15 de abril de 1997.

¹³⁰ Artículo 102.2 de la Constitución Española: “2. *El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.*”

3.2.1.3 Contradicción

Según constante y reiterada doctrina del TC¹³¹, a la que se ha adherido el TS¹³², el art. 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los principios de contradicción e igualdad de armas, imponiendo la necesidad de que todo proceso esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses.

La interdicción de la indefensión requiere, por lo demás, tal y como ha advertido el TC, un indudable esfuerzo del órgano jurisdiccional, puesto que es a los órganos judiciales a quienes corresponde, en definitiva, la obligación de procurar que en un proceso se de la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen. La necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está, además, reforzada, en el proceso penal, por la vigencia del principio acusatorio.¹³³

Este principio exige, que toda la prueba sea sometida a un severo análisis de tal manera que la información que se obtenga de ella sea de calidad a fin de que el Juez pueda tomar una decisión justa. Por tal razón quienes declaren en el juicio (imputados, testigos, peritos) y en general en las audiencias orales, serán sometidos a interrogatorio y contra interrogatorio. Además permite que la sentencia se fundamente en el conocimiento logrado en el debate contradictorio.

Todo ello, conlleva a que la prueba testifical haya de practicarse ante el acusado, el cual por medio de su Abogado, podrá interrogar a los testigos

¹³¹ SSTC 1043/2004, de 27 de septiembre de 2004; 127/2004, de 8 de noviembre de 2004 y, 307/2005, de 12 de diciembre de 2005.

¹³² ATS de 13 de febrero de 2006, (RJ 94164).

¹³³ SSTC 53/1987, de 7 de mayo de 1987; 66/1989, de 17 de abril de 1989; 186/1990, de 27 de marzo de 1990; 162/1997, de 3 de octubre de 1997; 56/1999, de 12 de abril de 1999; 79/2000, de 27 de marzo de 2000.

comparecidos a petición propia o a petición de las partes acusadoras, este principio rige incluso cuando se practica la prueba anticipada.

Este principio rige el desarrollo de todo el proceso penal, pero el momento culminante del contradictorio acontece en la contraposición de los argumentos formulados en las alegaciones orales del fiscal (acusación) y los argumentos de la defensa del acusado.¹³⁴

El mayor problema que existe en la prueba testifical con relación al principio de contradicción se puede dar en los “testigos ocultos”, cuando ante el miedo al acusado se le permite testificar sin ser visto por el mismo, aunque si siendo oído, así Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no se vulnera el principio de contradicción en los testigos ocultos, ahora bien no opina lo mismo del testigo anónimo, pues del mismo no conoce la identidad, con la dificultad por tanto de poder ejercitar el principio de contradicción por medio de las defensas del acusado.

3.2.1.4 Publicidad

Las actuaciones judiciales serán Públicas, por lo que los testigos en el juicio oral deberán declarar, no solo ante las partes personadas, sino también ante el público en general, dando una apariencia de transparencia del procedimiento, pudiendo, por lo tanto la sociedad controlar la actuación de los tribunales.

En un ordenamiento jurídico democrático, las resoluciones judiciales, aunque no necesiten de la aceptación popular, sí que deben ser conocidas por la sociedad, para que las sentencias que se dicten no sean arbitrarias ni injustas, además, la publicidad, sobre todo para la prueba testifical está íntimamente relacionada con el derecho de defensa.¹³⁵

¹³⁴ CALAZA LÓPEZ S., “*Principios rectores del proceso judicial*”, Revista de Derecho UNED, nº 8, 2011, p. 54

¹³⁵ Art. 10 Declaración Universal de Derechos del Hombre: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente por un Tribunal independiente e

Igual que ocurre con el principio de contradicción, el principio de publicidad pudiera quedar vulnerado por los llamados testigos ocultos, pues de los mismos no se predica la publicidad que dimana de toda la prueba penal, y en concreto de la testifical, ahora bien, habría que valorar si es aconsejable que se vulnere el principio mencionado en detrimento de la protección del testigo, si bien la jurisprudencia ha declarado que no se produce tal vulneración “ la finalidad del derecho a un juicio público, no es otra que la posibilidad de que el funcionamiento de los tribunales sea de conocimiento público y pueda ser sometido al control de los justiciables”.¹³⁶

No podemos olvidar, igualmente, que la “publicidad constituye un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los tribunales, con lo que dotar a la administración de justicia de transparencia, contribuye a realizar un proceso justo¹³⁷”.

3.2.2 La declaración del testigo en la Fase del Juicio Oral

La regla general, consiste en que únicamente tienen la consideración de pruebas testificales, aquellas que se practican en el juicio oral, rechazando tal carácter para los actos de investigación cuya finalidad no es la de probar, sino la de preparar la acusación y el juicio oral. Es de vital importancia el artículo 741 LECrim que dispone que el órgano sentenciador, habrá de dictar la sentencia conforme a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

Conforme a lo establecido en la LECrim, el Juez, habrá de citar en la fase de instrucción a todos los testigos que vayan a prestar su declaración en el acto del juicio oral que aparezcan como tales y se indiquen en los diversos actos de iniciación del proceso, así como en cualquier otra diligencia o declaración, incluido el atestado policial, a cuyo

imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

¹³⁶ STC 64/1994, de 28 de febrero de 1994.

¹³⁷ STS 1027/2002, de 3 de junio de 2002.

efecto, la Policía, deberá anotar e identificar a todas las personas que se encuentren en el lugar de los hechos.¹³⁸

Esto significa, que el Juez de Instrucción, habrá de interrogar a todos los testigos citados, a excepción, de los que considere necesarios, entendiéndolo, en el bien entendido de que esta facultad habrá de usarla con moderación en esta fase del procedimiento.¹³⁹

A tenor de lo establecido, los testigos citados por el Juez, acuden al acto del juicio oral a otorgar su declaración, aunque existen excepciones a la regla general establecida. Dichas excepciones son las siguientes:

En primer lugar, las contenidas en el artículo 412 LECrim que matiza que están exentos de comparecer al llamamiento judicial y se les permite otorgar su testimonio por escrito en relación con hechos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo la familia real, el Presidente del gobierno, Ministros y los Presidentes del Congreso y del Senado.

En segundo lugar, los casos constituidos por personas impedidas de acudir al llamamiento judicial. En estos casos, el Juez acude al domicilio del testigo.¹⁴⁰

En tercer lugar, la declaración es permitida mediante exhorto en los casos en los cuáles el testigo vive fuera del partido judicial.¹⁴¹

Y en cuarto y último lugar, también es posible la toma de declaración en el lugar de los hechos si así se estima conveniente para los fines de la instrucción en vez de esperar al acto del juicio oral.¹⁴²

Dichas las excepciones a la comparecencia al acto del juicio oral a otorgar la declaración, cómo se realiza el interrogatorio a aquellos testigos que sí acuden a declarar al acto del juicio oral supone de imprescindible explicación.

¹³⁸ Arts. 421, 770 y 797 LECrim.

¹³⁹ Art. 312 LECrim.

¹⁴⁰ Art. 419 LECrim.

¹⁴¹ Arts. 274 LOPJ y 422 LOPJ.

¹⁴² Art. 438 LECrim.

El interrogatorio de testigos comenzará siempre tras tomar al testigo promesa de decir verdad sobre lo que se le preguntare. Se realizará oralmente, impidiendo al testigo leer su declaración pero sí consultar alguna nota o apunte si éste contiene datos difíciles de recordar.

Posteriormente, se realizan preguntas generales, y por último, tras la exposición por el testigo de los hechos, se procede a la formulación de las preguntas tanto las de las partes, cuánto las que el Juez estime oportunas.¹⁴³

Cabe apuntar, que los testigos declararán siempre separadamente unos de otros para impedir que se comuniquen sus conocimientos. Será por esta razón, por la que deberán de permanecer aislados unos de otros.¹⁴⁴

Al final de la declaración, el juez informará al testigo del deber de comparecer para declarar de nuevo cuando se le cite para el juicio oral, así como del deber de poner en su conocimiento los cambios de domicilio hasta que sea citado para el juicio oral. Si el testigo manifiesta que no se encontrará en España, o en caso de enfermedad, peligro de muerte o incapacidad, el interrogatorio se volverá a practicar como prueba anticipada.

Cuando el testigo fuera menor de edad, su declaración se podrá grabar para que no tenga que repetir la declaración ante psicólogos, jueces, fiscales, evitando su victimización según matiza FLORES PRADA, y además, el menor de edad no realizará promesa o juramento de decir verdad, y a su declaración asistirá el Ministerio Fiscal.¹⁴⁵

¹⁴³ Arts. 434 y 436.

¹⁴⁴ ASECIO MELLADO, J. M., "*Derecho Procesal...*", *Op. Cit.*, P. 161

¹⁴⁵ FLORES PRADA, I., "Declaración testifical", Linkwithin, 2013.
<http://www.infoderechopenal.es/2013/03/declaracion-testifical.html>

4.- La valoración de la prueba testifical. Supuestos especiales

4.1 La valoración de la prueba testifical

La prueba testifical es, en nuestro sistema procesal, tan antigua como a la vez controvertida. Los testigos, como se afirma con acierto, “son los ojos y oídos de la justicia”. Desde que se tiene noticia escrita, el sistema jurídico español ha admitido el testimonio como medio de prueba válido para establecer los hechos controvertidos en un proceso, pero tan antigua como esta prueba es la preocupación de la credibilidad del mismo y de las distintas situaciones, tanto personales, como en su relación con el proceso, que pueden darse en la prueba testifical y su incidencia en la valoración de la misma.

Sin embargo y pese a los riesgos, el legislador ha venido admitiendo la testifical como medio de prueba en el orden procesal penal, lo que sitúa el problema, no ya en la admisibilidad del medio, sino directamente en el ámbito de su eficacia probatoria.¹⁴⁶

A tenor de lo establecido, en la valoración de la prueba testifical, es de aplicación el principio de libre valoración¹⁴⁷, según el cual corresponde al Juez o Tribunal de instancia valorar el significado de los distintos elementos de prueba y establecer su trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia, pues dicho Juzgador se encuentra en una mejor situación para evaluar el resultado del material probatorio, ya que las pruebas se practican en su presencia y con cumplimiento de las garantías procesales (inmediación, contradicción, publicidad y oralidad) .

A mayor abundamiento, es facultad del Juzgador dar más credibilidad a uno u otro testimonio de entre los vertidos a su presencia. Así lo establece la doctrina del TC en distintas sentencias, apuntando que “el que un órgano judicial otorgue mayor valor a un testimonio que a otro forma parte de la valoración judicial de la prueba¹⁴⁸.”

¹⁴⁶ RIVES SEVA A. P. “La prueba...”, *Op. Cit.*, P. 219.

¹⁴⁷ Art. 741 LECrim.

¹⁴⁸ SSTC 169/90, 211/91, 229/91, 283/93.

La valoración de la prueba testifical no está sometida a regla tasada de prueba. Los tribunales deben valorar la fuerza probatoria de las declaraciones vertidas, lo cual significa, que ha de atenerse a reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Por ello, el Tribunal que ha conocido directa y personalmente la prueba testifical puede realizar la valoración, ya que es el único que se encuentra con las condiciones necesarias de decidir sobre la credibilidad de las manifestaciones realizadas por los testigos.

La STC de 12 de diciembre de 1989 establece que “es consustancial a la libre valoración de la prueba examinar gestos de los intervinientes, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuáles, el Tribunal de instancia pueda fundar su convicción acerca de la veracidad o no de la declaración de los intervinientes, respecto a los cuáles el juzgador de instancia es dueño en su valoración.”¹⁴⁹

El juzgador deberá tener en cuenta las características personales del testigo, y las relaciones que éste mantiene con la persona sobre la que declara, así como su actitud personal durante el juicio oral, y la relación de sus declaraciones con las realizadas anteriormente o las relacionadas con otros testigos.

También será necesario llevar a cabo un análisis de las características personales del testigo, así como de las facultades mentales del mismo, ya que la inmadurez o las perturbaciones afectarán a la credibilidad así como las condiciones en las que se produjo la percepción por parte del testigo, pues factores físicos (luz, distancia etc.) o psíquicos (atención, miedo, etc.) pueden afectar a la fidelidad.

La valoración de la prueba testifical por parte del juzgador de instancia no puede ser sometida por lo tanto, a control casacional alguno.

Por ello, es preceptivo el análisis de las distintas situaciones que pueden darse en relación a la cualidad del testigo o su relación con el proceso, ya que las mismas ahondan en la posibilidad de encontrar testimonios poco veraces.

¹⁴⁹ STC 217/1989, de 21 de diciembre de 1989.

4.2 Supuestos Especiales

En el proceso penal, desde siempre ha reinado una gran desconfianza hacia los testigos y su intervención como medio de prueba judicial. La presunción de certeza y veracidad en cuanto a los testimonios esta contradicha por el mundo de la experiencia científica.

Con relación a la valoración de la prueba, es de aplicación el principio de libre valoración de la misma recogido en el artículo 741 LECrim como se estableció anteriormente. Según el cual corresponde al Juez o Tribunal de instancia valorar el significado de los distintos elementos de prueba y establecer su trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia, pues dicho Juzgador se encuentra en una mejor situación para evaluar el resultado del material probatorio, ya que las pruebas se practican en su presencia y con cumplimiento de las garantías procesales.

RUÍZ VADILLO¹⁵⁰, manifiesta que la audición de un testigo puede ser reemplazada por la lectura de lo manifestado en un proceso, respecto de las declaraciones prestadas ante un juez, en caso de ausencia, de enfermedad, de alejamiento espacial, de fallecimiento, de enajenación mental o cuando el ministerio público y el acusado consientan.

La valoración de la prueba testifical no está sometida a regla tasada de prueba. Los tribunales deben valorar la fuerza probatoria de las declaraciones tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren, y en su caso, los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado.

Ahora bien, existen determinados supuestos, en que por las circunstancias personales del testigo el juzgador ha de emplear una mayor cautela a la hora de valorar la prueba.

¹⁵⁰ RUÍZ VADILLO E., "Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el Proceso Penal", Boletín N° 1767, P. 9

4.2.1 Valor probatorio de la declaración testifical en la fase de instrucción cuando el testigo no comparece a la vista del juicio oral.

Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo, tal y como manifiesta RIVES SEVA¹⁵¹ que cuando se deniega la suspensión del juicio oral a pesar de la incomparecencia del único testigo de cargo, de tal manera que, frente a este, ni el procesado ni su defensa hayan podido ejercer el derecho de contradicción, se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías¹⁵².

Nuestra tradición jurídica reconoce como únicas pruebas aptas para desvirtuar la presunción de inocencia aquellas que se practican en el acto de juicio oral, como ha quedado de manifiesto. Existen, sin embargo, mecanismos que permiten la introducción de testificales practicadas en fase sumarial en el plenario, sin que éstos violenten los consabidos principios de inmediación, oralidad y contradicción.¹⁵³

Uno de estos mecanismos es precisamente el previsto en el artículo 730 LECrim., que permite la lectura de las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de las partes, no pudieran ser reproducidas en el juicio oral.

Mediante el recurso a la vía del 730 de la LECrim. , se permite, por tanto, la lectura de declaraciones sumariales que podrían ser, a priori aptas para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que se cumplan una serie de requisitos o condiciones:

En primer lugar, encontramos unas condiciones materiales que hacen referencia a la existencia de causa legítima que impida reproducir la declaración en juicio oral.

En segundo lugar, hallamos otras subjetivas donde intervenga necesariamente el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar

¹⁵¹ RIVES SEVA A.P. “ *La prueba en el proceso...*”, *Op.Cit.*, P.222

¹⁵² SSTS de 1 de febrero de 1988 [RJ 1988, 832]

¹⁵³ STC 57/1986, de 14 de mayo de 1986.

determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito.

En tercer lugar también existen unas condiciones objetivas y que con ellas se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo.

Y, por último, otras condiciones formales que permitan la introducción en el juicio oral del contenido de la declaración sumarial, a través de la lectura del acta en la que se documenta.¹⁵⁴

Sentado lo anterior, en la aplicación práctica de los anteriores requisitos se plantean numerosas dudas, en especial, en lo referente a la existencia de posibilidad de contradicción.

De forma unánime se exige, en respeto al principio de contradicción, la posibilidad de que las manifestaciones de cargo vertidas por el testigo o el coimputado hayan podido ser contrarrestadas en fase sumarial por la defensa del imputado. En buena parte de los casos, esta posibilidad se hace efectiva mediante la presencia del letrado de la defensa durante la práctica de la declaración de signo incriminatorio, de forma que, con su presencia y participación en la diligencia de investigación se garantiza la efectiva contradicción. La problemática desde el punto de vista del valor probatorio de la lectura de la diligencia sumarial se plantea cuando el letrado de la defensa no ha estado presente en la misma.

Así, si bien en un inicio se entendía que la contradicción sólo se respetaba con la efectiva presencia del letrado de la defensa a quien afecta la prueba de cargo, esta doctrina se ha ido matizando, admitiendo la validez de la lectura de declaraciones prestadas en fase sumarial en ausencia de la defensa.

¹⁵⁴ STC 303/1993, de 25 de octubre de 1993.

En estos casos, nuestros tribunales dan diferente respuesta en función de la causa de dicha incomparecencia según se trate de una conducta desidiosa o negligente imputable a la parte o bien que dicha situación no sea imputable ni a las partes ni a los agentes estatales.¹⁵⁵

En estos casos, se entiende que para respetar el principio de contradicción no es exigible que la defensa haya interrogado efectivamente al testigo o imputado ausente, sino que basta con que hubiera tenido la posibilidad de interrogar.

En aplicación del anterior principio, la respuesta es clara para el supuesto en el que se hubiera producido una conducta desidiosa de la parte, pues en ese caso se ha garantizado suficientemente el principio de contradicción, mientras que si hubiera existido una deficiente gestión procesal no se hubiera respetado el citado principio, impidiendo, por tanto, considerar como válida la prueba de cargo introducida vía artículo 730 LECrim.

Mayor polémica suscita el tercer supuesto mencionado, es decir, cuando la inasistencia de la defensa no sea imputable ni a la misma ni al órgano jurisdiccional. La jurisprudencia¹⁵⁶ en este sentido no es unánime. De esta forma, existen pronunciamientos que consideran que la ausencia de interrogatorio no imputable a la parte, no respeta los principios de contradicción, y por tanto, la condena fundamentada en las mismas vulnera la presunción de inocencia, existiendo en contra pronunciamientos que estiman que la posibilidad de contradicción se salva con la presencia del letrado de la defensa durante la fase de instrucción.¹⁵⁷

VILA MUNTAL¹⁵⁸, indica, reiterando lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia que la eficacia probatoria solo la adquiere la declaración del testigo cuando se efectúa en el juicio oral o bien ante el Juez de instrucción, no gozando de dicha consideración las declaraciones prestadas únicamente ante

¹⁵⁵ STS 1031/2013, de 12 de diciembre de 2013.

¹⁵⁶ STS 326/2015, de 2 de junio de 2015 con cita de SSTEDH 2001/96, 2002/96 Y 2002/71.

¹⁵⁷ STS 513/2015, de 9 de septiembre de 2015.

¹⁵⁸ VILA MUNTAL M. A., "Revista general del Derecho", Valencia, 2000, P. 243

la Policía, las cuales tampoco podrán ser introducidas en el debate durante el plenario a través de la lectura de declaraciones prevista en el artículo 730 de la LECrim, pues dicho precepto sólo resulta aplicable cuando la declaración a leer se haya practicado ante el Juez de Instrucción con respeto del derecho de defensa y sea imposible obtener la declaración del testigo.

En el caso Barbera, Messeguer y Jabardo, quienes fueron condenados por las declaraciones inculpatórias prestadas por un testigo ante la Policía sin las mínimas garantías y de las que con posterioridad se retractó ante la Autoridad Judicial, el TEDH¹⁵⁹ decretó que dichas declaraciones no podían constituir prueba de cargo, además de que los acusados nunca tuvieron la posibilidad de interrogar a dicho testigo, puesto que comparecieron en dicho proceso con posterioridad a esa declaración, circunstancia que, unida a otras anomalías procesales, llevaron al TEDH a entender que se había vulnerado su derecho a obtener un proceso justo y público.

Por último existe una línea intermedia que entiende que la ausencia de interrogatorio efectivo no atribuible a la parte ni al órgano judicial, si bien afecta directamente al principio de contradicción, no implica automáticamente la invalidez probatoria, debiendo tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso y ser valorado en función de las restantes circunstancias concurrentes.¹⁶⁰

4.2.1.1 Testigo con enfermedad grave o fallecido

En el caso del testigo imposibilitado por enfermedad, nos encontramos con el dilema analizado en el punto anterior, en cuanto a la incomparecencia al juicio oral de la persona que habiendo declarado en fase de instrucción se ve imposibilitada a asistir al plenario, y al que se refirió la STS de 14 de julio de 1992¹⁶¹, declarando que “pretender a todo trance su presencia ante el Tribunal no deja de constituir una exigencia carente de razonabilidad, que

¹⁵⁹ STEDH 8/1988, de 6 de diciembre de 1988.

¹⁶⁰ STS 1031/2013, de 12 de diciembre de 2013.

¹⁶¹ STS de 14 de julio de 1992 [RJ 1992, 6414]

olvida que las leyes deben estar al servicio del hombre y no al revés.”

Sin embargo, la STS de 7 de junio de 1995 ha matizado que en supuestos de enfermedad del testigo, no es posible prescindir de su comparecencia al acto del juicio oral “cuando el órgano juzgador vaya a fundamentar la atribución de un hecho punible en la exclusiva declaración sumarial de la testigo incomparecida”, pues en este caso su testimonio adquiere tal relevancia que es necesario desplazarse al lugar de residencia del testigo, si la tuviera en el lugar del juicio, para que las partes puedan hacerle las preguntas que consideren oportunas de conformidad con lo establecido en el artículo 718 de la LECrim.¹⁶²

En cuanto al testigo fallecido, VILA MUNTAL¹⁶³ resalta que cuando el testigo fallece con anterioridad a la celebración del juicio oral, nos hallamos, lógicamente, ante un supuesto de declaración de imposible reproducción, admitiendo la jurisprudencia el recurso al artículo 730 de la LECrim. para así proceder a la lectura de las declaraciones anteriores prestadas en sede sumarial. No obstante, para que la declaración sumarial alcance el valor de prueba de cargo debe haberse practicado con todas las garantías.

Pese a ello, existe algún supuesto en que el Tribunal Supremo ha admitido también la lectura de declaraciones de testigos fallecidos prestadas ante la Policía y que, por tanto, no va a estar dotada de ningún tipo de garantía, puesto que el primer requisito que se exige será la realización de la misma ante la Autoridad Judicial. El tribunal Constitucional ha admitido la declaración de los testigos fallecidos y que por tal motivo no comparecen al juicio oral.

Entre otras, en la STC 41/1991, se manifestó que “si los testigos que han depuesto en forma durante las diligencias de instrucción, no pueden comparecer en el acto de la vista, si tales declaraciones figuran en autos

¹⁶² STS de 7 de junio de 1995 [RJ 1995, 4543]

¹⁶³ VILA MUNTAL M. A., “*Revista general del derecho*”, Valencia, 2000, P. 243

vertidas con las debidas garantías, estamos ante la denominada prueba preconstituida que, en tanto prueba documentada, que no documental, puede ser traída al juicio oral al solicitarse por las partes la lectura o reproducción de lo sumarialmente actuado”. En idéntico sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional en reiterados fallos y el Tribunal Supremo.¹⁶⁴

Por último, merece ser reseñada la STS de 7 de febrero de 1994 que juiciosamente ha declarado que no se puede exasperar a ultranza la exigencia de que todo testigo deba deponer en el plenario, porque tal general principio ha de ceder, por la ley inexorable de la realidad y de la fuerza de las cosas, cuando el posible testigo ha fallecido, al que no se puede citar ante ningún Tribunal de la tierra.¹⁶⁵

4.2.1.2 Testigo con residencia en el extranjero.

Otra de las excepciones que permiten valorar el testimonio sumarial de personas que no comparecen al juicio oral en el caso de que dicho testimonio sea irreproducible por fuerza mayor ajena a la voluntad de las partes es el supuesto en el que el testigo reside en el extranjero.

En principio, el artículo 410 LECrim contempla la obligación de concurrir al llamamiento de la Autoridad Judicial de todos los residentes en territorio español, sean nacionales o extranjeros.

Cuando los testigos residen fuera del territorio nacional, nuestro ordenamiento jurídico dispone de mecanismos para proceder a su citación, pero lo cierto es que en la práctica forense resulta bastante infrecuente la citación de testigos a través de los mecanismos de cooperación judicial internacional, puesto que además de tratarse de medios muy lentos,

¹⁶⁴En idéntico sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional STC 41/1991, de 25 de febrero [RTC 1991, 41]) y el Tribunal Supremo (SSTS de 5 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1161], 9 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3888], 4 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1754], 15 de abril de 1991 [RJ 1991, 2788], 10 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3809], 20 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3718], 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10003] y 7 de julio de 1995 [RJ 1995, 5390].

¹⁶⁵ STS de 7 de febrero de 1994 [RJ 1994, 703]

únicamente permiten efectuar la citación, no estando garantizada la comparecencia, ya que los testigos no tienen obligación de concurrir y los jueces españoles no tienen facultades coercitivas para garantizarlas.¹⁶⁶

Por ello, cuando nos encontremos ante un testigo residente en el extranjero o bien sea previsible que vaya a estar fuera de nuestro país cuando vaya a celebrarse el juicio, resultándole imposible comparecer, lo más aconsejable según la jurisprudencia será acudir al artículo 448 de la LECrim. y preconstituir su declaración, citando al imputado, su defensa, Ministerio Fiscal y acusaciones si las hubiere, a fin de que el testigo preste declaración ante el Juez instructor, sea interrogado y responda a las preguntas que las partes deseen formularle.

Según la jurisprudencia, deben equipararse a la imposibilidad de comparecer las situaciones que supongan una grave dificultad, puesto que la citación de un testigo residente en el extranjero no puede tildarse de imposible, pero sí suponer una gran dificultad el desplazamiento hasta nuestro país para acudir a juicio. Cuando no se haya practicado la declaración de conformidad con el artículo 448 de la LECrim y el testigo no comparezca al juicio oral por hallarse en el extranjero, podremos acudir a la lectura de declaraciones prevista en el artículo 730 de la citada LECrim.¹⁶⁷

La posibilidad de aportación al plenario de la declaración sumarial del testigo fue reconocida por la STC de 10 de mayo de 1985, dado que “el testigo no estaba a disposición del Tribunal al celebrarse el juicio oral, por tratarse de una persona de ciudadanía francesa a la sazón en viaje de turismo por España”, con lo que no cabe alegar que su testimonio no se prestó en el juicio oral, si éste tuvo lugar en presencia del Juez como realización anticipada de la prueba.¹⁶⁸

En parecidos términos se pronunciaron las SSTS de 3 de abril de 1984¹⁶⁹ y de 21 de septiembre de 1989¹⁷⁰; llegando las SSTS de 1998¹⁷¹ y de

¹⁶⁶ STS de 23 de mayo de 1991 [RJ 1994, 703].

¹⁶⁷ STS de 23 de enero de 1990 [1990, 1921].

¹⁶⁸ STC 62/1985, de 10 de mayo de 1985.

¹⁶⁹ STS de 3 de abril de 1984 [RJ 1984, 507].

¹⁷⁰ STS de 21 de septiembre de 1989 [RJ 1989, 6768].

27 de junio de 1990 ¹⁷² a prescindir de la necesidad de acudir al auxilio internacional habida cuenta de las importantes dificultades que ello comporta para obligarlo a declarar ante un Tribunal español pese a los acuerdos internacionales de asistencia judicial existentes al respecto, de modo que por tales dificultades, estos supuestos han de equipararse a los casos de imposibilidad de reproducción de la prueba en el juicio oral previstos en el artículo 730 LECrim.

4.2.1.3 Testigo en paradero desconocido.

Para finalizar con el estudio del valor probatorio de las declaraciones testificales producidas en situaciones anómalas, conviene analizar aquellas que se producen al no comparecer el testigo a la vista oral por encontrarse en paradero desconocido.

En primer lugar, la incomparecencia del testigo al acto del juicio oral no va a comportar de forma automática acudir al recurso de la lectura de la declaración sumarial.

Así, dependiendo de la causa por la cual el testigo no comparezca al llamamiento judicial, se desprenderán unas u otras consecuencias en relación a la valoración que el órgano jurisdiccional otorgará a la práctica de la prueba.

Por ello, cuando la incomparecencia se debe a una voluntad del testigo, no se puede aplicar el artículo 730 LECrim, al no existir una razón de imposibilidad de acudir al juicio oral.

En este caso de incomparecencia lo que se suele hacer es o bien suspender el juicio y citar nuevamente al testigo, o en caso de que no sea tan necesarias sus declaraciones, prescindir de ellas. La suspensión del juicio oral debe acordarse cuando la declaración sea indispensable para el procedimiento y para evitar la indefensión de la parte que ha solicitado la declaración, ya que

¹⁷¹ STS de 16 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1175].

¹⁷² STS de 27 de junio de 1990 [RJ 1990, 5720].

si no se concediera la suspensión en estos casos, se vulneraría el artículo 24.2 CE.¹⁷³

La facultad de valoración sobre la necesidad de la declaración testifical o no, también ha sido controvertida por nuestra jurisprudencia, puesto que significa un prejuzgamiento sobre una prueba que aún no se ha practicado, a lo cual, el Tribunal Supremo ha declarado que aunque la testifical no sirva a los fines exculpatorios de la defensa, se tiene que dar al acusado el derecho a poder interrogar a los testigos.¹⁷⁴

4.2.2 La declaración testifical de parientes y familiares

Los parientes del acusado no están obligados a declarar en contra del mismo porque la relación de parentesco que les une, entra en clara contraposición con la búsqueda de la verdad material en el proceso penal.¹⁷⁵

El art. 416 LECrim recoge la dispensa de los parientes del acusado a declarar en el procedimiento penal, y a tenor de lo establecido, la STS de 12 de julio de 2007¹⁷⁶ puntualiza, que dicha dispensa se excluye expresamente a estas personas si se han presentado en el proceso como denunciante espontáneos respecto de los hechos que los han perjudicado.

Por esta contraposición entre la relación que les une a los parientes y al acusado y la búsqueda de la verdad material, la CE¹⁷⁷ puntualiza que la Ley regula los casos que por razón de parentesco, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

El art. 416 contendrá pues, las dispensas a declarar de los parientes del acusado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge, hermanos

¹⁷³ STS 719/1993, de 26 de marzo de 1993, que establece que *“para alcanzar la convicción sobre si una prueba es necesaria o no, habrá de analizarse las circunstancias que concurren en cada caso, teniendo particularmente en cuenta el número de testigos propuestos, el ámbito y contenido de sus respectivos testimonios, así como preguntas a realizar al testigo no comparecido. Esta sala ha estimado necesario el testimonio cuando la testifical ofrecida es el único medio de acreditar los hechos enjuiciados.”*

¹⁷⁴ STS 2109/1993, de 2 de noviembre de 1993.

¹⁷⁵ Art. 416 LECrim.

¹⁷⁶ STS 625/2007, de 12 de julio de 2007.

¹⁷⁷ Art. 24.1 CE.

consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en ambos casos¹⁷⁸.

El uso de la dispensa a declarar se hace de manera positiva y activa , pero no se trata de una exención absoluta, ya que el art. 418 LECrim, matiza que existe obligación de declarar aunque se trate de alguno de los parientes mencionados en el art. 416, en los casos de delitos contra la Seguridad del Estado, contra el Rey o contra su sucesor.¹⁷⁹

Sin embargo, cuando el testigo pariente, tras ser advertido del contenido del art. 416 LECrim por el Juez o Tribunal, decide declarar voluntariamente, “puede hacer las manifestaciones que considere oportunas”, lo que significa que dichas manifestaciones serán valoradas con prudencia por el órgano sentenciador.

En cuanto a la vulneración del derecho a la dispensa, la STS de 6 de abril ¹⁸⁰, declara la nulidad de las declaraciones efectuadas por un pariente, incluido dentro del ámbito de aplicación del artículo 416.1 LECrim, sin que fuera dicho pariente advertido del derecho a dispensa de declarar que éste poseía.

Por último, en caso de que el testigo pariente haya declarado en fase de instrucción, y posteriormente se acoja a la dispensa del artículo 416 de la LECrim en el plenario, no puede otorgarse valor de prueba de cargo a la declaración sumarial de aquél tras ser leída en el juicio oral, ya que se vulneraría el principio de contradicción.

4.2.3 La declaración del testigo-víctima

Según RIVES SEVA¹⁸¹, la víctima del delito no es un testigo, pues característica de este medio de prueba es la declaración de

¹⁷⁸ STS 400/2015, de 25 de junio de 2015.

¹⁷⁹ STS 703/2014, 22 de julio de 2014.

¹⁸⁰ STS 662/2001 de 6 de abril de 2001.

¹⁸¹ RIVES SEVA A. P. “La prueba...”, *Op. Cit.*, P. 221.

conocimiento prestada por una persona que no es parte en el proceso y el perjudicado puede mostrarse parte en la causa como acusador particular o incluso con sólo finalidad resarcitoria como actor civil, sin embargo, su declaración se equipara al testimonio.

En contra a la opinión de este autor, la STS de 20 de mayo de 1997 contradice esa conclusión de que “la víctima de un delito, por el hecho de actuar en el proceso penal como parte ofendida ejercitando las correspondientes acciones civil y penal, no puede ser testigo.”¹⁸²

Quien es parte en el proceso civil no puede declarar como testigo, pero esto no ocurre en el proceso penal, en el que a tales efectos sólo hay una parte, aquélla contra la que se ejercita la acción penal. Todas las personas que pueden aportar algún dato de interés al proceso han de actuar en el mismo prestando su testimonio con sometimiento a las normas procesales que regulan esta clase de prueba, incluyendo a los ofendidos por el delito.

Por eso, también se ha dicho que “la víctima del delito es un testigo con un status especial”¹⁸³ y, “su declaración no puede encuadrarse en el concepto genuino de la prueba testifical, pues puede constituirse en parte acusadora”¹⁸⁴.

Para una correcta aproximación a esta cuestión, resulta obligado referirse a la doctrina jurisprudencial sentada por el TS y por el TC, acerca de los requisitos que la declaración de la víctima ha de tener para ser valorada a la hora de fundar una Sentencia condenatoria.

Como punto de partida conviene recordar que tal como establece el Tribunal Supremo¹⁸⁵, la declaración de la víctima, no es prueba indiciaria sino

¹⁸² STS, de 20 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4262].

¹⁸³ STS, de 28 de octubre de 1992 [1992, 8545].

¹⁸⁴ STS, de 11 de julio de 1990 [RJ 1990, 6629] y STS, de 18 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9493].

¹⁸⁵ STS 7384/2011.

directa y ha sido admitida como prueba de cargo tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, así afirma lo establecido anteriormente la STS 21/03/2011 -con cita de otras anteriores, como las SSTS 19/02/2011 y de 21/09/2010. Dichas sentencias vienen estableciendo que el testimonio de la víctima aunque no hubiera otro más que el suyo, cuando no existen razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el juzgador, impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia.

Para que esto suceda, se hace preciso que se den una serie de circunstancias concurrentes.¹⁸⁶

La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de noviembre de 1991¹⁸⁷, permite inferir la consideración como prueba de cargo de la declaración de la víctima del delito cuando se den en la misma los siguientes elementos:

En primer lugar, la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio o de venganza que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio.

En segundo lugar, la verosimilitud del testimonio, que ha de estar corroborado por otros datos objetivos obrantes en el proceso.

Y en tercer y último lugar, la persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresa y expuesta sin ambigüedades o contradicciones en lo fundamental.

La Sentencia del TS, de 13 de septiembre de 2007¹⁸⁸, con cita de las Sentencias del mismo Tribunal 409/04, 104/02, y 2035/02¹⁸⁹, afirma que "nadie

¹⁸⁶ STS 7384/2011.

¹⁸⁷ STC 229/1991, de 28 de noviembre de 1991.

¹⁸⁸ STS 725/2007, de 13 de septiembre de 2007.

¹⁸⁹ SSTs 409/04, de 24 de marzo de 2004, 104/02, de 29 de enero de 2002, y 2035/02, de 4 de diciembre de 2002.

debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad", como sucede en buena parte de los procedimientos competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer, pues si no se aceptara la validez de ese testimonio de la víctima se llegaría a la más absoluta impunidad de este tipo de ilícitos penales.

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha declarado que cuando la carencia es aplicable a los tres requisitos, ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, en el cual la condena, violaría el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Muy ilustrativa resulta la Sentencia del TS, de 9 de febrero de 2004, en que la Sala Segunda señala expresamente que "la declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso."¹⁹⁰

En cuanto a posibilidad de que el testigo-víctima se pueda acoger a la dispensa del artículo 416 de la LECrim para no declarar, y por lo tanto el órgano jurisdiccional tuviera que dictar una sentencia absolutoria en el proceso penal, queda patente en el ámbito judicial que la dispensa del artículo 416 de la LECrim es aplicable para todos los testigos incluidos en el ámbito de aplicación del citado precepto, y en principio, no existiría exclusión a la misma.

Supone de gran importancia la dispensa contenida en el artículo 416 LECrim cuando es la víctima de violencia de género quien no está obligada a otorgar su declaración, tema que se tratará a continuación.

4.2.3.1 La exención de la obligación de declarar del art. 416 LECrim

De interesante análisis es la exención contenida en el artículo 416

¹⁹⁰ STS 140/2004, de 9 de febrero de 2004, que matiza que la propia existencia del delito deba estar apoyada en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima.

LECrim, el cuál, contiene una dispensa a declarar para los testigos víctima.

En esta línea se encuentra la STS, Sala 2ª, de 22 de febrero de 2007, en cuyo Fundamento de Derecho Primero establece que “la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad familiar que le une con el procesado.”¹⁹¹

Ahora bien, tratándose de un derecho renunciabile, se plantea la posibilidad de que tras la denuncia o declaración en fase de instrucción, la víctima acogándose a su derecho de no declarar en base al artículo 416 de la LECrim se negara a ratificar la denuncia o la declaración sumarial, problema este que se da en la actualidad con excesiva frecuencia en los juzgados y tribunales.

Por ello, y tras criterios dispares, en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013, se fija que la exención de la obligación de declarar prevista en el art 416.1 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto.¹⁹²

Se exceptúan, la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto y los supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

A mi juicio, el artículo 416 de la LECrim debería sufrir una importante reforma, en el sentido de exceptuar de la dispensa de declarar al testigo-víctima en los casos de haber desaparecido el vínculo afectivo en el momento de la declaración en la fase de juicio oral, o en los casos de haberse personado como acusación particular, pues en éste último supuesto se está renunciando

¹⁹¹ STS 134/2007, de 22 de febrero de 2007.

¹⁹² Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013.

de forma tácita al derecho que le asiste de no declarar. En el mismo sentido se pronuncia FUENTES SORIANO.¹⁹³

4.2.4 Los testigos menores de edad

La consideración como prueba de cargo del testimonio prestado por el menor de edad ha sido reconocida por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional en STC, de 20 de febrero de 1989 , entendió que las declaraciones de las menores agredidas en un delito de violación, es prueba valorable para enervar la presunción de inocencia.¹⁹⁴

En igual sentido la STS de 28 de octubre de 1992 otorgó viabilidad a la declaración de la única testigo de cargo, una niña menor de nueve años de edad, que fue víctima de los actos libidinosos que se imputaban al autor de aquéllos.¹⁹⁵

También la STS de 16 de enero de 1991 concedió valor al testimonio de la niña menor de diez años porque “se trata de una niña seria, estudiosa y no dada a las fantasías.”¹⁹⁶

En la misma línea, como apunta la STS de 19 de mayo de 1997 el caso de los testigos menores “no se trata de un problema de legalidad procesal, sino de credibilidad. Los Jueces de la Audiencia, oyendo y viendo lo que ya después otros oídos y otros ojos no percibirán, valorarán en su íntima convicción el acervo probatorio que el juicio oral les ofreció”.¹⁹⁷

No obstante, la STS de 11 de octubre de 1995 muestra ciertas reservas advirtiendo que “cuando la única base en que se fundamenta la acusación son las manifestaciones de un menor, el móvil de resentimiento, enemistad, o

¹⁹³ FUENTES SORIANO, O., “*El enjuiciamiento de la violencia de género*”, Iustel, 2009, P. 123.

¹⁹⁴ STC 44/1989, de 20 febrero de 1989.

¹⁹⁵ STC de 28 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8545].

¹⁹⁶ STS de 16 de enero de 1991 [RJ 1991, 118].

¹⁹⁷ STS de 19 de mayo de 1997 [RJ 1997, 4025].

interés -anterior a los hechos- que pueden afectar a su credibilidad subjetiva hay que buscarlo no ya en el propio menor sino en el entorno familiar que puede influir sobre su testimonio.”¹⁹⁸

Como indica GIMENO CUBERO¹⁹⁹, cuando dudamos de su capacidad como testigos, en realidad lo que ponemos de manifiesto es nuestra incapacidad para comprender la información que nos trasladan, así, según el estudio realizado por este autor los niños no mienten más que los adultos, pues al tener menos prejuicios son más objetivos en sus percepciones y tampoco son más sugestionables.

En conclusión, la jurisprudencia marcada en los párrafos anteriores ha admitido la declaración del testigo menor de edad como prueba de cargo sin restricción alguna por razón de la edad, siempre que tenga una mínima capacidad para conocer los hechos objeto de su declaración y que su corta edad no le impida dicho conocimiento. Su eficacia probatoria dependerá de la credibilidad que quepa atribuir al testigo, no de la edad del mismo.

En cuanto a la Ley Procesal, a diferencia de lo establecido en el art. 361 LEC²⁰⁰, en la LECrim, no existe limitación alguna por edad para impedir el testimonio de un menor de edad a excepción del artículo 417.3 LECrim, el cual, considera que los niños, cuando son de corta edad carecen del uso de razón, y por ello están incapacitados física y moralmente para ser testigo.

Ahora bien, aun siendo cierto que cuando los niños son de corta edad carecen de uso de razón suficiente como para considerar su testimonio, no lo es menos que se debe precisar qué se entiende por corta edad, pues si se trata de un niño de 7 u 8 años, quizás, ya posea la capacidad suficiente como para poder realizar una declaración testifical, sin embargo, si la edad del menor fuera inferior sería más entendible la redacción del art. 417.3 LECrim.

¹⁹⁸STS de 11 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7852]

¹⁹⁹GIMENO CUBERO, M.A. , *El testimonio de menores en el juicio oral*, Revista Iuris, Pp.56 y 59

²⁰⁰ El artículo 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera inválidas las declaraciones de los menores de 14 años, a no ser que, a juicio del Tribunal, posean el discernimiento necesario para declarar verazmente.

Dicho esto, el artículo 448 de la LECrim apunta que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial, que se evite la confrontación visual del testigo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.²⁰¹

Para ayudar al Tribunal a valorar racionalmente la declaración de los testigos menores de edad, se ha admitido con carácter excepcional las periciales psicológicas a menores de edad. Éstas, pueden ser útiles para valorar su credibilidad, aunque nunca vinculantes ni sustitutivas en su exclusiva función valorativa, pero pueden aportar criterios de conocimiento psicológico especializado, y por tanto, científico, sobre los menores de edad y las pautas de su posible comportamiento.²⁰²

4.2.5 Los testigos discapacitados

Del mismo modo que no se regula la edad de los testigos para determinar su capacidad para prestar declaración en el proceso penal, el artículo 417 de la LECrim, se limita a determinar que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados.

Examinada la figura del incapaz anteriormente, en relación a la imposibilidad de obligar a declarar al mismo como testigo en el proceso penal, procede analizar la valoración que a la declaración de los mismos otorgan los tribunales.

Para apreciar y valorar el testimonio del incapaz es necesario obtener, siempre que el juez precise del mismo, un informe pericial psicológico del mismo que verifique la capacidad del testigo. Ahora bien, será el propio tribunal quien deba valorar por la inmediatez, la declaración vertida. Así la Sentencia del

¹⁷⁹ El TS ha admitido que el menor realice su declaración en el despacho del Tribunal con la presencia del Ministerio Fiscal y del Abogado defensor que podrán interrogar contradictoriamente al testigo con el fin de evitar la confrontación visual (STS 651/2000) , así como en una dependencia separada de la sala de vistas en donde se hallaba el acusado (STS 1123/2000)

²⁰² STS 28/2008, de 16 de enero.

Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992 determina que el testimonio del deficiente mental puede ser atendido como prueba de cargo.²⁰³

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo 4 de febrero de 1991 , concedió valor probatorio al testimonio de la víctima oligofrénica profunda en grado de idiocia, pese a esa tara intelectual, pues puede servir para formar la convicción del juzgador, dado que no hay límite legal alguno para la prueba testifical.²⁰⁴

Las declaraciones testificales efectuadas por el deficiente mental, pueden ser valoradas en función de las características personales del testigo, cuando éste presta su testimonio de manera directa y sin interferencias ante el órgano encargado de juzgar el hecho.

4.2.6 Los confidentes

El confidente es una persona que por su posición (familiar, amigo, o por estar dentro de una organización) es conocedora de unos hechos supuestamente delictivos y colabora, bien de manera asidua o bien esporádicamente, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado aportándole información puntual o a lo largo de un tiempo determinado, relativa a estos hechos ilícitos que se están cometiendo o que van a ser cometidos por parte de una persona o grupos de personas.

DE LAS HERAS²⁰⁵, manifiesta que para determinados géneros delictivos la figura del confidente puede ser indispensable si se pretende conocer cómo funcionan las redes criminales. Una conversación con un sólo informante, capaz y bien dirigido, puede suplir largos meses de investigación "tradicional" en delitos, como el de terrorismo, tráfico de drogas y blanqueo de capitales.

La policía, en su tarea de investigación, utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias indagaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina

²⁰³ STS de 6 de abril de 1992 [1992, 2857]

²⁰⁴ STS de 4 de febrero de 1991 [1991, 745]

²⁰⁵ DE LAS HERAS A., "El mejor confidente es el traficante", El correo, Vizcaya, 2013, P. 32

jurisprudencial del TEDH, ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo.²⁰⁶

Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional, pues no basta con excluir la utilización de la confidencia como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales

La confidencia se presenta como una información secreta, pero pendiente de confirmación a través de una investigación para comprobar su veracidad.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de septiembre de 1997 manifiesta, que cuando nos encontramos ante una testifical de referencia de un policía referida a hechos relatados por un confidente, el cual se encuentra sin identificar, ha entendido que no tiene valor probatorio, siendo una prueba ilícita al vulnerar el art. 24 de la CE.²⁰⁷

Ante la cautela que produce el confidente, ya que, puede tener motivos fraudulentos a la hora de suministrar información, se deberán tomar medidas para averiguar la veracidad de su declaración.

Así la Sentencia del Tribunal Supremo 861/2011 de la Sala 2ª de 30 de junio, aclara la doctrina jurisprudencial indicando que viene admitiéndose la licitud de la información recibida por la policía a través de sus confidentes.²⁰⁸

4.2.7 Los testigos anónimos y ocultos.

Mientras que el testigo anónimo es aquel que, oculta su identidad manteniendo en el anonimato sus datos personales y de identificación para las partes, el testigo oculto es el que permaneciendo oculto en una u otra forma, está plenamente identificado en la causa, es decir, está identificado personalmente con nombre y apellidos.

²⁰⁶ SSTEDH 1989/21, de 20 de noviembre de 1989 y 1992/51, de 27 de septiembre de 1992.

²⁰⁷ STS 1149/1997, de 26 de septiembre de 1997.

²⁰⁸ STS 861/2011, de 30 de junio de 2011.

El TEDH, hace una distinción entre el testigo anónimo, es decir , aquel cuya identidad es desconocida para el tribunal o para la defensa, o para ambos, y el testigo oculto; esto es, el que no es visto por el acusado.

Al primero se refieren las SS del TEDH anteriormente citadas en los testigos confidentes , en estas resoluciones el tribunal estimó contrario a las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial.²⁰⁹

Ahora bien, como se dice en las sentencias, en el caso en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino de oculto, en el que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del mencionado convenio, y, en consecuencia, también las garantías que consagra el artículo 24.2 de nuestra Constitución.

En cuanto al segundo, el testigo Oculto, la STS de 14 de febrero de 1995 consideró válida la declaración prestada por los testigos en el juicio, detrás de la tribunilla donde declaran los testigos, para impedir que el acusado los viera. Así, si bien en estos casos hay una restricción con el principio de publicidad, no se produce infracción procesal relevante, porque quedan debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, igualdad de armas, defensa e inmediación propios del acto del plenario, pues, a la vista del tribunal y de los defensores de las partes, se interrogó a los testigos.²¹⁰

Esto significa que en el acto de juicio oral se pueden adoptar una serie de medidas para impedir la visualización del testimonio de un testigo o de la declaración de un perito por parte del acusado a pesar de que conozca su verdadera identidad.

²⁰⁹ SSTEDH 1989/21, de 20 de noviembre de 1989 y 1992/51, de 27 de septiembre de 1992.

²¹⁰ STS de 14 de febrero de 1995 [1995, 757].

RODRÍGUEZ YAGÜE, NAVARRO VILLANUEVA y CARTAGENA PASTOR²¹¹, creen adecuadas la declaración del testigo o perito mediante videoconferencia e incluso distorsionando la voz del sujeto.

Además, conforme establece la LOPJ, dichas declaraciones “podrán realizarse a través de videoconferencias u otro sistema que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal”.²¹²

Pero muy diferente es la condición del Testigo anónimo, pues supone mantener oculta su identidad, no dar a conocer a las partes sus datos personales. De la propia LO 19/1994 se desprende el concepto de “testigo anónimo” cuando prevé en su art. 2 como medidas de protección, como hemos visto, la preservación de la identidad, domicilio, profesión y lugar de trabajo, pudiendo utilizar como identificación un número u otra clave (art. 2.a), siendo posible además, la utilización de un distorsionador de voz.

Tal y como establece la STC de 8 de abril de 2013 los datos personales del testigo no aparecerán en ningún documento ni acta que tenga publicidad y los únicos que conocerán su verdadera identidad serán el Secretario Judicial, el Juez y el Fiscal.²¹³

Por su parte, esta figura plantea varios problemas, en tanto que a pesar de que con la adopción de esta medida se pretende proteger al testigo frente a intimidaciones y represalias, garantizado con ello que se manifieste libremente y que no modifique su declaración o se niegue a prestarla, esto puede suponer una limitación del derecho de defensa del encausado.

²¹¹Vid. NAVARRO VILLANUEVA, C., “Protección a testigos y peritos”, Revista de derecho procesal, núm. 3-4, 2009, P.7

²¹² Art. 299.3 LOPJ.

²¹³ STC 75/2013, de 8 de abril de 2013.

Si la defensa ignora la identidad del testigo, difícilmente podrá poner de manifiesto aquellas circunstancias del mismo que pudieran cuestionar su imparcialidad y fiabilidad.

Es por esto que se puede deducir de la propia LO 19/1994 que no cabe el testigo anónimo, salvo que la parte consienta el anonimato, pues en el articulado de la misma se expresa que cualquiera de las partes pueden solicitar motivadamente el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos y el Juez o Tribunal deberá facilitar el nombre y apellidos de éstos.

En cualquier caso los testigos anónimos podrán actuar en el juicio oral como tal siempre que no se haya solicitado por las partes levantar tal velo, o porque a pesar de haberlo solicitado en forma y tiempo, el Juez o Tribunal enjuiciador de forma motivada mantenga tal anonimato en un razonamiento ponderativo de los diversos derechos en juego.²¹⁴

Pese a todo, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos no es, en modo alguno, de carácter absoluto. El propio art. 4.3, subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando también sujeta al normal juicio de pertinencia.

Por lo tanto, es evidente que el Juez o Tribunal puede mantener el anonimato de los testigos, siempre sobre la base de una causa fundada y suficientemente motivada.

²¹⁴ STC 75/2013, de 8 de abril de 2013.

Conclusiones

PRIMERA. La fuerza probatoria del testigo depende de su veracidad, de ahí la posibilidad de tachar a los testigos de dudosa credibilidad. La tacha no impedirá al testigo otorgar su testimonio, pero dicho testimonio deberá ser valorado con mayor cautela.

SEGUNDA. El avance de los medios tecnológicos y la incorporación de las nuevas tecnologías al procedimiento, hace pensar que en un futuro no muy lejano, la videoconferencia, será utilizada con mayor frecuencia que en la actualidad y no con carácter excepcional, como viene siendo en la actualidad.

TERCERA. Respecto a la infracción por parte del testigo de decir verdad surgen distintas posiciones. Mientras que la LECrim restringe la comisión del delito a la declaración vertida en el juicio oral, el Código Penal establece que se comete el delito sea cual sea la fase del procedimiento en la que se produzca, entendiéndose que tiene vigencia lo contenido en el Código Penal frente a la LECrim debido a que ésta es Ley especial y posterior a la Ley de 1882 mencionada. Esta posición resulta más garantista debido a que la comisión del delito se extiende a cualquier momento del procedimiento, velando así, por un mejor funcionamiento del proceso.

CUARTA. La testifical efectuada únicamente ante los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado carece por si mismas de valor probatorio, pudiendo tener únicamente la consideración de mera denuncia, exigiéndose su ratificación ante la Autoridad Judicial, bien, en la fase de instrucción o en la de Juicio Oral. Del mismo modo, el atestado policial carece de eficacia probatoria a no ser que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial mediante la declaración de los agentes firmantes del mismo, a fin de garantizar la efectiva contradicción con las garantías exigidas en la LECrim.

QUINTA. La característica crucial de la figura del agente encubierto es el engaño. A través del engaño y de su identidad falsa, el agente intentará descubrir determinadas actividades ilícitas y quiénes son sus autores, considerando necesaria la incorporación a nuestro sistema procesal de una

norma específica que proporcione cobertura a esta figura, y a su problemática diferenciación entre actuación del agente encubierto y provocación del delito, lo cual resulta inaplazable.

SEXTA. El Juez o Tribunal posee plena libertad a la hora de otorgar o no credibilidad a las manifestaciones del testigo, formando ello parte de la valoración judicial de la prueba al no estar sometida a regla tasada alguna. El lenguaje no verbal será tan importante como la propia palabra utilizada por el testigo para otorgar su declaración, siendo el juzgador única y exclusivamente quien va a decidir si le da una mayor importancia o no a su testimonio.

SÉPTIMA. El art. 416 LECrim, que permite al testigo-víctima acogerse a la exención de declarar en el juicio oral, debería reformarse en el sentido de obligar al sujeto mencionado a declarar en los supuestos de que el perjudicado se erija como único acusador o cuando ha desaparecido el vínculo afectivo que une a la víctima con el agresor en los procedimientos de violencia de género.

OCTAVA. Debe de admitirse la declaración de los menores de edad como prueba de cargo siempre que el menor demuestre una mínima capacidad para conocer los hechos objeto de su declaración, siendo determinante la credibilidad del testigo y no la edad del mismo. Es más importante la edad mental del menor que la edad física que posee al no existir una edad a partir de la cuál el menor puede otorgar su testimonio.

Bibliografía

ASENCIO MELLADO J.M., *"Derecho Procesal Penal"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

AGUILERA LUNA F., *"La identificación del delincuente en rueda de reconocimiento y por exhibición fotográfica"*, Pla & Álvarez, Sevilla 1998.

ARMENTA DEU T., *"Lecciones de Derecho Procesal Penal"*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

BERNAL VALLS J. *"El falso testimonio"*, Tecnos.

CALAZA LÓPEZ S., *"Principios rectores del proceso judicial"*, Revista de Derecho UNED, nº 8, 2011.

CAMPOS SÁNCHEZ M. y ORENES BARQUERO M. , *"Las diligencias de investigación. El Proceso Penal"*.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *"Las reformas procesales"*, Consejo General del Poder Judicial, 2005

DE LAS HERAS A., *"El mejor confidente es el traficante"*, El correo, Vizcaya, 2013.

FLORES PRADA, I., *"Declaración testifical"*, Linkwithin, 2013.

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

FUENTES SORIANO, O., *"El enjuiciamiento de la violencia de género"*, lustel, 2009.

GARCÍA SAN MARTÍN J, *"Los límites entre el agente encubierto y el agente provocador en la persecución de los delitos del tráfico ilícito de drogas"*, Diario La Ley, 2014.

GIMENO CUBERO, M.A. , *"El testimonio de menores en el juicio oral"*, Revista Iuris, Pp.56 y 59

GIMENO SENDRA V., *“Manual de Derecho Procesal Penal”*, Castillo de Luna, Madrid.

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

MANZANERO A.L., *“Memoria de Testigos: Obtención y valoración de la prueba testifical”*, Piramide, Madrid, 2010.

MARCHAL ESCALONA A., *“Policía Local de Galicia”*, Editorial Meta, 2016.

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

MÉNDEZ LÓPEZ I., *Diario La Ley*, nº 6719, 23 de mayo de 2007.

MIXÁN MASS F., *“Derecho Procesal Penal (Juicio Oral)”*, BGL, Trujillo, 1996.

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

NAVARRO VILLANUEVA, C., *“Protección a testigos y peritos”*, Revista de derecho procesal, núm. 3-4, 2009, P.7

NIEVA FENOLL J., *“Fundamentos de Derecho Procesal Penal”*, Edisofer, Madrid, 2011.

RECUERO, M., *“Rajoy tendrá que testificar físicamente y no por videoconferencia en el juicio de Gürtel el 26 de julio”*, El Mundo, 2017.

RIVES SEVA A. P., *“La prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

RUÍZ VADILLO E., *"Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el Proceso Penal"*, Boletín N° 1767.

VEGA TORRES, J. *"Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal"*. Madrid. 1993.

VILA MUNTAL M.A., *"La Prueba en el Proceso Penal"*, Valencia, 2000.

VISÚS APELLÁNIZ J. A., *"Fase de instrucción en el procedimiento penal"*, Ilexabogados, 2016.



