

JOSEP ANDREU SERRA ESTEVE

LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL PROCESO PENAL
¿DE LIBRE VALORACION?

*Treball Fi de Carrera
dirigit per
Dña. Monica Barnola*

*Universitat Abat Oliba CEU
FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS
Llicenciatura en Derecho*

2011

La angustia del que escribe, termina cuando el lector manifiesta su satisfacción

VENTURA COTA, B

Resumen

La prueba testifical es una de las pruebas principales del proceso penal, es por lo que se ha intentado dar una visión de cuáles son los factores que afectan a su validez, tanto desde un punto de vista personal como procesal, para luego definir las pautas que debe seguir cualquier juzgador para llegar a la convicción de que dicha prueba testifical puede enervar la presunción de inocencia.

El trabajo consiste en responder a la pregunta elemental de que si realmente el Juez o Tribunal tiene plena libertad para valorar la prueba testifical en el proceso penal, sobre dicha cuestión se va a desarrollar el trabajo, pero siempre tendremos que respetar unos principios básicos del proceso, y a partir de que dichos principios le den validez a dicha prueba, podremos decir que el Juez "*a quo*" tiene plena libertad para llegar a determinar si realmente dicha prueba testifical rompe con la presunción de inocencia, sin que los tribunales de instancias superiores puedan modificar los aspectos subjetivos de dicha valoración en base al principio de inmediación.

También es cierto, que la casuística en materia de testigos es inmensa, por lo que se ha intentado analizar cada caso particular a fin de integrarlo dentro de los principios básicos establecidos en el proceso penal, y así determinar cuándo se puede dar validez a dicha prueba, y cuáles son los factores que tiene que tener en cuenta el Juzgador para valorarlos como prueba determinante de cargo o de descargo.

Resum

La prova testifical és una de les proves principals del procés penal, és pel que s'ha intentat donar una visió de quins són els factors que afecten la seua validesa, tant des d'un punt de vista personal com processal, per a després marcar unes pautes que ha de seguir qualsevol jutge per a arribar a la convicció que la dita prova testifical pot enervar la presumpció d'innocència.

El treball consisteix en respondre a la pregunta elemental que si realment el Jutge o Tribunal té plena llibertat per valorar la prova testifical en el procés penal, sobre aquesta qüestió es va a desenvolupar el treball, però sempre haurem de respectar uns principis bàsics en el procés penal, i a partir de que aquests principis li donin validesa a aquesta prova, podrem dir que el Jutge a *quo té plena llibertat per arribar a determinar

si realment aquesta prova testifical trenca amb la presumpció d'innocència, sense que els tribunals d'instàncies superiors puguin modificar aspectes subjectius d'aquesta valoració sobre la base del principi de immediació.

També és cert, que la casuística en matèria de testimonis és immensa, per la qual cosa s'ha intentat analitzar cada cas particular a fi d'integrar-ho dins dels principis bàsics establerts en el procés penal, i així determinar quan es pot donar validesa a aquesta prova, i quins són els factors que ha de tenir en compte el Jutge per valorar-los com a prova determinant de càrrec o de descàrrec.

Abstract

The test testifies is one of the principal tests of the penal process, it is for what has tried to give him a vision of which they are the factors that concern his validity, so much from a personal as procedural point of view, then to mark a few guidelines that any jugder must follow to come to the conviction from that the above mentioned test testifies can enervate the presumption of innocence.

The work consists of answering to the elementary question of which if really the Judge or Court has full freedom to value the test testifies for the penal process, on the above mentioned question one is going to develop the work, but always we will have to respect a few basic beginning in the penal process, and from that the above mentioned beginning gives him validity to the above mentioned test, will be able to say that the Judge to quo has full freedom to manage to determine if the really above mentioned test testifies breaks with the presumption of innocence, without the courts of top instances could modify the subjective aspects of the above mentioned valuation on the basis of the beginning of immediacy.

Also it is true, that the casuistry as for witnesses is immense, for what one has tried to analyze every particular case in order to integrate it inside the basic beginning established in the penal, and like that process to determine when it is possible to give validity to the above mentioned test, and which are the factors that the Jugde has to bear in mind they to be valued in proof by determinant of post or of discharge.

Palabras claves / *Keywords*

Prueba – Testigo – Inmediación – Contradicción – Oralidad – Publicidad – Convicción –
Dispensa - Valoración

Sumario

Resumen	5
Introducción	12
I. Concepto de la prueba como principio de libre valoración: aspectos subjetivos y objetivos	14
II. Marco Legal que regula la prueba testifical	16
III. Testigos: definición, obligaciones y exenciones	18
IV. Principios procesales básicos	22
4.1. Inmediación	22
4.2. Contradicción	24
4.3. Oralidad	25
4.4. Publicidad	25
V. Factores para la valoración ordinaria de la prueba testifical.....	27
VI. Valoración en relación con la cualidad personal del testigo.....	29
6.1. Testigo víctima o único.....	30
6.1.1. Admisibilidad de la declaración de la víctima como único testigo.....	30
6.1.2. Reglas para la valoración del testimonio	31
6.1.3. Declaración contradictoria con la del Juez Instructor por parte de la víctima	35
6.1.4. Relación de la prueba pericial con la declaración de la víctima	36
6.2. Testigo menor de edad	36
6.3. Testigo disminuido	40
6.4. Testigo no comunicado	41
6.5. Declaración de agentes policiales	41
6.6. Parientes	44
6.7. Testigo de referencia	45
6.8. Confidentes, testigos anónimos, testigos protegidos	47
6.9. Testigo vinculado por el secreto	50
6.9.1. Secreto sacerdotal	50
6.9.2. Secreto del Funcionario Público Civil o Militar	51
6.9.3. Secreto del abogado defensor	51
6.10. Declaración de los coimputados	52
6.11. Testimonio de los detectives privados	52
VII. La prueba testifical producida anormalmente	54
7.1. Supuestos	55
7.1.1. Fallecimiento del testigo	55
7.1.2. Enfermedad grave del testigo	55
7.1.3. Testigo residente en el extranjero	55
7.1.4. Testigo ílocalizado	56
7.1.5. Dispensa de declarar el testigo	58
7.2. Requisitos.....	58
7.3. Valoración	59
VIII. La prueba testifical anticipada	59

8.1. Supuestos	59
8.2. Requisitos	60
8.3. Valoración	62
IX. Ratificación, retractación y contradicciones del testigo en el juicio oral	63
9.1. Valoración de la declaración sumarial	64
9.2. Valoración de la declaración prestada ante la policía	66
9.3. En el procedimiento del Tribunal del Jurado	66
9.4. Careos	67
X. Valoración de la prueba testifical en apelación y casación	69
10.1. El control en casación de la valoración de la prueba testifical	69
10.2. El control en apelación de la valoración de la testifical como prueba personal	69
XI. Conclusión	72
Bibliografía	74
Anexo	76

Introducción

En este trabajo lo que se intenta analizar es si realmente el Juez que tiene que dictar la sentencia en un proceso penal tiene la plena libertad para valorar la prueba testifical, o por el contrario está sujeto a una serie de reglas. Para ello se ha dividido el trabajo en tres partes bien diferenciadas:

La primera parte abarca los capítulos I, II, III, IV y V donde se ha querido definir brevemente el concepto de prueba testifical, así como el marco legal que lo regula, para a continuación establecer los principios básicos que deben regir en toda prueba penal para consolidarla como válida, además de los límites que separan la plena libertad en la valoración de la prueba, de la aplicación de unas reglas para valorar dicha prueba.

En la segunda parte, que abarca los capítulos VI, VII, VIII y IX, se analiza la prueba testifical a través del proceso penal, desde las diligencias policiales hasta el juicio oral, analizando las circunstancias particulares del testigo, como es el caso de la víctima, parientes o menores de edad. Asimismo se intenta analizar las situaciones anormales que se pueden presentar a lo largo del proceso penal en cuanto a la prueba testifical, explicando como debe actuar el Juzgador en esas situaciones para que la prueba sea válida, a la vez de que factores debe tener en cuenta para valorar dicha prueba.

La última parte, regulada en el capítulo X, consiste en analizar que márgenes de libertad tienen los tribunales de apelación y casación para valorar la prueba testifical en materia penal, sobre todo la analizada previamente en primera instancia.

Para llevar a cabo el trabajo se ha intentado investigar en las diferentes publicaciones que analizan la prueba penal, en concreto la prueba testifical, y a partir de su contenido se ha elaborado un índice del trabajo, que con posterioridad se ha ido modificando.

Además se ha buscado en las diferentes bases de datos de jurisprudencia, y en las Revistas Jurídicas, aquellas sentencias o artículos que pudieran dar una solución interpretativa a los diferentes puntos conflictivos que surgen al analizar la libre valoración de la prueba en el proceso penal, ya que como se podrá ver en el trabajo, a lo largo del tiempo los tribunales ha ido variando su interpretación, al igual que en la doctrina existen tesis contrapuestas a la hora de dar validez a la práctica de las declaraciones de ciertos testigos. Pero la búsqueda de información adicional en las bases de datos mencionadas, siempre se ha basado en el boceto del último índice elaborado, el cual ha surgido del estudio de varios libros que han tenido la condición de fuente primaria, y como tal se expondrá en la bibliografía. Téngase en cuenta que con este trabajo se ha querido analizar un tema que en sí no estaba específicamente tratado en ningún manual jurídico, como es las pautas a seguir para tener plena libertad en la valoración de la prueba testifical en el proceso penal y, las restricciones que tiene el Juzgador para ponerlas en práctica.

I.- CONCEPTO DE PRUEBA COMO PRINCIPIO DE LIBRE VALORACION: ASPECTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS:

Actualmente nos encontramos ante un sistema de libre valoración¹ que tiene su respaldo en el art. 741 de la LECrim.,² donde el Juez es libre para obtener su convicción porque no está vinculado a reglas legales sobre la prueba. Pero esta libertad no significa que no tenga limitaciones, ya que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio según las reglas del criterio racional, es decir, según las reglas de la lógica y de acuerdo con los principios generales de la experiencia.

No podemos interpretar el art. 741 de la LECrim. como un permiso para los jueces para que puedan valorar la prueba sin sometimiento a regla alguna. La valoración libre de la prueba no puede equipararse a la valoración basada en la intuición o en los sentimientos del órgano judicial, pues ello supondría dejar la justicia a la voluntad particular de los jueces. Por ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional han ido *“estableciendo una serie de reglas orientativas, que no obligatorias, a tener en cuenta por el Tribunal sentenciador y que posibilitan la motivación de la convicción”*,³ *“son pautas útiles o reglas de experiencia, como parámetros de contraste para fundamentar una sentencia condenatoria”*.⁴

Para entender el principio de la libre valoración debemos distinguir dos momentos diferentes en el acto de valoración de la prueba:

a) Un primer momento es el que depende de la percepción directa (inmediación), y como aspecto subjetivo no es controlable, ni en apelación, ni en casación, porque es difícil entrar a enjuiciar el sentido íntimo que el Juzgador le ha dado a una determinada actitud.

b) El segundo momento sería cuando hay que darle el soporte racional al juicio, es el aspecto de carácter objetivo que vincula al Juez a las leyes de la lógica, de la

¹También en Alemania está reconocido expresamente el principio de libre valoración, que dispone que *“sobre el resultado de la práctica de las pruebas decidirá el Tribunal, según su libre convencimiento formado de la totalidad de la vista”*.

² Art. 714 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. Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta”*.

³ STS 13/06/2003 núm.872/2003.

⁴ STS 18/10/2002 núm. 1710/2002.

experiencia y a los conocimientos científicos, con lo cual esta materia sí que sería controlable en otras instancias, de acuerdo con las exigencias establecidas en la Constitución Española, como es el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2), y a la obligación de motivar las sentencias (art. 120.3).

La valoración de las pruebas de cualquier delito supone una labor intelectual por parte del Juez centrada en los hechos, siendo una actividad prejurídica porque se basa en criterios no jurídicos, como es la experiencia ordinaria o el sentido común.

II.- MARCO LEGAL QUE REGULA LA DECLARACIÓN TESTIFICAL:

Haremos un pequeño resumen de la legislación a nivel nacional y supranacional que justifica y reconoce el derecho que tienen los acusados en materia penal a poder interrogar a los testigos a su favor, así como a los que declaren en su contra.

2.1.- LEGISLACIÓN DE ÁMBITO SUPRANACIONAL:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948, en su art. 11.1 reconoce el derecho a toda persona acusada en un juicio público se le asegure todas las garantías necesarias para su defensa.
- b) Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de Noviembre de 1950, en su art. 6.3.d reconoce el derecho al acusado a interrogar a los testigos que declaren contra él y a favor de él.
- c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, en su art. 14.3.e) reconoce el derecho a interrogar a los testigos de cargo y descargo por parte del acusado de un delito.
- d) Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, donde se regula las comisiones rogatorias a fin de poder realizar la declaración de testigos entre juzgados de varios países europeos.

2.2.- LEGISLACIÓN DE ÁMBITO NACIONAL:

- a) La Constitución Española en su art. 24.1 reconoce el derecho que tiene cualquier persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales sin que pueda producirse indefensión, así como a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, incluidos la de testigos.
- b) La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial en su art. 229.2 viene a decirnos que las declaraciones, testimonios y careos se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia de las partes en audiencia pública.

- c) La Ley Orgánica 19/1994 de 23 de Diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales regula las medidas de protección que se aplicarán a los que tengan la calidad de testigos en procesos penales, y que puedan estar sometidos a un peligro grave para la persona.

- d) La Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo del Tribunal del Jurado en su art. 46.5 reconoce la posibilidad que tiene el Ministerio Fiscal y las partes para interrogar a los testigos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción.

- e) En la Ley de Enjuiciamiento Criminal en innumerables artículos viene a regular las obligaciones y derechos que tienen los testigos, pero en concreto en el art. 410 nos dice que *“todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado y para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”*.

III.- TESTIGO: DEFINICIÓN, OBLIGACIONES Y EXENCIONES

El testimonio es uno de los medios de prueba más antiguos de la humanidad, junto al de la confesión, al tratarse de una consecuencia natural de utilizar la palabra como medio de prueba.

Con posterioridad han aparecido otros medios de prueba, como puede ser el documento, pero a pesar de ello, sigue siendo esta la prueba más común en los procesos penales.

Según el Tribunal Supremo podemos definir como testigo: *“toda persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón a tal percepción”*.⁵ Es un tercero, que informa al juez, a través de una declaración de conocimientos, de los hechos constitutivos de la controversia que se dirime en el proceso. Esa información debe ser objetiva y versar sobre los hechos, y no sobre opiniones.

Pero no siempre la percepción de la realidad será fiel, ni la transmisión será veraz, pero ello no debe servir para descalificar la prueba testifical. Sin embargo el juez deberá tener en cuenta cada caso particular, pudiéndose apartar razonablemente de la versión del testigo, cuando entienda que hay algún defecto en la percepción de los hechos o en su transmisión.

Como vemos el testigo debe tratarse de una persona física, pues sólo estas pueden percibir y transmitir sus percepciones, ya que las personas jurídicas se expresan por medio de sus representantes, en cuyo caso serán testigos los propios representantes, nunca aquéllas.

Tampoco puede ser considerado testigo el propio imputado del delito, ya que su visión de los hechos no tiene la consideración de testimonio, pero en cambio, sí que se considera como tal a la propia víctima, por ser conocedora de los hechos.⁶ Como quiera que no es parte procesal, no se le puede exigir los requisitos de capacidad procesal que

⁵ STS 06/04/1992 núm. 775/1992 RJ 1992/2857.

⁶ STS 20/05/1997 núm. 693/1997: *“Quien es parte en el proceso civil no puede declarar como testigo sino por medio de la llamada prueba de confesión, pero esto no ocurre en el proceso penal en el que a tales efectos sólo hay una parte aquella contra la que se ejercita la acción penal única que no puede declarar como testigo. Todas las demás 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”*.

debe cumplir una parte, pero ello no obsta para que tenga una capacidad natural o capacidad de discernimiento, necesaria para poder percibir y relatar lo percibido.

El testigo deberá, dentro del proceso, declarar todo aquello de que conozca en referencia al hecho delictivo, o sobre otros hechos de interés para la investigación, debiendo haber conocido los mismos antes de su llamamiento, y a través de su percepción sensorial expresará lo que ha oído, visto, etc., no pudiéndose confundir con la prueba pericial. Si el testigo además tiene conocimientos especiales, que son los que ayudarán a confeccionar su opinión sobre las percepciones, estaremos ante un testigo-perito.

Como regla general, todas las personas físicas pueden atestiguar, otra cosa diferente es su credibilidad, que será cuestión de valoración a posteriori por parte del Juez, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Existen determinados supuestos, que por sus características personales del testigo – por ejemplo las víctimas, parientes, policías, etc.-, sus declaraciones han de ser valoradas con mayor cuidado que en el caso de la simple declaración de otro testigo, porque en ellos rige el principio de la propia sospecha, con lo que se tendrán que superar las dudas que se ciernen sobre su imparcialidad para que pueda ser tomado en consideración su testimonio como una prueba de cargo.

En nuestro ordenamiento jurídico existe la obligación de acudir a prestar declaración sobre la información que se tenga por los hechos objeto de una investigación judicial, indistintamente de la nacionalidad del testigo, siempre que resida en territorio español, aunque también existen mecanismos de cooperación judicial internacional en materia penal, como es el Convenio Europeo de Asistencia Judicial, para que testigos que residan en el extranjero se le pueda tomar testimonio.

Esa obligación de acudir a declarar a instancia del Juez de forma veraz viene regulada en el artículo 118 de la Constitución Española, pero existe una serie de excepciones a dicha regla general, dependiendo de quien sea, o del cargo que ocupe:

- a) Exención absoluta del deber de declarar como testigo según el artículo 411 de la LECrim. corresponde al Rey, a la Reina, a sus consortes, al Príncipe Heredero, a los Regentes del Reino, a los Agentes Diplomáticos acreditados en España y al personal al servicio de los mismos y sus familiares, no obstante, pueden ser invitados a declarar por escrito.

- b) Tendrán la obligación de declarar, pero podrán hacerlo por escrito, no estando obligados a comparecer en persona ante el Juez, de acuerdo con el art. 412 de la LECrim. los demás miembros de la Familia Real en relación a los hechos que conozca por razón de su cargo, 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, así como los que hubiesen desempeñado con anterioridad dichos cargos.
- c) Podrán declarar en su despacho oficial, cuando no estén obligados a comparecer en persona ante el Juez, 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, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda.
- d) Podrán declarar por escrito, aunque están obligados a declarar dependiendo de lo estipulado en los Convenios Internacionales, los miembros de las Oficinas Consulares.
- e) Estarán dispensados de declarar los parientes del procesado en línea ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos y los colaterales hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales, el abogado del procesado respecto de los hechos confiados por su cliente. La restricción tiene por fundamento la protección de la cohesión familiar, que podría verse afectada, si alguno de ellos declarará en contra del imputado, aunque si que existe obligación respecto de los otros procesados en los que no exista relación, salvo que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido (art. 416 LECrim.).
- f) No existe obligación de declarar como testigos los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre hechos conocidos a raíz del ejercicio de las funciones de su

ministerio, los funcionarios civiles o militares en supuestos de secretos por razón de su cargo u obediencia debida, y por último los incapacitados física o moralmente.

- g) No podrá ser llamado a declarar como testigo el que sea coimputado en la misma causa, aunque sea de otro delito conexo a ese, pero en el caso de que fuera absuelto del mismo con anterioridad, podrá declarar como testigo.

Aunque haya distinciones a la hora de declarar, una vez las mismas se han realizado, ya no hay diferencias a efectos de la valoración de la prueba, puesto que la ponderación de la credibilidad del testigo es facultad inherente al juzgador de instancia, no siendo revisable a posteriori por otro tribunal. Es evidente, que siempre existe la posibilidad de revisión si se ha infringido algún principio constitucional o de legalidad vigente.

Además el testigo tiene la obligación de prestar un testimonio objetivo y ser imparcial, y en este sentido, la Ley establece las causas de tachas, cuya concurrencia puede ser determinante de la valoración de la declaración del testigo, que en ningún caso implica exclusión de su práctica, sino que incide en la valoración por parte del Juez de dicha prueba.

IV.- PRINCIPIOS PROCESALES BASICOS:

Antes de analizar la valoración de la prueba testifical deberemos mencionar los diversos principios procesales básicos que los condicionan, de manera que sin ellos no es posible tomar en consideración una determinada declaración y valorarla como prueba de cargo o de descargo.

El procedimiento probatorio viene regulado en los artículos 701 a 722 de la LECrim., en él se establece los principios básicos a los que se debe sujetar cualquier declaración testifical, constituyendo los mismos la garantía mínima de la validez de la prueba testifical, pudiéndose declarar la nulidad en caso contrario.

Nuestro Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada que en cuanto a la presunción de inocencia, y en orden a su vulneración, se deben comprobar las siguientes cuestiones:

- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida.
- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia.
- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras deben ser tenidas en cuenta por el Tribunal penal, para que luego éste pueda proceder a valorar la prueba mediante la debida motivación de la sentencia, que es realmente la función del juez, explicar de forma razonable porque opta por una determinada conclusión, y cuál ha sido la base probatoria sobre la que ha descansado dicha elección, sin que exista ninguna arbitrariedad en la misma.

La declaración del testigo como medio de prueba deberá practicarse con respeto a los principios de inmediación, de contradicción, de oralidad y de publicidad.

4.1.- PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN:

Según se desprende del artículo 702 de la LECrim., la prueba testifical habrá de practicarse siempre en presencia del Tribunal sentenciador, salvo las personas a los que se refiere el artículo 412 del mencionado texto legal, que pueden realizarlo por escrito, o aquellas personas que por su imposibilidad no pueden comparecer (fallecimiento, enfermedad, etc.). Por consiguiente, se exige que la misma tenga una producción inmediata ante el Tribunal que tiene que valorarla, a fin de que tenga una decisiva influencia a la hora de conformar el convencimiento judicial. Es esencial que haya la *“Inmediación para que el Tribunal de la instancia perciba por sus sentidos lo que ya otros ojos y oídos no van a ver ni oír.”*⁷

No obstante, hay supuestos que por las circunstancias hacen quebrar el principio de inmediación:

a) Declaración sólo ante el Magistrado Ponente:

- Imposibilidad de comparecencia del testigo: cuando concurra esta circunstancia, el artículo 718 de la LECrim. faculta al Presidente del Tribunal para que designe a alguno de sus miembros para que se persone en la residencia del testigo y, en su presencia, las partes hagan las preguntas que considere oportunas.
- Prueba anticipada: cuando por alguna causa se hace previsible la incomparecencia de un determinado testigo al juicio oral, lo que motiva la práctica de la prueba con carácter anticipado.

No será necesario en ambas circunstancias que se haga ante el Tribunal en pleno, pero, como viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de fecha 21/04/1989 (Sr. Bacigalupo Zapater), *“sólo cuando el testigo imposibilitado se hallare fuera de la sede del Tribunal se podrá utilizar el procedimiento establecido en el artículo 719 de la LECrim.”*

b) Declaración Testifical Extraprocesal: el principio de inmediación exige que el testigo se encuentre en presencia del tribunal en el momento de su declaración,

⁷ STS 15/04/1997 núm. 535/1997 RJ 1997/2930.

pero de manera excepcional los tribunales han otorgado cierto valor probatorio a la declaración prestada fuera del proceso, y consignada en acta notarial, siendo la misma una prueba documental: *“Como tiene declarado esta Sala, la prueba testifical no transforma su naturaleza porque se formule ante un notario, so pena de convertir en documental todas las distintas pruebas practicadas en la causa”*,⁸ aunque también existe alguna sentencia de la Audiencia Provincial que viene a rechazar este argumento, al interpretar que se vulneran los principios del proceso penal (inmediación, contradicción, oralidad y apreciación directa de la prueba por el Juez, etc.),⁹ siendo esta última sentencia la que mejor se adecua a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

El privilegio de la inmediación veta a los órganos superiores de revisar la valoración de la prueba, como recuerda el Tribunal Supremo al señalar que *“cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamento de derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa”*.¹⁰ Por lo tanto el órgano superior sólo podrá incidir en el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y en el proceso de la formación de la prueba.

4.2.- PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:

La prueba testifical ha de producirse ante la presencia del acusado, quien podrá interrogar a los testigos comparecidos a petición del mismo, y a los comparecidos a instancia de la acusación pública o particular.

El principio de contradicción viene consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, en el artículo 6.3.d del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, y en el artículo 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, donde se dispone el derecho que tiene cualquier persona acusada en un proceso penal a interrogar a los testigos de cargo y descargo.¹¹ Este principio rige incluso en la prueba anticipada, con lo que si el acusado o su abogado deciden no comparecer, esto no afectará a su realización, ya que el

⁸ STS 01/09/1986 La Ley 6813/1986.

⁹ AP Toledo Secc. 2ª Sentencia 23/07/2001 Rec. 107/2001.

¹⁰ STS 28/12/2005.

¹¹ STC 04/10/1985 núm. 101/1985 Sr. Begué Cantón.

motivo de su incomparecencia ha sido a voluntad de ellos, y no a una falta de contradicción.

Donde realmente surge el problema a la hora de aplicar el principio de contradicción, es en los casos de los testigos ocultos, cuando éste ha manifestado su temor al acusado, y se le permite testificar sin ser visto por aquél, aunque sí oído. Los Tribunales, en concreto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹² considera contrario al artículo 6 del C.E.D.H., y al principio de contradicción la declaración del testigo anónimo, pero en cambio, en el caso del testigo oculto, donde la identidad es respetada, se entiende cumplidas las exigencias mencionadas en el artículo del citado Convenio Europeo, no viéndose restringida la contradicción.

El principio de contradicción tiene dos vertientes:

- a) Técnica: consiste en poder facilitar a la defensa la posibilidad de contradecir todas las pruebas que se practiquen, a fin de hacer prevalecer la presunción de inocencia.
- b) Subjetiva o Psicológica: se produce cuando hay un enfrentamiento visual entre el acusado y los testigos, cuando estos últimos declaren en el juicio oral.

4.3.- PRINCIPIO DE ORALIDAD:

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

El principio de oralidad se materializa con la contestación de los testigos en el acto del juicio oral a las preguntas que realizan las partes, lo cual es oído por el Tribunal sentenciador. En caso excepcional, y siempre que exista una causa justificativa, se admite la posibilidad de la lectura de la declaración sumarial del testigo, cuando este no pudo comparecer, sin que ello desvirtúe el principio de oralidad e inmediación.

¹² TEDH Sentencia de Kostovski de 20/11/1989.

4.4.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD:

El artículo 120.1 de la C.E. establece que las actuaciones judiciales serán públicas, con lo que los testigos en el juicio oral deberán declarar, no sólo ante las partes, sino ante el público, dando una garantía transparente al procedimiento. La exigencia de este requisito debe conectarse con la necesidad de control popular sobre la actuación judicial.

Es obvio que la justicia intrínseca de una resolución judicial no depende de forma alguna de la aceptación popular, pero es indudable que para un determinado hecho delictivo sirva para condenar o absolver a un ser humano en una sociedad democrática debe ser conocido por el pueblo, a fin de que aquél pueda conocer que la sentencia que se dicte no sea arbitraria ni injusta. De otra parte, la práctica de las pruebas en audiencia pública, es decir, con publicidad, está íntimamente ligada al derecho de defensa,¹³ además de evitar posibles perversiones del sistema que pudieran darse de no existir ese control popular.

En cuanto a los testigos ocultos, la jurisprudencia ha declarado que no supone una vulneración del principio de publicidad, a pesar que *“la finalidad o razón de ser del derecho es a un juicio público, que 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”*,¹⁴ además de que *“constituye también 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 justo”*,¹⁵ porque hay que analizar y ponderar los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, los derechos fundamentales en conflicto y las circunstancias concurrentes, y si al final es prioritario la protección del testigo sobre la lesión del principio de publicidad, tendremos que considerar justificada la medida de ocultación del testigo de acuerdo con las facultades que otorga la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de Diciembre sobre protección de testigos a los órganos judiciales.

¹³ 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 imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

¹⁴ STC 28/02/1994 núm. 64/1994 Sr. De la Vega Benayas.

¹⁵ STS 03/06/2002 núm. 1027/2002.

Como vemos existe un límite a la publicidad, que ha sido reconocido constitucionalmente, y es cuando existan razones de moralidad o de respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia, debiendo el Juzgador de instancia justificar la decisión de restringir el principio de publicidad mediante una resolución motivada, ya que de lo contrario supondría una suspensión de un derecho fundamental que no puede ser acordado de plano.

V.- FACTORES PARA LA VALORACIÓN ORDINARIA DE LA PRUEBA TESTIFICAL:

Las declaraciones testificales realizadas ante el Tribunal sentenciador en el juicio oral, son valoradas discrecionalmente por el órgano judicial con arreglo a su conciencia, aplicando la sana crítica o el libre albedrío, lo cual significa que ha de atenerse a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos.

Esta valoración sólo la puede hacer el Tribunal que ha conocido directa y personalmente la prueba testifical, por ser el único que se encuentra en condiciones de decidir sobre la credibilidad de las manifestaciones realizadas por los testigos.

*“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 cuales el Tribunal de instancia pueda fundar su convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervinientes, respecto a los cuales el juzgador de instancia es dueño en su valoración”.*¹⁶ Para realizar correctamente esa valoración, 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 los otros testigos.

En cuanto a las características personales del testigo se deberá evaluar el desarrollo y la calidad de las facultades mentales del mismo, ya que la inmadurez o las perturbaciones afectarán a la credibilidad. También habrá que tener en cuenta, incluso en el caso de personas normales, que ciertas personas perciben mejor algunas cosas,

¹⁶ STC 21/12/1989 núm. 217/1989.

como es el caso de las mujeres para los detalles, y que ciertos recuerdos se conservan más claros que otros, como por ejemplo los recuerdos gratos.

También habrá que reparar en las condiciones en que se produjo la percepción por parte del testigo, pues factores físicos (la luz, distancia, etc.) como psíquicos (atención, miedo, ira, etc.) pueden afectar a la fidelidad.

La valoración de la prueba testifical por parte del juzgador de instancia no puede ser sometido al control casacional, salvo cuestionar la convicción del juzgador por basarse en razonamientos contrarios a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

En cuanto a la sinceridad del testigo habrá que tener en consideración si existe algún interés que pueda influir sobre su voluntad (soborno, conveniencia), u otra circunstancia que influyendo en su ánimo lo pueda apartar, consciente o inconscientemente, de la verdad. Asimismo se deberá controlar el relato dubitativo, contradictorio o producido por medio de un discurso premeditado, ya que resulta sospechoso a efectos de su veracidad.

También se deberá cotejar la testifical con el resto de pruebas para lograr una correcta evaluación de la misma.

VI.- VALORACIÓN EN RELACIÓN CON LA CUALIDAD PERSONAL DEL TESTIGO:

Existen determinados supuestos en los que, debido a las características personales del testigo, la prueba ha de ser valorada con mayor cuidado que la declaración de un simple testigo.

De los casos que vamos a analizar, hay algunos en los que habrá que superar las sospechas de su imparcialidad por sus circunstancias particulares, porque de lo contrario no podrá ser tenido en cuenta su testimonio como prueba de cargo. No obstante, existe la obligación por parte del juez sentenciador de motivar cuando opta por asumir o denegar dichas pruebas en comparación con otras practicadas en el juicio oral. Así, el Tribunal Constitucional en Sentencia 54/97 y 231/97 ha venido a fijar el alcance y los límites de la motivación.

En este sentido, podemos fijar como notas características las siguientes:

- La finalidad de la motivación será conocer las razones que apoyaron la decisión adoptada, quedando claramente expuesto que no se ha actuado con arbitrariedad.
- La motivación deberá dejar claro cuál ha sido el proceso intelectual que ha conducido al juez a decidir de una determinada manera, sin caer en resoluciones vacuas que sin razón de ciencia alguna den por probados hechos que no son evidentes.
- Las exigencias de razonamiento relativo a la prueba de los hechos son menores cuando el relato fáctico revele la prueba palpable de los mismos como ocurre en los supuestos de delitos flagrantes.
- La existencia de la inmediación como privilegio del tribunal ante el que se practica la prueba no debe eludir la exigencia de la motivación.

- También es menos necesario el razonamiento relativo, cuando es clara la subsunción de la norma a los hechos declarados probados.

6.1.- TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA:

La declaración de la víctima del delito, en principio, se tiene la sospecha de que su testimonio no es tan imparcial como el de cualquier testigo que no ha sufrido perjuicio alguno. Pero no existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que excluya el valor probatorio de las manifestaciones de la víctima, aunque eso no signifique, que se haga preciso apurar el análisis valorativo de su testimonio, intentando averiguar si su declaración está justificada por un motivo de odio, venganza, enemistad, así como si las mismas son constantes y reiteradas, o por el contrario cambian en cada ocasión que la víctima declara ante el órgano judicial.

“Las víctimas tienen aptitud para declarar como testigos en el proceso penal, incluso aunque actúen ejerciendo la acusación, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil en que ninguna parte puede actuar como testigo”.¹⁷ “La declaración de la víctima no es una prueba indiciaria, sino prueba directa y ha sido admitida como prueba de cargo, y como tal sujeta a la valoración del Tribunal sentenciador”,¹⁸ en ese mismo sentido MARTINEZ RUIZ¹⁹ habla de la condición de prueba testifical de la declaración de la víctima cuando es prestada en el juicio oral con determinadas garantías.

6.1.1.- ADMISIBILIDAD DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICO TESTIGO:

Es pacífica la jurisprudencia del Alto Tribunal, que ha venido aceptando la eficacia de las declaraciones de la víctima como medio para enervar la presunción de inocencia, aunque esta sea la única prueba de cargo, siempre que se realice con todas las garantías constitucionales y legales establecidas para la prueba testifical, debiendo el juzgador, ponderar y valorar con mesura y rigurosidad las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en los hechos objeto de enjuiciamiento. Como vemos carece de virtualidad jurídica el antiguo principio *“testis unus, testis nullus”* (un testigo, ningún

¹⁷ STS 15/10/2004 RJ 2004/6264.

¹⁸ STS 30/04/2007 RJ 2007/3860.

¹⁹ MARTINEZ RUIZ, J. *“Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia doméstica”*. Estudios penales sobre violencia doméstica. Enero 2002 (pag. 12).

testigo), siempre y cuando no aparezcan razones objetivas que invaliden sus declaraciones, creando la duda sobre su veracidad.

Lo que no será tan pacífico es la credibilidad que deba darse a sus declaraciones, puesto que se deberá exigir más que al resto de testigos. Por un lado no deberemos aceptar su declaración sin condiciones, ya que supondría dejar a merced al denunciante con los problemas que ello acarrearía, y por otro lado no podemos negar la validez de la declaración de la víctima cuando ésta sea el único testigo, ya que la gran mayoría de los delitos violentos sólo está presente la víctima, lo que supondría dotar de impunidad a estos delitos.²⁰

6.1.2.- REGLAS PARA LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO:

Según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo,²¹ la declaración de la víctima para dotarla de plena credibilidad como prueba de cargo deberá reunir los siguientes requisitos que constituyan un medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia:²²

A) Ausencia de Incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado/víctima que pudieran conducir a un posible móvil espurio de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento o interés que pudiera enturbiar la sinceridad del testimonio, para generar un estado de incertidumbre incompatible con la formación inculpatória asentada sobre las bases firmes.

Como vemos este requisito se centra en la valoración de las condiciones subjetivas de la víctima, como es examinar su conducta o actitud, o en su caso sus características personales, los cuales pueden llegar a determinar que su testimonio carece de credibilidad.

En este punto podemos decir que dos son los aspectos subjetivos a tener en cuenta:

A.1.- Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en los que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, así como la incidencia que pueda tener

²⁰ STS 20/11/1991 núm. 1988/3801 RJ 1991/8335.

²¹ STS 24/10/2005 núm. 2005/1266.

²² STS 28/12/2006 RJ 2006/9739.

ciertos trastornos mentales, o enfermedades, como el alcoholismo o la drogadicción, en la credibilidad de sus afirmaciones.

A.1.1.- Minoría de edad: normalmente los niños tienen una capacidad de fabulación superior a lo normal, sin que ello suponga automáticamente desechar su testimonio.

A.1.2.- Enfermedades: habrá que analizar si realmente se vieron perturbadas sus facultades intelectivas para atenuar la credibilidad de sus declaraciones.

A.2.- Inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar de las tendencias fantasiosas de la víctima, o de posibles móviles de odio o venganza hacia el acusado que pudiera enturbiar la sinceridad de las declaraciones de la víctima.

Si en las declaraciones no se detecta que concorra ninguno de los móviles mencionados, y concurre cualquier otro requisito de afirmación de la credibilidad, podemos considerar que su testimonio está impulsado por el ánimo de decir la verdad.

B) Verosimilitud del testimonio, debe haber la constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, obrantes en el proceso, que la doten de aptitud probatoria, ello supone la existencia de algún dato añadido a la manifestación subjetiva de la víctima, exigencia que habrá que ponderarse en delitos que no dejan huella o vestigios materiales de su perpetración. En definitiva lo decisivo es la constatación de la real existencia del hecho.

La declaración de la víctima ha de ser lógica en si misma, y apoyada en datos objetivos que estén probados.²³ De lo que se trata es de poder aportar alguna prueba que corrobore lo manifestado por la víctima, a fin de que no quede la misma como un producto de la fantasía para perjudicar al acusado, y de alguna manera enervar la presunción de inocencia.

La práctica ha demostrado que existen innumerables datos objetivos que pueden corroborar las declaraciones de la víctima, como pueden ser las lesiones en delitos que los producen, tanto lesiones físicas como psíquicas, lo cual lleva a un indicio probatorio que permite dar veracidad a la denuncia de la víctima, en otras ocasiones son las declaraciones de otras personas o periciales, que sobre no ser propiamente

²³ STS 11/10/1995 núm. 990/1995 Sr. Conde-Pumpido Tourón.

del hecho delictivo, tienen alguna relación con algún aspecto mencionado en la denuncia,²⁴ estaríamos hablando de los testigos de referencia, como aquellos testigos que se refieren a hechos no esenciales.

Incluso se ha considerado por alguna resolución judicial como elemento periférico,²⁵ el tiempo transcurrido desde los hechos hasta la efectiva interposición de la denuncia, incluso el tiempo transcurrido sin contárselo a nadie de su entorno desde la producción de los hechos, en este caso sería un elemento periférico contrario al valor del testimonio de la víctima.

- C) Persistencia en la incriminación, esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración ha de ser concreta, coherente, manteniendo la necesaria conexión lógica con las diversas declaraciones.

Cuando la declaración de la víctima se repite materialmente en cada ocasión en que se presta ante la presencia judicial, se está convenciendo de que dicha declaración es cierta, cosa que no ocurriría si el declarante se contradijera.

El Tribunal Supremo ha declarado que cuando existe una manifestación persistente de la víctima en la incriminación, y no una mera repetición formal de una lección aprendida, por tanto hay una constancia sustancial en las diversas declaraciones, se puede afirmar que es creíble lo afirmado.²⁶

También se exige que la víctima no se quede en generalidades o ambigüedades, y que concrete con precisión cuales fueron los actos delictivos que sufrió como víctima, lo cual conllevará a una mayor convicción del Tribunal sentenciador de su credibilidad, debiendo además tener una cierta coherencia en sus declaraciones, evitando contradicciones internas entre las diversas partes, así como una cierta coherencia extrínseca con otras declaraciones testificales.

Ahora bien, siguiendo la sentencia de la A.P. de Murcia, Sección 1ª, 64/2007, de 3 de mayo, hay que decir que *“no se puede exigir una precisión milimétrica en la declaración de la víctima en sus distintas fases, la propia alteración anímica que*

²⁴ STS 16/02/1998 núm. 190/1998 Sr. Conde-Pumpido Tourón.

²⁵ STS Sala 2ª 29/04/1999 núm. 645/1999.

²⁶ STS 18/06/1998 núm. 849/1998 Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.

produce la agresión justifica la falta de precisión en sus sucesivos relatos, siendo habitual que con el paso del tiempo se recuerden más detalles”.

Otra manifestación de la persistencia en la incriminación se produce en la aplicación del art. 416 de la LECrim., ya que el hecho de no declarar en el acto del juicio supone una ausencia de dicha persistencia por parte de la víctima, pues no mantiene en el momento esencial del proceso penal (fase juicio oral) su denuncia contra el imputado.

La concurrencia de estos tres requisitos dotará de mayor credibilidad la declaración de la víctima, así como respetará las garantías constitucionales y legislativas del momento, teniendo la suficiente capacidad como medio de prueba para enervar la presunción de inocencia, incluso en los supuestos de prueba anticipada y preconstituída.

No obstante, el criterio del Alto Tribunal,²⁷ viene a determinar que no es necesario que dichos requisitos tengan que concurrir todos unidos para que el Tribunal de instancia tenga que darle credibilidad a la declaración testifical de la víctima como prueba de cargo, lo que realmente importa es la convicción del Tribunal para argumentar y motivar la sentencia condenatoria.

Lo que viene a decir el Tribunal Supremo es que esos tres elementos o requisitos, son sólo un método de trabajo para ayudar a los tribunales de instancia a resolver las dificultades que a menudo se encuentran en la prueba testifical, cuando ésta es la víctima. Aumentándose la importancia de conseguir estos elementos valorativos si consideramos, siguiendo a PEITEADO MARISCAL,²⁸ que el imputado se encuentra en una situación de máxima indefensión cuando la única prueba de cargo es la declaración de la víctima.

Pero es que, además, y esto es sumamente importante en orden a valorar la ausencia de incredibilidad subjetiva, tal como ya dijo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 23/01/2008, existen casos de declaraciones de víctimas que han sido victimizadas de forma reiterada por sus agresores, en los que la defensa suele alegar que debe dudarse de la declaración de la víctima por existir resentimiento en sus

²⁷ STS 13/07/2006 RJ 2006/118 y STS 30/04/2007.

²⁸ PEITEADO MARISCAL, P. “Comentarios a la STS 1029/1997 de 29 de diciembre”. Revista Tribunales de Justicia. 1998 (pág. 805).

declaraciones y una animadversión que motiva el contenido de sus declaraciones. Es obvio que por el hecho de haber sido victimizadas por el agresor, la víctima no tendrá una buena relación con éste, tal como nos define MERLOS CHICHARRO,²⁹ pero ello no debe hacer llegar a la conclusión de que la declaración se ha realizado bajo los móviles del resentimiento, ya que si eso fuera cierto, en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en supuestos muy graves como es las agresiones sexuales, en los que es obvio que las víctimas no quieren ni siquiera recordar los hechos.

En conclusión podemos decir que, aunque es obvio que la víctima tenga esas sensaciones de repudia hacia el agresor, no nos puede hacer dudar de su declaración, debiendo centrar la ausencia de incredulidad en la ausencia de móviles de enemistad ajenos a los hechos objeto de la declaración, es decir, al delito que se persigue. Asimismo como dice la Sentencia de la AP de Sevilla Sección 1ª, 354/2005, de 21 de junio, debe de hacerse un examen minucioso del entorno personal y social que constituye el contexto en el que se han desarrollado las relaciones entre acusado y víctima.

6.1.3.- DECLARACIÓN CONTRADICTORIA CON LA DEL JUEZ INSTRUCTOR POR PARTE DE LA VÍCTIMA:

Una de las declaraciones del Tribunal sentenciador es analizar las posibles contradicciones que puedan surgir entre lo declarado en la fase de instrucción y el juicio oral. Sin embargo:

- Sólo puede considerarse como auténtica prueba que vincule al órgano judicial la practicada en el juicio oral.
- Las diligencias practicadas en la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad es la de permitir la apertura del juicio oral.

Para poder hacer valer dichas contradicciones, la parte que quiera hacerlas valer deberá solicitar la lectura de las declaraciones sumariales en el plenario e interrogar al testigo sobre las razones de las contradicciones, y cuál es la declaración correcta.

²⁹ MERLOS CHICHARRO, J.A. "Algunas consideraciones sobre la prueba en el delito de malos tratos". Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. 2002, II. Centro Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (pág. 240).

Tampoco procede la lectura de las declaraciones sumariales, cuando la posición de la víctima se encuentre en uno de los supuestos del art. 416 de la LECrim., no pudiendo el juez tener en cuenta las mismas por ser una práctica irregular.

6.1.4.- RELACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL CON LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA:

Últimamente se está poniendo en práctica la proposición de una prueba pericial psicológica de la víctima del delito con el fin de determinar su grado de sinceridad, pero hay que realizar una serie de matizaciones:

- La valoración de la declaración de la víctima es función del juez o tribunal no pudiendo ser sustituida por la pericial psicológica, debiéndose valorar su práctica a fin de evitar mayor padecimiento de la víctima en su obligación de declarar.
- La pericial psicológica es un complemento que debe ser valorada de igual modo por el juez o tribunal penal al igual que el resto de las pruebas, pero sin que sea decisiva o tenga el carácter de prueba tasada, se trata de una prueba relativa al análisis de la veracidad del testimonio de la víctima.
- La práctica de una pericial psicológica de la víctima, no conlleva que ésta no deba prestar declaración en el plenario, y sólo si concurre alguno de los supuestos del art. 730 de la LECrim. se puede proceder a la lectura de la declaración sumarial.

6.2.- TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD:

El principal problema que se presenta es el valor que puede darse a la declaración de un menor como elemento para desvirtuar la presunción de inocencia, dada la desconfianza en las manifestaciones de los niños que se recoge procesalmente en el art. 361 de la LEC, considerando invalidas las declaraciones de los menores de 14 años, a no ser que, a juicio del Tribunal, posean el discernimiento necesario para

declarar verazmente. Por el contrario, no existe en nuestro ordenamiento jurídico penal ninguna limitación por razón de edad para impedir que un menor de edad pueda declarar como testigo, cosa diferente es que por razón del art. 417.3 de la LECrim. no pueda ser obligado a declarar, o cuando al tratarse de niños de corta edad que carezcan de suficiente uso de razón para captar el hecho delictivo sobre el que tienen que declarar, se les considere incapacitado de acuerdo al mencionado artículo. Ni en la jurisprudencia ni en nuestro proceso penal existe tacha legal para valorar la credibilidad de un testigo, indistintamente de la edad, quedando ésta a la libre valoración de la prueba por parte del juez.

La jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, no han establecido un límite de edad al menor para declarar como testigo, considerando la misma prueba de cargo, exigiéndole los mismos requisitos que a la víctima o a los demás testigos para ser admitida como tal, debiendo analizarse las circunstancias que puedan incidir en el menor, como puede ser el vínculo familiar, las contradicciones en sus declaraciones, o la propia capacidad intelectual del menor. De hecho lo que viene a exigir la jurisprudencia, es que el testigo tenga capacidad natural, es decir, que sea capaz de conocer el objeto del debate y comprender los hechos percibidos sobre los que verse su declaración.

Realmente no se trata de un problema de legalidad procesal, sino más bien de credibilidad, con lo que habrá que analizar con cuidado si el entorno familiar del menor puede haber afectado a su credibilidad subjetiva, como sería en los casos de separaciones matrimoniales conflictivas, donde dichas declaraciones podrían llevar a una condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia cuando sólo existe como prueba las manifestaciones acusatorias del menor.

Otro de los problemas que nos podemos encontrar, es que nuestro ordenamiento jurídico establece una serie de medidas para preservar la intimidad del menor, con lo que cabría preguntarse si estas medidas vulneran el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, así como al derecho de defensa y al derecho a un proceso con todas las garantías para el acusado. La jurisprudencia del Alto Tribunal en las diversas sentencias que ha dictado, ha venido a dar una serie de soluciones para compatibilizar el testimonio directo del menor con la preservación de su intimidad, pudiendo el Tribunal, previo informe pericial, acordar que sea interrogado el menor, evitando la confrontación visual con el inculcado, utilizando cualquier medio técnico o

audiovisual que haga posible la práctica de esa prueba (art. 707 LECrim), con lo que se ha considerado idóneo el uso de la videoconferencia.

Según QUECUTY³⁰ dos son las grandes corrientes con relación a los niños testigos:

- a) Teoría de la aceptación, que considera al niño cognitivamente competente e incapaz de mentir.
- b) Teoría del rechazo, que parten de la base de que el niño carece de la madurez cognitiva suficiente para prestar testimonio, además de ser incapaz de diferenciar la realidad de la fantasía.

Así antiguamente se ha dudado de la posibilidad de que un menor pudiera declarar válidamente porque entendían que su inmadurez limitaba su capacidad de retención, lo que equivalía a decir que tenía una memoria limitada, además de tener una cierta tendencia a la fantasía, siendo vulnerable a la sugestión, no sabiendo distinguir entre lo real y lo ficticio, pudiendo tener una posible mitomanía infantil justificada por el hecho de querer llamar la atención de los adultos.

Hoy en día, por los trabajos de investigación, se ha sabido que no existen diferencias en cuanto a la capacidad de declarar entre adultos y niños mayores de diez años. Estas investigaciones indican que los niños son más propensos a negar experiencias que han ocurrido, que son percibidas como traumáticas o amenazantes, que hacer falsas afirmaciones de los hechos ocurridos. Por ello, como indica GIMENO CUBERO,³¹ cuando dudamos de su capacidad como testigos, en realidad lo que ponemos de manifiesto es nuestra incapacidad para comprender la información que nos trasladan. De acuerdo con dichos estudios, se ha comprobado que los niños no mienten más que los adultos, ni son menos fiables, pues al tener menos prejuicios son más objetivos en sus percepciones, y no son más sugestionables que puedan serlo los adultos ante las preguntas capciosas. La psicología dispone de procedimientos fiables que permiten evaluar, no sólo la madurez cognitiva de los testigos infantiles, sino también en qué medida lo que declaran es real o no, pero para ello es aconsejable que los informes periciales que se realicen, no sean realizados por el profesional que ha sido o es terapeuta de la víctima o del acusado, ni tampoco por los psicólogos de los

³⁰ ALONSO QUECUTY, M.L. "Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal" en Delitos contra la libertad sexual. CGPJ. 1997. (pág. 407 a 449).

³¹ GIMENO CUBERO, M.A. "El testimonio de menores en el juicio oral". Revista Iuris (pág. 56 y 59).

Servicios de Atención a las Víctimas, ya que dichas pericias no pueden aceptarse ni jurídica ni deontológicamente por la vinculación existente.

Para analizar la validez del testimonio de un menor deberemos tener en cuenta una serie de consideraciones:

- a) La precisión de la memoria: los niños suelen recordar los eventos con menor detalle que los adultos, lo que hace que ante preguntas abiertas dan menos información.
- b) Vulnerabilidad a la sugestión: todas las personas, indistintamente de su edad son sugestionables, lo que supone que desde el exterior se le pueda generar una alteración en su memoria que haga que los recuerdos surjan de forma distorsionada. Pero está demostrado que los niños son más dados a negar experiencias desagradables que a hacer falsas afirmaciones sobre hechos que no han sucedido.
- c) Mentiras: sobre la creencia de que los menores mienten, hay que decir que esto es infrecuente, y de ocurrir, suele ser en los casos de crisis matrimonial.
- d) Diferencia entre fantasía y realidad: la psicología evolutiva nos indica que un menor no puede fantasear sobre algo que se encuentra fuera de su campo de experiencia, por lo que si éste describe detalles íntimos de carácter sexual no hay justificación para atribuirlo a su imaginación.

Además de lo anterior, en el juicio oral se han detectado varios aspectos que alteran el testimonio de un menor:³²

- a) Permanecer solo en el lugar de los testigos.
- b) La proximidad del abogado y/o fiscal que les haya podido acusar de mentir.
- c) El público asistente.
- d) El lenguaje jurídico que les cuesta entender.
- e) La presencia del acusado en casos de violaciones, etc.

³² DIGES JUNCO, M. "El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores". Revista del Poder Judicial núm. 35 (pág. 43 a 66).

Por parte de la doctrina se han indicado una serie de medidas para proteger al menor en el juicio oral:

- a) Procurar que sea el primero en testificar, evitando las esperas en la sala de juicios.
- b) Se debería realizar a puertas cerradas, sin público.
- c) Separar al menor del agresor, sin que hubiera una visión directa.
- d) El menor debería estar asistido de algún conocido, como puede ser un psicólogo, asistente social o familiar.
- e) Utilizar un lenguaje sencillo que sea comprensible para el menor.

Si tenemos en cuenta todos estos detalles, podemos concluir que en el proceso penal no tiene que haber ninguna distinción por cuestión de la edad, quedando esta prueba a la libre valoración del juez sentenciador.

6.3.- TESTIGO DISMINUIDO:

Al igual que a los menores, no se establece un sistema de incapacidades legales ni de tachas del testigo, simplemente nuestro ordenamiento jurídico se limita a enunciar que no podrán ser obligados a declarar como testigos (art. 417 LECrim), lo que es algo distinto al impedimento, a no ser que sus capacidades intelectuales estén seriamente disminuidas hasta el extremo de no poder transmitir ningún tipo de información que tenga que ver con el proceso penal.

Como viene reconociendo la doctrina jurisprudencial: *“el deficiente mental, aunque carece de la capacidad de expresión de otras personas, puede transmitir vivencias y simples percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que pueden ser valoradas en función de las características del testigo, siempre que la testifical se realice de forma inmediata ante el Tribunal sentenciador”*.

En este tipo de prueba se hace necesario, como fuente probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio del incapaz, el informe pericial psicológico practicado con todas las garantías de imparcialidad y fiabilidad por parte del técnico, a fin de verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, pero dicho informe no basta, sino que será el propio Tribunal quien deba valorar dicho informe, o en su caso, la declaración testifical del disminuido ante su presencia. El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, no teniendo capacidad decisoria para

determinar de forma implacable el criterio judicial, es por ello que algún tribunal concedió valor al testimonio de una persona oligofrénica profunda en grado de idiocia, pese a ese impedimento intelectual, su declaración puede servir para determinar la convicción del juzgador, dado que no hay límite legal para tal prueba testifical, al contrario de lo que ocurre en el proceso civil.

*“El deficiente mental carece de la capacidad de expresión de otras personas pero puede transmitir vivencias y percepciones sensoriales revestidas de contenido probatorio que pueden ser valorados en función de sus características personales del testigo, cuando éste preste su testimonio de forma directa”.*³³ El Juez deberá valorar la sencillez, coherencia, verosimilitud y demás condiciones en que la misma se presta, pero además tendrá que mesurar con mucha atención los detalles objetivos del lugar, tiempo y modo, que pueden completar las deficiencias que pueda presentar la narración efectuada por quien padece la minusvalía.

6.4.- TESTIGO NO INCOMUNICADO:

El art. 704 de la LECrim. prevé la incomunicación de los testigos que tengan que declarar en el juicio oral, en aras a preservar la integridad de su declaración e evitar cualquier influencia externa que pueda repercutir en la misma.

La interpretación jurisprudencial del mencionado artículo, ha vaciado de contenido el mismo, al interpretar que su conculcación no supone una vulneración de preceptos constitucionales, ni del derecho de contradicción, sino que estamos ante una mera irregularidad procesal sin mayor transcendencia. Como vemos se ha admitido como válida a efectos de enervar la presunción de inocencia la declaración de testigos no incomunicados, que han estado en comunicación con otros testigos, o que incluso han presenciado las sesiones del juicio oral, teniendo plena eficacia, sin perjuicio de que pueda ser tenido o no en cuenta por parte del Tribunal sentenciador a la hora de fundar su convicción interna y valorar la testifical practicada. En definitiva, *“el quebrantamiento de la incomunicación sólo produce el efecto de la eventual aminoración del valor del testimonio ofrecido”*, no pudiendo suponer la nulidad absoluta de esa prueba.

³³ STS 04/07/1995 núm. 1297/1994 RJ 1995/5381.

6.5.- DECLARACIÓN DE AGENTES POLICIALES:

Como norma general, el atestado policial carece de eficacia probatoria, es por ello que resulta indispensable la declaración de los agentes policiales al objeto de ratificar el atestado ante la Autoridad Judicial en condiciones que garanticen la efectiva contradicción.

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

Como testigo directo podemos distinguir tres supuestos:

- a) Como perceptor de un hecho o suceso, declara como un testigo presencial con respecto al delito enjuiciado, no apreciándose ningún interés especial que le haga ser sospechoso de falta de parcialidad, con lo que su declaración se valorará como un testigo común.
- b) Como policía investigador que ha realizado actuaciones de investigación para el descubrimiento de dicho delito.
- c) Como víctima o perjudicado del delito.

En el supuesto de investigador, como el de víctima, concurre en dicho agente policial una sospecha objetiva de parcialidad en su testimonio, lo que hace que el mismo sea analizado con más exhaustividad para determinar si es veraz la declaración.

Como testigo indirecto o de referencia, respecto de los hechos manifestados por testigos o detenidos en el atestado policial en su presencia, han sido admitidos por la jurisprudencia como válidos, aunque tendrán un carácter excepcional. No obstante, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha negado dicha validez para enervar la presunción de inocencia, cuando la declaración inculpatoria prestada por un detenido delante de los agentes policiales se realiza sin ser asistido de Letrado, ya que no existe ninguna posibilidad de controlar la veracidad de lo manifestado por ese tercero, teniendo la consideración de prueba ilícita de conformidad con lo previsto en el art. 11.1

de la LOPJ, al existir una vulneración de un derecho fundamental y ser causa de indefensión.

Últimamente la jurisprudencia está confiriendo a las diligencias policiales el valor de prueba de cargo, todo ello de espaldas a cualquier respaldo legal, ya que la LECrim. en su art. 297.1 le confiere a las mismas el carácter de nuevo valor de denuncia.³⁴

El precedente de esta línea jurisprudencial se inicia con la STC 4/1986, en la que con algo de ambigüedad, no consideró que el hecho de que el Tribunal hubiera utilizado una testifical ratificada ante el Juez de Instrucción, pero con incomparecencia del testigo en el juicio oral, fuera motivo suficiente para otorgar el amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Pero la Sala segunda ha sido más dura al afirmar, aunque con dos votos particulares discrepantes, “que puede constituir prueba de cargo la declaración autoinculpatoria del imputado realizada ante la policía en presencia de letrado, pero no sólo no ratificada, sino además desmentida por el propio imputado ante el juez de instrucción, aunque confirmada en el juicio oral por los policías interrogadores como testigos directos de la declaración, pero de referencia de lo declarado,³⁵ o por el letrado asistente a la declaración.³⁶

Como vemos en la actualidad, la confianza de nuestros tribunales en la labor policial es plena, y no sólo en los delitos flagrantes, ya que el Tribunal Supremo ha reconocido que “*estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad*”,³⁷ por lo que el testimonio de un policía será valorado libremente por el tribunal, sin que concurra *ex lege* en la valoración de su credibilidad ningún tipo de privilegio, pero aún se podría afirmar que incluso no se trataría de una prueba de libre valoración, porque en el momento que se afirma por parte de la jurisprudencia que no existen razones para dudar de las declaraciones de los policías, estamos obligando al imputado a luchar contra esa presunción de veracidad, lo cual puede confrontar con el principio de inocencia.

³⁴ NIEVA FENOLLO, Jordi. “*El discutido valor probatorio de las diligencias policiales*”. Revista: Diario La Ley nº 6780 Sección Doctrina. Año XXVIII. Editorial LA LEY. Ref. D-195. 17/09/2007.

³⁵ STS 04/12/2006 núm. 10248/2006 F.D.2.

³⁶ SOTO NIETO, Francisco. “*Valoración probatoria de las declaraciones de testigos e imputados en sede policial*”. Diario La Ley núm. 3. 1996. pág. 1428-1429.

³⁷ STS 04/07/2007 núm. 563/2007 FD2.

Pero si analizamos las características esenciales que deben concurrir en el órgano jurisdiccional, como es la imparcialidad y el respeto a la presunción de inocencia, llegaremos a la conclusión que la labor policial nunca puede llegar a tener eficacia probatoria de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia, al no tener los requisitos que se exigen a una prueba judicial.

Si nos detenemos en las dos características esenciales mencionadas anteriormente, y siendo realistas, nos daremos cuenta que jamás podrá ser efectivo el derecho fundamental de la presunción de inocencia en las diligencias policiales, ya que cuando la policía inicio de "motu proprio", cualquier diligencia, es que esta sospechando que existe un delito, con lo que descarta la presunción de inocencia, y evidentemente tampoco existirá imparcialidad en su actuación, porque aunque la actuación policial sea objetiva y ecuánime, su investigación trata de acreditar una culpabilidad y no defender la inocencia, con lo que rompemos cualquier imparcialidad en su actuación, por ello debemos reafirmar que la labor policial, por si misma, no puede tener naturaleza probatoria en ningún caso. Por estas mismas razones se deberá descartar por completo el testimonio de un agente de policía sobre las declaraciones en sede policial de imputados, o testigos que no pueden acudir al juicio oral.

6.6.- PARIENTES:

La Constitución dispone en su art. 24.2 que *"la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos"*. Por lo tanto, en el proceso penal los parientes del acusado no están obligados a declarar en contra del mismo, ya que los lazos familiares entran en contraposición con la verdad.

Es cierto que cuando un pariente decide declarar está obligado a decir la verdad, pero más cierto es que en la misma hay una sospecha de parcialidad, lo cual obliga a controlar la credibilidad, incluso con mayor rigor que para los casos de un testimonio único como víctima.

La exención de declarar no es absoluta, puesto que el art. 418 de la LECrim. *establece* que existe obligación de declarar, aunque se trate de un familiar, en los casos de delitos contra la Seguridad del Estado, contra el Rey, o contra su sucesor.

Siempre, antes de declarar, se le debe informar de la facultad que tiene de no declarar, ya que si no se cumple este requisito, cualquier declaración que haga el testigo carecerá de valor probatorio, incluso en el caso que esto se produzca delante de la policía y a posteriori, ante la Autoridad Judicial, se le informe de dicha facultad y ratifique su declaración policial, por ser insubsanable dicha omisión.

De lo anterior se deduce, que si un testigo se acoge a la dispensa que regula el art. 416 de la LECrim. para no ratificar su declaración sumarial en el juicio oral, no puede la lectura de ésta ser valorada como prueba, ya que se vulnera el principio de contradicción, y así lo reconoció el T.E.D.H. en el caso Urterpertinger, quién fue condenado en base a las declaraciones realizadas ante la Policía por parte de su mujer e hijastra, al declarar que no hubo un proceso justo, y por lo tanto una violación del art. 6 del C.E.D.H.

6.7.- TESTIGO DE REFERENCIA:

La esencia de la prueba testifical es la que está basada en la declaración de una persona sobre los hechos que ha visto o oído de forma personal y directa.

El testigo de referencia se puede definir³⁸ 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”*. El Tribunal Supremo considera que dicha 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”*. Esta testifical de referencia se da fundamentalmente en los agentes de policía que atienden a la víctima tras suceder los hechos delictivos, y es básica para cotejar la versión de los hechos dada por la víctima en el proceso, por ser estos los primeros en recoger la versión en el lugar donde han acaecido los hechos.

El testigo de referencia es un medio de prueba directo, como lo son todas las testificales, por lo que no es una prueba indiciaria o indirecta, pero se trata de una declaración de un testigo indirecto en contraposición al testigo directo.

³⁸ STS Sala 2ª 28/11/2007 NÚM. 957/2007.

Por lo tanto, no estamos propiamente ante un testigo en sentido técnico, puesto que su declaración está basada en lo percibido por otra persona, no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico penal, en concreto, en el art. 710 de la LECrim. se le da validez a dicha declaración, a pesar de que el testigo no haya presenciado personalmente el suceso sobre el que se declara, pero la admisión de esta prueba se hace con gran cautela, exigiendo que con esta declaración concorra alguna otra prueba de cargo, siendo en el año 1989 cuando por primera vez el Tribunal Constitucional³⁹ se reconoció por primera vez la validez de la prueba testifical de referencia. Queda exceptuado de esta regla los testigos de referencia en las causas seguidas por delitos de injurias o calumnias vertidas de palabra.

Esta modalidad probatoria suscita, por su propia particularidad, cierto recelo o desconfianza, hasta el punto de que si la testifical de referencia no es confirmada o corroborada por otro medio probatorio, como puede ser la prueba indiciaria, esta no adquiere verdadera entidad probatoria.

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

- a) Auditio Propio: aquel que relata lo que directamente escuchó o percibió del testigo directo.
- b) Auditio Alieno: aquel que relata lo que un tercero le ha contado.

Para que sea admitida la declaración del testigo de referencia, y a la vez marque las pautas al Juez para verificar su credibilidad, debe cumplir dos obligaciones que establece el art. 710 de la LECrim.:

- a) 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.
- b) Facilitar las circunstancias personales del testigo con el fin de poder identificar al testigo directo.

³⁹ STC 21/12/1989 núm. 217/1989 Sr. Gimeno Sendra.

Como vemos, esta prueba tiene un carácter supletorio, porque sólo es admisible cuando no es posible la prueba directa, y así lo ha recogido la jurisprudencia del T.E.D.H., “*que sólo reconoce validez de los testimonios de referencia cuando no hay posibilidad de oír a los testigos directos*”. Pero además, para su valoración, es preciso que éste haya oído personalmente las manifestaciones realizadas por el testigo presencial, debiendo la misma ir corroborada por otro medio de prueba, o por algún indicio que permita confirmar la realidad de lo manifestado por el testigo de referencia. Como bien ha determinado el Tribunal Supremo⁴⁰ no es un problema de legalidad, sino más bien una cuestión de credibilidad, siendo esta la que ha alertado a los Jueces para estimar válido ese aporte aprobatorio, siempre que no sea posible la intervención de testigos directos.

En resumen podemos decir que para que sea admitida la prueba de referencia se deben dar estos requisitos:

- a) Excluidos los testimonios referenciados a otros testigos de referencia o no presenciales del suceso, la información deber ser referida del testigo directo.
- b) El testigo directo debe ser perfectamente identificado, no pudiendo comparecer a declarar personalmente por alguna causa justificada.
- c) Es necesario que esta prueba concorra con otros medios probatorios, o con otros indicios, dándole fuerza probatoria que por sí sola no tendría.

Y como hemos dicho, siempre tendrá carácter supletorio, por lo que en caso de que exista declaración en el juicio oral del testigo directo y del testigo de referencia, y que las mismas sean discrepantes entre ellas, se deberá dar preferencia a la versión del testigo directo.

6.8.- CONFIDENTES, TESTIGOS ANÓNIMOS, TESTIGOS PROTEGIDOS:

Podemos definir la confidencia como una información secreta, pero pendiente de confirmación a través de una investigación para comprobar su veracidad.

⁴⁰ STS 13/05/1996 núm. 422/1996 Sr. De Vega Ruiz.

De forma frecuente la policía acude a los confidentes para obtener información, siendo esto lícito si se realiza de acuerdo con el ordenamiento jurídico, por lo que no puede ser un medio de prueba durante el juicio oral, aunque admisible como fuente inicial de una investigación. El Tribunal Supremo⁴¹ cuando estamos ante la testifical de referencia por un policía, y referida a los hechos relatados por un confidente al que no se le quiere identificar por su seguridad, ha entendido que no tiene valor probatorio, siendo dicha prueba ilícita, pues vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la C.E., como es el derecho a interrogar a los testigos de cargo. El art. 710 de la LECrim. es bien claro, al determinar que los testigos de referencia deberán ser identificados, es decir, que el testimonio de referencia no puede servir de cauce legal para darle el carácter de prueba de cargo, el testimonio anónimo de los confidentes policiales. La doctrina del T.E.D.H. ha admitido como legal la utilización de la información de los confidentes como medio de investigación, no como prueba de cargo⁴²

Como quiera que la confidencia, o incluso la denuncia, pueda ocultar un ánimo de venganza, se deberá tener cautela a la información dada, para lo cual se deberá iniciar las gestiones policiales necesarias para averiguar su veracidad, y sólo cuando se confirme la misma, se tomarán las medidas necesarias, aunque sean limitadoras de derechos fundamentales (entrada, registro, intervenciones telefónicas, etc.), para llegar a demostrar quienes son los autores de los hechos delictivos.

Decía, JIMENEZ ASENJO,⁴³ que la denuncia tiene su fundamento, como necesidad social y obligación ciudadana que es, en la necesidad racional que posee el poder público de la colaboración cívica en la persecución de los delitos y castigo de los culpables. Aunque el miedo a la venganza del delincuente, molestias judiciales que puede suponer ser testigo, ha llevado que en la actualidad prospere la denuncia anónima, con lo que habrá que tener mucha cautela a la hora de valorarla, quedando en el más absoluto vacío probatorio sino surge el nombre del denunciante anónimo en el acto del juicio.

Si admitiéramos las declaraciones prestadas por testigos anónimos o confidentes, estaríamos vulnerando el derecho del acusado a poder interrogar y contrapreguntar a ese testigo cuya identidad se desconoce, por lo que las últimas

⁴¹ STS 26/09/1997 núm. 1149/1997 RJ 1997/6696.

⁴² Sentencia Kostovki el día 20/11/1989.

⁴³ JIMENEZ ASEUJO. "*Derecho Procesal Penal*". Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.

tendencias del Derecho y la Jurisprudencia Internacional abogan por desvelar la identidad del confidente, así como exigirle que testifique en el juicio oral ante el acusado. Por lo tanto, la falta de contradicción no puede subsanarse valiéndose de un testigo de referencia, porque el art. 710 de la LECrim. exige conocer la identidad de la persona de la cual emana la información sobre la que declara, ya que al Tribunal sentenciador le es necesaria dicha información, a fin de poder medir la credibilidad de las declaraciones emitidas por el testigo de referencia, y poder dictar la sentencia condenatoria.

Otra cosa diferente es el confidente identificado, o el infiltrado dentro de un grupo u organización dedicado a actos delictivos, cuya identidad se conoce perfectamente, con lo que no se dan los impedimentos para su valoración como se ha expuesto en los anteriores casos. Pero no obstante, su valoración deberá realizarse con suma cautela, en identidad con las declaraciones de las víctimas, policías o parientes de los acusados. Los infiltrados *“actúan con una misión simplemente investigadora para conseguir el descubrimiento de la acción criminal”*.⁴⁴

Las declaraciones de los confidentes anónimos, de los infiltrados, o de cualquier otro colaborador judicial, se hallan bajo una sospecha objetiva de parcialidad, ya que actúan con la intención de que al final condenen al acusado del hecho delictivo, por lo tanto habrá que analizar si no hay contradicciones de importancia en sus declaraciones, o si concurren corroboraciones periféricas objetivas, como establece la jurisprudencia con los testigos de referencia. Indica el Tribunal Supremo⁴⁵ *“que el tribunal valorará todas las circunstancias concurrentes antes de otorgar su credibilidad. Las condiciones o razones que promovieron esa especial intervención como infiltrado formarán parte pues del juicio de valor asumido finalmente por los Jueces”*.

En cuanto a los testigos protegidos, la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de Diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, ha regulado diversos grados de protección cuando exista peligro grave para la persona que tiene que declarar como testigo:

- a) Testigo oculto: declara en ausencia del acusado o separado del mismo, aunque éste puede oír al testigo.

⁴⁴ STS 31/01/1998 núm. 107/1998 Sr. García Ancos.

⁴⁵ STS 14/02/1995 núm. 210/1995 Sr. De Vega Ruiz.

- b) Testigo en ausencia del acusado: es aceptado en supuestos excepcionales, cuando exista una situación de peligro que justifique la protección del testigo, debiéndose acordar mediante resolución fundamentada, y siempre permitiendo que el acusado conozca la acusación y pueda defenderse de ella, es decir, se le tiene que leer íntegramente la declaración y tiene el derecho a poder negar o contradecir la manifestación del testigo, además de poder hacer preguntas, con el fin de que se cumplan los principios básicos que rigen el juicio oral (publicidad, contradicción y defensa).
- c) Testigo anónimo: es aquel cuya identidad es desconocida por las partes procesales o por el Tribunal, o sólo por la defensa. Dicha Ley Orgánica de protección de testigos permite la admisión de testigos anónimos, ya que se permite asignar un número o clave al testigo sin que exista dato alguno en las diligencias para ser identificado, pero para ello deberá comparecer al juicio oral para ser interrogado.⁴⁶ También el T.E.D.H. ha reconocido dicha posibilidad en el caso de los agentes de policía, dedicados a actividades secretas, con el fin de proteger su seguridad y la de su familia, pero para tener efectos enervatorios, el acusado debe poder interrogar al testigo y contradecirlo, en ese momento o con posterioridad.

Como vemos la legislación es muy restrictiva en estos casos, sobre todo la del T.E.D.H., al entenderse que el Estado dispone de medios suficientes para garantizar la declaración de un testigo sin tener que estar oculto o en el anonimato.

6.9.- TESTIGO VINCULADO POR EL SECRETO:

La propia Constitución Española en su art. 24.2 dispone que la ley deberá regular en qué casos por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos delictivos.

6.9.1.- SECRETO SACERDOTAL:

El art. 417 de la LECrim. exime a los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes de la obligación de declarar sobre los hechos de que conozca en el ejercicio

⁴⁶ STS 06/05/1997 NÚM. 623/1997 RJ 3665/1997.

de las funciones de su ministerio, pero en cambio sí que tiene obligación de declarar en el resto de casos.

El Tribunal Supremo entendió “*que aunque el acusado admitió su intervención en el hecho, con motivo de otras diligencias judiciales, ello no dispensaría al sacerdote católico de la obligación del sigilo sacramental sin la autorización del penitente*”, como vemos, con esta interpretación se va más allá del texto del propio precepto que regula el secreto sacerdotal.

Además de regularse en la LECrim., existe un Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español de 28/07/1976 que también se reconoce ese privilegio en el art. 3.2 de la Ley 24/1992 de 10 de Noviembre, así como también existe un Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, y con la Comunidad Judía e Islámica a través de la Ley 25/1992 y la Ley 26/1992 de 10 de Noviembre, respectivamente.

Pero también debemos decir, a sensu contrario, que si éste quiere prestar declaración lo puede hacer sin problemas, y sin que quepa tachar dicha declaración de nulidad, teniendo que ser valorada por el Juez como cualquier otro testimonio.

6.9.2.- SECRETO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO CIVIL O MILITAR:

Al igual que para los eclesiásticos existe una excusa de la obligación de declarar, también la LECrim. lo reconoce para los funcionarios, civiles o militares, si dicha revelación de los hechos supusiera una violación del secreto que su cargo le obliga a guardar, o actuará por obediencia debida a su superior jerárquico, ya que si quebrantara este secreto estaríamos ante un delito tipificado en el art. 199.2 del Código Penal. No se trata de una prohibición, sino de un derecho que tiene el testigo para acogerse al secreto profesional, pudiendo elegir entre responder a las preguntas o acogerse a la exención que le ampara el art. 417 de la LECrim.

6.9.3.- SECRETO DEL ABOGADO DEFENSOR:

No existe ninguna norma que prohíba al letrado de una parte declarar como testigo, sólo al abogado del procesado se le dispensa de la obligación de declarar respecto de los hechos que se le hubiere confiado en su calidad de defensor. El

Tribunal Supremo⁴⁷ ha delimitado claramente el ámbito del secreto profesional, diciéndonos “*que no se puede mezclar el secreto profesional con actividades que implican a personas que teniendo la condición de abogado, se ven inmersas en un proceso penal por actividades externas de carácter delictivo, y sobre cuyo conocimiento los terceros sólo podrían acogerse al secreto cuando se tratase de hechos que hubieran conocido en el ejercicio de su cargo y pudiera perjudicar a sus clientes. Sólo éstos son los titulares del derecho a la confidencialidad y secreto, y no los profesionales que nada tiene que ver con los hechos que son objeto de acusación*”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que para alegar la nulidad de dichas declaraciones del abogado, debe referirse a hechos delictivos de los que tenga conocimiento por su trabajo, no confundiendo con otros hechos que nada tengan que ver con la deontología profesional, y así lo viene reconociendo la jurisprudencia en innumerables sentencias⁴⁸ avalando la testifical del letrado defensor al no ser un testimonio contra el acusado, como sería el caso de que declarará el letrado por hechos ocurridos durante el proceso de declaración del acusado ante la comisaría, que nada tienen que ver con los hechos delictivos por los que se le acusa al acusado.

6.10.- DECLARACIÓN DE LOS COINCULPADOS:

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo exigen como requisito inexcusable para condenar al acusado en base a las declaraciones del coimputado que se efectúe por el Juzgador una valoración de los siguientes factores:

- a) Subjetivos: como es la personalidad del delincuente delator, así como un examen riguroso acerca de la posible existencia de móviles turbios, o de la existencia de una coartada que facilite la exculpación del declarante.
- b) Objetivos: existencia de otras pruebas que corroboren las manifestaciones del coimputado.

Esta declaración testifical se presta sin sujeción a la obligación de veracidad que se exige a los testigos, por lo que los tribunales tienen que tener mucha cautela para admitirla, no pudiendo basarse en ella sola para condenar, y sólo tendrá valor de testifical respecto a los hechos que afecten a los demás coimputados.

⁴⁷ STS 16/03/2006 núm. 490/2006 RJ 2006/4778.

⁴⁸ STS 03/04/1995 núm. 473 RJ 1995/2803 y STS 04/12/2006 núm. 1215/2006 RJ 779/2007.

6.11.- TESTIMONIO DE LOS DETECTIVES PRIVADOS:

El Tribunal Supremo⁴⁹ niega la condición de prueba preconstituida a los informes de los detectives privados, con lo que constituirá la prueba lo que estos hayan visto o les hayan contado. Como vemos se trata de una prueba testifical simple, que los tribunales deberán valorar libremente, teniendo en cuenta tanto la legalidad de su intervención en la investigación como la credibilidad de sus manifestaciones, por lo tanto si el detective privado que practicó la investigación declara en el juicio oral con las formalidades que se establece en todo proceso penal, “*sus declaraciones pueden ser tenidas en cuenta por el tribunal para formar su convicción en orden a la determinación de los hechos probados*”.⁵⁰

⁴⁹ STS 28/06/2006 núm. 739/2006 RJ 2006/6304.

⁵⁰ STS 12/03/1990 RJ 1990/2989.

VII.- LA PRUEBA TESTIFICAL PRODUCIDA ANORMALMENTE:

Por regla general la prueba testifical se realiza mediante comparecencia ante el Tribunal sentenciador, pero a veces por ciertas circunstancias de fuerza mayor obligan a que no se pueda realizar de esa manera, con lo cual se le da valor a las declaraciones sumariales de un testigo durante la fase de instrucción.

La lectura de las declaraciones sumariales tiene un carácter excepcional, y sólo cuando ésta sea irreproducible materialmente en el juicio oral podrá valorarse la misma por el Tribunal sentenciador. Existe siempre la obligación de comparecer a testificar durante el juicio oral, pudiéndose referir a la declaración sumarial cuando exista una contradicción entre ésta y la declaración ante el juicio oral, teniendo dicha declaración sumarial un valor secundario.

Por lo tanto, antes de acudir a la lectura de la declaración sumarial, deberemos agotar todas las posibilidades procedimentales que nos concede la legislación en materia penal. Habrá casos como el fallecimiento o incapacitación física o psíquica que imposibilite agotar otros procedimientos, en cambio si que podrá ser en casos como que se encuentre el testigo en el extranjero, pero este localizado. Cuando el testigo no pueda comparecer el día del juicio oral, y se sepa esta circunstancia con cierta antelación, se deberá realizar una prueba anticipada, ya que de lo contrario no se podrá acudir a la lectura de la declaración sumarial del testigo, al estar éste localizado, pero en cambio, si la incomparecencia se conoce al ir a realizar el juicio oral, o una vez que haya comenzado el juicio oral, se podrá solicitar la suspensión del juicio en aplicación del art. 745 y 746.3 de la LECrim., siempre que a la próxima comparecencia pueda acudir el testigo a presencia del Tribunal,⁵¹ ya que mientras sea posible se debe oír directa y personalmente al testigo, en evitación de la lectura de su declaración sumarial.

La legislación procesal y la jurisprudencia exigen que en los casos en que no pueda comparecer el testigo en el juicio oral, sólo será válida la declaración sumarial efectuada ante el Juez Instructor, no siendo válido la que pueda haber realizado ante la policía, al no cumplirse los principios básicos de oralidad e inmediación, así como tampoco el principio de contradicción, al no tener la posibilidad las partes de interrogar

⁵¹ STS 24/10/1994 núm. 283/1994 Sr. González Campos.

al testigo.⁵² Las declaraciones de los policías, como integrantes del atestado, son solamente meras denuncias sin valor probatorio, y no se pueden leer durante el juicio oral, a menos que con posterioridad hubieran sido ratificadas ante el Juez Instructor. En cambio, sí que se ha considerado que tiene valor probatorio la declaración durante la instrucción, aunque el testigo no hubiera querido firmar el acta de declaración, cuando ésta es reproducida en el juicio oral por no comparecer el testigo.⁵³

7.1.- SUPUESTOS:

De todo lo expuesto podemos deducir que los principales supuestos que pueden surgir para tener que dar validez a la lectura de la declaración sumarial son los siguientes:

7.1.1.- FALLECIMIENTO DEL TESTIGO:

Para que la declaración sumarial pueda hacerse valer a efectos de prueba de cargo, deberá haberse practicado con todas las garantías procesales incluida la contradicción, e incluso el Tribunal Supremo⁵⁴ ha admitido en algún caso la lectura de la declaración del testigo fallecido prestada ante la policía, aunque entendemos que no está dotada de ninguna de las garantías necesarias para darle validez como prueba de cargo.

7.1.2.- ENFERMEDAD GRAVE DEL TESTIGO:

Cuando el testigo tiene una enfermedad muy grave, que de alguna manera no puede responder a las preguntas que le pudieran formular, ya que si la enfermedad es pasajera, se puede disponer la suspensión del juicio, o en su caso, que el tribunal se pueda desplazar, junto con las partes del proceso, al domicilio de éste, o bien recibirle declaración mediante exhorto, tal como se regula en el art. 718 y 719 de la LECrim.

7.1.3.- TESTIGO RESIDENTE EN EL EXTRANJERO:

Cuando el testigo se encuentre de forma temporal o permanente en el extranjero, de acuerdo con el art. 410 de la LECrim. no está obligado a comparecer a

⁵² STS21/04/1986 núm. 47/1986.

⁵³ STS 29/10/1993 núm. 2482/1993 Recurso núm. 32/1993 RJ 1993/7986.

⁵⁴ STS 09/05/1990 RJ 1990/3888.

testificar en el juicio oral, por ello lo más aconsejable según la jurisprudencia, cuando se tema que no va a comparecer, es aplicar el art. 448 de la LECrim., y preconstituir su declaración, citando a todas las partes, a fin de que preste declaración ante el Juez Instructor y pueda responder a las preguntas que le puedan formular las partes.⁵⁵

Pero no obstante, cuando no se haya practicado la declaración de conformidad con el art. 448 de la LECrim., y antes de renunciar a recibirle en declaración personal se deberá intentar:

- a) Citar al testigo residente en el extranjero aplicando los Tratados y Convenios Internacionales sobre asistencia recíproca en materia penal, pero no se prevé ninguna sanción o medida coercitiva en caso de desobediencia a la citación, por lo que esta medida no será efectiva en la mayoría de los casos debido a que supone un trastorno para el testigo que reside en el extranjero tener que desplazarse para testificar.
- b) Realizar una declaración del testigo a través del auxilio judicial internacional, para ello normalmente se utiliza la vía diplomática, aunque en la actualidad también se permite la relación directa entre tribunales, pudiendo declarar el testigo en su país de residencia, respondiendo al cuestionario de preguntas y repreguntas que se le formule por escrito por las partes del proceso penal.

Es verdad que si no se agota todas estas posibilidades procedimentales mencionadas, de citar al testigo por tener domicilio conocido en el extranjero, no parece razonable poder acudir a dar lectura a la declaración sumarial por vía del art. 730 de la LECrim., al no cumplirse el requisito exigido de agotar todas las posibilidades de que el testigo comparezca al juicio oral, pero la jurisprudencia viene determinando que se puede considerar valorable la declaración sumarial del testigo sin necesidad de intentar su citación, ni recibirle mediante comisión rogatoria.⁵⁶ Pero en la práctica resulta infrecuente citar a los testigos por la vía de la cooperación judicial internacional, ya que sólo se efectúa la citación, sin asegurarse que comparezca el testigo, al no tener éste obligación de acudir al juicio oral.

⁵⁵ STS 23/01/1990 RJ1990/1921.

⁵⁶ STC 10/05/1985 núm. 62/1985 Sr. Arozamena Sierra.

7.1.4.- TESTIGO ILOCALIZADO:

La incomparecencia del testigo al acto del juicio oral no va a suponer automáticamente acudir al recurso de la lectura de la declaración sumarial, sino que debemos analizar cuáles son las causas de su incomparecencia, y darle solución de acuerdo con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, es por ello que tendremos que distinguir si la misma ha sido una mera incomparecencia, o por el contrario la misma ha sido por paradero desconocido del testigo.

Cuando la mera incomparecencia se debe a una voluntad del testigo o a un error en la citación, no podemos acudir a la fórmula del art. 730 de la LECrim., al no existir una razón de imposibilidad de acudir al juicio oral. Si existe un error en la citación por parte de la Secretaria del Juzgado, se deberá proceder a subsanar dicho error procediendo de nuevo a su citación, y en el caso de que la incomparecencia sea por voluntad del testigo, el Juzgado tiene medios para asegurar dicha comparecencia, incluso puede ordenar a las fuerzas públicas que obliguen al testigo a comparecer ante el Juzgado.

En estos casos de incomparecencia lo que se debe hacer es, o bien suspender el juicio y citar nuevamente al testigo, o en caso de que no sea tan necesaria sus declaraciones, prescindir de su testifical. La suspensión del juicio oral debe acordarse cuando la declaración del mismo constituya una prueba indispensable, y para evitar la indefensión de la parte que ha solicitado la misma, que en caso de producirse se vulneraría el art. 24.2 de la Constitución Española. *“Para alcanzar la convicción sobre si una prueba es necesaria o no, habrá que 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”*.⁵⁷

Esta facultad de valoración sobre la necesidad de la declaración del testigo, también ha sido controvertido por nuestra jurisprudencia, puesto que significa un prejuzgamiento sobre una prueba que 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.⁵⁸

⁵⁷ STS 26/03/1993 núm. 719/1993 RJ 1993/2555.

⁵⁸ STS 02/10/1993 núm. 2109/1993 RJ 1993/7473.

En el caso del paradero desconocido del testigo en el momento del juicio oral, y haya declarado durante la fase de instrucción sumarial, sin que se le pueda localizar después de haber realizado las gestiones oportunas para su busca, cabe dar lectura a esa declaración sumarial con fundamento en el art. 730 de la LECrim, siempre que dicha declaración se haya prestado con cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales, en condiciones de efectiva contradicción, de lo contrario se podrá invalidar.

7.1.5.- DISPENSA DE DECLARAR EL TESTIGO:

Cuando el testigo tiene derecho a abstenerse de declarar no cabe la aplicación del art. 730 de la LECrim., en el sentido de dar lectura a la declaración sumarial, ya que ello significaría dejar sin efecto el derecho de abstención si se permitiera que la declaración sumarial accediera a la valoración del Tribunal sentenciador.

7.2.- REQUISITOS:

El art. 730 de la LECrim. establece las condiciones que se exigen para dar validez a la lectura de las declaraciones sumariales como medio de incorporación al juicio oral, como prueba para enervar la presunción de inocencia, y que han sido expuestas por el Tribunal Constitucional:⁵⁹

- a) Que la testifical no pueda realizarse en el juicio oral por motivos independientes a la voluntad de las partes.
- b) Que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos en el día de la celebración.
- c) Que sea formulada ante la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez Instructor.
- d) Que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se ha de permitir a la defensa la posibilidad de intervenir en la práctica de dicha diligencia sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo. El resto de

⁵⁹ STC 29/09/1997 núm. 153/1997 Sr. García-Mon y González-Requeral.

principios procesales (inmediación, publicidad, oralidad), por la propia esencia de la declaración sumarial no se pueden satisfacer.

- e) Lectura efectiva de la declaración sumarial durante el juicio oral a instancia de alguna de las partes, sin que baste el mero hecho de dar por reproducida esa declaración.
- f) La exigencia de que la diligencia sumarial sea repetida como prueba en el juicio oral con posibilidad de la contradicción.

7.3.- VALORACIÓN:

Como hemos dicho la lectura de la declaración sumarial tiene carácter extraordinario con lo que su valoración se debe realizar con la máxima cautela, de tal manera que ante la menor duda o carencia probatoria de la misma se deberá beneficiar al acusado por el principio de inocencia.

Asimismo, también habrá que tener en cuenta si es el único elemento incriminatorio hacia al acusado en la declaración sumarial, o si bien se trata de una prueba complementaria de otras que se han producido en el juicio oral. También se valorará si a quien perjudique la declaración sumarial admita su contenido en todo o en parte. Como vemos, serán las circunstancias del momento las que determinaran el valor que se le deba dar a dicha declaración sumarial.

VIII.- LA PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA:

Podemos definir la prueba testifical anticipada, como aquella que se realiza con anterioridad a la celebración del juicio oral, al concurrir una razón de urgencia que impida poder esperar a la celebración del juicio oral. Dice VEGA TORRES:⁶⁰ *“cuando una declaración testifical se practica anticipadamente es porque hay razones para temer que dicha prueba no va a poder practicarse después”*.

⁶⁰ VEGA TORRES, J. *“Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”*. Madrid. 1993. cit., pag. 96 y 97.

8.1.- SUPUESTOS:

El art. 448 de la LECrim. prevé la posibilidad de anticipar y preconstituir la prueba testifical para los casos en que el testigo no vaya a comparecer al juicio oral, o cuando existan motivos que hagan probable su incomparecencia, como sería en el caso en que se tema por la muerte del testigo o por su incapacidad física o psíquica, con lo que es conveniente proceder a tomarle declaración ante el Juez de Instrucción respetando los principios de contradicción y de oralidad.

La prueba anticipada se da cuando se produce una situación de irreproducibilidad de la declaración sumarial, que no es originaria, sino sobrevenida, pero que resulta prevista en función de las circunstancias concurrentes, al contrario de lo que ocurre cuando dicha imposibilidad es imprevisible, con lo que deberá acudir a lo previsto en el art. 730 de la LECrim.

*“No admitir la prueba preconstituida con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, como puede ser la amenaza a los testigos, pudiendo dejar sin efecto lo actuado sumarialmente”.*⁶¹

8.2.- REQUISITOS:

Al igual que en los demás supuestos de prueba sumarial, para poder valorarla como prueba de cargo o de descargo tiene que cumplir tres requisitos:

- a) Irreproducibilidad de la declaración sumarial durante el juicio oral: cuando sea previsible que el testigo no comparezca personalmente en el acto del juicio oral, con lo que la falta de la práctica de la prueba testifical anticipada puede determinar una carencia probatoria que concluirá con la absolución del acusado. El Tribunal Constitucional⁶² reconoce *“que no tienen la consideración de prueba anticipada las declaraciones de los denunciantes, ni el reconocimiento que, según consta en el atestado policial, hicieron los recurrentes como autores de la agresión de la que habían sido objeto. En consecuencia, es indudable que las manifestaciones que constan en el atestado*

⁶¹ STC 25/02/1991 núm. 41/1991 Sr. Rodríguez Bereijo.

⁶² STC 21/12/41989 núm. 217/1989 Sr. Gimeno Sendra.

policial no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales”.

- b) Declaración ante presencia judicial: la declaración anticipada deberá realizarse ante el Juez de Instrucción, o en su caso ante el Tribunal Sentenciador, pero con anterioridad al acto del juicio oral, no siendo válida la declaración ante la policía, por no ser éstos un órgano instructor del sumario. Pero en alguna ocasión el Tribunal Constitucional⁶³ ha dado validez probatoria a la declaración inculpativa realizada ante la policía alemana como prueba anticipada, en virtud de una comisión rogatoria, y ello ha sido porque en Alemania la policía y el Ministerio Fiscal son los encargados de la instrucción, con lo que se entiende cumplido el requisito de prestar declaración ante el Juez instructor, *“ya que no denota merma alguna de garantías, sino que, a diferencia de lo que ocurre en España, en dicho país la instrucción está encomendada a un órgano no judicial”.*
- c) Respetar el principio de contradicción: para poder realizar la prueba anticipada con todas las garantías constitucionales y procesales es necesario convocar a todas las partes, acusadoras y acusadas, a fin de que puedan comparecer personalmente el día de la realización de la prueba anticipada para preguntar y contrapreguntar al testigo, no siendo requisito imprescindible que estos asistan físicamente al acto de declaración, sino que hubieran sido citados formalmente al acto e hubieran tenido la oportunidad de asistir al mismo. Existen innumerables sentencias del Tribunal Supremo⁶⁴ que vienen a reconocer que *“no ha existido indefensión, cuando se le notificó en su momento la remisión del órgano instructor de la referida Comisión Rogatoria, disponiendo de la posibilidad de incorporar las preguntas que estime procedente”*, o incluso de haber podido acudir al lugar donde se realizaron las diligencias de dicha Comisión Rogatoria⁶⁵ *“con lo que no cabe alegar violación del principio de contradicción, cuando fue negligencia propia el no haber acudido a interrogar al testigo”.*
- d) Lectura efectiva de la declaración: para que la misma pueda ser valorada como prueba por parte del Tribunal sentenciador, la declaración sumarial deberá ser

⁶³ STC18/12/1995 núm. 342/1995.

⁶⁴ STS 09/12/1996 núm. 974/1996 Sr. Conde-Pumpido Tourón.

⁶⁵ STS 30/07/1997 núm. 1095/1997 Sr. Delgado García.

leída en el juicio oral a instancia de alguna de las partes, no pudiéndose acordar de oficio.

8.3.- VALORACIÓN:

Las pruebas anticipadas o preconstituidas a veces se hacen necesarias porque tienen lugar en un momento concreto, tal es el caso de las pruebas de alcoholemia o la prueba de reconocimiento en rueda, pruebas en sí que no se pueden practicar en la vista oral, y otras veces se realizan porque después no se van a poder realizar, pero en ambos casos para que el Tribunal de instancia alcance la convicción de que tiene suficiente fuerza como prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, a pesar de no haber comparecido el testigo a la vista oral, éstas se deben haber practicado con las debidas garantías para el derecho de defensa, y que puedan considerarse que se han prestado de forma inobjetable.

IX.- RATIFICACIÓN, RETRACTACIÓN Y CONTRADICCIONES DEL TESTIGO EN EL JUICIO ORAL:

La declaración del testigo en el juicio oral deberá consistir en ratificar sus anteriores manifestaciones en la policía y en el juzgado, por ser una exigencia de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la actividad probatoria se realiza en el juicio oral, a excepción de la prueba anticipada y preconstituida. Pero el problema surge cuando el testigo cambia el sentido de su declaración o incurre en contradicciones con lo manifestado anteriormente, o manifieste haber olvidado los hechos, porque a pesar de que están sometidos a la obligación de veracidad, la realidad es que de forma frecuente estos cambian el contenido de sus declaraciones.

Existen dos posturas doctrinales opuestas, una que es favorable a la valorabilidad de la declaración sumarial en caso de contradicción con la declaración plenaria, y otra contraria a dicha posición basándose en el art. 46.5 de la Ley del Jurado.

La primera postura se base en el art. 46.5 de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo del Tribunal del Jurado que dispone que *“las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos con ellas afirmados”*, lo cual significa que no puede valorar el testimonio de la declaración sumarial, pero sí que podrá tenerlo en cuenta para valorar la credibilidad del testigo que no se reitera en sus manifestaciones, y así se han declinado por esta tesis, GOMEZ ORBANEJA cuando dice que *“la finalidad de la lectura no es la utilización de la declaración sumarial como base de la sentencia, porque los magistrados han de formar su convicción con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio”*, y también VEGA TORRES⁶⁶ cuando manifiesta que *“el legislador de 1882 no quiso que la lectura de declaraciones sumariales de un testigo, en caso de disconformidad, tuviera otra finalidad que la de provocar las explicaciones del testigo sobre las discrepancias, no suponiendo material probatorio valorable por el Juzgador”*.

⁶⁶ VEGA TORRES, J. *“Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”*. Madrid. 1993. cit., pág. 252.

La otra postura doctrinal, es favorable a dar validez a la declaración sumarial, lo que viene a argumentar que ante situaciones como testigos amenazados, prevalecer lo declarado en el juicio oral sin tener en cuenta lo declarado en el sumario, supondría que *“el Derecho penal dejaría de ser en su aspecto procesal un instrumento de realización de la justicia en búsqueda de la verdad, para transformarse en un puro y elemental formalismo incapaz de realizar la trascendental tarea que ha de llevar a cabo en defensa de la justicia”*.⁶⁷ Así el propio VEGAS TORRES, partidario de la otra tesis, viene a reconocer que en ocasiones será difícil castigar a los delincuentes, incluso imposible, además es comprensible que a veces los testigos con el transcurso del tiempo no recuerden con precisión sus percepciones sobre los hechos, o tengan miedo a testificar en la vista oral delante del acusado, con lo que sería un grave coste para la sociedad si aplicáramos la regla estricta de la producción probatoria en el juicio oral. Como vemos hasta los partidarios de la otra tesis doctrinal se decantan por reconocer que lo lógico, por bien de la justicia y de la sociedad, es la de dar validez a la declaración sumarial en ciertas circunstancias, pero siempre que se haya respetado el principio de contradicción.

9.1.- VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN SUMARIAL:

La jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁸ ha *“declarado con reiteración que las declaraciones de los testigos aun cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende sustancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediación de la prueba”*. Esa confrontación tiene como objetivo realizar un juicio ponderado sobre la credibilidad que merecen las declaraciones del testigo, por lo que no se puede negar eficacia a los actos de investigación sumarial y, en concreto, a las declaraciones prestadas ante la policía y ante el Juez Instructor, con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal prescriben. El Tribunal sentenciador, como una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba, puede tener en cuenta cualquiera de tales declaraciones, total o parcialmente, debiendo llegar a formar su convicción teniendo en

⁶⁷ STS 05/09/1990 RJ 1990/6917.

⁶⁸ STS 27/10/2005 núm. 1241/2005 RJ 2005/8299.

cuenta las razones convincentes o no en su caso de la retractación, las reglas de la lógica, del buen juicio y las consecuencias obtenidas del acervo total probatorio.

En definitiva, para que tenga mayor credibilidad la declaración sumarial frente a la del juicio oral, habrá de apoyarse en su verosimilitud objetiva, lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios, que le doten de suficiente objetividad para hacer razonable su valoración favorable frente a la declaración que por el principio de inmediación, se realiza en la vista oral, debiendo expresar el Tribunal de instancia las razones por las que se inclina por lo declarado en la vista a presencia del Tribunal.

La jurisprudencia exige cinco requisitos para que en los supuestos de discrepancia entre las declaraciones sumariales y las vertidas en el juicio oral, el Juez de instancia le de valorabilidad a la que mayor credibilidad le ofrezca como prueba de cargo:

- a) Que exista una falta de conformidad entre la declaración plenaria y la sumarial, bien por alguna contradicción, bien por alguna divergencia, o incluso porque el declarante no recuerde algún extremo de lo declarado en la fase sumarial.
- b) Que las declaraciones de las que se toman los datos de cargo se hayan practicado con observancia de los principios de inmediación, oralidad y publicidad.
- c) Para que la declaración sumarial sea valorable se debe haber producido ante la presencia del Juez de Instrucción, "siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial".⁶⁹
- d) Que las declaraciones sumariales genéricamente consideradas estén incorporadas al debate plenario de manera que las partes hayan podido interrogar sobre el mismo, con lo que de acuerdo con el art. 714 de la LECrim. la lectura de la declaración sumarial se realizará a instancia de parte, existiendo dos posturas interpretativas, una formalista en la que se entiende que la lectura de las declaraciones no es una facultad discrecional del Juez sino una obligación, y otra postura más flexible que mantiene que no necesariamente ha de leerse la declaración sumarial contradictoria, sino que basta que en el

⁶⁹ STC 23/02/1995 núm. 51/1995 Sr. Cruz Villalón.

desarrollo del juicio oral haya referencias a lo expresado por testigos en su comparecencia ante el Juez Instructor.

- e) Posibilidad de que el testigo explique la contradicción entre sus manifestaciones con lo que quedarían satisfechas todas las garantías procesales.

9.2.- VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN PRESTADA ANTE LA POLICÍA:

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido criterios dispares a la hora de valorar dichas declaraciones ante la policía, en un principio negó su valor para poder ser apreciadas por el Juez de instancia, al determinar que el art. 714 de la LECrim. se refiere a la declaración prestada en el sumario, justificando que el legislador acude a las diligencias sumariales a efectos de conformar la convicción del Juzgador, en virtud de la garantía de imparcialidad que representa el Juez de Instrucción.⁷⁰ En cambio con posterioridad cambio de criterio,⁷¹ siguiendo de alguna manera el criterio del Tribunal Constitucional, en el sentido de admitir la posibilidad de valorar como prueba la declaración ante la policía siempre que haya sido prestada con observancia de las exigencias legales aplicables en ese momento, y que se incorpore al juicio oral mediante el testimonio de los agentes que la presenciaron, así como que se dé lectura a las declaraciones policiales practicadas para que se permita su efectiva contradicción por la defensa, pudiendo además dar la oportunidad a quien declare de forma contraria a lo declarado en la fase de investigación a que se explique, al objeto de poder el Tribunal valorar las rectificaciones producidas, como quiera que otorgar prevalencia a la declaración ante la policía es excepcional, *“tal valoración necesita apoyarse en datos objetivos de corroboración y una suficiente explicitación del proceso lógico valorativo que permite el debido control casacional”*.⁷²

9.3.- EN EL PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DEL JURADO:

El art. 46.5 de la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo del Tribunal del Jurado dispone que *“el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que*

⁷⁰ STS 28/02/2000 núm. 324/2000 RJ 200/9157.

⁷¹ STS 07/10/2002 núm. 1695/2002 RJ 2002/9157.

⁷² STS 25/11/1993 RJ 1993/9131.

existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos con ellas afirmados”, lo cual significa que el Jurado no puede valorar el testimonio de la declaración sumarial, pero sí que podrá tenerlo en cuenta para valorar la credibilidad del testigo que no se reitera en sus manifestaciones.

9.4.- CAREOS:

El careo tiene sentido cuando existe contradicción entre lo declarado por varios testigos o por testigos y acusados entre sí. Por su propia naturaleza y función, el careo consiste en enfrentar a aquellos sujetos que hayan emitido las declaraciones contradictorias, para que del debate que surja entre ellos, pueda deducirse lo que de cierto haya en cada una de sus declaraciones.

El careo que puede practicarse como diligencia de investigación en la instrucción (Art. 451-455 LECrim.) o como prueba en el acto de juicio oral (Art. 713 y 729.1º LECrim.), “supone la culminación del derecho de la parte a hacerse oír ante el Juez y a presencia de quien le impute hechos presuntamente delictivos”.⁷³

El careo tiene la naturaleza de una prueba sobre la prueba,⁷⁴ siendo su objetivo el tratar de comprobar el grado fiabilidad de cada una de las declaraciones contradictorias. Esta naturaleza de prueba sobre prueba del careo ha sido reconocida por la jurisprudencia,⁷⁵ declarando que no es una verdadera diligencia de prueba,⁷⁶ pero entendemos que esa declaración se debe rechazar, ya que es evidente que se trata de una prueba, aunque su finalidad principal no sea la convicción del Juzgador sobre la existencia o no de un hecho, sino más bien determinar qué declaración tiene preferencia sobre la otra, y así lo reconoce el TEDH.⁷⁷

⁷³ STS 27/07/1999 RJ 199/6488 Rec. 2342/98.

⁷⁴ cfr. GASCON INCHAUSTI, Fernando. “El control de la fiabilidad probatoria: prueba sobre la prueba en el proceso penal”. Ed. Revista General de Derecho. Valencia, 199. pág. 118.

⁷⁵ “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 y 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” (ATS de 12/02/1997RAJ1366F.J.1º).

⁷⁶ STS 07/06/2007 RJ 2007/3508.

⁷⁷ Sentencia BRICMONT 07/07/1989.

En todo caso, el careo presenta dos serios inconvenientes para el descubrimiento de la verdad, uno es el de ser el medio de prueba que más expuesto está al riesgo de la subjetividad en su valoración, y el otro, es que propicia el mayor número de casos en los que sale ganando el más osado, el más hábil o el que más grita en las confrontaciones.

X.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN APELACIÓN Y CASACIÓN:

Es indiscutible que la valoración de la prueba es una actividad judicial que ha de ser susceptible de ser sometida en vía de recurso, garantía ésta que permite dar cumplimiento a la presunción de inocencia como regla de juicio.

El principio de inmediación constituye un obstáculo a la valoración de la prueba testifical por parte del tribunal que conoce del recurso de casación o de apelación.

10.1.- EL CONTROL EN CASACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL:

Podemos decir que la credibilidad o valoración de los testigos es una cuestión de hecho que corresponde al tribunal de primera instancia, porque este ha presenciado personalmente la prueba, con lo que no podrá haber un control casacional al respecto. Pero sí que cabrá cuestionarse la convicción del juzgador si se ha basado en razonamientos contrarios a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, por ser susceptibles de ser objetivado.

Dice RUIZ VADILLO que, así como el juzgador de la primera instancia se caracteriza *“por las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración –lo que dijo, lo que calló, el gesto, la palidez del rostro, los titubeos, etc.-, del testigo-víctima, única prueba de cargo, otro Juez en grado de apelación sólo podrá sustituir la absolución por la condena en función de la deficiente argumentación del primero, de un inequívoco error en la apreciación de la prueba, de la irracionalidad, de la falta de lógica o de la arbitrariedad del razonamiento, pero no el puro voluntarismo”*.⁷⁸ Por lo tanto las declaraciones de los testigos que han declarado en el juicio oral sólo pueden ser controladas en el recurso de casación en cuanto a las reglas del criterio racional.

⁷⁸ Voto particular de E. Ruiz Vadillo en STC 14/10/1997 núm. 172/1997.

10.2.- EL CONTROL EN APELACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA TESTIFICAL COMO PRUEBA PERSONAL:

La valoración de la prueba testifical en el ámbito del recurso de apelación ofrece mayores dificultades, y todo a raíz de la interpretación del art. 795 de la LECrim., en el que se regulaba el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, en relación con el art. 24.2 de la Constitución Española, produciéndose así la confrontación entre dos maneras de conferir el recurso de apelación, lo cual ha llevado a que la jurisprudencia española haya cambiado de criterio con el paso del tiempo.

En un principio la jurisprudencia constitucional otorgaba "*plenas facultades al Tribunal Superior supraordenado ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium*",⁷⁹ pero a raíz de las sentencias del T.E.D.H. dictadas por violación del art. 6.1 del C.E.D.H., la doctrina española cambio de criterio, en concreto a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002 de 18 de Septiembre, declarando que el "*respeto a los principios de inmediación y contradicción, que conforman el derecho a un proceso con todas las garantías, exigen que el tribunal ad quem, al conocer de nuevo sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados, y al tener que valorar para ello las declaraciones prestadas en el sumario y en el juicio oral, oiga personalmente a los recurrentes*". En el mismo sentido tenemos la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a la necesidad de inmediación para la valoración en alzada de las pruebas personales cuando establece que "*los recurrentes pretenden una revisión de la valoración de la actividad probatoria, sustituyendo la realizada por el tribunal por otra, la que proporciona en el recurso, que estima más adecuada a la prueba practicada en el enjuiciamiento. Esa pretensión no puede ser atendida al carecer esta sala de la precisa inmediación en la práctica de la prueba*".⁸⁰ "*Las facultades que el art. 795 de la LECrim. otorga al tribunal ad quem en el recurso de apelación (que le atribuyen plena jurisdicción y desde luego le permiten revisar y corregir la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez a quo y modificar los hechos probados) deben respetarse las garantías constitucionales del art. 24.2 de la Constitución Española, lo que se traduce en la exigencia de publicidad, inmediación y*

⁷⁹ STC 120/1994.

⁸⁰ STS 25/01/2006 núm. 56/2006.

contradicción para proceder a una nueva valoración de la prueba en segunda instancia".⁸¹

A raíz del cambio jurisprudencial, los Magistrados, en concreto los de la Audiencia de Madrid, acordaron que *"en los recursos de apelación contra sentencias absolutorias no deben practicarse de nuevo en la segunda instancia las pruebas que dependan de los principios de inmediación y de contradicción. Esa nueva práctica entrañaría graves inconvenientes, pues no existe garantía ninguna de que las pruebas reproducidas en la segunda instancia resulten más fiables. Por otro lado, la repetición de las pruebas no sería legalmente posible a tenor de las restricciones que impone el art. 790.3 de la LECrim., y el acusado no tendría obligación de someterse a un segundo procedimiento, por no estar establecido en ningún precepto legal"*.⁸² En cambio sí que admiten una nueva apreciación de las pruebas personales, como sería las testificales, practicadas en la instancia cuando el razonamiento probatorio del Juzgador vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por resultar absurdo, irracional o arbitrario. En cuanto a las sentencias condenatorias el criterio es idéntico, el de no poder repetir las pruebas, con la salvedad, de que si el tribunal de apelación apreciara contradicciones en las pruebas personales, o éstas con otras pruebas reales relevantes, o cualquier indicio de que aquellas han sido incorrectamente apreciadas, el Tribunal de segunda instancia deberá dictar sentencia absolutoria sin necesidad de repetir la prueba.

Como vemos las limitaciones de la legislación a la interpretación de los tribunales, en concreto a las resoluciones de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional, hacen necesaria una reforma del recurso de apelación para adaptarlo a la nueva doctrina, ya que el proyecto de reforma, que está en marcha, lo que pretende es eliminar el motivo de recurso de apelación consistente en *"error en la apreciación de la prueba"*, motivo a través del cual el tribunal de apelación puede alterar la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, o sea, que el legislador lo que pretende es eliminar el medio que provoca la apertura de la doble instancia. De ello lo que podemos extraer, es que el legislador lo que pretende es convertir el recurso de apelación en un recurso limitado, y de carácter extraordinario, como lo es el de casación, en contraposición a lo que permite el recurso de apelación como recurso ordinario. Con lo que, con esta reforma, el tribunal de apelación sólo podrá valorar en

⁸¹ URIARTE VALIENTE, Luis M. y FARTO PIAY, Tomás. *"El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada"*. Ed. La Ley- Manuales profesionales. Madrid.2007.

⁸² Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Audiencia Provincial Sección penales el 29/05/2004. Revista Otrosí. Colegio de Abogados de Madrid núm. 58. 2004. pp. 18 y ss.

su presencia, conforme a los principios de oralidad e inmediación, aquellas pruebas nuevas que se puedan traer y no se hayan practicado en primera instancia.

XI.- CONCLUSIÓN:

A lo largo de este trabajo se ha intentado dar respuesta a la pregunta de si realmente existe plena libertad de valoración de la prueba testifical por parte del Juez o Tribunal sentenciador, y hemos visto que la misma está limitada a las reglas de la lógica y de acuerdo con los principios generales de la experiencia.

Pero para llegar a responder dicha pregunta hemos tenido que analizar las diferentes situaciones en la que nos podemos encontrar durante el proceso penal, y hemos llegado a la conclusión de que existe una necesidad de realizar ciertas reformas legales para mejorar el sistema penal español y adaptarse a la realidad de las circunstancias, entre las que cabría destacar las siguientes:

Una de las principales actuaciones a tener en cuenta sería reformar el art. 416 de la LECrim., en el sentido de eliminar de dicho precepto legal la dispensa del familiar víctima de violencia de género, y más si previamente ha presentado denuncia ante el Juzgado, por ser ilógico que luego se quiera amparar en la dispensa, ya que la víctima actúa como privilegio no ajeno a los hechos como sería el caso de un testigo pariente, es más debería ser una de las excepciones reguladas en el art. 418 de la LECrim. en su párrafo segundo.

Últimamente se habla de la modernización de la justicia, y con ese objetivo habría que utilizar las nuevas tecnologías (videoconferencias) para los casos de menores, a efectos de su protección como testigo hacia el acusado, o para facilitar la declaración de testigos, evitando traslados, etc. que entorpecen dichas declaraciones, por los perjuicios que acarrea para ese tercero, que apenas le afecta la resolución de dicho pleito penal.

En cuanto a la declaración de los policías, sobre todo como testigo de referencia, vemos que existe por parte de la jurisprudencia una tendencia a sobrevalorar su testifical, por lo que se debería matizar esa interpretación a través de una regulación legal, en el sentido de coartar la libertad de valoración que tiene el Juez a quo, tal como se ha argumentado al abordar las declaraciones de los agentes policiales.

Por último, habría que plantearse la consideración de dar validez a las declaraciones ante policías y sumariales, siempre que se haya respetado el principio de

contradicción, en los casos en que pueda intuirse que existe una amenaza a los testigos, o la existencia de un único testigo, con ello evitaríamos la absolución de ciertos delincuentes al acogerse al principio de inocencia.

Bibliografía

A) Bibliografía básica:

CALDERON CUADRADO, M^a P. *La prueba en el recurso de apelación penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Abogacía práctica. Valencia, 1999.

CLIMENT DURAN, C. *La prueba penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

DIAZ PITA, M^a P. *La declaración del menor víctima de abusos y agresiones sexuales en el proceso penal a la luz de la Decisión Marco del Consejo de 15 de Marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*. Revista General de Derecho Penal nº 13, 2010. Base de datos Iustel.

GASCON INCHAUSTI, F. *El control de la fiabilidad probatoria: prueba sobre la prueba en el proceso penal*. Ed. Revista General de Derecho. Valencia, 1999.

MARTIN GARCIA, P. *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006.

RIVES SEVA, A.P. *La prueba en el proceso penal: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2008.

SOTO NIETO, F. *Prueba de testigos y su valoración procesal*. Ed. LA LEY. Diario La Ley nº 6462, Sección Columna, 13/04/2006, Año XXVII, Ref. D-96.

VELASCO NUÑEZ, E. *El confidente*. Ed. LA LEY. Diario La Ley nº 7341/2001. 1993.

B) Bibliografía complementaria:

ALONSO PEREZ, F. *El testimonio de la víctima. Apuntes Jurisprudenciales*. Ed. LA LEY. Diario La Ley Sección Doctrina, 1999, Ref. D-123.

ALONSO PEREZ, F. *Medios de investigación en el proceso penal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2003.

ALVAREZ-LINERA Y URIA, C. *Notas sobre el testimonio en el proceso penal*. Ed. LA LEY. Diario La Ley 1982. LA LEY 3608/2001.

ARBOS I LLOBET, R. Y MENDEZ TOMAS, R. M^a. *Testigo interrogado. Especial consideración del testigo tachado*. Artículos Doctrinales. Base de Datos Vlex. Disponible en Internet:

<http://vlex.com/vid/testigo-interrogado-tachado-39114418>

DE MADRID-DÁVILA, E. *La prueba de detectives no existe*. Ed. LA LEY. Diario La Ley nº 7329, Sección Práctica Forense, 27/01/2010, Año XXXI.

DIGES JUNCO, M. *El psicólogo forense experimental y la evaluación de credibilidad de las declaraciones en los casos de abuso sexual a menores*. Revista del Poder Judicial núm. 35.

ESCOBAR JIMENEZ, R. *La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal*. Ed. LA LEY. Diario La Ley nº 7301, Sección Doctrina, 11/12/2009, Año XXX Ref. D383.

GORDILLO PELAEZ, F.J. *Prueba de testigos*. Ed. LA LEY. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999 Ref. D-123.

GUZMAN FLUJA, V.C. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Colección Tirant Monografías 377. Valencia 2006.

HURTADO YELO, J.J. *Dificultades probatorias en la valoración del testimonio de la víctima*. Ed. LA LEY. Diario La Ley 1982. LA LEY 3608/2001.

JAEN VALLEJO, M. *Los principios de la prueba en el proceso penal español*. Disponible en Internet: <http://www.defensoriapenal.cl/Documentos/doctrinas/106210701975.PDF>

LOPEZ JIMENEZ, R. *La prueba en el juicio por Jurados*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

MARTINEZ RUIZ, J. *Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia doméstica*. Estudios penales sobre violencia doméstica. Enero 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, M. *El control casacional de la mínima actividad probatoria*. Artículos Doctrinales. Base de Datos Vlex. Disponible en Internet: <http://vlex.com/vid/casacional-minima-actividad-probatoria-285256>

NIEVA FENOLLO, J. *El discutido valor probatorio de las diligencias policiales*. Ed. LA LEY. Diario La Ley nº 6780 Sección Doctrina 17/09/2007. Año XXVIII. Ref. D-195.

PLANCHADELL GARGALLO, A Y BELTRAN MONTOLIU, A. *Derecho Probatorio. Materiales Docentes*. Universidad Jaume I. Castellón 2010.

PLASCENCIA VILLANUEVA, R. *Los medios de prueba en materia penal*. Disponible en Internet: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art/art8.htm>

RIVES SEVA, A.P. *El testimonio de referencia en la jurisprudencia penal*. Artículo Doctrinal de Noticias Jurídicas. Enero 2000. Disponible en Internet: <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200001-testimonioipenal.html>

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

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

URIARTE VALIENTE, L.M. Y FARTO PIAY, T. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. Ed. LA LEY. Manuales profesionales. Madrid 2007.

Anexo

Abreviaturas más comunes de uso en nota o en el texto

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