

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2017 / 2018

**APORTACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA
TESTIFICAL EN EL PROCESO PENAL**

(Evidence and valuation of testimony witnesses
in criminal proceedings)

Realizado por el alumno D^a Laia Ruiz i Beltrol

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

Índice.

Índice.	2
Índice de abreviaturas.	4
Resumen del trabajo.	5
<i>Palabras clave.</i>	5
Abstract.	5
<i>Key words.</i>	5
Objeto.....	6
Metodología.	8
1. La prueba en el proceso penal. Notas introductorias.	10
1.1 Concepto.	10
1.2 Objeto y carga de la prueba.	14
1.3 Menciones de la prueba preconstituida y prueba anticipada.	17
2. Los principios esenciales de la actividad probatoria.	20
2.1 Principios que afectan a la prueba en relación al acto del proceso.	21
2.1.1. <i>Principio de contradicción.</i>	21
2.1.2. <i>Principio de dualidad de partes.</i>	22
2.1.3. <i>Principio de igualdad.</i>	23
2.2 Principios en relación a la actuación de los sujetos en el proceso.	24
2.2.1. <i>Principio de oralidad.</i>	24
2.2.2. <i>Principio de inmediación.</i>	26
2.2.3. <i>Principio de concentración.</i>	27
2.2.4. <i>Principio de publicidad y sus posibles excepciones.</i>	28
3. La prueba testifical.	30
3.1 Concepto.	30
3.2. El testigo.	32
3.2.1. <i>Testigo directo y de referencia.</i>	35
3.3. El testigo en relación con su cualidad personal.	39
3.3.1. <i>Testimonio de la víctima.</i>	39
3.3.2. <i>Testigo menor de edad.</i>	41
3.3.4. <i>Testimonio de funcionarios de la policía judicial.</i>	44
3.3.5. <i>Testimonio de los funcionarios judiciales.</i>	46

4.	Los derechos y deberes del testigo.....	47
4.1	Deber de comparecer.....	47
4.1.1.	<i>Imposibilidad de comparecencia del testigo</i>	<i>48</i>
4.1.2.	<i>Prueba anticipada.....</i>	<i>49</i>
4.1.3.	<i>Derecho del testigo al secreto en ciertos casos.....</i>	<i>50</i>
4.2.	Deber de declarar.	51
4.2.1.	<i>Declaraciones extraprocesales.....</i>	<i>53</i>
4.2.2.	<i>Delito de falso testimonio.....</i>	<i>55</i>
5.	La protección de testigos.....	57
5.1	Introducción.	57
5.2	Testimonio anónimo.....	59
5.3	Testimonio oculto.....	62
6.	Procedimiento de la declaración testifical producida normalmente. .	65
6.1	Del llamamiento de testigos y su comparecencia.	65
6.2	Forma de practicarse la declaración.	67
6.2.1.	<i>Estudio del art. 704 LECRIM: incomunicación de testigos.</i>	<i>68</i>
6.3.	Preguntas generales de la ley y contenido de la declaración.	70
7.	Declaración testifical mediante videoconferencia.....	74
8.	Presunción de inocencia y el principio <<in dubio pro reo>>.....	81
8.1.	Aproximación a los conceptos de presunción de inocencia y principio in dubio pro reo.....	81
8.2.	La presunción de inocencia como regla sobre la carga de prueba y sus efectos.....	85
9.	Valoración de la prueba.....	87
9.1.	Concepto y límites.....	87
9.2.	Control sobre la motivación de la sentencia.	91
9.3.	Motivación de la sentencia	92
9.4.	Psicología jurídica del testimonio.	95
	Conclusiones	97
	Bibliografía	100
	Anexo jurisprudencial	104

Índice de abreviaturas.

Art. Artículo

AP: Audiencia Provincial

ATC: Auto Tribunal Constitucional

ATS: Auto Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CE: Constitución Española

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CP: Código Penal

FJ: Fundamento jurídico

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPT: Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos

LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

Nº: Número

Op. Cit. Obra citada

Pág. Página

RJ: Repertorio Jurisprudencia

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Resumen del trabajo.

Estudio de la prueba de testigos como medio de prueba en los procesos de la jurisdicción penal con la siguiente estructura; en primer lugar, una introducción a los medios de prueba del proceso penal para abarcar con más precisión el concepto de la testifical y a qué individuos podemos calificar como testigos, así como los deberes y los derechos que se les deberá otorgar. A continuación, la clasificación de los diversos testigos según su cualidad personal y qué medidas de protección se les pueden otorgar en caso de necesitarlos. Puntualización de medios tecnológicos en este medio de prueba para poder prestar declaración mediante videoconferencia y, en último lugar, como afecta el principio in dubio pro reo junto a la presunción de inocencia de nuestro ordenamiento jurídico en la testifical y su consiguiente valoración de la prueba por parte del Juez.

Palabras clave.

Prueba de testigos, testifical, medio de prueba, prueba penal, jurisdicción penal, derechos testigos, deberes testigos, valoración testigos.

Abstract.

A study on testimony of witnesses as means of evidence in criminal jurisdiction processes with the following structure; first of all, an introduction to the evidence used in the penal process in order to take in the concept of witnessing with more accuracy and which subjects we can describe as witnesses, as well as the rights and duties they will be given. Next, a classification of different witnesses depending on their personal traits and which protection measures they can be granted if necessary. Specification of technological tools in this trial field so giving testimony by videoconference can be provided. Last, how the in dubio pro reo principle affects the innocence assumption of our legal system in the testimony process and the subsequent valuation of this mean of proof by the Judge.

Key words.

Testimony process, Witnesses, Means of proof, means of evidence, penal proof, criminal jurisdiction, witnesses rights, witnesses duties, witnesses valuation.

Objeto.

El presente Trabajo de Fin de Grado empezó teniendo por objeto, el estudio de un análisis de la prueba de testigos como medio de prueba en el proceso penal. Para ello, pensaba centrar el cuerpo del trabajo en el desarrollo ordinario de la prueba de testigos en el juicio oral y en los derechos y obligaciones que se les atribuía a los individuos que tuvieran la calificación jurídica de testigos.

Sin embargo, antes de ir directamente a los apartados que trataban la prueba de testigos en sí, fue necesario la exposición de una serie de aspectos generales sobre la prueba en el proceso penal y, de los principios inherentes a estos procesos por la necesidad de que la prueba de testigos cumpla con los principios de inmediación, publicidad, contradicción, legalidad, oralidad y contradicción de partes.

Una vez desarrollada dicha introducción, para cumplir nuestro objetivo y dejar claros los puntos sobre este medio de prueba, en los apartados tercero y cuarto de este trabajo, se exponen detalladamente una clasificación de los testigos por su cualidad personal, previamente esclarecido el concepto de testigo y haciendo una primera distinción del testigo directo y de referencia, exponiendo los requisitos de su aceptación en nuestro ordenamiento jurídico. En el apartado cuarto, se hace una exposición sobre los derechos y deberes del testigo, centrándonos sobre todo en su deber de comparecer y deber de declarar.

A continuación se centra un bloque del trabajo en el procedimiento de la declaración testifical en los apartados quinto, sexto y séptimo, los cuales hablan sobre la protección de testigos a través del testimonio anónimo, cuyo empleo no es totalmente aceptado en nuestro ordenamiento jurídico, y el testimonio oculto, el cual respeta los principios inherentes del proceso y permite garantizar la contradicción. El procedimiento de la declaración testifical producida normalmente abarca desde el llamamiento de los testigos y su comparecencia, a la forma de practicarse la declaración y su contenido. Por último, se hace referencia en el apartado séptimo sobre la posibilidad de realizar la declaración testifical mediante medios telemáticos, es decir, mediante videoconferencia.

La última parte del trabajo se centra en tratar el tema de la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo en el proceso penal, haciendo una relación con este trabajo final sobre la necesidad de que se empleen medios de prueba que motiven la sentencia y no solamente eso, sino también la necesidad de la prueba de cargo. Por lo tanto, fue necesario incluir el último punto del trabajo dirigido a esclarecer la valoración de la prueba de testigos debido a la amplitud que nos podríamos encontrar en la valoración libre del juzgador.

Metodología.

La metodología empleada para la elaboración de este trabajo de final de grado ha sido la siguiente:

1. Elección de tutor y de tema: El primer paso en orden cronológico fue la elección del tutor que supervisaría la realización del trabajo de principio a fin. Mi interés por el Derecho procesal y el Derecho penal me hizo decidir de realizar el trabajo final en el departamento de Derecho Público, eligiendo en la reunión que realizó para la elección de tutores al Profesor Pedro Álvarez Sánchez de Movellán. En dicho Departamento nos citaron a todos los alumnos que íbamos a realizar el TFG con los profesores Pedro Álvarez Sánchez de Movellán y Eva Isabel Sanjurjo Ríos para establecer un calendario de reuniones a realizar con los tutores, pautas básicas y como citar en nuestros trabajos.

Para la elección del tema, primero de todo contrasté temas de las asignaturas que ya había cursado de procesal para abarcar un tema que creyese que tendría interés en investigar y además, contrasté temas de procesal civil que ya había cursado con procesal penal, todavía no cursada, para poder elaborar un pequeño listado con los posibles temas que me gustaría tratar para un trabajo. Comentando las diferentes posibilidades con mi tutor, la elección final fue la de elaborar un TFG sobre la prueba testifical como medio de prueba en el proceso penal al ser un tema amplio al que poder dar un enfoque personal.

2. Elaboración del índice y localización de fuentes: Una vez elegido el tema, procedí a la elaboración del índice, comprobando varios manuales de derecho procesal para tener un esquema provisional que seguir cuando más adelante ya empezase a redactar el cuerpo del trabajo. Mi tutor me facilitó un índice con el que ampliar el que previamente le había enviado y poder matizar ciertos puntos del mismo. A continuación, al tratar un tema de una asignatura que todavía no había cursado, traté de localizar manuales y monografías que me fueran de utilidad para realizar una primera lectura antes de empezar con la fase de redactar.

3. Redacción del cuerpo del trabajo: Al realizar el índice y haber leído sobre el tema en cuestión, empecé con la tarea de redacción propiamente dicha. En la primera reunión se nos fijaron fechas de entrega y dos de las cuales eran; la entrega del primer capítulo para el chequeo de estilo y citas, y la fecha de entrega del TFG finalizado. Para la primera entrega, solamente traté legislación y manuales como base para la redacción al aportar un documento de 6 páginas que se me entregó corregido con una serie de puntos que tenía que tener en cuenta a la hora de continuar con mi trabajo. La gran mayoría de fallos que se detectaron fueron de formato y citas, por lo que la primera revisión fue de gran ayuda a la hora de continuar con el trabajo y no volver a repetir los mismos fallos en cada uno de los apartados.

Una vez corregidos y anotados esos errores, seguí redactando y poco a poco empleando más fuentes para elaborar mi trabajo, en el siguiente orden; legislación, manuales, monografías, tratados y jurisprudencia. La legislación y los manuales me permitieron de una forma más teórica, asentar unas bases en mi trabajo sobre los puntos a tratar y alguna que otra definición pero, las monografías y los tratados fueron las fuentes de información más necesarias para poder desarrollar los puntos más a fondo. La jurisprudencia fue necesaria para contrastar los puntos controvertidos que se exponía dentro de la doctrina y para ejemplificar de un modo gráfico y práctico, como nuestros tribunales estaban lidiando con esta doctrina controvertida en la realidad.

Durante este periodo realicé reuniones con mi tutor y le envié el avance progresivo del trabajo. Finalizado el cuerpo del trabajo, releí el mismo varias veces para incluir nuevas notas de pie y realizar leves modificaciones, así como leer TFGs de años anteriores para la redacción del resumen, metodología y conclusiones de una forma estructurada.

1. La prueba en el proceso penal. Notas introductorias.

1.1 Concepto.

El proceso penal se refleja en tres ideas fundamentales; en primer lugar, la necesidad de servir como marco de respuesta a un conflicto de intereses generado a consecuencia de una comisión de un ilícito penal. En segundo lugar, que se dé una respuesta bajo la observancia de los principios y garantías de un debido proceso y por último, promover que sean los involucrados en el conflicto penal los que propicien una respuesta a la controversia a través de sus alegaciones y propuestas de prueba. Por eso la actividad probatoria tiene un rol central y es esencial durante el proceso penal, dado que de la evidencia aportada en el proceso, las partes podrán obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional en el cual se va a ver reflejada la justificación y la fundamentación de dicha resolución.

Sobre la importancia de la actividad probatoria en el proceso penal, CAFFERATA NORES añade que *“la prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y, a la vez, la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. La búsqueda de la verdad, fin inmediato del proceso penal, debe desarrollarse teniendo a la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual aquél versa. La prueba es el único medio seguro de lograr esa reconstrucción, de un modo comprobable y demostrable¹”*.

Debido a que sus funciones son diferentes y a la importancia de la actividad probatoria, debemos diferenciar esta de las primeras alegaciones formuladas² por las

¹ Además, conforme al sistema jurídico vigente, en las resoluciones judiciales sólo podrán admitirse como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquéllas sean fundadas en elementos puramente objetivos. Esto determina, por ejemplo, que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar, únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso. CAFERRATA NORES, José I., *La prueba en el proceso penal*. Ediciones Depalma. Buenos aires, 1988. Pág. nº 5.

² Nuestro proceso penal se articula sobre dos fases principales: instrucción y juicio. Mientras en la primera se desarrolla una actividad investigadora dirigida a averiguar los hechos, como dice CALVO CABELLO: Averiguar no es verificar, por lo que carece de eficacia probatoria. Pero si tal averiguación de los hechos ha de sostener una eventual acusación que supere el control jurisdiccional que admita la

partes ante el órgano jurisdiccional en sus escritos de calificación, donde constatarán la serie de hechos que encuadrarán un conflicto jurídico cuya solución se pide a dicho órgano. En ese momento inicial solo se dispone de la afirmación de una de las partes, no siendo suficiente como para poder motivar una sentencia, siendo necesarios los medios de prueba para la verificación de los hechos como ciertos³.

Asimismo, teniendo en cuenta que las finalidades de la actividad probatoria y las alegaciones de parte sean distintas, podemos encontrar ciertas similitudes entre ellas. Ambas son actividades de parte; por regla general como queda estipulado en el artículo 728 LECrim, no se le permite al juez el proponer prueba, ya que debe esperar que de iniciativa de parte se planteara la prueba para que él la pueda valorar⁴. Por esa razón, la Ley autoriza al juez a intervenir en la práctica de la prueba, a pedir aclaraciones o explicaciones, aunque resulta sin duda mucho más dudoso que la facultad de ordenar prueba de oficio, reconocida en el artículo 729.2^a LECrim se ajuste a los criterios y principios del proceso penal⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional admite la posibilidad de que Juez y Tribunal puedan acudir a la posibilidad probatoria que le ofrece el art. 729.2^a LECrim como se ha respaldado mediante varias sentencias: STC 188/2000 de 10 de julio, FJ 2º, STC 229/2003 de 18 de diciembre, FJ 14º, que estipula: “*la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2*”

celebración de juicio oral, ha de ser una averiguación seria y respetuosa con los derechos fundamentales. *La valoración de la prueba en el juicio oral. La prueba en el proceso penal II*. Cuadernos de Derecho Judicial nº 9. 1996.

³ Debido que la necesidad de motivación no abarca solamente aspecto jurídico como a la determinación de los hechos que se estiman acreditados, teniendo la motivación rango constitucional ya que en el art. 120.2 CE se estipula que: “*las sentencias serán siempre motivadas*” integrado en el derecho de la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE).

⁴ Por lo que solo las partes podrán proponer prueba y el Juez solo tendrá la facultad de admitirlas o no.

⁵ Los artículos 315 y 729.2 de la LECrim habilitan tanto al juez de instrucción como al Tribunal para procurarse las pruebas que estimen útiles para comprobar la verdad, que resulta en la práctica de aplicación excepcional, es cuestionada por la doctrina con la observancia de las exigencias de imparcialidad del tribunal y la prohibición de indefensión. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. (CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. nº 414.

LECrim, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria prevista en el art. 729.2 LECr, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto⁶”.

La actividad probatoria y alegaciones son diferentes respecto al momento en que se realizan durante el proceso, tal y como en finalidad, pruebas y alegaciones tampoco coinciden. En relación a las limitaciones que anteriormente se han comentado acerca del art. 728 LECrim, la actividad probatoria deberá de iniciarse una vez que haya concluido la actividad de investigación, realizada en la fase de instrucción por iniciativa y a impulso del juez, ya que el juicio oral se abre para juzgar y no para investigar. Por lo que el juez deja atrás una posición más activa para pasar a la admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos por las partes del proceso.

Entendido así el concepto de prueba en el proceso penal por la finalidad de convencer al juez o tribunal encargado de la sentencia mediante una actividad de comprobación⁷. Las anteriores precisiones nos permiten definir la prueba jurídica como una actividad consistente en una comparación entre una afirmación sobre unos hechos y

⁶ Otras sentencias que afirman el mismo sentido: STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3º. STC 123/2005; de 12 de mayo de 2005.

⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Volumen XVI*. EDERSA, Madrid, 1991, pág. nº 11. SERRA DOMÍNGUEZ entiende la prueba procesal como una actividad de comparación, según este autor “probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces”, es decir, verificar las alegaciones planteadas con anterioridad por las partes con diferentes medios de prueba.

la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción del juez a la que se refiere el artículo 741 LECrim.

Es importante atender que la actividad probatoria está ligada a dos derechos; por un lado el derecho a la defensa y por otro lado, al derecho a probar que consecuentemente guarda relación con un proceso con todas las garantías. En primer lugar, el derecho a la defensa se trata de un derecho fundamental acogido como tal en el artículo 24.2 de la Constitución cuando garantiza la utilización de cuantos medios sean pertinentes para la defensa procedimental. El derecho a utilizar medios de prueba y el derecho de defensa van íntimamente unidos entre sí, más para prestar consistencia a una queja basada en el indebido rechazo de una prueba, será necesario que se argumente la trascendencia que dicha inadmisión pudo tener sobre la resolución judicial, ya que sólo si se comprobase que el fallo pudo ser otro por la práctica de la omitida, cabría hablar de indefensión⁸.

A diferencia del derecho a la defensa, no se puede considerar que el derecho a probar es un derecho fundamental ni tampoco un derecho ilimitado pero, su ejecución está fuertemente ligada con la presunción de inocencia y el proceso celebrado con todas las garantías⁹. Mientras que la presunción de inocencia tal vez sea el derecho

⁸ STS nº4940/1999 de 9 de Julio de 1999, F.J. 2º; Se pone en manifiesto la premisa básica de que el derecho a emplear los medios de prueba oportunos no es ilimitado en relación a su utilidad, pertinencia y utilidad. Interpretándose la pertinencia como lo concerniente al pleito, mas esa pertinencia válida se convierte en innecesaria cuando ya otros medios probatorios acreditaron aquello que con esa prueba concreta también pretendiese probar. Por lo tanto, no se entraría en indefensión en ese supuesto.

⁹ Como ha afirmado CALDERÓN CUADRADO: *“El derecho a un proceso con todas las garantías intenta salvaguardar la presencia de ciertas instituciones específicas en la ordenación y tramitación de la realidad procesal, de tal forma que su ausencia, la falta de cualquiera de ellas, bien en la configuración legal del modo en que debe realizarse el derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales, bien en la propia actuación de estos últimos, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías”*.

fundamental más desarrollado en el proceso penal, el derecho a un proceso con todas las garantías ha pasado más desapercibido¹⁰.

1.2 Objeto y carga de la prueba.

En la prueba procesal el objeto de prueba lo constituyen los hechos afirmados por las partes, las cuales han de trasladar los mismo desde a realidad donde se producen a la presencia del juez mediante medios de prueba que permitan su comparación con las afirmaciones iniciales de las partes sobre los hechos a probar¹¹. Por lo que la prueba es una actividad esencial del proceso sobre la que se fundamenta la actividad decisoria del Juez penal a través de la sentencia, dentro del debate contradictorio que exige el proceso penal¹².

Brevemente podríamos definir a los medios probatorios como instrumentos de comprobación de dichas alegaciones fácticas, a través de los cuales el objeto de la actividad probatoria se desarrolla y son de dos tipos. Con ello, nos referimos a los hechos y a las máximas de experiencia. Se puede concluir que existen dos tipos de pruebas: las pruebas primarias y las secundarias. Las primeras corresponden a los medios de prueba de hechos puros, mientras que las segundas o también llamadas instrumentales, corresponden a las presunciones.

Como MARTÍNEZ GARCIA trata de esclarecer: *Existen pruebas conocidas como medios de prueba de hechos puros, como la inspección ocular, la prueba documental, la confesión, la testifical, por ejemplo, que aportan información*

¹⁰ Se añade al razonamiento proporcionado por CALDERÓN CUADRADO, que también parece deducirse la imposibilidad de entender lesionado el artículo 24.2 CE ante una posible suma de anomalías en la normativa del proceso o de irregularidades en su propio desenvolvimiento.

¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil. op.cit.*, pág. N° 7. Este autor afirma que no existen diferencias esenciales entre el concepto extrajurídico de la prueba (mera comparación) y el concepto jurídico-procesal (“*afirmaciones instrumentales*”, es decir, medios de prueba) de la misma, sino solamente especialidades en el método de producción.

¹² Consecuencia del principio de dualidad de partes en el proceso penal. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal.* (ROMERO PRADAS, M° Isabel, GONZALEZ CANO, M° Isabel). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. n° 28.

directa al proceso, sin mayor elaboración posterior por parte del tribunal, salvo la propia del procedimiento probatorio a posteriori. Sin embargo, es frecuente que determinados hechos exijan de una prueba pericial posterior para que un profesional aporte su interpretación y conocimiento, por tanto, la pericial no aporta tanto hechos sino como criterios para que el juez valore el grado de certeza de los mismos. Sobre estos criterios o valoraciones profesionales las partes podrán discutir su acierto para confirmar o negar el silogismo que pretende llevar a cabo el órgano judicial. Estos medios son pruebas instrumentales sobre máximas de experiencia¹³.

La regulación de la prueba está referida preferentemente a la actuación de la acusación, puesto que se coloca frente al derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia y, eso introduce un importante condicionamiento de la prueba de cargo¹⁴. Por ende, para obtener una sentencia condenatoria, la acusación debe probar los hechos constitutivos de la responsabilidad penal y civil del acusado, concurriendo todos los elementos del tipo delictivo y participación del acusado, así como los hechos que integran los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal y la apreciación de circunstancias penalmente relevantes.

Por otro lado encontramos la prueba de cargo, que se denomina así a aquella prueba que versa sobre todos los hechos constitutivos de la pretensión punitiva. Hay que hacer referencia sobre el hecho que la regulación de la prueba en el proceso penal está referida de forma preferente a la actuación de la acusación, ya que el acusado goza del derecho fundamental a la presunción de inocencia y esa posición condicionará por tanto, a la carga de la prueba sobre la prueba de cargo¹⁵. La finalidad de la prueba de

¹³ Esta autora también especifica que los medios de prueba que introducen o sirven para probar hechos puros son las siguientes: la confesión, la prueba testifical, la prueba documental y la inspección ocular. Ya que todos estos hechos le llegan al tribunal por la vía oral o escrita con el fin de ser convenido y elaborar su propio juicio fáctico. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La prueba. Tomo II. La prueba en el...* op. cit. Pág. N° 28.

¹⁴ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal...* op. cit., pág. n° 417

¹⁵ La interpretación de la prueba tendrá como resultado la referencia de la misma a un hecho que no es directamente determinante de la culpabilidad del acusado, por lo que, en principio, la actividad probatoria de que se trate no podrá ser considerada, por sí sola, prueba “de cargo”.

cargo se basa en la exigencia para que pueda dictarse una sentencia condenatoria debe haberse practicado en el juicio una o varias pruebas de gran consistencia y convicción para el juez que evidencien la culpabilidad del acusado, sin que pueda ser condenado por pruebas endebles o vagas¹⁶.

Para obtener una sentencia condenatoria, la acusación debe probar los hechos constitutivos de responsabilidad penal y civil del acusado, es decir, la existencia de todos los elementos del tipo delictivo y de la participación del acusado, los hechos que integran los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal del que se trate, los que determinen la apreciación de circunstancias penalmente relevantes y los relativos a la participación en tales hechos del acusado. Si no se produce actividad probatoria de cargo, el derecho fundamental a la presunción de inocencia provoca que no se pueda alcanzar la condena¹⁷. Por lo tanto, la carga de la prueba de los hechos constitutivos recae íntegramente sobre el acusador, y a él perjudica la falta de prueba pues se encontrará con una sentencia desfavorable para su pretensión, y el acusado puede limitarse a esperar el fracaso de la acusación, porque no se haya probado o porque se mantuviera la duda¹⁸.

A su misma vez, el acusado puede emplear pruebas de descargo que se basan en introducir afirmaciones sobre los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes y, a partir de las mismas, proponer y practicar prueba sobre ellas y negar los hechos constitutivos planteados por la acusación. Con las pruebas de descargo se pueden

¹⁶ Por dicho motivo, en el orden jurisdiccional penal se suele alegar como principal motivo de los recursos de apelación o casación el error en la valoración de la prueba, alegando que no ha existido prueba de cargo y que en consecuencia no se ha destruido la presunción de inocencia. RIFA SOLER, José María. *El proceso penal práctico*. (RICHARD GONZÁLEZ, Manuel). La Ley Actualidad, Madrid, 2017.

¹⁷ Asimismo, si la prueba practicada fuera insuficiente y no se hubiera obtenido una certeza más allá de la duda razonable, a pesar de existir prueba de cargo y en aplicación del principio in dubio pro reo habría que dictar también una sentencia absolutoria.

¹⁸ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal...* op. cit., pág. n° 417

desvirtuar las pruebas de cargo, crear incertidumbre sobre los hechos al juez o enfrentarse a la acusación en lo que respecta a su responsabilidad o participación¹⁹.

1.3. Menciones de la prueba preconstituida y prueba anticipada.

La prueba preconstituida y la prueba anticipada guardan una importante relación entre ellas porque coinciden en que se trata de una forma de práctica de las pruebas con antelación a su momento natural; el juicio oral. Por un lado tenemos la prueba constituida que emana de la incorporación de la actividad instructora al juicio oral y, por otro lado encontramos la prueba anticipada que resulta una alteración del momento en que debieren practicarse las pruebas por diversas razones en caso de que estas no puedan practicarse en el juicio oral.

Podemos entender como la prueba preconstituida como la fuente de prueba que tiene por objeto dejar constancia de un hecho, acto, negocio, etc., para su utilización en el futuro²⁰. Con la intención de perpetuar esta información, en caso de ser hábil para dar a conocer algo que sucedió en el pasado²¹. En la prueba preconstituida nos encontraremos en una de las siguientes situaciones:

- Que la prueba se halle disponible para ser aportada como medio de prueba y será por lo tanto, propuesta y practicada en ese momento temporal, como por ejemplo, en casos de prueba documental.

¹⁹ También es posible que el acusado las emplee para acreditar su inocencia. La alegación de estos hechos no genera carga probatoria para el acusado, sin embargo, si se presenta una alegación y no se prueba, y resultan probados los hechos constitutivos, se dictará una sentencia condenatoria.

²⁰ Se trata, por tanto, de supuestos que agotan en la realización de la diligencia correspondiente de instrucción con la consecuencia de ser imposible, difícil o inútil su práctica o repetición en el acto del juicio oral. En estos casos deberá permitirse siempre que las partes puedan intervenir; entre los supuestos típicos de prueba preconstituida se halla la de la prueba pericial.

²¹ Es decir, a prueba anticipada se fundamenta en la previsión de imposibilidad de llevar al acto de juicio oral determinados medios de prueba, en especial la testifical. Previsión fundada en distintas razones que atienden básicamente a supuestos de enfermedad o ausencia del lugar donde se celebre el juicio. ABEL LLUCH, Xavier. *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*. (RICHARD GONZALEZ, Manuel). La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010. Pág. nº 155.

- También puede darse que la prueba resulte indisponible en dicho momento procesal; porque su naturaleza es propia de instrucción, o ya porque de forma previsible o imprevisible²² esa prueba no se pueda aportar por no cumplir con los principios de inmediación y concentración.

Una de las problemáticas de este método de práctica de la prueba resulta de cuando se pretenda introducir diligencias de instrucción para que sean utilizadas por el juez que vaya a dictar sentencia como prueba, sin haber cumplido o sin poder cumplir con los principios de inmediación, publicidad y concentración. Sobre estas hay que atender a la necesidad, a su disponibilidad pero hay que tener en cuenta también las garantías con las que se han obtenido y consecuentemente, será necesario ante todo no vulnerar los derechos del acusado pero sin despreciar la defensa de los bienes jurídicos que se ventilan en el proceso penal, aplicando el legislador una serie de requisitos a estas pruebas para poder ser empleadas²³.

Sobre la prueba anticipada entendemos que la proposición de la prueba forma parte del contenido de los escritos de calificación, pero este no supone un rígido plazo preclusivo para proponerla; aparte de las facultades del Tribunal para ordenar la prueba de oficio, en el comienzo de las sesiones del juicio oral en el proceso abreviado pueden las partes proponer prueba que pueda practicarse en el acto, como establece el artículo 786.2 LECrim, y desde luego el acusado y el responsable civil que no hubieran

²²El autor GUZMÁN FLUJA menciona que cuando la falta de disponibilidad de la fuente de prueba para el momento del juicio oral es previsible, habrá de extremar los requisitos de la preconstitución probatoria. Para que la fuente de prueba se obtenga y conserve con las garantías propias del juicio oral, en la forma y en el fondo, de tal forma, que la información relevante que contenga pueda utilizarse en el futuro despejando cualquier duda en el procedimiento de su adquisición y de su contenido.

²³ Como alguno de los ejemplos regulados, procederían a realizarse de forma anticipada; art. 448 LECrim se permite que en el Sumario ordinario el Juez acuerde la prueba testifical un día antes de realizarse el juicio oral cuando este manifestase su imposibilidad de concurrir en el acto. El art. 657.III LECrim prevé que pueda anticiparse otros medios de prueba en caso de que no pudiera realizarse en el juicio oral. El art. 777.2 LECrim prevé para el procedimiento abreviado el practicar la prueba en instrucción en el caso de que por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión.

presentado escrito de defensa podrán proponer prueba antes del inicio del juicio o en ese momento (art. 784.1.III LECrim).

En relación a la prueba anticipada, cuando la pidan las partes por temor a que por cualquier causa la prueba no pueda practicarse en el juicio oral o pudieran motivar su suspensión (art. 781.1.III y 784.2 LECrim), se podrá acordar por el órgano decisor la práctica de ese medio probatorio con anterioridad del juicio, con la citación de todas las partes para no vulnerar el principio de contradicción.

Concretamente, en la prueba anticipada de testigos supone la declaración realizada por este durante la instrucción y aunque debería tener como única finalidad la de preparar el juicio oral, la Ley ha entendido que cuando por contingencias que se den en la salud o la actividad de un testigo resultara imposible hacerle comparecer ante el órgano del enjuiciamiento como menciona el artículo 448 LECrim, para no tener que encontrarse con la situación de no poder acceder a un importante medio probatorio y con la privación de contar con él la parte a quien beneficiase el testimonio, se le recibe declaración por el instructor con las garantías de contradicción y la presencia judicial²⁴.

La declaración testifical anticipada es el supuesto de prueba anticipada que la ley regula cómo debe procederse a fin de que los resultados probatorios obtenidos puedan valorarse en el juicio oral mediante la lectura y la contradicción, en su caso, de las declaraciones obtenidas. Una especialidad de este tipo de prueba se ha introducido en la STS de 10 de marzo de 2009²⁵, que considera que la protección del interés de una menor, víctima de un delito de abusos sexuales, debe incluirse dentro de los supuestos de imposibilidad de declarar y comparecer ante el tribunal sentenciador, cuando

²⁴ Dicha declaración anticipada, además, deberá documentarse o bien en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, o bien mediante acta que contendrá las declaraciones del testigo junto a las contestaciones de las preguntas y será firmada por todos los asistentes.

²⁵ STS de 10 de marzo de 2009: *“la idea de imposibilidad es la clave porque constituye el fundamento básico justificante de la preconstitución de la prueba, y está presente tanto en los supuestos concretos del art. 448 de la LECrim, en el procedimiento ordinario, como en la genérica previsión del art. 777 de la LECrim en el procedimiento de urgencia”*.

hubieren graves consecuencias para su integridad psíquica y moral para evitar su victimización procesal²⁶.

Por lo que difieren, normalmente, difieren en que la prueba preconstituida se practica, generalmente, durante la fase sumarial, a sabiendas de que no podrá practicarse en el juicio oral; y la prueba anticipada, se practica cuando ya se ha abierto formalmente la fase de juicio oral, aunque con antelación a sus sesiones de vista.

2. Los principios esenciales de la actividad probatoria.

La actividad probatoria requiere el planteamiento de unos principios esenciales que están vinculados intrínsecamente a la existencia del proceso y que sirven como un sustento para las garantías del mismo que, a su misma vez, permiten elevar la condición de derechos de los sujetos.

Como BARONA VILAR plantea²⁷, se pueden diferenciar dos tipos de estructuras básicas respecto a los principios de la actividad probatoria en relación a los elementos nucleares de la prueba; por una parte encontraríamos aquellos *principios esenciales y básicos* que permiten configurar la prueba y otorgar los fundamentos a la misma. Por otro lado, encontraríamos los *principios que inspiran el desarrollo de la práctica probatoria* y que igualmente adquieren ese status jurídico de derechos de las

²⁶ ABEL LLUCH considera que solamente en casos de circunstancias excepcionales, que pusieran en riesgo la salud psíquica y moral de la menor o por razón de su edad, personalidad o formación, puede estar justificado prescindir de las reglas generales sobre prueba y acudir a la prueba anticipada. En cuyo sentido se pronuncia el voto particular de la sentencia de 10 de marzo de 2009, anteriormente citado. ABEL LLUCH, Xavier. *Estudios sobre prueba penal. Volumen I...* Op. cit. Pág. n° 157.

²⁷ La finalidad de los primeros mencionados sería la materialización de una serie de elementos de pruebas como tal, mientras que la finalidad de los segundos persigue el derecho al proceso con todas las garantías y del derecho de defensa, evitando la indefensión. BARONA VILAR, Silvia. *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal.* (ROMERO PRADAS, M° Isabel, GONZALEZ CANO, M° Isabel). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Pág n° 103

partes, dado que su respeto es garantía para las partes y comporta una afectación de esos derechos²⁸.

2.1 Principios que afectan a la prueba en relación al acto del proceso.

2.1.1. Principio de contradicción.

El primero de los principios que debe regir la actividad probatoria es el *principio de contradicción* estrechamente vinculado con el *principio de dualidad de partes*. La prueba ha de practicarse de acuerdo con el principio de contradicción, lo cual implica el respeto a una serie de reglas básicas de defensa como son la posibilidad de presencia y de intervención del imputado en la actividad probatoria, la información sobre sus derechos y que la actividad probatoria se desarrolle con respeto al derecho a la asistencia de letrado²⁹. Además, la contradicción debe existir tanto en la identificación del material probatorio, como en el control en la formación de las pruebas y en el debate procesal sobre las mismas, pues la prueba no se puede obtener unilateralmente, sino respetando la confrontación dialéctica de las partes³⁰.

En relación a la contradicción que reside en los medios de prueba, los podemos diferenciar en varias categorías: en primer lugar, se considera suficiente contradicción

²⁸ Siguiendo al respecto a MONTERO AROCA, cabría diferenciar entre principios del proceso (que son y afectan a la prueba) y las reglas conformadoras del desarrollo del proceso o de partes del mismo. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

²⁹ El autor MONTERO AROCA define el principio de contradicción en el mismo sentido, como un “*derecho con rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, y para ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial*”.

³⁰ Pero el respeto a la contradicción supone también el derecho del acusado de confrontarse con los acusadores, con los testigos y con cualquier persona que rinda declaración inculpatória contra él, incluidos por tanto los coimputados, pues si no han podido ser sometidas al contradictorio la prueba no puede ser utilizada. MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios. Vol. III, La fase intermedia, la prueba, conclusiones, el juicio oral, sentencia y cosa juzgada*. (COQUILLAT VICENTE, Angela, DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, JUANES PECES, Ángel, DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio). Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. nº 2121.

por el TEDH la realizada en la fase de instrucción si no pudo realizarse en el juicio oral pero, se exige que por lo menos hubiere existido contradictorio sobre la fuente de prueba, en su formación o en su adquisición, aunque no impide con carácter general la utilización de las declaraciones, pero sin la garantía del contradictorio no pueden servir como fundamento, exclusivo o prevalente, de la condena³¹.

En las pruebas que consisten en la declaración de conocimiento de una persona física debe exigirse necesariamente que en al menos en una ocasión la declaración haya estado sometida a contradicción efectiva, real, adecuada, suficiente, que habrá de producir normal y preferiblemente en el momento del juicio oral, y sólo excepcionalmente en un momento anterior.

Al apreciar las pruebas materiales, es decir, las que conforman el cuerpo del delito como los instrumentos, piezas de convicción, así como huellas, documentos o material obtenido de intervención de comunicaciones, entradas, registros, etc, será necesario diferenciar según que en el momento de adquisición de la fuente de prueba fuera posible o no el contradictorio³².

2.1.2. Principio de dualidad de partes.

En el proceso penal es imprescindible la presencia de dos partes contrapuestas; acusación y defensa, para que se pueda desplegar la actividad probatoria, ya que de lo contrario nos encontraríamos con un modelo no procesal en la que nos encontraríamos

³¹ En la STS 867/2010, de 21 de octubre, se ha reconocido al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso, en relación con la STC 155/2002, de 22 de julio. Por lo que este principio encuentra su sustento constitucional en el artículo 24.1, al prohibir la indefensión, y en el art. 24.2, al referirse al derecho a un proceso con todas las garantías.

³² Ya que si nos encontrásemos en el caso de que no se ha formulado imputación, carecería de sentido reclamar respeto por el principio de contradicción al no existir aún a quien pueda oponerse; pero desde el momento en que existe un investigado se le ha de dar intervención en la diligencia, y, en todo caso, la utilización de esas fuentes de prueba en el juicio exige como mínimo que las partes puedan intervenir, discutir, y eventualmente deducir otras pruebas antes de la sentencia. MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia...* op. cit. Pág. nº 2121.

en un proceso con una única parte activa en la que no se garantizaría dicho *principio de dualidad de partes*.

La dualidad de posiciones que se exige como principio estructural tiene unas connotaciones diferentes en un proceso penal respecto al proceso civil³³, por otro lado, en el lado pasivo, el acusador puede ser uno o varios, y su afectación al proceso como sujeto pasivo puede ser por calidad y cantidad distinta, a saber, por hechos que afectan a diversa participación y grado de participación. Y va a ser inevitable que la defensa pueda sostener argumentos fácticos diversos y medios de prueba también diversos siempre y cuando, sean adecuados, oportunos y pertinentes para garantizar no solo el ejercicio del derecho de defensa, sino el fin del último pretendido, que es la absolución.

Es importante hacer hincapié a la posibilidad de que hayan varios sujetos tanto en una parte como en la otra, pudiendo ser diversas las perspectivas que se presenten por cada uno de los sujetos que pueden intervenir en el proceso penal y con este principio se trata de respetar la legitimación concedida a la pluralidad de sujetos que necesariamente deberán estar ubicados procesalmente en la posición de quien pide, es decir, la acusación o, por otro lado, frente a quién se pide; los acusados³⁴. Ya que se va a plasmar en la realidad en la práctica de la prueba; en el momento de proposición de la prueba y deberá garantizarse la participación de la actividad probatoria a ambas partes, así como el grado de participación que quieran asumir las partes en ellas.

2.1.3. Principio de igualdad.

³³ Ya que en un proceso penal la acusación no solo la tiene el Ministerio Fiscal, sino que pueden intervenir también el acusador particular y el acusador popular; en algunos casos no siendo una acusación conjunta que diera lugar a un litisconsorcio, por lo que cada uno de los acusadores van a poder alegar hechos y por lo tanto, proponer medios de prueba diversos en la conformación misma del proceso.

³⁴ En suma, este principio de dualidad de posiciones, con posibilidad de pluralidad de sujetos en un lado u otro del proceso, es esencial en el marco del desarrollo de la actividad probatoria, a efectos de entender que son todos de forma individual, y *no entendida su participación como litisconsorcio necesario*, los que van a poder proponer prueba y participar en la actividad probatoria, como consecuencia de la existencia del proceso penal en el que se respetan sus derechos como parte que son (posición acusadora o acusada), desde la profunda exigencia de contradicción y de la puesta en práctica del principio de igualdad procesal. BARONA VILAR, Silvia. *La prueba. Tomo II. La prueba...* op. cit. Pág. n° 105

El principio de igualdad guarda relación con el principio de contradicción al estipular que hay que otorgar los mismos derechos, las mismas posibilidades así como las mismas cargas a las partes para que una de ellas no guarde relación privilegiada en contra de la otra. Este principio se ve reflejado en el 14 CE donde se consagra la igualdad de todos; *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*, y en relación al art. 24 CE también se garantiza dicha igualdad respecto al proceso penal. Siendo la norma procesal la que otorgue un trato igual a las partes del proceso, reflejo del derecho de igualdad de los ciudadanos ante la ley³⁵.

El principio de igualdad se presenta como un elemento más del reconocido derecho a la tutela efectiva otorgada por los juzgados y tribunales, a la prohibición de indefensión, al derecho de defensa y al proceso con todas las garantías. Por ello, el Tribunal Constitucional ha incorporado este principio como un derecho fundamental que lleva a la necesidad de que los órganos jurisdiccionales fomenten el debate procesal y lo promuevan en condiciones tales que permitan respetar la contradicción e igualdad de la acusación y la defensa a lo largo de todo el proceso penal³⁶.

2.2 Principios en relación a la actuación de los sujetos en el proceso.

2.2.1. Principio de oralidad.

³⁵ Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado el principio de igualdad como exigencia, pronunciándose en dicho sentido que La Corte entiende que, según el principio de la igualdad de armas, como una de las características del concepto más amplio de un juicio justo, cada parte debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no lo pongan en desventaja frente a la otra. EGMR, Bulut v. Austria, 22 de febrero de 1996 (17358/90). Öcalan v. Turkey, 12 de mayo de 2005 (46221/90). Entre otras.

³⁶ En este sentido, STS 323/2013, de 23 de abril: *Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba..., y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta ...que sean iguales en garantías, pues si son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que 'el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso.*

Los principios de concentración procesal, publicidad y oralidad están fuertemente ligados los unos a los otros ya que la norma general de la unidad de acto con el que se celebra el juicio oral y en consecuencia, donde se promueve y practica la prueba, estos principios son una exigencia inexcusable en el proceso del acto probatorio junto con el principio de publicidad. Ambas ideas están consagradas en el art. 120.1 y 120.2 de la Constitución Española:

120.1. “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento³⁷”.

120.2. “El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

La finalidad de que el juicio oral sea público, oral y concentrado trata de que en una sesión o en varias consecutivas se finalice el debate y se obtenga una resolución. Asimismo, también responde a que por razones técnicas y derivado de la propia esencia y naturaleza de la actividad probatoria se lleve de una forma oral ya que, en las pruebas personales como son las declaraciones por parte de un testigo o un perito deben realizarse oralmente para ser apreciadas por el juez o tribunal y estas, se realizaran en un solo acto o de lo contrario habrá que acudir a una audición o visionado de lo sucedido para no caer en posibles contradicciones porque se difumine la información en la memoria de dichos individuos.

En el proceso penal el juicio es completamente oral, por lo que respecto a la práctica de la prueba, salvo por las cuales por su propia naturaleza no admiten palabra; como sucedería, por ejemplo, con la inspección ocular o con el examen del cuerpo del delito, de los instrumentos y efectos del mismo y de las piezas de convicción, o con los documentos. En estos casos, el juzgador examinará por sí la fuente de prueba, que le llegaría por el sentido de la vista por lo general, y no por el oído (art. 726), pero eso no

³⁷ Mientras que la fase de instrucción se prevé como una fase en la que predomina el principio de escritura, para lo que nos atañe en la fase oral en la que se lleva a cabo la actividad probatoria, predomina el principio de oralidad.

supone que se pueda excluir el debate procesal sobre la prueba o el documento, como es natural³⁸.

2.2.2. Principio de inmediación.

Como se ha estipulado anteriormente, la actividad probatoria debe comportar la oralidad, concentración y publicidad del mismo y en definitiva, también va a exigir que se produzca con inmediación judicial. En el mismo sentido se sitúa la STC 175/1985 en su 4ª fundamento jurídico; *La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto de juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el art. 24.2 de la CE, derechos que se traducen en la legalidad vigente, en los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que rigen en el proceso penal, reflejados entre otros, en el art.741 LECrim*³⁹.

El principio de inmediación probatoria debe entenderse desde dos puntos de vista diferentes según el jurista GOLDSCHMIDT: el punto de vista subjetivo o formal y por otro lado, el objetivo o material. El primero de ellos, el punto de vista subjetivo, trata de garantizar que el Juez o Tribunal entre en contacto de la manera más directa posible con las fuentes de prueba, percibiéndolas por sí mismo, para lo cual es imprescindible su presencia continuada en la práctica de los medios de prueba. Desde el punto de vista objetivo, el principio de inmediación garantiza que el juez adquiera su convicción de acuerdo con la hipótesis más aceptable tomando en consideración las

³⁸ Para permitir el debate, cuando se trata de documentos, debe seguirse el trámite de lectura pública del art. 730 LECrim; *Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.* MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia...* op. cit.

³⁹ En este fundamento jurídico se hace sobretodo referencia al primer párrafo del art. 741 LECrim que en referencia al principio de dualidad de partes y el principio de inmediación estipula lo siguiente: *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.*

pruebas, con base en las que guarden una relación más estrecha con la afirmación de hecho a probar.

El principio de inmediación es la base del juicio oral y de la prueba que se practica en él, de modo que sólo podrá dictar la sentencia el Juez o Magistrado que haya presenciado efectivamente la prueba en el juicio oral como ya se ha visto en el mencionado art. 741 LECrim⁴⁰. Asimismo, cuando el Juez o Magistrado fuese trasladado o jubilado, de igual forma redactará y firmará las sentencias a cuya vista hubiera asistido conforme el art. 256 LOPJ⁴¹.

2.2.3. Principio de concentración.

Como ya se ha ido mencionando en los principios anteriores, la actividad probatoria debe realizarse siempre que sea posible en un solo acto para que en el caso de la testifical, no se difumine en la memoria de los testigos la situación acontecida. Por dicho motivo, la prueba se ha de realizar de forma concentrada y en todo caso, si la suspensión de un juicio se prolongase indefinidamente o por un periodo de tiempo demasiado largo⁴²; el mismo debería celebrarse de nuevo, anulando la parte ya celebrada como se estipula en el art. 749 LECrim. Atendiendo también que, la prueba que se practicase anticipadamente se exceptuaría de este principio de concentración por la propia naturaleza de la misma.

⁴⁰ Es importante entender que esta norma general no admite ningún tipo de excepción ya que, si la prueba es una actividad que pretende obtener el convencimiento del Juez, su presencia física durante todo el tiempo que dure el juicio resulta imprescindible, por ello, la Ley estipula que si un magistrado enfermase deberá suspenderse el juicio de acuerdo al art. 746.4º.

⁴¹ Y si el Juez o Magistrado que asistió al juicio se impidiera antes de votar o antes de redactar la sentencia, entonces deberá verse de nuevo el asunto conforme al art. 258 LOPJ: *Cuando no hubiere votos (...) se verá de nuevo el asunto, sustituyéndose el impedido, separado o suspenso (...), y lo mismo sucedería en caso de que un Magistrado del Tribunal es sustituido (art. 788.1 LOPJ).*

⁴² En casos excepcionales se levantará suspensión del proceso, cuyo plazo de suspensión máximo en el que permanecerán válidas las actuaciones será de 30 días, tal y como menciona el art. 788.1 LECrim: *(...) Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del artículo 746, conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal en el caso del número 4 de dicho artículo (...).*

2.2.4. Principio de publicidad y sus posibles excepciones.

La publicidad supone una garantía que no solamente se encuentra regulada en el artículo 680 LECrim: *Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente*⁴³, sino que también constituye una garantía constitucional reconocido en el artículo 120.1 CE; “*Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*”, siendo una manifestación del artículo 24.2 CE que mencionado en anteriores ocasiones, exige el derecho a un proceso público.

Podemos deducir entonces, que en el art. 680 LECrim se establece que no hay oralidad en un proceso donde no haya publicidad; y su justificación se halla en el hecho de que sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad real y con ella el funcionamiento eficaz de la justicia⁴⁴. El fundamento del principio de publicidad se centra en la idea de la participación en el proceso penal, así como el control de la justicia por parte de la sociedad, por lo que, se entiende que en un proceso penal se están reprochando conductas que son las más gravosas para la sociedad en su conjunto y de su interés social⁴⁵.

De forma práctica, esta publicidad se proyecta en el acceso de los medios de comunicación gráfica a las sesiones de la vista oral, que ha planteado debate en torno al empleo de cámaras de captación de imágenes y sonido. Cuestionada la decisión de la

⁴³ En el artículo 681.1 LECrim se establece que el Juez o Tribunal podrá acordar tanto de oficio como a instancia de cualquiera de las partes que alguno de los actos o sesiones del juicio se realicen a puerta cerrada, estableciendo una excepción al principio de publicidad. Asimismo, deberá establecerse que dichos actos o sesiones serán a puerta cerrada por protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en el mismo art. 681.1 establece una serie de ejemplos que no serán en ningún momento, concreción de una lista cerrada.

⁴⁴ BARONA VILAR reitera que un proceso penal pertenece a “lo público” y es por ello que la publicidad se convierte en una herramienta de garantía de los que están y participan en el propio proceso, amén del público en general, de la sociedad y por supuesto; es uno de los derechos de los acusados. BARONA VILAR, Silvia. *La prueba. Tomo II. La prueba...* op. cit. Pág. nº 107

⁴⁵ El control social con una vinculación a un significado político, se relaciona en cuanto al derecho de defensa del acusado en cuanto se le protege de una justicia arbitraria, oscura y secreta. Derecho que le permitiría en caso de vulneración, ser protegido a través del amparo.

Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, del Consejo General del Poder Judicial y de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que mantenían que el acceso a las vistas orales debe quedar condicionado en cada caso por acuerdo del Presidente de Sala, el Tribunal Constitucional ha mantenido que es contrario al ejercicio del derecho de información el condicionarlo a la posible autorización previa, no siendo éste un derecho absoluto, sino que serán las referidas circunstancias las que concurran las que lleven a fundamentar las restricciones. Por lo que supone que, bien controlado, esta posibilidad de intervención de los medios de comunicación es una manifestación esencial de la publicidad real, aquella que se predica no en relación con las partes en su posición contradictoria, sino respecto al público en general.

Como el artículo 680 ha mencionado, el artículo 681 establece una excepción del principio de publicidad, pudiéndose realizar sesiones a puerta cerrada por una serie de motivos, siempre que según lo dispuesto en el artículo 707 LECrim el Ministerio Fiscal no sea una de las partes ya que no le será aplicable, así como a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores. En todo caso, la celebración de las sesiones a puerta cerrada deberá respetar las siguientes condiciones:

I. Fundamento de la realización de estas sesiones por seguridad, orden público y la protección de derechos y libertades. El Tribunal Constitucional ha consolidado unas condiciones a efectos de poder excepcionar la publicidad, tales como:

- Que la causa esté establecida.
- Que dicha resolución fuera motivada, independientemente⁴⁶ si fuera de oficio o por petición de los acusadores.

⁴⁶ La decisión se adoptaría por el magistrado si es un órgano unipersonal, en cambio, si el órgano es colegiado, el Presidente deberá consultar al tribunal y también al jurado si este interviniera, tal y como dispone el artículo 43 LOTJ. Y previa deliberación en silencio, se acordará lo oportuno mediante auto motivado en las razones que lo fundamente, siendo irrecurrible. Dicha decisión se hará pública a los que se hallen en el lugar en que se celebra la vista. El acuerdo se hará efectivo de forma inmediata y la decisión no se hace extensiva a las partes ni a sus defensores, salvo que deban ser expulsados de la Sala por su conducta alterando el orden como se menciona en el artículo 687 LECrim.

- Que la medida se presente como necesaria y proporcional con el fin que se persigue.
- Que la limitación de la publicidad⁴⁷ se aplique con la finalidad que ha sido prevista.

II. El Juez o Tribunal podrá previa audiencia de las partes, restringir la presencia de los medios audiovisuales en las sesiones de juicio o prohibir que se graben todas o algunas de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones, derechos fundamentales de las partes y los demás intervinientes así como dispone el artículo 682 LECrim.

3. La prueba testifical.

3.1 Concepto.

Las alegaciones por testigos pueden aparecer en el proceso penal a través de actos o diligencias de investigación en la fase de instrucción, con el fin de preparar el juicio y estableciendo elementos básicos para preparar la defensa y la acusación de las partes. Pero en el juicio oral, también aparecen pero esta vez como medio de prueba⁴⁸ y siempre propuesto por alguna de las partes y practicados en la sede de tribunal que deba dictar la sentencia.

La prueba testifical consiste en que un tercero preste oralmente una declaración de conocimiento sobre los hechos relevantes para la causa, se pretende lograr la

⁴⁷ Como estipula el artículo 232.2 LOPJ, la limitación de la publicidad puede no ser total sino que puede ser parcial y en relación solo con determinadas actuaciones.

⁴⁸ Según RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El testimonio aparece como uno de los medios de prueba más idóneos en el proceso penal, por razón de la fenomenología del delito y por la absoluta libertad del interrogatorio de viva voz en el acto de juicio oral (...)* en *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 2000. Pág. nº 226. En relación a que en otros procesos, como sería el proceso civil, la prueba de testigos no tendría tanto peso porque hay otros medios de prueba que esclarecerían con mayor importancia, como la prueba documental. Sin embargo, por la propia naturaleza de la comisión de ciertos delitos, en el proceso penal la prueba de testigos logra tener un papel más relevante.

convicción del juzgador en relación con la materia sobre la que se declara⁴⁹, de acuerdo con lo manifestado por el testigo⁵⁰. Debemos entender este medio probatorio a partir de dos características:

- A. Por ser una consecuencia natural del uso de la palabra hablada como forma de comunicación entre los hombres, el testimonio es un medio de prueba pudiéndose considerar “*el más antiguo junto con la confesión*”⁵¹. La posterior aparición de nuevos tipos de prueba con pretensiones de mayor eficacia conviccional como la documental, la pericial, etcétera, no ha ocasionado una limitación sustancial en el uso del testimonio, que sigue siendo una prueba de uso común en los procesos penales⁵².
- B. Se tiene por fundamento probatorio del testimonio; la experiencia, la cual muestra que el hombre, por regla general, percibe y narra la verdad, y sólo por excepción se engaña o miente. Pero esta afirmación ha sido contradicha, señalándose que “*una tal presunción sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mentaz, no sólo cuando tiene directo interés de serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pueda favorecer o perjudicar a otros*”⁵³.

⁴⁹ Así, DE URBANO CASTRILLO, E.: *La específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla y, muy concretamente la de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”*. *El principio de contradicción en el proceso penal*. La Ley, n° 2. 2002. Pág. n° 1714.

⁵⁰ Como MORENO CATENA, Víctor, destaca en algunas de sus obras (*Derecho procesal... op. cit.*, pág. N° 441, *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia... op. cit.*), la prueba de testigos representa uno de los medio de prueba esenciales en nuestro proceso penal, cuando la confesión, la declaración del acusado, ha perdido su condición de *regina probatorum* (prueba de confesión expresa) que había tenido en el desarrollo de procesal penal inquisitivo.

⁵¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Tratado general de la prueba judicial. Tomo III*. Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, 1972. Pág n° 23.

⁵² Es algo comúnmente admitido que la prueba testifical es el medio probatorio de mayor importancia en el proceso penal, de manera que “*mientras que el proceso civil es el reino del documento, el proceso penal lo es del testimonio*”. ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Derecho procesal penal*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pág. n° 492.

Para entender más bien la testifical, tenemos que tener en cuenta que lo que aprendemos, lo aprendemos o por nuestras percepciones o por lo que otros nos refieren. Esta diferenciación hace que, en el primer supuesto el conocimiento surge del propio objeto en cuestión, proporcionándonos conocimientos e información; este modo de conocer es la llamada intrínseca. Sin embargo, es extrínseca aquella prueba y modo que nos ofrece el conocimiento del objeto pero no por sí mismo, no por la realidad de la cosa, sino más bien por la autoridad de la persona. Por lo que, la prueba intrínseca es siempre real, porque debe radica en el objeto mientras que la extrínseca es personal ya que consiste en un dicho; los dichos son propios de las personas, como sería el caso de la prueba de testigos⁵⁴.

La regulación de este medio de prueba se contiene, por un lado; de su aplicación común en las que se encuentran las disposiciones relativas al procedimiento por delitos graves, comprendidos entre el artículo 701 a 722 LECrim. Por otra parte, en las disposiciones concretas previstas, se regula el procedimiento abreviado y para el procedimiento por jurado como veremos más adelante cuando se trate sobre el procedimiento de una forma más exhaustiva.

3.2. El testigo.

El testigo, según define MORENO CATENA, es una persona física, ajena al proceso, citada por el órgano judicial para que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y constancia de la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su

⁵³ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal. Tomo III*. Ediciones Jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1952. Pág. n° 247.

⁵⁴ ELLERO, Pietro: *El criterio extrínseco de certeza es sin duda secundario y, por decirlo así, supletorio del otro, cuando, no pudiendo convencernos por nosotros mismos, tenemos que recurrir a los que otros saben; en este caso el único fundamento de nuestra fe es la veracidad supuesta en aquellos a quienes escuchamos. De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba material penal*. Reus SA, Madrid, 1980. Pág. n° 109.

calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un status procesal propio⁵⁵.

Por lo tanto, se tendrá cualidad de testigo, entendida esta misma como la posición jurídica con efectos procesales, desde la citación judicial con las formalidades prescritas en la LECrim en su artículo 410: *Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuando supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.* Y en los casos de urgencia podría admitirse la citación verbal tal y sin requerir la cédula de emplazamiento, como estipula el artículo 430⁵⁶.

En ese sentido, se expone en la Sentencia TS nº 667/2008, de 5 noviembre: *El testigo es un instrumento de prueba y siendo persona física es un instrumento vivo, inteligente y autónomo. Todo ello le hace superior a otros medios probatorios, pero a su vez adolece de la seguridad y precisión que reportan aquellos que han podido ser contrastados y sujetos a experiencias empíricas. Por tanto, debe tomarse tal como es, si bien para poder otorgarle valor, o más precisamente para valorarlo justamente, debemos averiguar todas las circunstancias que han influido en su adquisición de conocimiento y también las que pueden afectar a su reproducción, lo que dará una pista de sus inexactitudes y apuntará sobre la confianza que debe merecer.*

Uno de los requerimientos para que el individuo sea testigo es que ha de ser ajeno a los derechos que se ventilan en el proceso penal, lo que impide asumir esta condición tanto al juez llamado a intervenir en el procedimiento. Como VICENTE Y

⁵⁵ MORENO CATENA también recalca que las declaraciones testificales son un medio probatorio con una fiabilidad sólo relativa al tener un carácter subjetivo y por eso, resultan cuestionables sus conclusiones con cierto fundamento. Y el conocimiento que los testigos adquieren suele ser circunstancial y fugaz, ya que los testigos no están prestando suficiente atención a los hechos aconteciendo a su alrededor.

⁵⁶ Y no hay que entender que se produce por la sola circunstancia de conocer los hechos, que carece de todo efecto jurídico y tampoco con la posterioridad de la vocación judicial, porque la falta de comparecencia de quien ya es testigo puede llevar al procesamiento por el delito de denegación de auxilio respecto de peritos y testigos contemplado en el artículo 420 CP.

CARAVANTES menciona, si el juez sabe de circunstancias útiles para investigación o para la resolución del proceso, deberá quitarse la toga, prestar juramento o promesa y someterse a los interrogatorios, convirtiéndose en testigo del proceso y absteniéndose de actuar en él como juez, debido a la incompatibilidad de ambas posturas⁵⁷. Asimismo se prevé que las partes acusadas tampoco puedan ser testigos porque, su posición procesal, el régimen de su declaración y sus deberes son distintos a los de los testigos.

Ahora bien, como considera ELLERO PIETRO en su obra; *No todos los testimonios tienen igual valor: los hay que no tienen ninguno, ocurriendo que el valor aumenta o disminuye, según que aquéllos se hallan o no adornados de requisitos en virtud que parecen ser fidedignos*⁵⁸. Por lo que podemos llegar a la conclusión de que el testigo ideal, dejando a un lado los prejuicios, reuniría los siguientes requisitos:

- A.** Está en el uso de su razón, en cuanto puede aplicar un juicio de valor a su propio testimonio.
- B.** Cuenta con los sentidos aptos para percibir las cosas que en su declaración relata.
- C.** Conocimiento o certidumbre siendo integra y circunstancialmente aplicable a su testimonio expuesto en juicio.
- D.** Por último y no menos importante, No tiene interés en mentir, por lo cual, todos los demás requisitos que de ordinario se exigen no son más que simples formalidades a tener en cuenta.

⁵⁷ Esta postura también la mantiene el legislador cuando en los artículos 219.6º LOPJ y 54 LECrim establecen como causa de abstención o de recusación la intervención de jueces o magistrados como testigos en el proceso, así como también afectaría al representante del Ministerio Fiscal cuando concurran en él las mismas causas prevenidas para los jueces y magistrados (art. 96 LECrim).

⁵⁸ Estos requisitos se refieren a la esencia o a la forma por la que se dividen en intrínsecos y extrínsecos. Los requisitos extrínsecos, como referentes a la economía, a las conveniencias y a otras consideraciones de orden político y no lógico. ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado...* Op. cit. Pág. nº 111.

3.2.1. Testigo directo y de referencia.

Normalmente, se propone la prueba de testigos para que el testigo que es llamado a prestar declaración en dicho proceso penal, haya presenciado directamente los hechos que es lo que nuestro ordenamiento jurídico denomina como el *testigo directo*, al incidir el testigo con una situación que ha presenciado él mismo. Sin embargo, nuestro ordenamiento también acepta otro tipo de testigo que se denomina el *testigo de referencia*; aquél que posee el conocimiento de los hechos pero obtenido de un forma indirecta, por haber recibido de un tercero la noticia⁵⁹.

El testimonio de referencia resulta expresamente admitido en nuestro proceso penal, cuando el art. 710 de la LECrim exige que si los testigos *fueren de referencia* *precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuese conocida a la persona que se la hubiese comunicado*⁶⁰, testimonio que parece solo contar con la exclusión de su empleo en los procesos por injuria o calumnia vertidas de palabra (artículo 813 de la LECrim).

El artículo 710 LECrim debería interpretarse como habilitación legal para dar relevancia al testigo de referencia, sobre la fiabilidad y credibilidad de un determinado testigo, por ejemplo, para valorar como corroboración periférica lo declarado por el testigo directo en caso en que la prueba de cargo se halle integrada sólo por la declaración de éste. La testifical de referencia puede formar parte del medio probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado

⁵⁹ Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que el tratamiento legal de los testigos de referencia en el proceso penal es demasiado parco. Únicamente los artículos 710 y 813 LECrim se refieren a esta clase de prueba y, lo hacen sin poder evitar la influencia de los códigos procesales penales franceses. VELAYOS MARTÍNEZ, M^a Isabel. *El testigo de referencia en el proceso penal: aproximación a las soluciones angloamericanas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. Pág. n° 31.

⁶⁰ La problemática de que la testifical de referencia (o también llamada indirecta) sea regulada en un precepto tan escueto origina interpretaciones también reducidas, por cuanto el ámbito de regulación que establece se desentiende de la gran mayoría de las cuestiones que suscita la introducción de este tipo de prueba testifical en nuestro proceso penal.

y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede corroborar o no en el juicio oral⁶¹.

La primera impresión que se extrae del texto del art. 710 LECrim es la utilización sin restricciones de los testigos de referencia, que a pesar que no se expresa de forma literal en este precepto, cabe deducirlo así por cuanto tampoco aparece ninguna exclusión regulada para la utilización de testigos cuyos conocimientos sean obtenidos por un tercero. Y no se rechazan las declaraciones testificales cuando el conocimiento de los hechos se haya obtenido de forma indirecta, ya que en estos casos el testigo denominado de referencia o indirecto podrá ser llamado a declarar en el proceso no sobre los hechos que se enjuician sino sobre lo que otra persona le ha contado que ha visto u oído⁶².

Si se continua con el estudio del art. 710 LECrim, hay que mencionar a BACIGALUPO ZAPATER que precisa; *la LECrim no establece cuál es el valor de la declaración de un testigo de referencia*, el artículo sólo se centra en la imposición de una condición a cualquier tipo de declaración testifical en la que se exige una justificación de la adquisición de los conocimientos de hecho que expresa el testigo⁶³.

En cuanto a la regulación contenida en el artículo 813 LECrim: *No se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra*, el legislador parece tener ciertas desconfianzas respecto de la calidad probatoria del testigo de referencia, aunque sea en relación a delitos de escasa lesión social y sancionada con penas leves. En este artículo se regula la única prevención del testigo de referencia que supone, la ausencia de intermediación y de oportunidad para realizar una contradicción

⁶¹ Esto significa que en principio debe procurarse que los hechos queden probados como consecuencia de la prueba directa, acudiendo a la prueba indirecta cuando la anterior no tenga cabida.

⁶² Son razones de justicia material las que llevan a admitir la validez de lo declarado por el testigo de referencia, si bien su testimonio será admitido con muchas cautelas. El testimonio de referencia puede tener, a su vez, diferentes grados según el testigo narre lo que personalmente escuchó o percibió de otro (*audito proprio*), o lo que una tercera persona le hubiera contado de referencia (*audito alieno*).

⁶³ Cuando el individuo sea testigo directo sólo habrá de expresar *la razón de su dicho*, mientras que si es de referencia o indirecto, habrá de manifestar *el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas que fuese conocida, a la persona que se le hubiere comunicado*.

efectiva en el juicio son las características que, estando presentes en la práctica de una declaración testifical de referencia, añaden a este medio de prueba mayores dificultades para valorar la credibilidad del contenido de hecho de tales manifestaciones⁶⁴.

La doctrina a respecto de la interpretación de estos preceptos queda plasmada de forma concentrada en la STC nº 217/1989, de 21 diciembre⁶⁵, en la que puede leerse: *La prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba⁶⁶ que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia --excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabras: art. 813 LECrim.--, sino que se requiere que se haga constar tal circunstancia, por lo que exige precisar el origen de la noticia en virtud de la cual comparece en el proceso⁶⁷.*

⁶⁴ La prohibición de utilizar testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra (206 y 209 CP), según impone el art.813 LECrim, habrá de entenderse desde la siguiente óptica: sólo afectara al enjuiciamiento de tales conductas típicas cuando, de un lado, el sujeto pasivo de las mismas sea un particular y nunca una Autoridad, de otro, sólo habrán de ser inadmisibles los testigos de referencia en los procedimientos por calumnias o injurias realizadas sin publicidad, por más que tanto las de esta clase como las realizadas con publicidad, se encuentren reguladas como delito privados en el art. 215 CP. VELAYOS MARTÍNEZ, M^a Isabel. *El testigo de referencia en el proceso penal...* Op. cit. Pág. nº 34.

⁶⁵ Podemos observar la posición del TC respecto a la interpretación del empleo de la testifical de referencia también en las siguientes: (STC 217/1989). Resoluciones en forma de auto (ATC 282/1993 y ATC 25/1994). Y sentencias entre otras STC 303/1993, 25 octubre; 79/1994, 14 marzo; 35/1995, 6 febrero.

⁶⁶ *La prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos.* SAP Valencia nº 215/2011 de 11 abril de 2011.

⁶⁷ En general, toda testifical deber versar, en principio, sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento y no sobre el resultado de un medio de investigación o de prueba testifical pero ello no obsta, para que en el supuesto de que existiera controversia sobre la validez de un determinado medio de investigación o de prueba se practique prueba --incluso testifical-- para poder tener elementos de juicio para resolver la cuestión. En otro orden, cuando la controversia puede versar sobre la credibilidad o fiabilidad de ciertos testigos, evidentemente se puede practicar prueba al respecto, y su alcance será solo tal controversia. BARONA VILAR, Silvia. *La prueba. Tomo II. La prueba...* op. cit. Pág. nº112

Sobre la excepcionalidad del testigo de referencia se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al declarar la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado:

- La imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo.
- Que el testigo de referencia haya expresado el origen de la noticia (Sentencia TS nº 503/2008, de 17 julio).

En este sentido, Sentencia TS nº 503/2008, de 17 julio, sobre el caso 11-M: *Concurriendo las circunstancias anteriores el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundar una sentencia condenatoria, mientras que en aquellos supuestos en que no concurran las circunstancias mencionadas será una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral, pero por sí sola no será suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.*

Salvo en el caso excepcionalmente anteriormente señalado, se dice que el valor del testimonio de referencia es el que correspondería a una prueba complementaria que refuerza lo acreditado por otros elementos probatorios directos. Acudir a este medio solamente cuando es imposible acudir al testigo directo por desconocerse su identidad, haber fallecido o cualquier otra circunstancia análoga que haga imposible su declaración testifical (en este sentido, STS nº 129/2009)⁶⁸. Por lo que se entiende que la prueba de testigo de referencia no es por sí sola suficiente para desvirtuar el principio constitucional de presunción de inocencia⁶⁹.

⁶⁸ Desde el plano estrictamente procedimental, el régimen de admisibilidad de la clase de prueba que se analiza ya no será automático como parece deducirse del art. 710 LECrim, sino siempre subsidiario en defecto de prueba directa. Así procedería acordar la práctica de una prueba testifical de referencia propuesta con carácter excepcional con los supuestos que explícita esta resolución.

⁶⁹ La testimonial de referencia puede llegar a ser prueba de cargo pero, siempre que se den determinados requisitos que se han ido remarcando; cuando son varios los testimonios, va acompañada de prueba indiciaria corroborada, y no cabe dudar racionalmente de la veracidad de la imputación ante dichos testigos, al no ofrecerse otra versión de los hechos alternativa y creíble.

3.3. El testigo en relación con su cualidad personal.

La prueba testifical al ser un medio de prueba con carácter personal, supone que se pueden dar diversos casos en que los testigos puedan distinguirse los unos en relación a su cualidad personal; menores de edad o personas incapaces, funcionarios judiciales, policía judicial, entre otros. Es importante atender a esta cualidad personal porque el ordenamiento jurídico no va a tratar a todos ellos indistintamente.

3.3.1. Testimonio de la víctima.

En nuestro ordenamiento jurídico no exista una norma expresa que prohíba o, incluso, excluya el valor probatorio que puede ofrecer las alegaciones de la víctima del delito. La STS de 18 de diciembre de 1991 afirma que el tratamiento procesal penal del ofendido o perjudicado, ante una regulación inespecífica se rige por las normas de la prueba testifical respecto a sus declaraciones⁷⁰. Esta sentencia fija que la diferencia esencial entre el testigo y la víctima testigo es que el primero es ajeno al proceso y la otra no; pero existe una coincidencia en que se trata sobre juicios históricos sobre la vivencia que tuvo el declarante⁷¹.

Pero en contra de esa posición también encontramos sentencias como la STS de 20 de mayo de 1997 que de forma contundente expresa: *la víctima de un delito, por el hecho de actuar en el proceso penal como parte ofendida ejercitando las correspondientes acciones civil y penal, no puede ser testigo*. Debido a esta postura, se

⁷⁰ ENFEDAQUE I MARCO, Andreu: *La circunstancia de que el testigo ostente la condición a la vez de víctima del delito no supone que no pueda proporcionar prueba de cargo, si bien la jurisprudencia ha precisado determinados requisitos para la valoración de dicha peculiar prueba: ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, persistencia en la declaración, sin ambigüedades ni contradicciones y corroboración periférica de carácter objetivo. La prueba en el proceso penal*. (Carlos Ramos Rubio, Francisco Bañeres Santos, María José Malgadi Paternostro, Miguel Ángel Gimeno Jubero, Pedro Martín García, José María Assalit Vives, Joan Francesc Uría Martínez, Jesús María Barrientos Pacho). Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000, pág n°289.

⁷¹ En este sentido, encontramos la STS de 27 de diciembre de 1996 (RJA 1996, 9243) que expone su opinión sobre esta diferenciación; aunque la víctima del delito no es un testigo, pues este medio de prueba es la declaración de conocimiento prestada por una persona que no es parte en el proceso y el perjudicado puede mostrarse como acusador particular o incluso con sólo finalidad resarcitoria como actor civil, sin embargo, su declaración se equipara al testimonio.

ha llamado que la víctima del delito es un testigo con un status especial (STS de 28 de octubre de 1992) y aunque su declaración no puede encuadrarse en el concepto genuino de la prueba testifical, pues puede constituirse en parte acusadora, lo que excluye su naturaleza de prueba personal de tercero⁷². Asimismo la AP de Madrid en una Sentencia más reciente (SAP nº 397/2015, de 28 de mayo), ha expresado lo siguiente; *El testimonio de la víctima como prueba de cargo suficiente (...) ha exigido que tal declaración incluya una serie de requisitos que apoyen su credibilidad, o al menos que denoten la ausencia de razones objetivas para dudar de la veracidad de la víctima, desvirtuando el temor de parcialidad que se ha expresado, así como una especial atención del Tribunal a la prueba defensiva aportada por el imputado*. Por lo que nuestra jurisprudencia aceptaría la testifical de la víctima, teniendo en cuenta estas circunstancias⁷³.

La Audiencia Provincial ha mencionado, citando a sentencias del TC, en la SAP Barcelona nº 596/2008 de 10 octubre: *En tal sentido el Tribunal Supremo parte de que las declaraciones de la víctima no son asimilables totalmente a las de un tercero, por ello cuando el Tribunal Constitucional, señala que la declaración de la víctima o denunciante puede ser prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, ello no significa, desde luego, que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar una presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración ,como una prueba más, por el tribunal sentenciador el cual debe*

⁷² Sin embargo, tal y como se expresa en la STS de 29 de abril de 1997: *la declaración de la víctima, cuando es la única prueba de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores, subjetivos y objetivos que concurran en la causa*.

⁷³ Estos presupuestos quedarían integrados en este caso, pues, por la ausencia de incredibilidad subjetiva en la víctima, la posibilidad de corroborar ciertos aspectos de la declaración por medios objetivos de prueba y la realización de la incriminación de modo indubitado y coherente a lo largo del proceso. Tales requisitos pretenden suponer una aplicación de las reglas psicológicas del testimonio y deben ser valoradas por el Juez, quien, en virtud del principio de inmediación, puede percibir correctamente el testimonio victimal. SAP Madrid nº 397/2015, de 28 de mayo. (JUR 2015\205378).

aplicar, obviamente, en esta valoración criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba ⁷⁴.

3.3.2. Testigo menor de edad.

La admisión del testimonio de los menores de edad⁷⁵ en el proceso penal ha tenido un desigual tratamiento, que ha ido desde su absoluto rechazo hasta otorgarle mayor o menor crédito. Se duda, como no se hace con otros, sobre su capacidad para ser testigo, y por ello es usual que se les someta a pericias sobre su capacidad de fabulación, atribuyendo cualquier contradicción a su presunta incapacidad de distinguir la realidad de la ficción⁷⁶.

El procedimiento del testimonio prestado por menor de edad está regulado en el artículo 433 LECrim, en el que se estipula que el Juez de Instrucción puede acordar cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima le resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con la intervención del Ministerio Fiscal⁷⁷. Por lo que podrán trasladarse las preguntas a la víctima directamente por los expertos o incluso, limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. Además, en el artículo 448 LECrim se prevé que la declaración de los testigos menores de edad y personas con

⁷⁴ *En este sentido, el testimonio de la víctima ha sido admitido como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por la de esta Sala (Entre muchas SSTC 201/89, 173/90, y 229/91 y SSTS 706/2000 y 313/2002). SAP Lleida nº 363/2008 de 21 octubre. (JUR 2009\36048).*

⁷⁵ El artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, adaptado por la Asamblea de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989 en Nueva York y ratificado por España en 30 de noviembre de 1990 entiende que el niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad. BOE de 31 de diciembre de 1990.

⁷⁶ En el campo de la psicología del testimonio se han producido importantes avances y los estudios experimentales han demostrado la falacia de viejas creencias. Han analizado la problemática cognitiva del niño, su capacidad amnésica, su desarrollo en la comunicabilidad y la importante vulnerabilidad de su testimonio a la sugestión.

⁷⁷ Lo cierto es que con frecuencia comparecen ante los Juzgados y Tribunales penales niños a los que se ha llamado en calidad de testigos y observamos que esa presencia les provoca, en general, estrés. Pero eso, el ordenamiento jurídico tiene que establecer una serie de parámetros de acorde a esta circunstancia. GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. La prueba en el proceso penal. Consejo general del poder judicial. Madrid. 2000. Pág. nº 134.

capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando otro medio técnico que haga posible la práctica de la prueba.

Desde el punto de vista de la capacidad para testimoniar, los testigos pueden ser mayores de edad o menores de edad. El artículo 433 LECrim en su apartado segundo, establece que los mayores de edad prestarán juramento o promesa de decir todo aquello que supieren en relación con lo que se le preguntare, con la obligación de ser veraces. Al testigo menor de edad, en el artículo 706 LECrim establece que los mayores de catorce años deberán prestar juramento en la forma establecida en el artículo 434 LECrim⁷⁸.

Tanto psicólogos como críticos de la prueba están de acuerdo en que los niños son malos testigos debido a su egocentrismo, su imaginación que les conduce a una frecuente asociación de ideas y sobre todo, su falta de autocrítica para separar y distinguir lo percibido de lo meramente imaginado y eliminar posibles asociaciones de ideas y recuerdos⁷⁹. Otras condiciones que se observan en los niños y que hacen deducir una falta de capacidad en su testimonio son las debidas al temperamento, carácter, mentalidad, timidez y sugestibilidad⁸⁰.

Como se ha mencionado anteriormente, el testimonio puede ser una prueba relevante. Frecuentemente, dependiendo de la naturaleza del hecho y sobre todo cuando

⁷⁸ Entendiendo a *contrario sensu* que los menores de catorce no tendrán esta obligación de prestar juramento o promesa.

⁷⁹ Es trascendente en los testimonios de los niños, y no debería descartarse, en alguna medida, en los adultos, su vulnerabilidad a la información recibida y a las preguntas capciosas. Señalaba GORPHE, en su crítica del testimonio que el niño, personalidad en formación, es accesible a todas las sugerencias. La afirmación no puede ser acogida en su integridad, pues hay múltiples factores que inciden en esa vulnerabilidad. GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. *La prueba en el proc...* Op. cit. Pág. nº 152

⁸⁰ ROMERO COLOMA razona en su obra: *Estas condiciones (malas para el testimonio) permanecen con frecuencia hasta los 12 años, si bien no puede señalarse una edad fija, porque en todo caso, depende del diverso desarrollo físico y mental* en relación a como observaremos en los supuestos siguientes que en cuanto al testimonio de menores es importante analizar la credibilidad de los mismos. ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*. Civitas Ediciones, Madrid, 2000, pag. nº 32.

el testigo es la propia víctima y se trata de delito que acostumbra a realizarse con mucha privacidad, el testimonio ser la única o principal prueba de cargo, de la que dependerá la decisión judicial sobre la culpabilidad del acusado. En todos los casos, pero especialmente en el expuesto, la fiabilidad de la prueba testifical es trascendente, y saber por qué le otorgamos credibilidad es de sumo interés. Como se ha visto en puntos anteriores, en nuestro ordenamiento no hay norma que establezca bases sobre la capacidad del testigo ni tampoco tasa legal o jurisprudencial sobre este aspecto, relegándose todo al terreno de la valoración de la prueba. Por lo que es importante someter a un control de credibilidad de los testimonios aportados por menores⁸¹.

A efectos de valoración de estos testimonios aportados por menores, ha tenido consideración como prueba de cargo reconocida tanto por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como la del Supremo, como observamos en las sentencias de a continuación como mera ejemplificación;

El Tribunal Constitucional en STC 44/1989 de 29 de febrero, entendió que las declaraciones de las menores agredidas en un delito de valoración, es prueba valorable para desacreditar la presunción de inocencia. También en la STS de 16 de enero de 1991 se menciona que se concedió valor al testimonio de una niña menor de diez años porque *se trata de una niña seria, estudiosa y no dada a las fantasías* en referencia a que el hecho de que la principal y única testigo de cargo, además de víctima de un delito sexual, sólo contase con la edad de nueve años es un dato relevante para dar credibilidad a su testimonio, ya que constituye una edad suficiente de conocimiento de la realidad así como representar un grado de sinceridad quizás superior a la de los adultos. Además, la

⁸¹ Los estudios modernos que han evaluado la credibilidad que los jurados y jueces otorgan a los testimonios infantiles nos señalan que depende de bastantes circunstancias: edad, tipo de suceso, cantidad de contradicciones. Sin embargo, cuando se trata de declaraciones de menores sobre abuso sexual, la tendencia es a creerlos básicamente por entender que los niños no tienen conocimiento sobre conductas sexuales y son incapaces de inventarlas, lo que no es riguroso, pues los conocimientos sobre conductas sexuales pueden adquirirse por medios diferentes a la propia experiencia. GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. La prueba en el proceso penal. Consejo general del poder judicial. Madrid. 2000. Pág. nº 151 que cita a su misma vez: MANZANERO, A. *Anuario de Psicología jurídica*. Volumen 6, 1997.

veracidad quedaba corroborada por la opinión de los psicólogos que la observaron sobre la genuinidad de sus manifestaciones⁸².

Por lo que la jurisprudencia ha remarcado, el caso de los testigos menores no se trata de un problema de legalidad procesal, sino de credibilidad como refleja la STS de 19 de mayo de 1997; *Los jueces de la Audiencia, oyendo y viendo lo que ya después otros oídos y otros ojos no percibirán, valorarán en su íntima convicción el acervo probatorio que el juicio oral les ofreció*. Sí que la edad del testigo ha de ser uno de los datos a tener en cuenta a la hora de valorar su credibilidad, pero la valoración de la misma compete al órgano judicial.

3.3.4. Testimonio de funcionarios de la policía judicial.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que cuando los componentes de la Policía y en general, de los Cuerpos de Seguridad, comparecen ante el Tribunal sentenciador y declaran sobre lo que oyeron, vieron o percibieron, su testimonio alcanza la condición de prueba testifical. Referente a este sentido, encontramos diversas sentencias, entre otras; STS de 20 de junio de 1989, reiterado por las SSTS de 3 de junio de 1992, 7 de mayo de 1994, 6 de marzo de 1996, entre otras.

La STS de 26 de enero de 2002 expresa que se consideran declaraciones testificales en el plenario de los agentes policiales sobre hechos de conocimiento propio con arreglo a los artículos 297 y 717 de la LECrim, al estar prestadas con las garantías procesales propias del acto testifical que, constituyen prueba de cargo apta y suficiente para enervar la presunción de inocencia⁸³.

⁸² Encontramos diversas sentencias similares: STS de 1 de junio de 1990 (testigo de trece años de edad), 21 de diciembre de 1995 (jóvenes menores de dieciocho años), ST de 23 de marzo de 2010 (testigo menor de catorce años).

⁸³ En la STS de 12 de noviembre de 1999, frente a la alegación que hizo el recurrente de no idoneidad del testimonio de dos Guardias Municipales que habían intervenido en el registro domiciliario en calidad de testigos (Art. 569.IV LECrim), el TS declaró que *no hay disposición legal que permita excluir a los Guardias Municipales de la posibilidad de actuar como testigos. Múltiples argumentos avalan además la conveniencia de esa actuación que responde, de todas formas, a la igualdad que proclama el art. 14 CE*.

Ahora bien, también se ha visto tachada la validez de la declaración de los policías como por ejemplo en la STS de 3 de diciembre de 1991, de la declaración de los policías que intervinieron en un irregular registro domiciliario efectuado sin la intervención del Letrado de la Administración de Justicia, pues el Tribunal entiende *que sería un verdadero fraude de ley que la diligencia viciada recobrase su efectividad por medio de la declaración testifical de los que intervinieron en su práctica*. Este no fue un caso apartado porque existen al respecto, otras sentencias donde se ha objetivado que tales funcionarios estarían tachados de parcialidad objetiva en parecidos términos a lo que sucede con la llamada contaminación procesal de los jueces⁸⁴.

Por esta razón, la doctrina está en consonancia con la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que distingue tres grupos de actuaciones de los funcionarios policiales, tal y como recuerda la STS de 18 de noviembre de 1995:

- I. Las manifestaciones que hicieren a consecuencia de las averiguaciones que hubieren practicado, que según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 297 se considerarán denuncias para los efectos legales.
- II. Las demás declaraciones, en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio (artículo 297, párrafo segundo)⁸⁵.
- III. Actuaciones que no son propiamente policiales, sino sustitutivas por delegación (el término está expresamente utilizado por el artículo 572), en las que no cabe duda que el representante actúa como podría hacerlo el representado: en este caso el Juez de Instrucción.

Es importante prestar atención que con la reforma de la LECrim introducida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, el artículo 436 en el ámbito del procedimiento ordinario dispone que *si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito*, lo que

⁸⁴ Supuestos de sentencias que se han pronunciado en este sentido serían; STS de 16 de diciembre de 1991, 19 de octubre de 1993 y 22 de enero de 1994, entre otras.

⁸⁵ Con esta norma se conecta de manera obvia el ámbito posible de la testificación de tales funcionarios en el juicio oral que previene el artículo 717 LECrim.

reitera la regla 7º del artículo 762 en el ámbito del procedimiento abreviado, bastando en este caso *la reseña del número de carné profesional*.

3.3.5. Testimonio de los funcionarios judiciales.

En cuanto la doctrina define al testigo se remarca la importancia en su condición jurídica de tercero respecto de los sujetos de la relación procesal. De esta definición se entiende, por lo tanto, que las autoridades judiciales intervinientes en el proceso son incompatibles para actuar como testigos en el mismo.

La inhabilidad para prestar declaración como testigos del Juez instructor y el Fiscal adscrito al juzgado fue establecida por la STS de 25 de junio de 1990 que les negó la cualidad, afirmando que *lo que las autoridades Judiciales y Fiscales dicen queda documentado y autenticado en forma legal y sólo lo que en dicha documentación consta es válido, sin que puedan ni deban pedirse explicaciones de otra naturaleza que no podrían darse de ninguna manera porque sería contrario a los más elementales principios en relación con el proceso*⁸⁶. Además, la STS de 5 de marzo de 1889 matiza que el Juez Instructor no puede asumir la función de testigo, ni siquiera cuando haya sido apartado del proceso ante él por haber pasado su conocimiento al Tribunal que ha de decidir sobre el objeto procesal⁸⁷.

⁸⁶ ENFEDAQUE I MARCO, Andreu: *En ningún caso procede acreditar, por vía testifical, extremos que han sido objeto de la elaboración de documentos públicos (como por ejemplo, un acta de entrada y registro, STS 7-11-1997). La prueba en...* Op. cit. pág n°287.

⁸⁷ Según FÉNECH, tampoco pueden ser testigos los Magistrados que componen el Tribunal que conoce de la causa, por la misma razón; tampoco podrá serlo el Secretario del Juzgado. En este sentido, la STS de 3 de octubre de 1995, desestima el motivo del recurso del condenado, fundado en la negativa de la Audiencia para que declarara como testigo la Secretaria del Juzgado.

4. Los derechos y deberes del testigo.

4.1 Deber de comparecer.

La comparecencia ante el órgano jurisdiccional que ha realizado el llamamiento del testigo es el primero de los deberes impuestos mismamente a los testigos, que habrán de cumplir salvo cuando se encontrara físicamente impedido⁸⁸, en cuyo caso deberá constituirse el Juez o un miembro del Tribunal en el domicilio de aquél, siempre que el interrogatorio no haga peligrar su vida, regulado en los artículos 419 y 718 LECrim.

Como una manifestación del principio de inmediación y tal y como establece el artículo 702 LECrim en los que establece; *todos los que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 410 a 412 están obligados a declarar, lo harán concurriendo ante el Tribunal, sin otra excepción de las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 412, los cuales podrán hacerlo por escrito.* De la misma forma, este artículo se encuentra en plena congruencia con el artículo 446 LECrim en el que se alude a que el testigo que ha declarado en el sumario tiene (...) *la obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el tribunal competente cuando se le cite para ello (...).*

En el mismo artículo 702 LECrim se hace mención a los artículos 410 a 412 que regulan específicamente a la prueba testifical y en el artículo 410 hace referencia al deber de comparecer; *todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la ley.* Existiendo una serie de excepciones

⁸⁸ Salvo quien esté exento de declarar, el testigo que sin estar impedido no acuda al primer llamamiento judicial, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros (artículo 420 LECrim). Además, si el testigo sigue sin comparecer ante el órgano jurisdiccional, será perseguido por el delito de desobediencia de la Autoridad (Art. 716 LECrim, art. 556 CP).

listadas en el artículo 411.1 (exenciones de declarar) y 412.1 (exenciones de concurrir pero no de declarar)⁸⁹.

Por lo tanto se prevé que solamente en casos excepcionales y por razón de imposibilidad del testigo, se puede prescindir de esta comparecencia personal ante el tribunal sentenciador, tal y como se ha previsto en los artículos 718, 719 y 720 LECrim⁹⁰. A la vista de estos preceptos, se desprende la exigencia de la producción inmediata de la prueba testifical ante el tribunal que debe valorar la misma. Examinando los casos en que la declaración es realizada ante la sola presencia del Magistrado Ponente, y no ante el Tribunal en pleno, encontramos las siguientes:

4.1.1. Imposibilidad de comparecencia del testigo

Situación regulada en los artículos 718 a 720 LECrim, se fundamenta en los casos en el que el testigo se halla imposibilitado para comparecer ante el órgano judicial y el Presidente del Tribunal, creyendo necesario la declaración de dicho testigo, faculta a uno de sus miembros para que se realice la declaración en la residencia del testigo, con la intervención de las partes para que tengan la opción de formular las preguntas que crean convenientes⁹¹.

⁸⁹ En el artículo 412.1 LECrim se estipula que estarán exentas de concurrir al llamamiento del Juez las demás personas de la Familia Real, pero en ningún momento estarán exentas de declarar, debiéndolo hacer en escrito. Este artículo está conectado con su precepto anterior, el artículo 411 LECrim en el que se establece un listado de excepciones a la obligación de declarar; El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino. Así como también estarán exentos los Agentes Diplomáticos acreditados en España y el personal en misiones diplomáticas y sus familiares si concurren en los requisitos exigidos en los tratados.

⁹⁰ Estas excepciones deben concurrir puntualmente porque como CLIMENT DURÁN menciona en su obra: *La verdadera fuerza o valor probatorio que tiene la prueba testifical radica en el hecho de que se produce ante la presencia inmediata del tribunal sentenciador: la observancia del principio de inmediación en la realización de esta prueba tiene una decisiva influencia a la hora de conformar el convencimiento judicial, como determinante que es del pronunciamiento hecho por el tribunal sentenciador, sea condenatorio o absolutorio.* CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

⁹¹ Además, el Letrado de la Administración Pública deberá hacer constar todo lo sucedido en una diligencia extendida; (...) *haciendo constar las preguntas y repreguntas que se hayan hecho al*

En el supuesto de que el testigo imposibilitado de comparecer a la sesión no residiese en el punto en que se celebrase esta, el Letrado de la Administración Pública deberá librar exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el Juez correspondiente, según estipula el artículo 719 LECrim aunque como en el supuesto del artículo precedente, si las partes o una de ellas prefiriesen que en el exhorto o mandamiento se consignasen las preguntas o repreguntas, el Presidente deberá acceder a ello siempre que no fueran capciosas, sugestivas o impertinentes.

4.1.2. Prueba anticipada.

Regulada en el artículo 657.3 LECrim, comprende todos aquellos supuestos que por cualquier causa; ausencia, enfermedad, no localización, muerte, etc, sea previsible la incomparecencia de un determinado testigo durante el juicio oral, lo que motiva la práctica de la prueba testifical con carácter anticipado, procurando realizarla con respeto de todas las garantías procesales para que no se vulneren los derechos de las partes, en especial, el principio de contradicción⁹².

En el supuesto que el testigo imposibilitado de acudir a la sesión no residiese en el punto en que la misma se celebrase, el Letrado de la Administración Pública librará exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el Juez correspondiente⁹³.

Este último supuesto, supondría una excepción a la exigencia expresa del principio de inmediación. A este respecto cabe atender a la Sentencia del Tribunal Supremo 281/1993, de 12 de febrero, DE VEGA RUIZ: *Desde luego muy poco ha sido dicho respecto de las pruebas anticipadas. Los artículos 657 y 790.5 de la Ley Procesal*

testigo, las contestaciones de éste y los incidentes que hubieren ocurrido en el acto según el propio artículo 718 LECrim.

⁹² De la lectura del artículo 718 LECrim sobre la imposibilidad de comparecencia del testigo, junto al artículo 727 LECrim en relación a las inspecciones oculares realizadas practicadas fuera de la sede del tribunal, parece desprenderse que en todos estos casos no es preciso que la prueba se practique ante el tribunal en pleno, sino tan sólo ante un miembro del tribunal. CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. op. cit.

⁹³ El artículo 719 LECrim también prevé que en los casos que una de las partes o ambas prefieran que el exhorto o mandamiento se consigne por escrito junto a las preguntas o repreguntas, el Presidente accederá a ello si estas no fueran capciosas sugestivas o impertinentes.

*(admiten su existencia cuando fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión. Para la fase de instrucción el Juez, según el artículo 419 procesal, puede trasladarse al domicilio del testigo en caso de impedimento físico*⁹⁴.

Se entiende por lo tanto, que ante esta situación, el Juez con la asistencia de letrado (salvo que concurra el supuesto de peligro de muerte) vuelve a recibir declaración al testigo, también con el Fiscal y querellante si quieren asistir al acto para hacer cuantas preguntas estimen necesarias. Esta prueba anticipada, obtenida y documentada, llega de forma lícita y legal al juicio oral, sometida a las reglas que la dualidad de partes impone.

4.1.3. Derecho del testigo al secreto en ciertos casos.

A pesar de este deber fundamental del testigo a declarar, nuestro ordenamiento jurídico reúne una serie de situaciones en que se exime al testigo del deber de declarar:

Art. 417. LECrim: *“No podrán ser obligados a declarar como testigos:*

1º. Los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes, sobre los hechos que les fueren relevados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

2º. Los funcionarios públicos, tantos civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o procediendo de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar declaración que se les pida.

3º. Los incapacitados física o moralmente”.

⁹⁴ Más, esta sentencia profundiza sobre qué; *Ya como verdadera prueba anticipada, los artículos 448 y 449 de igual norma, regulan aquellos supuestos en los que el testigo advierte de la imposibilidad de asistir posteriormente al nuevo llamamiento del Tribunal competente (entiéndase Tribunal del plenario) por ausencia de la península (el precepto se olvida de las islas), cuando hubiese motivo racional bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, o en caso de inminente peligro de muerte.*

Art. 24.2 CE: Cuando en aplicación del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, ya que no puede obligarse a ninguna persona a manifestar algo que le pueda inculpar. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

*La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*⁹⁵.

La facultad de abstenerse de declarar se regula en los artículos 416 y 417 LECrim como medio de tutelar determinadas relaciones, protegiendo la confianza consustancial a ellas, con independencia del carácter reservado o no de los hechos (salvo en el caso anterior estipulado para los funcionarios públicos).

4.2. Deber de declarar.

El deber de prestar declaración constituye el deber fundamental del testigo, en torno al cual gira naturalmente toda la prueba, y consiste en una manifestación de ciencia acerca de percepciones sensoriales sobre datos o hechos anteriores a la declaración y adquiridas fuera del procedimiento, bien de un modo directo o bien de referencia, que se emite voluntaria y conscientemente. Constituye el testimonio, en definitiva, un juicio o relato histórico sobre la vivencia real que tuvo el declarante.

Normalmente las declaraciones han de prestarse de viva voz, aunque pueden declarar por escrito mediante un informe escrito que quedará consignado, los eximidos

⁹⁵ Se establece que la Ley habrá de regular los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Se habilita al legislador para establecer supuestos de secreto cuando la CE no proporciona ningún parámetro normativo para esta regulación; es decir, el legislador puede otorgar la facultad de abstenerse de prestar declaración en ciertos casos, ocultando al órgano jurisdiccional hechos o datos cuya revelación se impone con carácter general, impidiendo entonces a las partes utilizar este medio de prueba. MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal...* op. cit., pág. nº 445

del deber de comparecer, pero teniendo aun así teniendo la obligación de prestar declaración, según como mencionan los artículos 702 y 703 LECrim⁹⁶.

Además, el art. 416 LECrim menciona un listado de personas que podrán ser dispensados de la obligación de declarar⁹⁷. En el caso de que el testigo incurra en una circunstancia donde esté dispensado de la obligación, se le deberá comunicar de dicha en una advertencia legal antes de que preste declaración. Por tanto, entraríamos en un conflicto en el supuesto que el testigo hubiere prestado declaración sin que previamente se le hubiera realizado la advertencia legal consistente en que está dispensado de la obligación de declarar y entonces, cabría entrar a valorar si la declaración ha de considerarse prueba ilegalmente obtenida y, por consiguiente, inutilizable.

En este aspecto, el Tribunal Supremo en la STS 662/2011, de 6 de abril (RJ 2001\3350), consideró que la prueba era ilegalmente obtenida y que, respecto a la misma existía una prohibición de valoración para el juzgador. En efecto, en esta sentencia se parte de que: *ni la autoridad policial, que intervino en las actuaciones documentadas por el atestado, ni el Juez de Instrucción, que autorizó las diligencias que permitieron obtener la prueba decisiva para fundamentar la condena, han dado cumplimiento al art. 416,1º,2º párrafo, LECrim.*

Tampoco la Audiencia ha informado al testigo, hermano del acusado, de su derecho a no declarar contra el acusado y de las consecuencias que ello podría tener para la prueba de cargo contra el mismo. Si bien es cierto que dicho testigo en el juicio

⁹⁶ Artículo **703 LECrim**: Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, si las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 412 hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo de los hechos de que se trate, podrán consignarlo por medio de informe escrito, de que se dará lectura inmediatamente antes de proceder al examen de los demás testigos.

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

⁹⁷ Entre ellos; parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, cónyuge o persona unida en relación de hecho análoga a la matrimonial, el abogado del procesado en relación a su deber de secreto, los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado, acusado, etc.

*oral rectificó, de hecho, la declaración que la policía le atribuye haber realizado en comisaría, lo cierto es que la información de derechos al testigo no era superflua, pues en el juicio oral el testigo podría haber ejercitado el derecho que le confiere la ley de no declarar contra su hermano y, en ese caso, su primera declaración hubiera carecido de todo efecto, toda vez que había sido prestada sin la debida advertencia*⁹⁸. En consecuencia, como la base de la condena era la indicada “declaración” del hermano y ésta no podía ser valorada, el TS estima el recurso y absuelve el recurrente.

4.2.1. Declaraciones extraprocerales.

El principio de inmediación exige que el órgano jurisdiccional oiga de forma directa y personal al testigo, además de que deberá ser este quien hable y se exprese de una forma directa, clara y personal ante la presencia de dicho órgano. Consecuentemente, no se podría llegar a considerar como una verdadera prueba testifical la declaración prestada fuera del proceso y consignada en acta notarial. Con un ejemplo podríamos entender de forma clara esta incompatibilidad; un atestado no podría incluirse como un medio de prueba en sí, podrá tener cierta relevancia en el proceso penal pero no la fuerza probatoria, pues es el juez quien tiene que examinar la prueba y llegar a la convicción final.

Dice, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 1563/1997, de 20 de octubre (BACIGALUPO ZAPATER), que; *(...) es preciso señalar que -en contra de lo sostenido por el Fiscal en la instancia- las actas notariales conteniendo las declaraciones de las personas que la acusación pretende interrogar, no constituyen prueba documental, dado que las declaraciones documentadas de personas que pueden declarar ante el Tribunal de instancia no pueden sustituir las exigencias de los*

⁹⁸ Esta STS es importante en el aspecto de que también se pronuncia en su FJ 3ª acerca de que el incumplimiento de informar al testigo previsto en el artículo 416 LECrim no alcanza solamente al Juez, sino que: *La finalidad de la ley es claramente defensiva y, por lo tanto, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción, pues permitiría utilizar como fundamento para la obtención de la prueba de cargo una declaración policial, pero impediría hacerlo con una declaración prestada ante el Juez de Instrucción. Es evidente, por lo tanto, que la garantía judicial sólo tendrá efectividad si se extiende a toda la prueba obtenida por la policía, dado que ésta actúa siempre por delegación o representación del Juez”.*

*principios de oralidad e intermediación*⁹⁹. Además, siempre con un carácter excepcional, por razones de justicia material, si no existe otro medio de probar un determinado hecho, y con todas las prevenciones y reservas del caso, podría otorgarse un cierto valor probatorio a una declaración así realizada.

En un sentido más restrictivo se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 417/2002, de 18 de febrero (SÁNCHEZ MELGAR), al conceder a las declaraciones ante presencia notarial una limitadísima eficacia probatoria: *El acta de manifestaciones ante el Notario, tiene un carácter documental meramente extrínseco, en cuanto acreditan el lugar, la fecha y otorgantes, así como lo manifestado por éstos, sin que por el hecho de prestarse ante un Notario, la misma adquiera el rango de veraz, sino que conserva su carácter de mera prueba personal, en definitiva, con el valor de prueba testifical que no se sublima ni magnifica por el hecho de prestarse ante un funcionario público*¹⁰⁰. Por lo que podemos observar de las diferentes sentencias¹⁰¹, la jurisprudencia acude a estas declaraciones extraprocerales para surtir efectos de prueba

⁹⁹ Sólo en los casos excepcionales de desaparición del testigo, de muerte de éste o en el que se encontrara en una jurisdicción ante la que no sería posible lograr su comparecencia, cabe admitir una excepción a tales principios y no existe la menor constancia que permite suponer que nos encontramos en alguno de estos supuestos. STC 1563/1997, de 20 de octubre.

¹⁰⁰ Asimismo, esta sentencia cita la STS de 1 de febrero de 1996: *Ciertamente, sería un contrasentido que, negándose el carácter documental a la declaración prestada ante el Juez, en presencia del Secretario Judicial, que ejerce la fe pública judicial, se concediera en cambio a la prestada ante el Notario, y más teniendo en cuenta su posicionamiento pasivo frente a la declaración prestada, a diferencia del activo del Juez, el cual se encuentra obligado a mantener una actitud activa de investigación. Por tanto, dichas actas, sólo podrán ser invocadas como documento, si lo que se pretende probar es el hecho de su otorgamiento, así como la fecha y lugar o la presencia de determinada persona tal día y sitio ante el Notario y, consiguientemente, que en ese preciso momento la persona en cuestión estaba viva, así como que ha hecho unas manifestaciones, pero no sirve para acreditar la veracidad de las mismas.*

¹⁰¹ Y todavía es más estricta, la Sentencia del Tribunal Supremo 298/2003, de 14 de marzo (SORIANO SORIANO): *la pretensión de los recurrentes de que fueran leídas en juicio la carta remitida por el señor R. al señor R. y las manifestaciones notariales («affidavit») efectuadas por el señor R., estuvieron correctamente denegadas por el Tribunal «a quo». La autoría de la carta y su contenido carece de las más mínimas garantías de autenticidad. La declaración notarial, no ha sido sometida a contradicción. No tiene carácter de prueba documental sino de testifical documentada, sin las garantías fundamentales exigidas en el proceso penal (intermediación, publicidad y contradicción) para que surta los pertinentes efectos probatorios.*

testifical en casos muy excepcionales por la problemática que conlleva que estas no cumplan las garantías exigidas a los medios de prueba en el proceso penal.

4.2.2. Delito de falso testimonio.

Los delitos de falso testimonio se contienen en los arts. 458 a 467 del Código Penal, constituidos en primer lugar, por los delitos de falso testimonio propio: en ellos se distinguen un tipo básico, que comete *el testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial* (art. 458.1 CP), y un tipo agravado *cuando el falso testimonio se presta en contra del reo en causa criminal* (art. 458.2.I CP). En el tema que nos atañe, los delitos de falso testimonio impropio están integrados por un tipo básico, cometido por el testigo que sin faltar sustancialmente a la verdad, la altera con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes (art. 460 CP). Por último, también se ha tipificado el delito de presentación de testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces (art. 461.1 CP).

En los delitos de falso testimonio el punto de partida es el deber del testigo de decir la verdad, simbolizado en el ámbito judicial por la obligación de prestar juramento o promesa de decir la verdad y por la advertencia que se le hace de que incurrirá en responsabilidad penal si no cumple lo jurado o prometido¹⁰². Ya como se prevé para las causas criminales en los arts. 420 LECrim; según el cual la resistencia del testigo a declarar lo que sepa puede dar lugar a persecución por el delito de desobediencia grave a la autoridad, y 716 LECrim, que dispone una multa a quien se negase a declarar y con consecuencias de desobediencia a la autoridad anteriormente mencionadas.

¹⁰² Como menciona FARALDA CABANA en su obra; *Sin embargo, el descrédito de la prueba testifical en la actualidad es innegable. A ello se suma el escaso compromiso de la propia Administración de Justicia en la persecución del falso testimonio, demostrado en la (relativa) escasez de sentencias condenatorias, que favorece la sensación de impunidad y, por tanto, la desaparición de la motivación externa a decir la verdad que supone el castigo de dicha conducta. Pese a estas dificultades, los delitos de falso testimonio siguen estando ahí, con un nivel de aplicación bastante superior al que habitualmente le concede la doctrina.* FARALDO CABANA, Patricia. *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes. Un análisis desde el Derecho Procesal y la Psicología Jurídica.* (CATALINA BENAVENTE, M^a Ángeles, CLEMENTE DÍAZ, Miguel). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

La doctrina actual mayoritaria afirma que el bien jurídico protegido por los delitos de falso testimonio es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y algunos autores concretan en el normal funcionamiento de la actividad o función jurisdiccional encomendada a jueces y tribunales, el correcto funcionamiento del proceso, la preservación de los fines del proceso, la pureza o veracidad de los medios probatorios, e incluso la “certeza de la prueba procesal” y la “pureza de la aportación de los hechos” o de la fase probatoria del proceso judicial. Otro importante sector doctrinal siguiendo una tesis más antigua, reconoce que estos delitos tienen una naturaleza pluriofensiva, al afectar tanto a un bien jurídico colectivo como a los intereses personales de los intervinientes en el proceso judicial¹⁰³.

Sin embargo, sobre la conducta típica en la que se refieren todos los delitos de falso testimonio propio consiste en faltar a la verdad en causa judicial. Así estipulada parece que se requiere una actuación positiva, siendo objeto de discusión doctrinal si el silencio o la omisión tienen cabida en ella. Aunque, si por omisión se entiende la negativa o resistencia injustificada a declarar, la respuesta ha de ser negativa, pues quien nada dice no puede faltar a la verdad.

La cuestión es más discutible cuando el testigo presta declaración, pero omite o silencia información relevante. Desde la doctrina se defienden puntos de vista diferentes; desde quien entiende que el falso testimonio es un delito de omisión a quien lo califica de delito de comisión por omisión¹⁰⁴.

Es importante atender que una forma de alterar el sentido de una declaración es la no constatación o la ocultación de aquello que en ella debería aparecer. El testigo está

¹⁰³ La discusión sobre este punto afecta a la calificación de la conducta de falso testimonio en causa criminal cuando el reo contra el que se ha declarado falsamente ingresa en prisión a consecuencia de la sentencia condenatoria, pues en un caso se afirma que cabe el concurso de delitos con las detenciones ilegales, y en otro que el falso testimonio absorbe todo el desvalor de la conducta. FARALDO CABANA, Patricia. *Falso testimonio de testigos...* op. cit.

¹⁰⁴ Según la opinión de FARALDO SABANA, la omisión pura, entendida como no ejecución de la acción esperada por el Ordenamiento jurídico, no es concebible con la regulación española actual del falso testimonio. La conducta consiste siempre en una acción positiva como lo es la prestación de la declaración sin que, por tanto, nada tenga que ver aquí la problemática de la omisión pura. Tampoco es concebible la comisión por omisión, pues el falso testimonio es un delito de mera actividad.

sometido a una concreta obligación legal al cumplimiento correcto de obligación de declarar y el deber de prestar un testimonio veraz. Cuando el ordenamiento jurídico impone a un sujeto en calidad de testigo la obligación de prestar declaración, el silencio puede asumir un valor concluyente, ya que la falta de comunicación puede ser interpretada como afirmación de que el sujeto obligado a declarar no tiene nada más que comunicar. Los supuestos habitualmente considerados como falsos testimonios por la jurisprudencia mediante omisión aparecen como reflejo de un comportamiento complejo positivo dentro del cual cobra relevancia no tanto la mera omisión sino la acción concluyente que la conducta del individuo supone¹⁰⁵.

5. La protección de testigos.

5.1 Introducción.

A pesar de que la prueba testifical es uno de los medios de prueba más empleados en los procesos penales, a nadie se le oculta que prestar declaración como testigo pueda ocasionar serios inconvenientes y trastornos a quien lo haga. Primero porque, para que una declaración testifical alcance valor probatorio no sólo habrá de practicarse ante el juez instructor, sino que deberá reproducirse ante el tribunal sentenciador. Desde un punto de vista psicológico, suele resultar costoso tener que situarse enfrente de aquel a quien se atribuye la realización de conductas presuntamente delictivas¹⁰⁶.

Ante estos temores eventuales, cabe preguntarse con que protección cuenta el testigo en nuestro ordenamiento:

- Con carácter general, la primera protección que dispensan nuestras normas

¹⁰⁵ De este modo, la emisión de una declaración testifical en la que se omiten datos esenciales constituye falso testimonio no porque en ella se excluyan dichos datos sino porque al excluirllos se afirma positivamente, aunque de modo implícito, que no existen o no son relevantes.

¹⁰⁶ Pero además, sucede que la persona que conoce hechos que incriminan al encausado y está dispuesta a deponerlos ante el tribunal, en ocasiones, corre el riesgo de padecer amenazas y presiones dirigidas a modificar o suprimir su declaración, o puede sufrir represalias a posteriori provenientes del acusado o de la condena. CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José. *La protección de testigos en el proceso penal*. Thomson Reuters, Navarra, 2009. Pág. nº 16.

es la ofrecida por las normas reguladoras de los Cuerpos de Policía o en materia de seguridad (Como la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad; o la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana).

- A continuación podría situarse la tutela preventiva y sancionadora de las normas penales relativas a conductas atentatorias contra dichos sujetos de prueba¹⁰⁷.

Sin embargo, otras medidas de protección relativas a cómo se presta el testimonio ante el tribunal como serían la declaración anónima u oculta, sí pueden afectar a las reglas esenciales que han de regir la práctica de la prueba. Toda actividad procesal que quiera tener la consideración de un genuino medio probatorio debe llevarse a cabo, como es conocido, con respecto de una serie de garantías: con inmediación, presencia del concreto tribunal que vaya a dictar sentencia, con publicidad o posible asistencia de terceros, ajenos al proceso, y en forma contradictoria o permitiendo que intervengan en su práctica las partes que no han propuesto el medio de prueba que se trate. Y no cabe duda que si se desconoce la identidad de la persona a la que se interroga, se limitan las posibilidades de contradicción, por cuanto se dificulta poner de manifiesto hechos o circunstancias que hagan dudar de la credibilidad del testigo en general o de la veracidad de sus afirmaciones en particular¹⁰⁸.

Respecto a la protección de testigos, encontramos esta circunstancias reguladas en los cuatro artículos de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. En la misma exposición de motivos de la LOPT, enlazado con la argumentación anterior, se menciona; *“dichas medidas no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del*

¹⁰⁷ Ejemplos de ello serían por ejemplo, el artículo 464 del Código penal: *El que con violencia o intimidación intente influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado... para que modifique su actuación procesal será castigado con la pena...*

¹⁰⁸ Por tanto es preciso que las medidas que se adopten para proteger al testigo no vulneren las garantías fundamentales del proceso penal no restrinjan de modo inaceptable las oportunidades defensivas del acusado o no supongan una quiebra de las garantías que deben presidir la práctica de la prueba.

proceso penal. De ahí que la presente ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y sus familiares¹⁰⁹.

Por lo que, esta ley confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias, previa ponderación de las circunstancias del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.

5.2 Testimonio anónimo.

Las medidas concretas que pueden adoptarse para la protección de los testigos y los demás sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la anterior mencionada LOPT, se mencionan en los artículos 2 y 3 de esta ley.

El primero de esos preceptos contiene tres medidas que puede adoptar el Juez instructor si se considera de forma motivada que concurre la circunstancia de “peligro grave” (artículo 1.2 LOPT). Las medidas que se pueden adoptar son las siguientes:

- i. Que no consten en las actuaciones ni la identidad ni el domicilio del testigo, ni cualquier otro dato que pueda servir para su identificación¹¹⁰;
- ii. Que el testigo comparezca en el proceso de forma que se impida su

¹⁰⁹ En particular se refiere a los artículos; 15 CE, en cuanto al derecho a la vida, integridad física y moral. Al artículo 17 CE sobre derecho a la libertad y la seguridad. Y los artículos 24.1 CE y 24.2 CE que regulan el derecho a la tutela efectiva.

¹¹⁰ Si los testigos hubiesen mantenido alguna relación con el acusado anterior al hecho generador del proceso, entonces será necesario que éste conozca la identidad real para poder cuestionar su fiabilidad a través de un interrogatorio suficiente y de la propuesta de pruebas dirigidas a tal fin, porque esas relaciones extraprocesales pueden haber originado una situación de hostilidad o de enemistad cuya probanza es decisiva para negar la credibilidad subjetiva del testimonio. ZARAGOZA AGUADO, J. A. *La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el Ordenamiento jurídico español. El problema de los testigos ocultos y anónimos.* Revista de Derecho y Proceso Penal. 2002.

identificación visual normal¹¹¹;

- iii. Que se fije la sede del órgano judicial como domicilio del testigo para los actos procesales de comunicación.

La característica más destacada entre todas ellas, es su relevancia procesal, pues no solo se acuerdan siempre en el proceso, sino que su adopción influye en el desarrollo de las actuaciones procesales y tiene repercusión, eventual, en los derechos procesales de las partes.

En cuanto al artículo 2 LOPT se refiere concretamente al Juez instructor, debido a que estas medidas se acuerdan de ordinario durante la investigación preliminar porque es la fase del proceso cuando suele ponerse de manifiesto tanto la necesidad de contar con un determinado testigo como también, la necesidad de protegerlo. Pero es en la fase de enjuiciamiento el momento en el que el órgano competente de esta fase debe pronunciarse motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o alguna de las medidas de protección de los testigos adoptados por el Juez de instrucción, así como la adopción de otras nuevas como dispone el artículo 4.1 LOPT.

La primera y principal medida con esta incidencia procesal para proteger a los testigos es la que conlleva a que estos declaren en las actuaciones de manera anónima, es decir, sin que las partes ni otros sujetos distintos al órgano judicial conozcan su identidad¹¹². Esta medida supone una excepción al régimen previsto con carácter general, el cual exige que en las diligencias se refleje el nombre y la identificación del testigo. Por consiguiente, también se exime al testigo de declarar los datos relativos a su

¹¹¹ Que el testigo declare sin que las partes conozcan su identidad o sin que puedan identificarlo visualmente con normalidad, es algo que incide sin duda en las posibilidades de control de la veracidad y fiabilidad probatoria de ese testimonio. CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José. *La protección de testigos...* Op. cit. Pág. nº 47.

¹¹² En referencia al artículo 2.a LOPT: No constarán en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

identificación o que puedan servir para su identificación¹¹³.

En el momento de comparecer, el testigo será identificado con un número o bien una clave, y será el Letrado de la Administración de justicia el que administre y guarde estas claves, al ser el fedatario público del proceso y el encargado de la custodia y conservación de las actuaciones tal y como se dispone en los artículos 453 y 458 LOPJ. Asimismo, el órgano judicial habrá de velar u ocultar cualquier otro dato que conste en los documentos e informes que se presenten en la causa¹¹⁴.

Pero cabe señalar que aunque la medida del testigo anónimo trata de garantizar la libertad del testigo, procurando evitar que reciba intimidaciones o amenazas tendentes a que suprima o modifique su declaración, por lo que autores han mencionado que este anónimo es una medida idónea para los supuestos de testigos causales, completamente ajenos a los hechos que se enjuician y sin una relación previa con el encausado, ya que se menciona que si quien presta testimonio ha sido víctima del delito y resulta conocido del acusado, poca utilidad presenta esta medida de protección¹¹⁵.

El anonimato del testigo puede conllevar a que se dude de su imparcialidad u otros datos que pudieren disminuir la credibilidad de su testimonio, como por ejemplo, que sufiere de algún trastorno. De manera que el control de la veracidad de lo afirmado por dicho testigo tendrá que basarse principalmente en reacciones externas, gestos o actitudes que muestre el testigo al responder al interrogatorio, o bien en la coherencia interna o la credibilidad objetiva que el mismo presente. A consecuencia de esto, la

¹¹³ No solo se exige de mencionar su nombre y apellidos, también su número de DNI (o NIF), edad, profesión... Los datos personales del testigo tampoco aparecerían en ningún acta o resolución que goce de publicidad, ni tan siquiera estarán al alcance exclusivo de las partes, sino que serán conocidos únicamente por el órgano judicial y obrarán bajo su custodia. CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José. *La protección de testigos...* Op. cit. Pág. nº 48.

¹¹⁴ Por ejemplo, en la STS de 25 de septiembre de 2006, donde se desestima la impugnación de la defensa fundada en que se le denegó la solicitud de la hoja histórico penal de un testigo protegido bajo un nombre clave, pues ello habría supuesto revelar su identidad.

¹¹⁵ A este parecer, CUBILLO LÓPEZ en su obra dispone que la clave para que el testigo anónimo sirva al fin que pretende no está tanto en la ausencia de conocimiento previo entre el testigo y el encausado como en que este último no llegue a saber en ningún momento quién es el que declara en su contra.

declaración de un testigo anónimo restringe las posibilidades de contradicción por parte de la defensa, sin embargo en el artículo 2 LOPT se reafirma que *las medidas se adoptarán por Juez instructor sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado.*

Sobre esta cuestión, nuestro TC en la sentencia nº 64/1994, de 28 de febrero, manifestó a los pocos meses antes de la entrada en vigor de la LOPT lo siguiente: *El TEDH ha examinado en diversas sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos (...). En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad, mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad. Pero aun así, ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos¹¹⁶.* Por lo contrario, el TEDH ha dictado hasta la fecha un número considerable de sentencias en las que aborda hasta qué punto la condena del acusado basada en la declaración de un testigo anónimo es compatible con el derecho a un proceso justo o equitativo y con el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que a los de descargo. Ya que el TEDH entiende que debe no debe fundamentarse la condena de forma decisiva en los testimonios anónimos, no se rechaza de forma genérica la validez probatoria pero para fundar condena, deberán concurrir con otras pruebas de cargo para que no hubiese violación del derecho a un proceso justo.

5.3 Testimonio oculto.

Junto al anonimato del testigo, la otra medida de protección que recoge el artículo 2.b) LOPT, también de carácter procesal es: *que comparezcan para la práctica*

¹¹⁶ En esta sentencia, según se aprecia, el TC se muestra contrario a que la declaración de un testigo anónimo pueda servir de prueba de cargo, con apoyo en las resoluciones del TEDH recaídas hasta la fecha. El TC entiende que el testimonio anónimo es contrario al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en la medida que imposibilita contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad.

de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. Conforme al tenor literal de este artículo, esta medida parece consistir en que el testigo intervenga y declare en las actuaciones con una apariencia externa distinta de la habitual¹¹⁷, de forma que no pueda ser reconocido o identificado visualmente; con ello se busca, por lo tanto, que la figura o imagen del testigo no esté al alcance del acusado, para evitar eventuales presiones o represalias se ejerzan sobre él.

Esta forma de protección del testigo, basada únicamente en que preste declaración sin ser visto con normalidad y donde en principio constan en las actuaciones sus datos de identificación personal, se considera plenamente compatible con las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías; así lo estipula la anteriormente citada STC 64/1994, de 28 de febrero, que denomina a esta modalidad como testimonios ocultos¹¹⁸ y que en ella se afirma; *en aquellos casos, como el presente, en el que el testigo no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso de “oculto” (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos, resulten respetados.* La única limitación de las garantías que entenderíamos con este tipo de testimonio es respecto al acusado, que no verán al testigo aunque sí lo escucharán, y además el acusado estará comunicada de forma inmediata con su Letrado de cara a la formulación de toda pregunta que se tenga por conveniente, entendiéndose

¹¹⁷ Lo cual puede conseguirse con el empleo de prendas u objetos que oculten el rostro y otros caracteres del testigo, tales como cascos, capuchas, verdugos, postizos, pelucas u otros artificios semejantes. O bien, que éste declare desde algún lugar de la sala de vistas desde el que no pueda ser visto por los acusados, o bien si lo hace bajo la protección visual de una cortina, biombo o mampara separadora; estas últimas formas resultan mucho más frecuentes en la práctica.

¹¹⁸ El TC entiende a los testigos ocultos cuando la ocultación del testigo, nunca lo sea respecto del tribunal, quién podrá interrogar al testigo sin ninguna limitación visual, pudiendo observar todos sus gestos y reacciones al responder lo que se plantee, respetándose así plenamente la inmediación. De la misma forma, tampoco quedará oculto para la defensa del acusado, ni para las demás partes, que podrán interrogar de forma contradictoria al que declare.

por nuestra jurisprudencia como una leve limitación de la publicidad procesal pero, justificada por el fin de otorgar protección al testigo¹¹⁹.

Como se ha visto anteriormente, en el testimonio anónimo al desconocerse la identidad del testigo y con ella sus circunstancias personales, se reduce considerablemente la contradicción que sólo podrá cuestionarse en el testimonio la llamada credibilidad objetiva, es decir, toda aquella se apoya en el contenido propio de la declaración así como el modo concreto de prestarla. No podrá criticarse entonces, la credibilidad subjetiva ni la razón de ciencia¹²⁰.

La posibilidad de proteger a los testigos empleando diferentes técnicas para impedir su identificación visual normal, ha dado lugar a que la doctrina se cuestione si en cuanto a la ocultación del testigo respecto del acusado, puede llegarse al extremo de excluir a este último en el momento de la declaración del testigo ante el órgano, por lo que no solo se le impida la percepción ordinaria del declarante por el acusado, sino que también se impida la completa visualización del mismo. En este sentido, la STS de 29 de septiembre de 1995 declara; *en cualquier caso la medida de exclusión de la presencia del acusado en una declaración testifical, adoptada por la Sala a petición de la víctima del delito y con la finalidad de preservar su seguridad, aun cuando no sea aconsejable, no cabe estimar que genere indefensión alguna al acusado cuando su Letrado defensor ha podido intervenir con plena libertad e interrogar al testigo de forma contradictoria*¹²¹.

¹¹⁹ Como ejemplo jurisprudencial, en la STS de 8 de julio de 1994, el testigo declaró desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la sala de vistas y en ella se afirma *es claro que hubo una restricción del principio de publicidad pero estimamos procesalmente correcta la actuación de la Sala. (...) Con tal forma de actuar quedaron debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, defensa e inmediación, propios del juicio oral*. En este sentido también encontramos la STS de 14 de febrero de 1995 o la STS 24 de junio de 1997.

¹²⁰ Situación que no sucede como hemos podido apreciar, en las declaraciones prestadas por testigo oculto y en el sentido del testimonio vertido de modo anónimo y oculto a la vez, como regla, conllevará una limitación inaceptable del derecho de defensa del acusado, al impedir la contradicción casi absolutamente.

¹²¹ De modo parecido encontramos la STS de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8237) y la STS de 18 de diciembre de 2001 (RJ 2002\276): *“Debe resaltarse que únicamente la declaración de la víctima*

Cabe apreciar que antes de la entrada en vigor de la LOPT y antes de la citada sentencia del STC nº 64/1994, se consideraba algo muy extraordinario que el testigo declarase en ausencia del acusado y debía fundarse en la existencia de un grave peligro para el testigo. Sin embargo, apreciando esta última citada STS, que se considera que si el testigo es de identidad conocida y la defensa del acusado puede interrogarlo sin limitación visual, la ausencia del acusado durante la prestación del testimonio puede ser una solución válida a la protección del que declara.

6. Procedimiento de la declaración testifical producida normalmente.

6.1 Del llamamiento de testigos y su comparencia.

Como hemos podido observar en puntos anteriores, la forma normal de concurrir como testigo en un proceso penal es la de concurrir al llamamiento judicial en cuyo caso, el juez de instrucción hará llamar a los testigos para que se presenten ante él¹²². La citación se llevará a cabo conforme a lo previsto en el Título VII del Libro I de la LECRIM, de las notificaciones, citaciones y emplazamientos; podrán ser citados personalmente donde fueran habidos, no teniendo que esperar a la expedición de la cédula, cuando el juez de instrucción considere que dada la urgencia de su examen procede citar al testigo verbalmente, o bien constituyéndose en su domicilio. Podrán también los agentes de la policía practicar las diligencias de citación verbal o escrita si el juez los habilitase para ello, tal como se expresa en el artículo 431 LECrim¹²³.

directa del ataque a la libertad sexual se practicó sin que pudiera ser vista por el acusado, aunque en todo momento a presencia del Tribunal, del Ministerio Fiscal y del Letrado de la defensa, quien no se vio impedido en absoluto para realizar el interrogatorio que estimó oportuno a los intereses del acusado”.

¹²² Salvo los supuestos especiales en que concurriese testigo impedido, testigo residente fuera de partido o termino municipal o testigo residente en el extranjero, como se ha expuesto anteriormente en el punto nº4.

¹²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal penal*. Thomson Reuters. Navarra, 2009. Pág. nº 832.

Debemos tener en cuenta por otra parte que, el juez de Instrucción tiene la obligación¹²⁴ de apercibir al testigo que haya prestado declaración en la instrucción de su obligación de volver a prestar declaración, pero esta vez en calidad de prueba en el juicio oral y ante la inmediación del tribunal decisor¹²⁵.

Supuestos vinculados por el oficio o cargo desempeñado del testigo:

- Empleados de vigilancia pública; cuando residan fuera de la capital del Juzgado, jefes de estación, maquinistas, fogoneros, conductores, telegrafistas, factores, recaudadores, guarda agujas u otros agentes que desempeñen funciones análogas. Deberá el juez de instrucción evitar su comparecencia, salvo que ésta sea indispensable, citándolos entonces por conducto de sus jefes¹²⁶.
- Persona que ejerza funciones o cargos públicos; se dará conocimiento a su superior de la citación para que se le nombre un sustituto durante su ausencia, si fuera necesario para el interés o la seguridad pública.
- Testigos que dependan de la jurisdicción militar; en estos supuestos el juez de instrucción podrá examinarlos por él mismo, poniendo en conocimiento la citación al Jefe del Cuerpo al que perteneciera o podrá examinarlos el Juez militar competente.

¹²⁴ Pero ello no significa que deban prestar declaración exclusivamente los testigos que han sido interrogados en la instrucción. Las partes son dueñas, en sus escritos de acusación y defensa, de citar a toda aquella persona que tenga conocimiento del objeto procesal. A tal efecto, habrán incorporado una lista de testigos con determinación de sus respectivos domicilios. Si el tribunal los considera pertinentes y necesarios, los citará para la celebración del juicio oral en el día y hora de señalamiento. GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Thomson Reuters. Navarra. 2012. Pág. n° 736.

¹²⁵ En supuestos de declaración testifical en el plenario contradictoria con la vertida en el juicio oral, procederá dar lugar a la lectura de las declaraciones sumariales al amparo del art. 714 LECrim con ello se aporta dicho elemento probatorio al plenario y puede el Tribunal contrastar y valorar la mayor o menos verosimilitud de las contrapuestas versiones. Ello deriva que los Jueces y Tribunales para alcanzar su convicción a partir de la prueba propuesta deben valorar todas las pruebas y posibilidades que se les ofrecen para la formación de su íntima convicción pruebas legítimas y medios procedimentales obligatorios. ENFEDAQUE I MARCO, Andreu. *La prueba en el...* Op. cit., pág n°287

¹²⁶ Si fuera indispensable su comparecencia y el abandono de sus puestos de trabajo supusiera un grave peligro o extorsión para el público, el juez de instrucción de la causa comisionará al juez del término municipal en que se halle el testigo.

En estos últimos casos y cuando el testigo no compareciese ante el juez instructor, se hará constar en el suplicatorio, exhorto o mandamiento en el que se expida las circunstancias precisas para la designación del testigo y las preguntas a que deba contestar, sin perjuicio de las que el juez o tribunal que le recibe declaración considere conveniente hacerle para el mayor esclarecimiento de los hechos.

Además, como contempla el artículo 432 LECrim, cuando no se conozca su domicilio, el juez instructor ordenará a la policía judicial u oficiará a la autoridad gubernativa para que lo averigüen y den parte de su resultado dentro del plazo que les hubiere fijado¹²⁷.

Una vez los testigos fueran citados para declarar en el juicio oral, el artículo 701 LECrim determina el orden en el que deberán ser examinados los testigos; empezando por los testigos aportados por el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta de los demás actores y, en último lugar, con los aportados por los procesados. En cuanto al orden de los testigos en cada una de las partes, este mismo artículo especifica que se practicasen según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente y en cuanto a su examinación será también por el orden con que figuren sus nombres en el mismo escrito¹²⁸.

6.2 Forma de practicarse la declaración.

La prueba testifical se realizará ante el juez, quien podrá mandar que se conduzca al testigo al lugar que hubieren ocurrido los hechos y examinarle allí o poner a su presencia los objetos sobre los que deberá versar la declaración en la sede del órgano

¹²⁷ Transcurrido este plazo sin haber averiguado el paradero del testigo, se publicará la cédula de citación en el periódico oficial del pueblo de la residencia del Juez, y en su defecto, en cualquier otro que allí se publique. Se insertará también la cédula, si el Juez lo estima conveniente, en los periódicos oficiales o particulares de la capital de la provincia y del lugar donde se presume el testigo.

¹²⁸ El mismo artículo 701 LECrim especifica que el Presidente podrá alterar este orden a instancia de parte, y aun de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

que va a conocer del asunto, tal y como especifica el artículo 712 LECrim¹²⁹. Además, antes de que los testigos presten su declaración, deberán estar incomunicados los uno de los otros: *Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona* según el artículo 704 LECrim¹³⁰.

6.2.1. Estudio del art. 704 LECRIM: incomunicación de testigos.

En el siguiente artículo se determina que el Presidente del Tribunal mandará llamar a los testigos a declarar uno a uno por el orden previamente estipulado, remarcando esta importante condición de que los testigos tienen que no tener contacto con los demás para que sus declaraciones no queden contaminadas¹³¹.

Pero la jurisprudencia ha señalado que la infracción procedimental a la incomunicación de los testigos no es causa de anulación del testimonio, pero el tribunal deberá considerar esta circunstancia cuando valore la manifestación del testigo afectado por dicha incorrección. A este respecto dice la STS 908/1999, de 1 de junio: *El artículo 704 citado tiene el carácter de norma cautelar y no prohibitiva tendente a garantizar la veracidad –y por tanto la espontaneidad- del testigo ofrecido, y como tal norma cautelar su incumplimiento no produce otro cargo o efecto que la eventual aminoración*

¹²⁹ Aunque hemos dicho que la declaración se prestará ante el juez, lo cierto es que los testigos, en la práctica, con frecuencia declaran ante una investigación o del Ministerio Fiscal en cuyo caso, las declaraciones prestadas en esta circunstancia tendrán el mismo valor que los atestados; siendo necesaria la ratificación de la misma a presencia judicial y con sus debidas garantías, no sólo para el testigo, sino también para el imputado, sometándose necesariamente al principio de contradicción. DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. *El proceso penal: Doctrina...* Op. cit.

¹³⁰ *Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán hasta dicho momento en un lugar apropiado sin comunicación con los demás testigos. Sin embargo, si dicha circunstancia no se produce, lo que acontecerá necesariamente cuando la larga duración del juicio oral, o el número plural de sesiones, o cualquier otra circunstancia lo impidan, ello no es suficiente para denegar la audiencia del testigo ni para invalidar su testimonio.* ENFEDAQUE I MARCO, Andreu. *La prueba en el proceso penal...* Op. cit. Pág n°287.

¹³¹ STS 1421/2001, de 16 de julio de 2001 (Sr. DELGADO GARCÍA): *El espíritu que ha inspirado la redacción del artículo 704 es el de evitar que los testigos tengan ocasión de confabularse para, falseando los hechos, obtener una condena.*

*del valor del testimonio ofrecido, constatado el quebrantamiento de la incomunicación del Tribunal, quien en definitiva, podrá tener en cuenta tal circunstancia a la hora de darle el valor que proceda de conformidad con el juicio crítico que debe efectuar (...) por ello su quebrantamiento no puede tener por sanción la nulidad absoluta del testimonio, ni tampoco puede dar vida a un motivo de casación*¹³².

A modo de resumen, la STS 1421/2001, de 16 de julio expone la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el artículo 704, junto con cita de las Sentencias de 5 de abril de 1989¹³³, 26 de junio de 1990, 30 de enero de 1992, 19 de enero de 1995 y 25 de junio de 1997, entre otras y que se concreta en los puntos siguientes:

- I.** *“Hay casos en los que es imposible cumplir a la letra lo mandado en tal norma, como ocurre en los juicios orales de larga duración en los que necesariamente tienen que declarar los diferentes testigos a lo largo de diversas sesiones. En estos casos sólo cabe procurar que aquellos que hayan de declarar sobre una misma materia lo hagan, en lo posible, en la misma sesión.*
- II.** *La violación de esta norma procesal no produce la prohibición de que la declaración testifical correspondiente pueda ser valorada por el juzgado*

¹³² Con palabras parecida se expresa la STS 361/2001, de 26 de marzo: *El tema de la inobservancia entre los testigos ya ha sido tratado y resuelto por esta Sala (...) en cuanto tiene el carácter de una norma cautelar y no prohibitiva (...) y como tal norma cautelar, su incumplimiento no produce otro cargo o efecto que la eventual aminoración del testimonio prestado, constatado el quebrantamiento de la incomunicación por el Tribunal, quien, en definitiva, podrá tener en cuenta tal circunstancia a la hora de darle el valor que proceda. (...) Por ello su quebrantamiento no puede tener por sanción la nulidad absoluta del testimonio, ni puede dar vida a un motivo de casación.*

¹³³ Esta sentencia señala que, *el citado art. 704 no establece norma prohibitiva alguna, sino que constituye disposición legal que no puede confundirse con puro mandato. Su esfera operativa se sitúa en la exigencia de comportamientos dirigidos a proporcionar una instrumentación de la veracidad del testimonio, pero ni prohíbe que con uno originado en contravención con ella sea producido ni aún impediría, que el Tribunal lo tomase en cuenta para formar su convicción. Se trata en definitiva, de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga.*

o tribunal como prueba válida. La ley no vincula tal efecto al incumplimiento del artículo 704¹³⁴.

Finalmente, la STS 32/1995, de 19 de enero, matiza sobre este tema en concreto que la regla del art. 704 LECrim no es una condición absoluta de validez de la prueba testifical; el significado de su infracción, por lo tanto, depende de los efectos que haya podido tener en cada caso. Ya que para la propia denegación de la prueba se precisa que haya podido producir indefensión material y no una simple apariencia de indefensión o indefensión formal, por lo que no tendría sentido obligar a una nueva celebración del juicio con el retraso que ello supondría para proceder a oír a un testigo cuya declaración no fuera necesaria para establecer los hechos probados relevantes.

6.3. Preguntas generales de la ley y contenido de la declaración.

A continuación, los testigos se presentarán a declarar, y prestarán juramento o promesa de decir verdad¹³⁵, en relación al artículo 434 LECrim: “*El juramento se prestará en nombre de Dios. Los testigos prestarán el juramento con arreglo a su religión¹³⁶*”. El Juez tendrá la obligación de advertir a los testigos que han de ser veraces y en su caso de las penas con las que se castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.

¹³⁴ Esta sentencia entiende como un indicio a tener en cuenta para valorar la eficacia en el caso concreto de la vulneración de este art. 704 (sobre la credibilidad del testigo) cabe considerar la eficacia de lo declarado en el juicio oral con el contenido de las manifestaciones realizadas por la misma persona en un momento anterior.

¹³⁵ Entre los requisitos comúnmente prescritos para que la deposición testifical sea legítima, figura el juramento. Si bien algunos autores como BENTHAM quisieran excluirlo como inútil, cuando no como perjudicial. La tesis relativa a su utilidad o inutilidad no tiene como una resolución absoluta, toda vez que sería preciso, ante todo, conocer el pueblo de que en su cada caso se trate, en lo referente a su estado, a la índole de su constitución, de sus costumbres y de sus creencias. ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado...* Op. cit. Pág. nº 117.

¹³⁶ El juramento tiene carácter promisorio y afirmativo. Vulgarmente entendiéndose por jurar la apelación de Dios como testigo; un juramento de esta naturaleza viene al fin y al cabo a ser una solemne afirmación o promesa manifestada con ciertas palabras sacramentales.

Las preguntas generales de la ley constituyen el primer control sobre la fiabilidad del testigo, por lo que una vez en la comparecencia, el testigo deberá manifestar la siguiente información contemplada en el artículo 436 LECrim, en este orden:

- A. En cuanto su identificación personal: su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión.
- B. Referente a las partes del proceso: si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase.
- C. Sobre antecedentes penales: si el testigo ha estado procesado y la pena que se le impuso.
- D. Además, en el caso de que el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito.

Sobre las preguntas generales de la ley, la STS de 18 de diciembre de 1991 (Sr. RUIZ VADILLO) dice; *Como el testigo tiene obligación de ser veraz (lo que no es aplicable al imputado) la ley prescribe que habrá de contestar a las llamadas generales de la ley, nombre, (...). Todo ello está dirigido sin duda a descubrir el perfil de las características del testigo para que luego el Juez pueda determinar el valor y consiguiente credibilidad de la declaración.*

Después de estos datos aportados por el testigo sobre sí mismo, según contempla el artículo 708 LECrim, la parte que haya propuesto la prueba testifical podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente y para las cuales propuso al testigo. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en la vista de sus contestaciones. Además, el Presidente, por sí o a

excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren¹³⁷.

El testigo habrá de declarar de viva voz, pudiendo consultar algún apunte o documento si lo necesitaren¹³⁸. Sobre las preguntas que las partes realicen al testigo, el Presidente del Tribunal no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Para ello, podrá adoptar medidas para evitar que se formulen a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo excepcionalmente que debieren ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o a la credibilidad de la declaración de la víctima. A excepción de este supuesto, si esas preguntas fueran formuladas, el Presidente no permitirá que sean contestadas y constará en el acta la pregunta o repregunta a que el Presidente haya prohibido contestar¹³⁹.

En el supuesto de que el testigo no entendiese o no hablase el idioma castellano, la ley en los artículos 440, 441 y 442 LECrim contempla que se le nombrará un intérprete para que preste declaración, así como también se contempla que los testigos puedan declarar en el idioma de la comunidad autónoma en que se encuentre según lo dispuesto en el artículo 231.3 LOPJ. En el caso de que se requiera intérprete, este también deberá prestar juramento o promesa de desempeñar su cargo fielmente,

¹³⁷ ENFEDAQUE I MARCO, Andreu: *Cuando la versión del testigo en el juicio oral discrepe de aquella llevada a cabo en el sumario o en las diligencias previas se puede, con arreglo a lo dispuesto en el art. 714 LECrim, pedir la lectura de aquélla por cualquiera de las partes. Una vez leída, el Juez o Presidente invitará al testigo a que explique dichas diferencias o contradicciones. La prueba en el... Op. cit. pág nº287.*

¹³⁸ En este sentido encontramos la SAP de las Palmas (secc. 1ª), de 23 de mayo de 1996: *El art. 437 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que además regula únicamente la instrucción, sólo permite al testigo consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar, pero ni parece que esto corresponda hacerlo en el juicio oral ni desde luego en relación con los hechos fundamentales del proceso.* Por lo que el testigo narrará los hechos sin interrupción, pudiendo el Juez y las partes preguntarle después.

¹³⁹ La ley prevé en el artículo 721 LECrim que se pueda interponer recurso en caso de desestimación de una de estas preguntas por estos motivos: *Cuando se desestime cualquiera pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente en los casos de los tres artículos anteriores, podrá prepararse el recurso de casación del modo previsto en el artículo 709.*

haciendo constar sus datos de identidad¹⁴⁰. Las preguntas las realizará el juez al intérprete, quien las traducirá y las trasladará al testigo; la transcripción al acta se realizará en la lengua del testigo, debiendo con posterioridad y salvo que sea una lengua de la comunidad autónoma, ser traducida al castellano.

Una vez prestada declaración, el testigo leerá la declaración, firmando él y todos los presentes. Terminada ésta el juez le hará saber la obligación que tiene de comparecer para declarar de nuevo ante el tribunal, así como de poner en conocimiento del Juzgado los cambios de domicilio¹⁴¹.

Posteriormente, el tribunal procederá a la apreciación sobre el contenido y el modo de declarar del testigo. La valoración de las declaraciones testificales se realiza por el juez o tribunal que ha presenciado directa y personalmente tales declaraciones, viendo y oyendo a cada uno de los testigos comparecidos ante su presencia. Deben ser valoradas las circunstancias personales y las características de cada testigo, así como la manera de expresarse y de narrar lo que presenció, y también si sus manifestaciones son verosímiles, y en todo caso han de confrontarse esas manifestaciones con las que eventualmente haya podido realizar con anterioridad durante la fase de la causa¹⁴².

¹⁴⁰ También se contempla que si el testigo fuere sordomudo y supiere leer, se le harán las preguntas por escrito; si supiere escribir, contestará por escrito, y si no supiere ni lo uno ni lo otro, se nombrará a un intérprete que prestará el juramento o promesa anteriormente referido.

¹⁴¹ Artículo 443 LECrim: “*El testigo podrá leer por sí mismo la diligencia de su declaración; si no pudiere, por hallarse en alguno de los casos comprendidos en los artículos 440 y 442, se la leerá el intérprete, y en los demás casos el Secretario. El Juez advertirá siempre a los interesados el derecho que tienen de leer por sí mismos sus declaraciones*”.

Artículo 444 LECrim: “*Éstas serán firmadas por el Juez y por todos los que en ellas hubiesen intervenido, si supieren y pudieren hacerlo, autorizándolas el Secretario*”.

¹⁴² Una vez dictada sentencia, la valoración de las declaraciones testificales realizadas durante la primera instancia es muy distinta y está sujeta a múltiples limitaciones. Los tribunales de apelación o de casación sólo podrán controlar y corregir esa valoración si al realizarla han sido empleados criterios inadmisibles. CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

7. Declaración testifical mediante videoconferencia.

La introducción de medios telemáticos y electrónicos en el proceso ha aportado nuevas utilidades a medios de prueba ya existentes, este sería el caso de la declaración testifical mediante videoconferencia. En este sentido, como ha señalado ORTIZ PRADILLO, de acuerdo con la amplitud de supuestos previstos en el tenor literal del art. 229.2 LOPJ: *las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley*, con la genérica mención de los arts. 325 y 731 bis LECrim sobre los motivos legales que amparan el empleo de la videoconferencia¹⁴³, puede afirmarse que casi cualquier intervención que deba hacerse durante el proceso penal por medio de la palabra es susceptible de poder realizarse a través de la videoconferencia¹⁴⁴.

La instrucción 3/2002 de la FGE, sin ánimo exhaustivo señaló algunas de las posibles utilidades de la videoconferencia dentro del marco jurídico vigente, entre las varias aplicaciones posibles, las siguientes fueron las referentes a la prueba de testigos:

- I. En cuanto a la declaración de testigos y peritos podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial.
- II. De la protección de la libre y espontánea declaración de personas; la videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos

¹⁴³ El artículo 325 y 731 bis LECrim ponen en manifiesto que por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar.

¹⁴⁴ MONTESINOS GARCIA, Ana. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Marcial Pons, Barcelona, 2009. Pág. nº 63.

testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares. Si bien esta utilidad se proyecta sobre todos los órdenes jurisdiccionales, resulta especialmente relevante en relación con la víctima de un delito, evitándose situaciones de victimización secundaria, sobre todo en las infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual o en supuestos de violencia doméstica grave.

Se le otorga una especial relevancia la utilización de la videoconferencia a la hora de practicar determinados medios probatorios, pues, entre otras ventajas, permite la práctica inmediata de pruebas urgentes que no pueden dilatarse en el tiempo ni suspenderse por la posible pérdida de su función probatoria al concurrir determinadas circunstancias que exigen su inmediatez, como podría ser la existencia de un testigo enfermo terminal¹⁴⁵.

Como MONTESINOS GARCIA menciona en su obra, *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*; lo que no hace nuestra Ley, a diferencia de lo que ocurre en países de nuestro entorno, es establecer un ámbito objetivo en el que pueda utilizarse la videoconferencia, es decir, en modo alguno se instaura en nuestro ordenamiento una lista predefinida con el tipo de delitos que puedan enjuiciarse por estos medios¹⁴⁶.

De la redacción del artículo 419 LECrim: “*Si el testigo estuviere físicamente impedido de acudir al llamamiento judicial, el Juez instructor que hubiere de recibirle la declaración se constituirá en su domicilio, siempre que el interrogatorio no haya de poner en peligro la vida del enfermo*” debemos entender que, en este supuesto nada

¹⁴⁵ Cabe recordar que como regla general, la práctica de las pruebas (así como la testifical) se llevará a cabo en el juicio oral y en la sede de Tribunal, pues es lo debatido oralmente en el juicio, el fundamento de la sentencia que va a posteriormente dictarse.

¹⁴⁶ A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Italia, donde su Código Procesal Penal (art. 146 bis) exige para el empleo de la videoconferencia que nos encontremos ante uno de los delitos previstos en el art. 51.3 bis o en el art. 497.2.a.

impide el empleo de la videoconferencia como herramienta para la prueba testifical¹⁴⁷. Al respecto, observamos como el empleo de la videoconferencia permite o al menos, facilita que los testigos cuyo domicilio o residencia se encuentre alejado de la sede judicial o, aquellos cuyas circunstancias personales imposibiliten o agraven la comparecencia ante el juzgado, puedan testificar en el de su propia comunidad, es decir, en el órgano judicial encargado de dar cumplimiento al auxilio judicial por videoconferencia, con la presencia del correspondiente secretario judicial quien dará fe de lo actuado, evitando con ello las molestias y gastos de desplazamiento que conlleva tal práctica.

Sobre el empleo de la videoconferencia en la prueba de testigos, el Convenio Europeo de 29 de mayo de 2000, permite la declaración de testigos en aquellos supuestos en que *no sea oportuno o posible que la persona que se deba oír comparezca personalmente*¹⁴⁸. Estas circunstancias para el empleo de la videoconferencia deben ser analizadas minuciosamente, con relación a las características de cada uno de los sujetos que testifique, así como las circunstancias concretas y la relevancia de los hechos que se imputan en el proceso. Cobrarán importancia por su cualidad personal las personas enfermas, testigos protegidos, menores de edad, víctimas de malos tratos y testigos de referencia, para el empleo de este medio¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Se podría entender que las herramientas de discusión interactivas, como pueden ser los chats, también pueden ser útiles (además de la videoconferencia) para examinar a testigos, sin embargo, al recaer únicamente en lenguaje escrito, se considera que la credibilidad del testigo resulta más difícil. MONTESINOS GARCIA, Ana. *La videoconferencia como instrumento...* Op. cit. Pág. nº 73.

¹⁴⁸ En el informe explicativo de tal convenio, se esclarece que el término “oportuno”, resultará aplicable a los casos en que el testigo sea especialmente joven, de edad muy avanzada o no goce de buena salud, mientras que el término “posible”, se aplicará en aquellos que el testigo soportaría un grave riesgo si compareciera en el Estado miembro requirente. Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. Bruselas, Publicación en el BOE en 15 de octubre de 2003.

¹⁴⁹ Ejemplos de estas circunstancias las encontramos por ejemplo, en el Auto del TS 26 de octubre 2006, en donde los testigos que declararon por videoconferencia se encontraban en su país de residencia, Gran Bretaña, por lo que la excepcionalidad de la medida aparecía plenamente justificada. Y en la Sentencia de la AP Baleares 27 de abril de 2006, en donde los testigos declaran por medio de videoconferencia con cumplimiento de todos los requisitos exigidos para su validez, como prueba exactamente igual a la de una práctica testifical con intermediación física en la sala.

Por lo que la aplicación de este medio resultará sumamente relevante si tenemos en cuenta el siguiente argumento: la declaración mediante videoconferencia protege, o al menos, ayuda a la protección de la libre y espontánea declaración de los testigos, quienes pueden sentirse menos coaccionados a la hora de prestar sus declaraciones, pues la deposición por medio de este instrumento disminuye la posible presión psicológica sufrida por determinadas personas, especialmente cuando nos encontramos ante delitos de agresión sexual, así como ante supuestos de narcotráfico y delitos de banda organizada, en los que los testigos acuden temerosos a la Sala del juicio ante el probable peligro de una posterior represalia por parte de los autores de tales delitos.

En caso del empleo de la videoconferencia para las declaraciones testificales, el procedimiento que se deberá llevar a cabo será el siguiente: el juzgado donde deba realizarse la vista o bien en el órgano instructor (depende de la fase procesal en la que nos encontremos), se encontrará el juez y el resto de las partes, que podrán efectuar al testigo que declara por videoconferencia, las pertinentes preguntas con contradicción a través de este medio tecnológico¹⁵⁰. Por lo tanto, la iniciativa de decidir el empleo de este medio en el proceso penal puede acordarse tanto de oficio por el propio órgano judicial¹⁵¹ o incluso de aquellos que deben intervenir en el proceso en calidad de testigos.

La doctrina ha cuestionado si es necesario escuchar a las otras partes sobre recurrir a este medio para realizar la prueba de testigos en el proceso penal en particular, al respecto, considera DE LA MATA AMAYA que no parece imprescindible que, de forma previa, deba oírse a las partes sobre la oportunidad y pertinencia de utilizar este recurso tecnológico en aquellos supuestos basados en razones de protección de los

¹⁵⁰ Obvia decir que el presupuesto básico a la hora de decidir el empleo de la videoconferencia en un proceso penal, deberá partir de la previa disponibilidad material por parte de los tribunales de los medios técnicos adecuados que permitan su correcta aplicación.

¹⁵¹ Puede acordarlo el propio órgano judicial cuando por diversas razones o motivos de distinta índole lo considere apropiado, como puede ser el supuesto de peligro de fuga de los presos, por ejemplo.

derechos de víctimas de delitos o menores, en los de alejamiento físico de quienes han de comparecer¹⁵².

Será el mismo juez o tribunal que esté conociendo del proceso el que, ya sea de oficio o a instancia de parte, decida emplear la videoconferencia y para ello acordará que se oficie al organismo público o privado donde se encuentre ubicada la pantalla de emisión-recepción, así como al servicio común de videoconferencia del mismo y que se exhorte al tribunal en cuyo partido judicial se encuentre el organismo donde radique la respectiva pantalla para que el correspondiente letrado de la administración de justicia u oficial habilitado para éste se constituya, el día y hora señalado, en el organismo en cuestión con el objeto de dar fe pública en la actuación judicial que se va a llevar a efecto a través de la videoconferencia, si fuere necesario.

La resolución anterior al juicio por la que el juez o tribunal acoja esta medida, adoptará forma de auto y se deberá comunicar a las partes para que tengan conocimiento de ello. Esta resolución deberá cumplir con la condición del cumplimiento de los cuatros presupuestos legales imprescindibles; legalidad, excepcionalidad, proporcionalidad y especial motivación.

Respecto a esta especial motivación, el tribunal que acuerde el empleo de la videoconferencia deberá motivarlo expresamente en la resolución en la que se adopte tal medida; deberá razonar debidamente los motivos decisivos que han sido considerados a la hora de utilizar este medio tecnológico sobre la base de los acontecimientos

¹⁵² Matiza DE LA MATA AMAYA, que sí parece necesario oír al acusado en el caso de internos penitenciarios cuando sea su propia presencia en el acto del juicio oral o en la comparecencia de que se trate la que quiera evitarse sustituyéndola por la virtual, siempre que sean razones de seguridad, evitación de fugas, reducción de costes y eliminación de traslados y desplazamientos innecesarios las que estén en juego para tomar la decisión oportuna, la cual no deberá adoptarse sin tomar en consideración los argumentos del propio acusado y sus defensores, siempre desde la perspectiva más amplia del derecho de la defensa. MONTESINOS GARCIA, Ana. *La videoconferencia como instrumento...* Op. cit.

producidos y las normas implicadas, además, deberá reflejarse con claridad esta motivación en la sentencia que posteriormente vaya a dictarse¹⁵³.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de febrero de 2007, consideró que la no puesta en conocimiento del acusado que vaya a declarar de la correspondiente resolución acordando la videoconferencia es una irregularidad que únicamente tendrá relevancia a la hora de discutir la efectividad de la prueba cuando la parte que alegue la indefensión justifique que el empleo de esta tecnología ha quebrantado su derecho de defensa¹⁵⁴.

Aun va más allá la SAP de Murcia de 16 de julio de 2007 que constata que la falta de una resolución judicial fundamentadora del empleo de la videoconferencia (no ya únicamente de la falta de notificación al sujeto interesado como en el supuesto anterior) no es bastante para privar del valor probatorio a la declaración que se llevó a cabo por este medio, siendo lo esencial que concurren razones de utilidad, seguridad, de orden público o de simple gravedad o perjuicio para el declarante y no ocasionase indefensión a las partes¹⁵⁵.

Una de las posibles causas de la indefensión a las partes, como se ha mencionado anteriormente, sería el incumplimiento de otros de los principios procesales

¹⁵³ Como apunta PÉREZ-CRUZ MARTIN, algún sector doctrinal ha pretendido defender la viabilidad de la utilización de la videoconferencia, exclusivamente en aquellos supuestos en que se permite la celebración del juicio en ausencia. Habida cuenta de que no existe identidad de razón entre el juicio en ausencia y el “proceso a distancia, resulta viable que la videoconferencia sea admisible cuando el tribunal, desde parámetros de razonabilidad o proporcionalidad de la medida, permita su utilización cuando ello contribuya positivamente al desarrollo de la vista”. *Videoconferencia y proceso penal*. Diario de Jurisprudencia el derecho, nº 2182, 2005. (Base de datos: el Derecho EBD 2005/164978).

¹⁵⁴ Esta STS proclamó expresamente: *El hecho de que no hubiese puesto en conocimiento del recurrente que el acusado fuese a declarar en el juicio oral por medio de videoconferencia constituye una mera irregularidad procesal sin la relevancia constitucional que se le pretende atribuir ya que, en todos caso, la parte impugnante conocía que dicha prueba había sido propuesta y aceptada pudiendo por lo tanto desplegar al respecto toda su estrategia defensiva* STS de 27 de febrero 2007 (RJ 2007/2528).

¹⁵⁵ Asimismo, esta sentencia reconoce la oportunidad del uso de la videoconferencia en el caso concreto en donde las reiteradas suspensiones por incomparecencia de algunos de los acusados, habría dado lugar a obligarles a trasladarse inútilmente en más de un caso con distancia superior a los mil kilómetros. SAP de Murcia de 16 de julio de 2007 (ARP 2007/624).

como la legalidad, proporcionalidad o intermediación. Por ello, se considera que la comunicación entre las partes a través de la videoconferencia debe ser bidireccional e interactiva como ha señalado la LOPJ en su artículo 229.2. En este sentido, la videoconferencia deberá permitir que dos o más personas ubicadas en sitios diferentes puedan verse y oírse en tiempo real como si ante la misma sala se encontrasen, de modo que puedan realizarse mutuamente las preguntas y consideraciones oportunas sin limitaciones sensoriales que restrinjan su capacidad de comunicación¹⁵⁶. Con carácter general, será responsable el letrado de la administración de justicia de la autenticidad de cuanto se desarrolle la testifical mediante videoconferencia, dando fe de cuanto percibe y siendo absolutamente independiente frente el ejercicio de esta función¹⁵⁷.

Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, como señala el artículo 453 LOPJ, el letrado de la administración de justicia garantizará la autenticidad e integridad de loa grabado; consiguiente que también debe garantizarlos en los actos llevados a cabo mediante el uso de la videoconferencia en el proceso penal, quien acreditará la identidad de las personas participantes, así como el tiempo y el lugar de su realización.

En último lugar, las diligencias que se practiquen a través de videoconferencia, aunque la LECrim no diga nada expresamente al respecto, deberán ser documentadas por acta extendida por el letrado de la administración de justicia, quien hará constar en ella la adecuada audición y recepción de la imagen y sonido. Respecto a la necesidad o no de transcripción de las grabaciones, tradicionalmente se ha exigido la transcripción en papel de las pruebas documentales del proceso penal en soportes electrónicos. Sin embargo, como ha considerado parte de la doctrina, la transcripción de una declaración

¹⁵⁶ DE LA MATA AMAYA: *El principio de contradicción está asegurado en cuanto las posibilidades de interrogatorio y contrainterrogatorio son exactamente iguales para las partes con la presencia física del acusado o del testigo con la virtual. La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales.* Actualidad penal nº 47 - 48. 2002. Pág. nº 1280

¹⁵⁷ GUTIÉRREZ LUCAS, Carlos. *El secretario judicial y la oficina judicial tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* Revista de Derecho Procesal, nº 1 – 3, 2004. Nº pág. 213; En el presente artículo doctrinal, interesante resulta el análisis de la nueva estructura de la oficina judicial y la nueva configuración que, tras la reforma operada por la 19/2003, de 23 de diciembre, se ha dado a los secretarios judiciales como Cuerpo Superior Jurídico a la cabeza de dicha oficina.

mediante videoconferencia resulta una exigencia inútil¹⁵⁸.

8. Presunción de inocencia y el principio <<in dubio pro reo>>.

8.1. Aproximación a los conceptos de presunción de inocencia y principio in dubio pro reo.

En una definición amplia, tal y como menciona FIDALGO GALLARDO¹⁵⁹, podríamos entender el derecho a la presunción de inocencia como la regla o principio según el cual la persona sometida al procesamiento de las instituciones del sistema de justicia penal sobre su posible participación en la comisión de un delito, debe ser considerada y tratada como inocente a todos los efectos legales mientras su culpabilidad no se declare probada con total certeza por un Tribunal tras haberse tramitado en su contra un proceso con todas las garantías.

Mientras que se analiza la presunción de inocencia como una regla de distribución de la carga de la prueba y principio que exige que los hechos determinantes de la culpabilidad sean probados con certeza objetiva, certeza¹⁶⁰ a la cual sólo podrá llegarse lícitamente a través de actuaciones realizadas respetándose todas las garantías procesales. Si a pesar de ello continua persistiendo la duda sobre la culpabilidad; si de los medios de prueba practicados ante el Tribunal resulta una duda razonable sobre la culpabilidad o la inocencia del reo, deberá optarse por declarar la no culpabilidad, regla expresada mediante la expresión latina *in dubio pro reo*.

¹⁵⁸ Pues no ofrece garantía añadida alguna a la normal audición de una conversación telefónica o al visionado de una cinta de video. Únicamente criterios de oportunidad o comunidad pueden justificar dicha labor de transcripción. MONTESINOS GARCIA, Ana. *La videoconferencia como instrumento...* Op. cit. Pág. nº 137.

¹⁵⁹ FIDALGO GALLARDO, Carlos. Tomo II. *La prueba en el...* op. cit. Pág. nº 464.

¹⁶⁰ VEGAS TORRES, Jaime: *El convencimiento del juzgador sobre la certeza de la culpabilidad del acusado ha de estar basado en pruebas. No existiendo prueba alguna acerca de los hechos determinantes de la culpabilidad, no es posible la condena, aunque el juzgador esté íntimamente convencido de que el acusado es criminalmente responsable. La condena no puede apoyarse en un conocimiento intuitivo de los hechos, sino en un conocimiento racional, al que sólo puede llegarse a través de la prueba. Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal.* La ley, Madrid, 1993.

En nuestro ordenamiento jurídico, en constancia del artículo 24.2 de la CE, rige el derecho a la presunción de inocencia de toda persona¹⁶¹. La presunción de inocencia es sólo *iuris tantum*, de manera que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Para tal desvirtualización, es necesaria una mínima actividad probatoria, producida con las garantías procesales, que, de algún modo, pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado.

La constitucionalización en nuestro ordenamiento jurídico del derecho a la presunción de inocencia ha significado la superación definitiva del sistema de valoración legal de la prueba¹⁶². En la actualidad, nuestro sistema procesal se basa en la consagración de la valoración libre de la prueba, empleando la razonabilidad y la conciencia, tal como recoge el artículo 741 LECRIM. El derecho a la presunción de inocencia es una de las garantías más esenciales y relevantes con las que el ciudadano cuenta cuando se ve inmerso en un proceso.

Efectivamente, el derecho a la presunción de inocencia sólo queda enervado cuando un Tribunal, independiente, imparcial y establecido por la Ley, declare la culpabilidad del acusado en cuanto se trate de un proceso penal¹⁶³. En cuanto a

¹⁶¹ ROMERO COLOMA expresa en su obra una conexión entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* en cuanto que, una vez consagrada esta presunción desde el punto de vista constitucional, ha dejado de ser un principio general del derecho (en relación al principio *in dubio pro reo*), para convertirse en un derecho fundamental, que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata. ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical ...* op. cit. Pág. nº 69.

¹⁶² *La presunción de inocencia, una vez proclamada como derecho fundamental y garantía constitucional, ha planteado muchos y variados problemas, casi todos ellos referidos a la prueba practicada o que es necesario practicar en el proceso penal.* VÁZQUEZ SOTELO, J. L. *Investigación y prueba en el proceso penal.* (Nicolás González-Cuéllar Serrano, Ágata Sanz Hermida). Editorial Colex. 2006. Madrid.

¹⁶³ Con carácter general el TC ha dicho que la presunción de inocencia se asienta sobre ideas esenciales; **1)** El principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal. **2)** La sentencia condenatoria debe fundamentarse en auténticos actos de prueba, con una actividad probatoria que sea suficiente para desvirtuarla, siendo necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en lo atinente a la participación en él del acusado. En este sentido, encontramos a modo de ejemplificación entre muchas otras, las siguientes sentencias: STC STC de 12 de noviembre de 1986, de 3 de junio de 1987, de 30 de noviembre de 1989, de 1 marzo de 1993, de 15 de julio de 1997, y de 14 de octubre de 1997.

los medios de prueba el TC, desde la sentencia 31/1981, ha afirmado que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos jurisdiccionales de la justicia penal en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción y publicidad.

Por lo que hemos observado, el principio *in dubio pro reo* está fuerte relacionado con el derecho a la presunción de inocencia pero cabe hacer una distinción entre ellos más que la línea que los separa al ser la presunción de inocencia un derecho fundamental consagrado en la constitución y en cambio, siendo el principio *in dubio pro reo* un criterio interpretativo tanto de las normas, como de la resultancia procesal ya que si, a pesar de toda la actividad probatoria, pudiendo en consecuencia el Tribunal entrar en su valoración conforme el art. 741 LECrim, no le es posible al Juzgador subsumir los derechos acaecidos en el precepto¹⁶⁴, se impone la absolución, al ser menos gravoso la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente (ejemplo de ello la podemos encontrar en la Sentencia del TC 20 de marzo de 1991).

El principio *in dubio pro reo* surge con distintos alcances según el momento procesal en el que nos encontremos y sobretodo, las situaciones excluyentes de certeza beneficiarán en este caso, al imputado¹⁶⁵. La duda (*lato sensu*) que al comenzar el proceso tiene poca importancia, va cobrándola a medida que se avanza y aumentando el ámbito del beneficio del imputado y ya no sólo la improbabilidad, sino que también la duda *stricto sensu*, impedirán el procesamiento o la elevación a juicio. Al llegar a la

¹⁶⁴ *Cuando surgieren dudas razonables sobre la real concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos que integran el tipo penal, esa duda siempre debe favorecer al reo, bien entendido que no puede equipararse la duda extremadamente derivada de existir, en principio, dos versiones contrapuestas (como ocurre en casi todos los procesos de cualquier índole) a la que surge en el ánimo del Juez, cuando, oídas directamente por él las personas que respectivamente las sostienen, llega el momento de acoger una u otra, ya que sólo y exclusivamente en este instante decisivo debe atenderse al principio in dubio pro reo.* ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba...* op. cit. Pág. N° 71.

¹⁶⁵ El procesalista español Prof. FAIRÉN, ha expresado reiteradamente su opinión de que el gran problema de la presunción de inocencia es saber si cuando cae lo hace de modo instantáneo o, si por el contrario, se va minando o desgastando en los sucesivos trámites procesales (detención, prisión preventiva, fianza carcelaria...). *Tendencias actuales del derecho procesal penal: Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional III. La reforma procesal penal.* Madrid. Editorial de Derecho Reunidas. 1993. Pág. n° 27.

máxima expresión de su alcance en el dictado de sentencia definitiva, en la cual, tanto la improbabilidad como la duda stricto sensu y aun la probabilidad, impedirán la condena del imputado.

El sentido de la inocencia del art. 24.2 CE ha de entenderse en el sentido de la no autoría, no producción de daño o no participación en él. En cuanto a los medios de prueba el TC, desde la sentencia 31/1981¹⁶⁶ ha afirmado que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos jurisdiccionales de la justicia penal en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral bajo vigencia de los principios de igualdad, contradicción y publicidad¹⁶⁷.

Aunque a pesar de ello, no cabe entender el derecho a la presunción de inocencia como solamente un derecho fundamental ya que, la doctrina se ha mostrado sobre aquella entendiéndola como una pieza clave del enjuiciamiento criminal. Porque la presunción de inocencia es el punto de partida y el criterio al que deben ajustarse en su actuación todas las personas, instituciones y trámites a través de los cuales se articula la actuación estatal tendente a la investigación, el enjuiciamiento, y en definitiva la represión de los delitos. Nuestra doctrina así lo ha subrayado repetidamente: para NIEVA FENOLL, más que principio clave del proceso penal la presunción de inocencia es *“el principio clave de todo el sistema pena”*. En similares términos, para MONTERO AROCA la presunción de inocencia es *un verdadero principio elevado a rango constitucional, que debe conformar toda la regulación del proceso penal por el legislador ordinario en el código procesal penal correspondiente*¹⁶⁸.

¹⁶⁶ STC nº 31/1981 de 28 de julio de 1981, FJ 4º, 5º.

¹⁶⁷ SENTÍS MELENDO: El contenido material de la presunción constitucional de inocencia coincide parcialmente con la del principio in dubio pro reo, pero conviene establecer la distinción entre ambos, como ya avanzó la STC 31/1981 y ha sido reafirmado por la jurisprudencia posterior. *In dubio pro reo*. Colección “Breviarios del Derecho” nº 292. Buenos Aires, Ejea. 1971.

¹⁶⁸ De sus obras: NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010 y MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 24ª ed. GÓMEZ

De tales afirmaciones podemos entender por lo tanto que, la consideración de la persona como inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad a través de un proceso judicial¹⁶⁹ es una situación irrenunciable para poder hablar de verdadero proceso, un instrumento regido por el Derecho y no por la arbitrariedad, para poder esclarecer la realidad de los hechos acontecidos y en su caso aplicar las consecuencias previstas en la Ley.

8.2. La presunción de inocencia como regla sobre la carga de prueba y sus efectos.

Si la presunción de inocencia impone que el sistema de justicia penal deba tanto considerar como, materialmente tratar como inocente al investigado desde el primer momento en que se inicia el control de criminalidad y durante toda la fase de instrucción, la misma consideración y tratamiento deben mantenerse durante toda la decisiva fase ante el Juez o Tribunal sentenciador ante el cual se practicará la prueba de testigos, en cuanto al tema que nos atañe.

Durante esta fase la presunción de inocencia opera esencialmente como una regla de prueba, o más en concreto como una regla o principio que establece limitaciones y requisitos al modo en que puede válidamente formarse la convicción del juzgador sobre la verdad de los hechos imputados al ya acusado¹⁷⁰.

Por lo tanto, como hemos observado, la presunción de inocencia comporta en el orden penal, las cuatro siguientes exigencias:

- 1º. STS de 22 de julio de 1988: La carga de la prueba sobre los hechos

COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

¹⁶⁹ Consideración que impone la necesidad de observar cautelas extremas para limitar sus derechos civiles antes de producirse esa declaración, esto es, para adoptar medidas cautelares restrictivas de los derechos del reo antes de ser éste efectivamente condenado.

¹⁷⁰ ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El “derecho al proceso debido”, aunque carezca de un contenido jurídico específico y determinable con precisión, ha sido recogido por la jurisprudencia del TC y TS, relacionándolo o englobándolo en algún derecho fundamental, entre ellos a la prohibición de indefensión, entendiéndose esta como toda privación o limitación del derecho de defensa, inescindible del derecho a la tutela judicial efectiva. El Principio del Proceso debido.* Bosch, Barcelona, 1995.

constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probación de los hechos negativos. Sin embargo, la presunción de inocencia no exime a la parte acusada de realizar actividad probatoria a su favor cuando exista un mínimo de actividad probatoria en cuanto: *“frente a pruebas no sólo indiciarias, sino también de cargo, que se reflejan en la fase de instrucción y de juicio oral, el interesado no llevó a cargo la imprescindible contraprueba”*¹⁷¹.

- **2º.** Sólo puede entenderse como prueba y por ello admitida como tal, la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisorio y con observación de los principios de contradicción y publicidad¹⁷².
- **3º.** Sólo pueden exceptuarse de esa regla general los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el derecho de defensa.
- **4º.** La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que este puede ejercer libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

¹⁷¹ STS de 9 de febrero de 1995: *Probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuricidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos. Eso sí, “la falta de prueba de la coartada no puede ser utilizada en modo alguno como prueba de la participación en el hecho”* (STS Sala Segunda de 17 de octubre de 1992).

¹⁷² STC 31/1981 de 28 de julio: *“Para que dicha -libre valoración- pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado”*.

9. Valoración de la prueba.

9.1. Concepto y límites.

Por valoración del testimonio de la prueba testifical se tiene que entender la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido. Fundamentalmente se trata de una actividad judicial, ya que la competencia para decidir sobre dicha convicción de la prueba testifical corresponde al Juez o Tribunal. En este aspecto, RAFAEL DE PINA nos dice que la prueba testifical es tanto peligrosa como imprescindible. Que el testimonio humano, para la fijación exacta de los hechos en el proceso, presenta grandes dificultades de interpretación, aumentadas a la práctica, por falta de una preparación de este elemento de prueba puede darnos una impresión viva y exacta de la realidad que se trate de investigar¹⁷³.

Entre los diversos aspectos de la función valorativa de la prueba testifical encontramos los siguientes:

- Examen de la fuerza probatoria formal del testigo: Los requisitos previos que se exigen al testigo para poder prestar declaración con carácter probatorio.
- Examen de fuerza probatoria material del testimonio: Una vez comprobado que el testimonio aportado es formalmente completo y legal, es indispensable pasar al examen de sus requisitos de fondo¹⁷⁴,

¹⁷³ Vemos pues que, por necesidad, de la prueba testimonial no se puede prescindir, así como que en el proceso su utilización es frecuente; sin embargo, tal medio de prueba ha sido materia de objeciones como por ejemplo, la explicada falibilidad humana que bien puede originar que la declaración del testigo sea puesta en duda por lo inverosímil de la misma o por falta de veracidad; de aquí lo difícil que resulta para el Juez valorar esta clase de prueba. DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales*. Editorial Porrúa S.A. México D. F. 1982. Pág. nº 163.

¹⁷⁴ Estos requisitos de fondo pueden ser de dos clases: Por una parte pueden ser extrínsecos, aquellos que constituyen circunstancias separadas del testimonio pero que influyen en su validez y eficacia, o bien pueden ser intrínsecos, que contemplan al testimonio y testigo en sí mismo, su autenticidad, su sinceridad, su credibilidad o veracidad. ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical ...* op. cit. Pág. nº 26.

para determinar la fuerza probatoria material que debe asignársele, bien sea aisladamente o en concurrencia con otros testimonios también formalmente válidos, o con otros medios de prueba diferentes.

Tal y como establece el art. 741 LECrim, la valoración de la prueba será libre; “*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*” en la que el Tribunal podrá hacer uso del libre arbitrio pero siempre tomando en cuenta los elementos que integran la calificación del delito o para la imposición de la pena constatados en el Código Penal.

La teoría de la libre valoración como expresa IGUARTUA SALAVERRÍA se denomina a aquella valoración en que los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales, no estando sujetas a exigencias tasadas en textos legislativos, lo cual es un atributo que distingue a su teoría rival, la de valoración legal¹⁷⁵. Respecto a esta valoración libre, MORENO CATENA amplía la definición expresando que como valoración en conciencia o de íntima convicción que implica la apreciación y valoración de la prueba incriminatoria, obviamente deberá atender con arreglo a criterios de lógica y razonabilidad¹⁷⁶.

Esta interpretación, a su misma vez, ha de ser complementado con la doctrina del Tribunal Constitucional, nacida con ocasión de la interpretación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE. La mencionada doctrina no ha venido a derogar ni contradecir la libre valoración, sino a dar cumplido el desarrollo del art. 741 LECrim en

¹⁷⁵ Definición de IGUARTUA SALAVERRÍA, Juan, de su obra *la psicología del testimonio*, nº 39, *actualidad penal*, Madrid, 1998, citado a su misma vez en la obra de ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical ...* op. cit. Pág. nº 25.

¹⁷⁶ BARONA VILAR expresa en relación a este tema que la valoración de la prueba basada en la íntima convicción, fue favorecida por una jurisprudencia que se llegó a calificar como permisiva, con pronunciamientos en los que la culpabilidad podía depender del mencionado convencimiento en conciencia, con lo que quedaba abierta la puerta a facultades omnímodas del juzgador centradas en su convencimiento personal. Para evitar arbitrariedades, resultó imprescindible que la jurisprudencia estableciera criterios limitativos a la citada valoración en conciencia. BARONA VILAR, Silvia. *La prueba. Tomo II. La prueba...* op. cit. Pág. nº 440

cuanto la apreciación ha de recaer de un lado en auténticas pruebas y, de otro, dichas pruebas han de haberse practicado en el juicio oral¹⁷⁷. No tiene que ser una motivación extensa y exhaustiva, basta con que sea aceptable desde el punto de vista de lo que es normal en sentido de la jurisprudencia del TC¹⁷⁸.

STS 9 de octubre de 1980: “*En el sistema español de enjuiciar, las Audiencias, a tenor de lo dispuesto en el art. 741 LECrim, gozan de la facultad de valorar las pruebas practicadas de modo libérrimo y sin más freno o cortapisa que el de su propia conciencia y, excepcionalmente, del de la presencia de algún documento auténtico... por cuyo contenido hayan necesariamente de pasar*”.

Debemos atender a la limitación jurisprudencial que se impone a la libre valoración de la prueba, ya que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo configuran la apreciación en conciencia del juzgador, como manifestación de la libre valoración de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia y fundar una condena. Para ello la motivación de la valoración queda sometida a una serie de requisitos para no caer en el riesgo de actuar con arbitrariedad¹⁷⁹:

¹⁷⁷ STS nº 173/1997 de 14 de octubre de 1997, FJ 4º: la doctrina interpreta que solo se puede conceder el valor de elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, aunque tendrán virtualidad propia si se integra de datos objetivos y verificables, siempre que se introduzcan los mismos en el juicio oral mediante prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción de las partes. Encontramos esta misma interpretación doctrinal en las siguientes sentencias:

-STS nº 131/1997 de 15 de julio de 1997, FJ 1º, 2º.

-STS nº 76/1993 de 1 de marzo de 1993, FJ 1º, 2º.

¹⁷⁸ RUIZ VADILLO, Enrique. *La prueba en el proceso penal*. Centro de estudios judiciales, colección cursos vol. 12, Madrid, 1993, pág. nº 108.

¹⁷⁹ Para que el artículo 741 LECrim no vulnere el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 los tribunales se expresan sobre esta problemática como es el caso de la STS de 13 de febrero de 1999: “...*impone una recta interpretación de este precepto, debiendo entenderse que este artículo (741 de la LECRIM) no concede a los tribunales arbitrariedad ni la posibilidad de guiarse por suposiciones imprecisas o intuiciones*”. En este sentido, entre otras las SSTs de 15 de diciembre de 2006 (ROJ 429/2006), 10 de junio de 2008 (ROJ 4080/2008), y 10 de diciembre de 2008 (ROJ 808/2015).

1. La necesidad de una mínima actividad probatoria de cargo¹⁸⁰, practicada con las debidas garantías.
2. La apreciación lógica de la prueba, con arreglo a máximas de experiencia objetivas que se aplican respecto a pruebas válidamente practicadas.
3. La falta de prueba de cargo o de prueba de cargo válidamente obtenida o practicada debe implicar la absolución, independientemente de la convicción personal del juzgador.

La jurisprudencia ha enfocado estos principios para que cuando se haga denuncia de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se haya verificado si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida a través de las garantías inherentes al proceso debido, como hemos analizado previamente como uno de los dos los requisitos indispensables para la valoración de la prueba testifical¹⁸¹. Trata de constatar tres cuestiones esenciales:

- Análisis sobre el juicio de la prueba: sobre si existió prueba de cargo en relación con los requisitos legales constitucionales exigibles y que la prueba haya sido introducida en el proceso, sometida a los principios de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad¹⁸².

¹⁸⁰ STC nº 31/1981: *El resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse “de cargo”, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado. “Actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado”.*

¹⁸¹ Como expresa BARONA VILAR; *La valoración probatoria debe motivarse en la sentencia, a fin de que puedan controlarse los criterios racionales y las máximas de experiencia empleados. Se plantea pues la relación entre la motivación de la sentencia y la presunción de inocencia, lo que supone la necesidad de relacionar los distintos medios de prueba practicados con los hechos considerados como probados en la sentencia, de manera que todo pronunciamiento del juez esté directamente relacionado con el medio de prueba en concreto que se haya practicado.*

¹⁸² *La existencia de prueba en el proceso practicada con todas las garantías no es un mero presupuesto formal, cumplido el cual pueda el juzgador hacer valer su personal convencimiento sobre la culpabilidad del acusado, sean cuales fueren los elementos determinantes de dicha convicción. Si se exige la existencia de la prueba en la causa como presupuesto absoluto de toda condena es porque la certeza de la culpabilidad, concretada en el convencimiento del juzgador sobre la misma, sólo puede obtenerse a partir de la prueba obrante en causa y revestida de todas las garantías constitucionales.* GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. *La prueba en...* Op. cit. Pág. nº 129.

- Verificación sobre la suficiencia: es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.
- Cumplimiento de la motivación y la razonabilidad en cuanto al tribunal cumplió con el deber de motivación, explicitando los razonamientos para justificar el decaimiento de la presunción de inocencia¹⁸³.

9.2. Control sobre la motivación de la sentencia.

Se requiere un control sobre la valoración de la prueba en el proceso penal para ello, es necesario cumplir con dos requisitos básicos: por un lado, debe ser posible que el objeto que se someta debe ser pasible a dicho control y por otro lado, el ejercicio de la actividad de control se realizará como una operación específica. Este último punto es muy importante debido a que la característica esencial de cualquier objeto que se desee someter a control reside en la posibilidad de su objetivación¹⁸⁴.

Cabe entender que suele llamarse *motivación-actividad* a las operaciones mentales de los jueces conducentes a la solución de un caso, en tanto que la expresión *motivación-producto* se usa para designar aquel segmento escrito de las sentencias en el que los jueces justifican sus decisiones. En cuanto a esta última, la *motivación-producto* no tiene porqué ser la transcripción gráfica de lo que ha movido el juez a tomar una decisión, es decir la *motivación-actividad*, el calco de lo que ha pasado por la mente del juzgador, ya que puede existir un desajuste entre lo que se piensa y lo que se escribe el juzgador.

¹⁸³ Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento.

¹⁸⁴ IGARTUA SALAVERRIA expresa con sus propias palabras, lo siguiente sobre este tema: *No sé si esta formulación es o no correcta, pero con ella quiero significar que no se puede controlar (por ejemplo, lo que permanece en el recinto de la intimidad personal). Sin embargo, esta advertencia tan insustancial sirve de pórtico explicativo a una distinción con implicaciones enjuiciosas.* IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. nº 180.

La motivación constituye el objeto del control y no el itinerario recorrido en la búsqueda de la solución, por lo que se someterán los mismos a control. Tampoco será objeto de control si la decisión adoptada es correcta o deja de serlo, ya que solo serán de importancia las razones que sustenta la resolución. Al control le resulta indiferente saber por qué un juez ha llegado a tal valoración de los hechos, asimismo el control carece de competencia para fiscalizar como se han valorado las pruebas. En cambio, entra de lleno en su esfera jurídica vigilar cómo se justifica la valoración de las pruebas¹⁸⁵.

A efectos analíticos, la operación sobre el control de la motivación puede realizarse a través de tres técnicas:

- **Prescriptivo:** Al motivarse la valoración de las pruebas a través de realizarse por un modelo en concreto.
- **Descriptivo:** Cuando se detalla la forma en la que han sido valoradas las pruebas en dicho proceso en particular.
- **Relacional:** Poner en relación una valoración con un modelo, expresar si guardan relación o no y por lo tanto, comprobar si la valoración se ajusta correctamente.

9.3. *Motivación de la sentencia*

La motivación de la sentencia como se ha analizado en el punto anterior, es un factor imprescindible en cuanto a la valoración de las pruebas de cargo para alcanzar el convencimiento del Juez o Tribunal y poder dictar sentencia¹⁸⁶. En este sentido afirma la STC 82/2001, de 26 de marzo: *De esta manera la motivación de las sentencias constituye una consecuencia necesaria de la función judicial y de su vinculación a la*

¹⁸⁵ En lo cuanto a la motivación judicial, se llama descripción a la tarea que se ocupa en describir las motivaciones que, de hecho, utilizan los jueces. La perspectiva prescriptiva consiste, en cambio, en enunciar unas directivas acerca de cómo deben motivar los jueces.

¹⁸⁶ MORA MORA, L. P.: El Juez, para emitir su veredicto debe dar por cierto determinados hechos y señalar que otros no fueron acreditados, para ello debe analizar la prueba que se ha puesto a su disposición; con base en la apreciación de ella fija el suceso fáctico materia del proceso. *Investigación y prueba en...* Op. cit. Pág. n° 82.

Ley, permita conocer las pruebas en virtud de las cuales se le condena (motivación fáctica), y las razones legales que fundamentan la subsunción (motivación jurídica), al objeto de poder ejercitar los recursos previstos en el ordenamiento, y finalmente constituye un elemento disuasorio de la arbitrariedad judicial. De esta afirmación podemos desglosar que la motivación por una parte será jurídica pero también fáctica, ya que en este sentido el TC ha expresado que se deben exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de los hechos probados¹⁸⁷.

Por lo que el TC establece con esta línea de razonamiento, que no solamente es necesario que la motivación de la sentencia se base en una prueba de cargo suficientemente válida como para desvirtuar la presunción de inocencia, sino que también la valoración de dicha prueba o pruebas, esté motivada correctamente¹⁸⁸. Por lo que, la sentencia debe contener un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión solo esté fundada en el análisis parcial de únicamente la prueba de cargo, o solo de la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE.

Como hemos observado, la falta de motivación no solo afecta a una posible vulneración de la presunción de inocencia, sino que también, se puede incurrir ante una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En la STS de 29 de enero de 2015¹⁸⁹ trata de definir la diferenciación entre ambas y porque en el caso de la

¹⁸⁷ Ya que no solo afectan en cuanto a la motivación para no incurrir en una vulneración de la presunción de inocencia, sino que, también, sean estas conocidas para que la parte tenga posibilidad real de impugnar el criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de casación pueda efectuar la función revisora sobre las mismas (STS 19 de enero de 2000).

¹⁸⁸ En cuanto a la falta de motivación fáctica incriminatoria, el TC y el TS consideran que en estos casos la plena reparación del derecho vulnerado pasará normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En este sentido, la STS de 7 de abril de 2016, afirma que en *la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE*, y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

¹⁸⁹ En el mismo sentido, se pronuncian las STC 242/2005, de 10 de octubre y 187/2006, de 19 de junio; y 148/2009, de 15 de junio.

vulneración de la presunción de inocencia la consecuencia es la absolución del procesado, mientras que en la vulneración de la tutela judicial efectiva la consecuencia es el dictamen de una nueva resolución;

“La presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos. (...) al decidir el recurso, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable la afirmación de que tales motivos existen”. La presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, al decidir el recurso, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable o no la afirmación de que tales motivos existen.

“Por el contrario, el derecho de tutela judicial, además de que no alcanza a los supuestos de sentencia de condena, ni es alegable por quien es condenado, alcanza a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de motivos de absolución o la condena. De ahí que resulte inadmisibile la formulación, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial¹⁹⁰, de una pretensión que inste la afirmación de existencia de motivos para obtener una sentencia de condena. (...)”¹⁹¹.

La vulneración de la garantía de tutela judicial aquel derecho justifica solamente la exigencia de que sea dictada nueva resolución, mientras que en el caso de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de motivos para la condena, la resolución que procede es la de absolver al acusado¹⁹²”.

¹⁹⁰ Al estar incluida la presunción de inocencia entre los derechos del art. 24.1 y 2 de la CE goza de la protección específica no solo ante juzgados y Tribunales sino también ante el Tribunal Constitucional, mediante demanda de amparo o recurso individual que puede ser interpuesto contra toda lesión de tal derecho, cualquiera que sea el poder público que la haya causado o si se ha producido en un proceso judicial.

¹⁹¹ Por el contrario, el derecho de tutela judicial, además de que no alcanza solamente a los supuestos de sentencia de condena, ni es alegable solamente, por ello, por quien es condenado, alcanza a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos que funda la absolución o la condena.

¹⁹² Por su parte el Tribunal Constitucional se refiere también a que la cuestión relativa a la valoración de la prueba suficientemente motivada afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. Así, entre otras, las STC 9/2011, de 28

Tal diferencia de contenido se traduce en una esencial diferencia de los efectos de la vulneración de una u otra garantía.

9.4. Psicología jurídica del testimonio.

Pero en cuanto a la valoración de la prueba, no solo se requiere examinar desde un punto de vista jurídico, doctrinal y jurisprudencial, sino que también es importante ver desde un punto de vista de la psicología del testimonio al ser la prueba testimonial una prueba personal, cuyo contenido de psicología jurídica es importante. Ya que, la doctrina se ha centrado principalmente en las cuestiones jurídicas, en los aspectos estrictamente legales y de interpretación que suscitan las normas de la Ley Procesal Penal referidas a este medio probatorio. La práctica judicial debe recoger los medios dados de la nueva ciencia de la prueba testifical: médicos, psiquiatras, juristas y psicólogos, que intentan someter a los testigos a una crítica psicojudicial metódica, extrayendo de ella el máximo de verdad con el mínimo de error¹⁹³.

El valor de la prueba testimonial en el proceso penal comprende dos cualidades esenciales de orden racional¹⁹⁴: la conciencia y la autocrítica. La conciencia en la práctica es la más conocida y buscada en la práctica judicial, porque ésta se ha preocupado casi exclusivamente del aspecto moral de la crítica del testimonio pero solamente con la conciencia es insuficiente. El buen testigo no es solamente concienzudo, sino que debe estar dotado de sentido crítico y saber aplicar ese sentido a su propio testimonio. Los datos proporcionados por el testimonio constituyen un

Febrero; 5/2000, de 17 de enero; 249/2000 de 30 de octubre; 209/2002, de 11 de noviembre; 143/2005, de 6 de junio; y 245/2007, de 10 de diciembre.

¹⁹³ *La Psicología del testimonio no se limita tan sólo al problema de la exactitud o fiabilidad de la memoria del testigo, sino que entiende también que el testimonio hace referencia a un evento y contexto social, que no sólo afecta a cantidad de información retenida y recuperada por aquél, sino que, al mismo tiempo, ejerce su influencia en la calidad del recuerdo, lo que, en última instancia, está determinando la credibilidad del mismo.* ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical ...* op. cit. Pág. n° 22.

¹⁹⁴ *También serán susceptibles de valoración, como medio probatorio, los gestos y actitudes que acompañan a la declaración testifical y que, en la práctica, son de gran valor para percatarse y formar convicción acerca de la veracidad (o inveracidad) del declarante, propugnándose consignar las reacciones del testigo por el órgano judicial, a efectos de que quede constancia de las mismas.* ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical...* op. cit. Pág. n° 51.

producto que ha sido en parte recreado por el testigo. Hay una necesidad de reflexión crítica a fin de reconocer y si es posible, corregir los errores para detenerlos en su nacimiento.

Conclusiones

Las conclusiones a las que he llegado tras la investigación de este trabajo final han sido las siguientes:

PRIMERO. Medio de prueba por excelencia en el proceso penal. –

La prueba testifical es un medio de prueba con gran peso dentro de los procesos penales, diferenciado de los procesos civiles o los procesos sociales en los que se toma más en cuenta la prueba documental, en los procesos penales por su propia naturaleza recurren a este medio de prueba. Al ser un medio de prueba de carácter personal, se tendrán que tener muy en cuenta los principios inherentes de todo proceso para no causar indefensión y así que no se caiga en el arbitrio de las decisiones judiciales, ya que los medios de prueba son el recurso necesario para lograr la reconstrucción de los hechos controvertidos, de un modo probable y demostrable.

Una idea tan concreta me ha permitido entender mejor este medio de prueba, aun quizás teniendo más problema en cuanto a la valoración de otros medios de prueba como expondré más adelante, por la propia naturaleza de los delitos donde no quedan vestigios del delito en un sentido más documentado, es importante darle importancia a un medio de prueba de característica personal. El estudio de este trabajo final de grado me ha permitido conocer y opinar que aunque la testifical carezca de importancia en otros órdenes jurisdiccionales, en el orden penal es todo lo contrario, incluso pudiendo revestir la importancia de prueba de cargo y alcanzar junto a otros medios de prueba, una sentencia condenatoria.

SEGUNDO. Testigos directos y de referencia. –

Expresados los requisitos que hacen que un individuo tenga la calificación de testigo; persona física, ajena al proceso, citada por el órgano judicial para que preste declaración de ciencia sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal, en orden a la prueba y constancia de la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes. La primera diferenciación que encontramos basa en los testigos directos y los testigos de referencia, también llamados indirectos.

Estos últimos tienen controversia dentro de nuestra jurisprudencia, ya que la regulación legal de estos es muy escueta y la jurisprudencia ha intentado ampliar su valoración, entendiendo que la declaración prestada por un testigo de referencia por sí solo, no tendrá la suficiente fuerza como para considerarse una prueba de cargo. En este sentido, estoy de acuerdo con la jurisprudencia al limitarlos mucho ya que, no creo que se le deba atribuir el mismo valor a un testigo directo que ha presenciado los hechos a uno que, ha obtenido su opinión a través de otro.

Sin embargo, sí que junto a otros medios de prueba u otras declaraciones testificales, pueden servir de apoyo para fundamentar la motivación del juez sobre la culpabilidad o no del acusado, por lo que personalmente defiendo que la testifical indirecta está bien regulada porque me parece correcto que pueda alcanzar conjuntamente con otros medios de prueba una motivación y opino que, deberían ser muy excepcionales los casos en los que a la testifical indirecta se le aportase una importancia mayor que la establecida.

TERCERO. Testigos por su calidad personal. – Además de la anterior mencionada distinción, tengo que tener en cuenta que el tratamiento legal y jurisprudencial a los testigos puede variar ligeramente según su calidad personal, sobretodo en cuanto a la valoración de dichos testimonios. En primer lugar, no existe ninguna prohibición explícita a que la víctima no pueda prestar declaración con carácter probatorio, la cual se regulará según las normas de la prueba testifical al encontrarnos ante una regulación inespecífica. Opinando que quizás el legislador tendría que hacer alguna referencia legal a este supuesto ya que he observado que no se trata de una práctica inhabitual en ciertos delitos como los relacionados con abusos y agresiones sexuales por su ámbito íntimo de actuación.

En cuanto a los testimonios aportados por menores y por enfermos mentales, la problemática se encuentra en el crédito que se otorgue a sus palabras, teniendo en cuenta la posible sugestividad o mentalidad de dichos testigos y teniéndoles que someter a un control de credibilidad por ello. Y aunque creo que es oportuno que se les controle un poco más, no hay que perder de vista que es posible que los adultos también puedan caer en ser manipulados o mentir.

También he observado que ha existido una controversia sobre la aceptación de los testigos que formasen parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin embargo, la doctrina entró en consonancia con la LECrim y se admitió sus testimonios, diferenciando las actuaciones de esos cuerpos en tres grandes grupos y sus consecuencias. Por otro lado, no se aceptará el testimonio de los funcionarios judiciales al entender que existe una incompatibilidad y que tiene valor lo establecido en los documentos, sin poder realizar aclaraciones sobre las mismas, cuya postura defiende al entender que así se agiliza el proceso, ya que los documentos aportan suficiente información en sí.

CUARTO. Protección de testigos. – Se concluye que la medida de protección al emplear testigos anónimos (declaraciones en las actuaciones de manera anónima, es decir, sin que las partes ni otros sujetos distintos al órgano judicial conozcan su identidad) lleva a la situación de crear indefensión ante la parte acusada al inhibir la posibilidad de contradicción por su parte. Y encuentro más adecuada, coincidiendo en la postura de la jurisprudencia, la aceptación de la protección que se ofrece a los testigos ocultos para poder realizar un proceso en el que se preserven todas las garantías por parte de ambas partes.

QUINTO. Valoración de la prueba de testigos. – En cuanto a los criterios de valoración de la prueba de testigos concluyo con que, se tiene que tener en cuenta para la valoración en primer lugar la fuerza probatoria formal, es decir, que se siga el proceso como dicta la ley y en segundo lugar, la fuerza probatoria material, en cuanto al contenido de la declaración aportado por el testigo. Entiendo por lo tanto que, radica verdadera importancia esta última, porque el juez deberá motivar los razonamientos de su valoración de la prueba testifical al establecer nuestro ordenamiento jurídico una libre apreciación sobre la prueba testifical en el proceso penal. Por lo que se deberá someter a esta a una valoración en conciencia, atendiendo a los criterios de lógica y razonabilidad para la motivación que se realice posteriormente.

Por lo que creo adecuado, opinar que es muy importante en todo este proceso estudiado la valoración de la prueba de testigos porque es el Juez en último lugar quien decide sobre la credibilidad o no de los hechos relatados por el testigo.

Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier. *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites.* (Manuel Richard González). La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Derecho Procesal Penal.* (Andrés De la Oliva Santos, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muerza Esparza, José Antonio Tomé García). Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

ASENCIO GALLEGO, José María. *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BARONA VILAR, Silvia. *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal.* (M^a Isabel Romero Pradas, M^a Isabel González Cano). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

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

CALVO CABELLO, José Luis. *La valoración de la prueba en el juicio oral. La prueba en el proceso penal II.* Cuadernos de Derecho Judicial nº 9. 1996.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

COLÁS TURÉGANO, Asunción. *Derecho penal de menores.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal.* (Víctor Moreno Catena). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

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

DE LA MATA AMAYA, José. *La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales.* Actualidad penal nº 47 - 48. 2002. Pág. nº 1280

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *El principio de contradicción en el proceso penal.* La Ley, nº 2. 2002. Pág. nº 1714.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales*. Editorial Porrúa S.A. México D. F. 1982.

DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia y formularios. Volumen III: Fase intermedia y juicio oral*. (Víctor Moreno Catena, Ángela Coquillat Vicente, Ángel Juanes Peces, Emilio de Llera Suárez Bárcena). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba material penal*. Reus SA, Madrid, 1980.

ENFEDAQUE I MARCO, Andreu. *La prueba en el proceso penal*. (Carlos Ramos Rubio, Francisco Bañeres Santos, María José Malgadi Paternostro, Miguel Ángel Gimeno Jubero, Pedro Martín García, José María Assalit Vives, Joan Francesc Uría Martínez, Jesús María Barrientos Pacho). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El Principio del Proceso debido*. Bosch, Barcelona, 1995

FARALDO CABANA, Patricia. *Falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes. Un análisis desde el Derecho Procesal y Penal y la Psicología Jurídica*. (María Ángeles Catalina Benavente, Miguel Clemente Díaz). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GIMENO JUBERO, Miguel Ángel. *La prueba en el proceso penal*. (Carlos Ramos Rubio, Francisco Bañeres Santos, María José Malgadi Paternostro, Pedro Martín García, José María Assalit Vives, Joan Francesc Uría Martínez, Andreu Enfedaque i Marco, Jesús María Barrientos Pacho). Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2000.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Curso sobre la prueba en el proceso penal*. (Nicolás González-Cuéllar Serrano, José María Luzón Cuesta, Andrés Martínez Arrieta, Enrique Ruiz Vadillo). Centro de publicaciones; Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal penal*. Thomson Reuters. Navarra, 2009.

LUZÓN CUESTA, José María. *La prueba en el proceso penal: Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. (Antonio Pablo Rives Seva). Thomson Reuters, Navarra, 2012.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *La prueba. Tomo II. La prueba en el proceso penal*. (M^a Isabel Romero Pradas, M^a Isabel González Cano). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Reus S.A., Madrid, 1979.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 24^a ed.* (Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, Iñaki Esparza Leibar, José Francisco Etxeberría Guridi). Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MONTESINOS GARCÍA, Ana. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Marcial Pons, Barcelona, 2009.

MORA MORA, Luis Paulino. *Investigación y prueba en el proceso penal*. (Nicolás González-Cuéllar Serrano, Ágata Sanz Hermida). Editorial Colex. 2006. Madrid.

MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal*. (Valentín Cortés Domínguez). Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia y formularios. Volumen III: Fase intermedia y juicio oral*. (Ángela Coquillat Vicente, Ángel Juanes Peces, Alfredo de Diego Díez, Emilio de Llera Suárez Bárcena). Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons, Madrid, 2010.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal: sexta lectura constitucional*. J.M. Bosch, Barcelona, 2000.

RIFA SOLER, José María. *El proceso penal práctico*. (Manuel Richard González). La Ley Actualidad, Madrid, 2017.

RIVES SEVA, Antonio pablo. *La prueba de testigos en la jurisprudencia penal*. Editorial EDIJUS S.L, Madrid, 2003.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*. Civitas Ediciones, Madrid, 2000.

RUIZ VADILLO, Enrique. *Curso sobre la prueba en el proceso penal*. (Nicolás González-Cuéllar Serrano, José María Luzón Cuesta, Andrés Martínez Arrieta, Vicente Gimeno Sendra). Centro de publicaciones; Ministerio de Justicia. Madrid, 1993.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *In dubio pro reo*. Colección “Breviarios del Derecho” nº 292. Buenos Aires, Ejea. 1971.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, Volumen XVI*. EDERSA, Madrid, 1991.

VÁZQUEZ SOTELLO, José Luis. *Investigación y prueba en el proceso penal*. (Nicolás González-Cuéllar Serrano, Ágata Sanz Hermida). Editorial Colex. 2006. Madrid.

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. La ley, Madrid, 1993.

VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel. *El testigo de referencia en el proceso penal: aproximación a las soluciones angloamericanas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el Ordenamiento jurídico español. El problema de los testigos ocultos y anónimos*. Revista de Derecho y Proceso Penal. 2002.

Anexo jurisprudencial

- **Sentencias Tribunal Constitucional:**

STC nº 9/2011 de 28 de febrero de 2011 (RTC 2011\9)

STC nº 148/2009 de 15 de junio de 2009 (RTC 2009\148)

STC nº 245/2007 de 10 de diciembre de 2007 (RTC 2007\245)

STC nº 187/2006 de 19 de junio de 2006 (RTC 2006\187)

STC nº 242/2005 de 10 de octubre de 2005 (RTC 2005\242)

STC nº 143/2005 de 6 de junio de 2005 (RTC 2005\143)

STC nº 123/2005 de 12 de mayo de 2005 (RTC 2005\123)

STC nº 229/2003 de 18 de diciembre de 2003 (RTC 2003\229)

STC nº 209/2002 de 11 de noviembre de 2002 (RTC 2002\209)

STC nº 155/2002 de 22 de julio de 2002 (RTC 2002\155)

STC nº 130/2002 de 3 de junio de 2002 (RTC 2002\130)

STC nº 82/2001 de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001\82)

STC nº 249/2000 de 30 de octubre de 2000 (RTC 2000\249)

STC nº 188/2000 de 10 de julio de 2000 (RTC 2000\188)

STC nº 5/2000 de 17 de enero de 2000 (RTC 2000\5)

STC nº 173/1997 de 14 de octubre de 1997 (RTC 1997\173)

STC nº 131/1997 de 15 de julio de 1997 (RTC 1997\131)

STC nº 35/1995 de 6 febrero de 1995 (RTC 1995\35)

STC nº 79/1994 de 14 marzo de 1994 (RTC 1994\79)

STC n° 64/1994 de 28 de febrero de 1994 (RTC 1994\64)

STC n° 303/1993 de 25 octubre de 1993 (RTC 1993\303)

STC n° 76/1993 de 1 marzo de 1993 (RTC 1993\76)

STC n° 61/1991 de 20 de marzo de 1991 (RTC 1991\61)

STC n° 217/1989 de 21 diciembre de 1989 (RTC 1989\217)

STC n° 201/1989 de 30 de noviembre de 1989 (RTC 1989\201)

STC n° 44/1989 de 20 de febrero de 1989 (RTC 1989\44)

STC n° 92/1987 de 3 de junio de 1987 (RTC 1987\92)

STC n° 141/1986 de 12 de noviembre de 1986 (RTC 1986\141)

STC n° 31/1981 de 28 de julio de 1981 (RTC 1981\31)

- **Autos Tribunal Constitucional:**

ATC n° 25/1994 de enero de 1994 (RTC 1994\25 AUTO)

ATC n° 282/1993 de 20 septiembre de 1993 (RTC 1993\282 AUTO)

ATC n° 169/1990 de 23 de abril de 1990 (RTC 1990\169 AUTO)

ATC n° 175/1985 de 7 marzo de 1985 (RTC 1985\175 AUTO)

- **Sentencias Tribunal Supremo:**

STS n° 288/2016 de 7 de abril de 2016 (RJ 2016\2197)

STS n° 51/2015 de 29 de enero de 2015 (RJ 2015\373)

STS n° 323/2013 de 23 de abril de 2013 (RJ 2013\6698)

STS nº 316/2011 de 6 de abril de 2011 (RJ 2011\3339)

STS nº 867/2010 de 21 de octubre de 2010 (RJ 2010\7874)

STS nº 96/2009 de 10 de marzo de 2009 (RJ 2009\3284)

STS nº 129/2009 de 10 febrero de 2009 (RJ 2009\446)

STS nº 856/2008 de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009\3194)

STS nº 667/2008 de 5 noviembre de 2008 (RJ 2009\555)

STS nº 503/2008 de 17 julio de 2008 (RJ 2008\5159)

STS nº 335/2008 de 10 de junio de 2008 (RJ 2008\4080)

STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007/279)

STS de 27 de febrero de 2007 (RJ 2007/2528)

STS nº 1235/2006 de 15 de diciembre de 2006 (RJ 2007\443)

STS nº 901/2006 de 25 de septiembre de 2006 (RJ 2006\7761)

STS nº 298/2003 de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003\2263)

STS nº 49/2002 de 26 de enero de 2002 (RJ 2002\1852)

STS nº 2461/2001 de diciembre de 2001 (RJ 2002\276)

STS nº 1421/2001 de 16 de julio de 2001 (RJ 2001\6499)

STS nº 361/2001 de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001\1957)

STS nº 32/2000 de 19 de enero de 2000 (RJ 2000\197)

STS nº 1585/1999 de 12 de noviembre de 1999 (RJ 1999\7198)

STS nº 908/1999 de 1 de junio de 1999 (RJ 1999\4128)

STS nº 179/1999 de 13 de febrero de 1999 (RJ 1999\505)

STS nº 1473/1997 de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8237)

STS nº 1563/1997 de 20 de octubre de 1997 (RJ 1997\9403)

STS nº 173/1997 de 14 de octubre de 1997 (RTC 1997\173)

STS nº 131/1997 de 15 de julio de 1997 (RTC 1997\131)

STS nº 920/1997 de 25 de junio de 1997 (RJ 1997\6006)

STS nº 1997/4073 de 24 de junio de 1997 (RJ 1997\4073)

STS nº 712/1997 de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997\4289)

STS nº 689/1997 de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997\4023)

STS nº 619/1997 de 29 de abril de 1997 (RJ 1997\3379)

STS nº 1124/1996 de 27 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9243)

STS nº 233/1996 de 6 de marzo de 1996 (RJ 1996\1902)

STS de 21 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9440)

STS nº 1162/1995 de 18 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8311)

STS nº1336/1995 de 29 de septiembre de 1995 (RJ 1995\6391)

STS nº191/1995 de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995\757)

STS nº 32/1995 de 19 de enero de 1995 (RJ 1995\569)

STS nº 1398/1994 de 8 de julio de 1994 (RJ 1994\6283)

STS de 7 de mayo de 1994 (RJ 1994\3624)

STS nº 14/1994 de 22 de enero de 1994 (RJ 1994\93)

STS nº 2289/1993 de 19 de octubre de 1993 (RJ 1993\7797)

STS nº 76/1993 de 1 de marzo de 1993 (RTC 1993\76)

STS nº 281/1993 de 12 de febrero de 1993 (RTC 1993\281)

STS nº 2306/1992 de 28 de octubre de 1992 (RJ 1992\8599)

STS de 3 de junio de 1992 (RJ 1992\5442)

STS de 30 de enero de 1992 (RJ 1992\594)

STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9539)

STS de 16 de diciembre de 1991 (RJ 1991\9350)

STS de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991\8968)

STS de 16 de enero de 1991 (RJ 1991\118)

STS de 26 de junio de 1990 (RJ 1990\5683)

STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990\5666)

STS de 1 de junio de 1990 (RJ 1990\4965)

STS de 20 de junio de 1989 (RJ 1989\5172)

STS de 5 de abril de 1989 (RJ 1989\2910)

STS de 9 de octubre de 1980 (RJ 1980\3680)

- **Autos Tribunal Supremo:**

ATS nº 2153/2006 de 26 de octubre 2006 (JUR 2006\276689)

ATS nº 417/2002 de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002\4530)

- **Sentencias Audiencias Provinciales:**

SAP Madrid nº 397/2015 de 28 de mayo de 2015 (JUR 2015\205378)

SAP Valencia nº 215/2011 de 11 de abril de 2011 (JUR 2011\394692)

SAP Lleida nº 363/2008 de 21 de octubre de 2008 (JUR 2009\36048)

SAP Barcelona nº 595/2008 de 10 de octubre de 2008 (JUR 2009\37578)

SAP Murcia de 16 de julio de 2007 (ARP 2007\624)

SAP Baleares nº 21/2006 de 27 de abril de 2006 (ARP 2006\334)

SAP las Palmas de 23 de mayo de 1996 (ARP 1996\333)

- **Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

EGMR, Bulut v. Austria, 22 de febrero de 1996 (17358/90). Öcalan v. Turkey, 12 de mayo de 2005 (46221/90).