

LA PRUEBA DE TESTIGOS. ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

Luis Fernando Rey Huidobro

Fiscal del Tribunal Supremo

Doctor en Derecho



La prueba en el proceso penal

24 y 25 de Junio de 2019

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO: I.- **CONCEPTO** II.- **LA PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA Y PRECONSTITUIDA:** II.1.- INTRODUCCIÓN. II.2.-REQUISITOS: A.- **Imposibilidad de practicarse en el juicio oral.** B.- **Modo de practicarse: ante la autoridad judicial y respetando el principio de contradicción.** C.- **Introducción en el juicio oral.** D.- **Persistencia de la imposibilidad de practicar la prueba en el juicio oral.** II-3.- **ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DEL DELITO COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA.** III.- **DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR CONTRA PARIENTES: EL ARTÍCULO 416 L.E.Crim.** III.1.- **NATURALEZA Y DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL.** III.2 **ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DISPENSA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.** III.3.- **EL DEBER DE ADVERTIR DE LA DISPENSA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.** III.4.- **LOS ACUERDOS DE LOS PLENOS NO JURISDICCIONALES DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2013 Y 23 DE ENERO DE 2018.** IV.- **LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO COMO PRUEBA DE CARGO.** IV.1.- **INTRODUCCIÓN** IV.2.- **REQUISITOS JURISPRUDENCIALES:** A.- **Ausencia de incredibilidad subjetiva.** B.- **Verosimilitud del testimonio.** C.- **Persistencia en la incriminación.** V.- **LOS TESTIGOS DE REFERENCIA.** V.1 **CONCEPTO Y CONTENIDO** V.2.- **DECLARACIÓN DE AGENTES POLICIALES SOBRE MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS DE ACUSADOS REALIZADAS ANTE LOS MISMOS.**

RESUMEN: *La presente ponencia tiene por objeto el estudio de diversas cuestiones relativas a la prueba testifical que considero de especial trascendencia.*

La primera, es la prueba testifical anticipada y preconstituida, analizando los requisitos exigidos por la jurisprudencia de los distintos tribunales, para que dicho medio probatorio pueda producirse con plenas garantías de legalidad. Especial consideración merece la declaración de menores víctimas del delito como prueba anticipada o preconstituida, con el fin de evitar su victimización secundaria que podría suponer su comparecencia como testigo en el acto del juicio oral, examinando a su vez la evolución sufrida por la legislación nacional en esta materia la materia (en especial, destaca la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima).

El segundo tema a tratar, tiene por objeto, analizar el verdadero alcance de la dispensa de la obligación de declarar contra parientes prevista en el artículo 416 LECrim, y su a veces controvertida aplicación a los menores de edad. Destacan aquí, los últimos Acuerdos del Pleno no Jurisdiccionales de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en esta materia de 24 de abril de 2013 y 23 de enero de 2018.

El tercer tema que abordamos es analizar los requisitos que viene exigiendo la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que la declaración de la víctima del delito pueda ser considerada como prueba de cargo, que enlaza a su vez con el punto primero, ya que en muchas ocasiones, cuando la víctima es menor de edad, es aconsejable que su declaración se lleve a cabo como prueba preconstituida ante el Juez Instructor, respetando el principio de contradicción y siendo grabada para ser reproducida en el plenario, con el fin de evitar posibles procesos de victimización

secundaria que supondría su comparecencia como testigo de nuevo, en el acto del juicio oral.

Finalmente, en un cuarto apartado, es objeto de análisis la problemática que plantean en nuestros tribunales, los testigos de referencia, es decir, aquellos que tienen conocimiento de los hechos a raíz de las manifestaciones o referencias de la propia víctima o de un interviniente o testigo directo de los hechos. Dentro de este apartado es objeto de especial atención el valor probatorio de la declaración de los agentes policiales sobre manifestaciones espontáneas de acusados realizadas ante los mismos.

I.- CONCEPTO.

Podemos definir al testigo, como la persona física que, sin ser parte en el proceso (aunque en ocasiones puede serlo), es llamada a prestar declaración de ciencia sobre hechos pasados relevantes para el proceso penal, en orden a la averiguación y constancia de la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo un status procesal propio.¹

El testimonio lo constituye la declaración del testigo, que ha de expresar las percepciones sensoriales que sobre los hechos tenga, es decir lo que vio y oyó (testigos directos) sin perjuicio de que puedan utilizarse testigos de referencia (han tenido conocimiento de los hechos por otros medios).

Aunque es algo habitual que las personas llamadas como testigos no comparezcan ante el Juez o Tribunal a prestar su testimonio, sobre todo por la incomodidad que ello supone normalmente, con esperas notables, suspensiones de juicios, gastos que luego no son abonados, etc. No obstante, existe un deber legal de concurrir al llamamiento judicial, así como un deber de declarar. A este deber se refiere este artículo 410 L.E.Criminal, cuando dice que “todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supiesen sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”.

El deber de comparecer se traduce, en la previsión por el artículo 420 de la L.E.Criminal de sanciones de multa para los testigos que no concurran, e incluso remitiéndose dicho precepto al artículo 463.1 del C.P., que contempla una responsabilidad penal por un

¹ MORENO CATENA, V., El proceso penal, II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p.1133; MARCHENA GÓMEZ, M., La prueba testifical, en La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (Dir. A.P. Rives Seva), Tomo I, Ed. Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 854 y s; DEL CASO JIMÉNEZ, M^a.T., La prueba testifical en el proceso penal, Ed. Sepín, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 25 y ss.

delito de obstrucción a la justicia si persistiese en su resistencia a comparecer, pudiendo incurrir asimismo en un delito de desobediencia a la autoridad, si se resistiere a declarar.

La declaración de los testigos es un medio de investigación que reviste una gran importancia práctica a la hora de la comprobación y averiguación del delito y del delincuente, quizás sea el medio de investigación y de prueba de mayor relevancia dentro del proceso penal.

II.- LA PRUEBA TESTIFICAL ANTICIPADA Y PRECONSTITUIDA: EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN LOS MENORES DE EDAD.

II.1.- INTRODUCCIÓN.

EL proceso penal está basado en el principio esencial de que sólo las prueba practicadas en el acto del juicio oral pueden ser tomadas en cuenta por el órgano judicial sentenciador para emitir su juicio fáctico. Este principio, aparece plasmado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 741 LECrim, que obliga a que las pruebas que han de ser tenidas en cuenta para dictar sentencia habrán de ser las practicadas en el juicio, y recibió respaldo constitucional en la trascendental STC 31/1981, de 28 de julio, al elaborar la doctrina de la “mínima actividad probatoria”.²

En principio sólo los actos de prueba que se han practicado en el juicio oral respetando las garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción pueden ser utilizados por el Juzgador para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia (Sentencia del Pleno TC 167/2002, de 18 de septiembre, seguida en numerosas Sentencias posteriores, entre otras, 28/2008, de 11 de febrero, 182/2007, de 10 de septiembre, 196/2007, de 11 de septiembre, 12/2006, de 16 de enero).

El art. 702 LECrim, precisa que quienes están obligados a declarar “lo harán concurriendo ante el Tribunal”. Y el art. 446 LECrim, recoge la obligación que el testigo que declaró en el sumario tiene de “comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello”.

Ahora bien, este principio general tiene sus excepciones, dado que se admiten actos de prueba sumarial testifical anticipada y preconstituida, cuya relevancia es inmensa, dado que existen circunstancias de muy diversa índole que hacen imposible o muy desaconsejable la declaración del testigo en el acto del juicio oral, debiendo preservarse

² Véase, DEL CASO JIMÉNEZ, M^a.T., La prueba testifical en el proceso penal, Ed. Sepín, Las Rozas (Madrid), 2018, pp. 26 y ss.

en estos casos la fuente probatoria o acomodar la práctica probatoria con las garantías inexcusables a dichas circunstancias³.

En cuanto a la prueba anticipada, la LECrim, contempla previsiones tanto para el procedimiento ordinario como para el procedimiento abreviado.

Para el procedimiento ordinario, el artículo 657.3º LECrim, al regular los escritos de conclusiones provisionales, faculta a las partes para pedir que se practiquen “desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión”.

Esta disposición se corresponde en el procedimiento abreviado con los artículos 781.1 párrafo tercero y 784.2 LECrim, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente solicitar la “práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral”.

En estos casos, se anticipa la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del juicio oral. Pero han de observarse las reglas propias de la prueba, sometida a los principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el Tribunal que tiene atribuido el enjuiciamiento de los hechos (STS 23/2015, de 4 de febrero).

La prueba preconstituida (a veces también denominada prueba anticipada), a diferencia de la anticipada, no se practica ante el Tribunal sentenciador, sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual no existe la inmediación, y queda sustituida por la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje.

La prueba testifical preconstituida son aquellas declaraciones testificales que ya en fase sumarial se presentan como de muy difícil o imposible reproducción en el acto del juicio oral. Por eso mismo han de practicarse en el período sumarial con todas las garantías excluyentes de la indefensión.

Estos supuestos de “prueba preconstituida” se rigen en el procedimiento abreviado por el artículo 777.2, cuando dispone que “cuando 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, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Letrado de la Administración de Justicia, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien

³ Véase, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.A., Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en el proceso penal, en Libro-Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, Tomo II, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, pp.1785 y ss.

interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730 LECrim”.

En el procedimiento ordinario, los preceptos correspondientes son los artículos 448.3 y 449 LECrim, que autorizan la preconstitución probatoria de las declaraciones de testigos, a los que podemos añadir el art. 433, párrafos cuarto y quinto, que establece los modos de declaración ante el Juez Instructor de los menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada.

El artículo 448 LECrim (en su redacción otorgada por la Disposición Final 1.12 de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito) dice que “si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446 (obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente), la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario Judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de 24 horas, si aún no tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas preguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

EL artículo 449 LECrim, establece que “en caso de inminente peligro de muerte del testigo, se procederá con toda urgencia a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de letrado”.

Con respecto al modo de declarar ante el juez instructor de los testigos menores de edad o personas con capacidad judicialmente modificada, víctimas del delito, el artículo 433, párrafos 4º y 5º LECrim (modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), dispone que “en el caso de testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesaria para evitar

causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible. EL Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”.

II.2.- REQUISITOS:

A.- Imposibilidad de practicarse la prueba en el juicio oral.

La idea básica del legislador, es “la imposibilidad” de practicar la prueba en el acto del juicio oral, que es el elemento justificante de la preconstitución de la prueba y está presente en todos los supuestos previstos en los artículos 448, 449 y 777 LECrim.

La doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del TS, ha establecido que la previsión de imposibilidad de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes” (SSTS 71/2015, de 4 de febrero, 19/2013, de 9 de enero, 593/2012, de 17 de julio, 743/2010, de 17 de junio y 96/2009, de 10 de marzo).

También el Tribunal Constitucional, admite que la exploración de menores víctimas de abuso sexual, a través de terceros expertos, se lleve a cabo mediante su preconstitución probatoria, en sede sumarial, a presencia del Juez Instructor y de las partes, incluida la defensa del imputado, acompañada de la grabación audiovisual de las entrevistas (SSTC 57/2013, de 11 de marzo y 174/2011, de 7 de noviembre).

B.- Modo de practicarse: Ante la autoridad judicial y respetando el principio de contradicción.

La posibilidad de tomar en cuenta declaraciones testificales extramuros del juicio oral, exige su práctica ante la autoridad judicial (Juez Instructor) y respetando el principio de contradicción, no alcanzando por el contrario a las declaraciones prestadas en sede policial.

En efecto, en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, se acordó lo siguiente: “Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes que las recogieron (Cfr. SSTS 225/2018, de 16 de mayo, 706/2018, de 15 de enero de 2019, 503/2018, de 25 de octubre y 503/2018, de 25 de octubre).

Sólo tienen virtualidad probatoria propia cuando el atestado y la ratificación del mismo que hacen los agentes policiales en el plenario, contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser planos, croquis, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de las pruebas preconstituidas o anticipadas, pueden ser utilizadas como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción entre las partes (Cfr. STC 157/1995, de 6 de noviembre).

EL principio de contradicción, como reconocen las SSTS 164/2015, de 24 de marzo y 560/2015, de 30 de septiembre, tiene una directa relación con el derecho a un proceso equitativo. Se manifiesta en el derecho a interrogar o hacer interrogar a quienes declaran en contra del acusado. Este derecho, expresamente reconocido en el artículo 6.3.d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no aparece en el texto de la Constitución, pero puede considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el derecho de defensa. En concreto, se considera que los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 mencionado, cuando una condena se base, únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o hacer interrogar (SSTEDH 14 de diciembre de 1999 -caso A.M. c/ Italia-; 15 de junio de 1992 -caso Lüdi c/ Suiza-; 20 de septiembre de 1993 -caso Saïdi c/ Francia-; 27 de febrero de 2001 -caso Lucà c/Italia- y SSTC 187/2003, de 27 de octubre; 206/2003, de 1 de diciembre; 155/2002, de 22 de julio, que mantienen una doctrina similar a la del TEDH).

Por eso, en cuanto al modo de practicarse la prueba testifical, es preciso que el reo nombre abogado o se le designará de oficio, “para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo”; que se examine al testigo a presencia del procesado y de su abogado defensor, según el artículo 448 (salvo el supuesto del artículo 449) y a presencia, asimismo del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes, excepto las que el Juez desestime por impertinentes.

Surge aquí la cuestión de si es necesario que el acusado se encuentre presente y pueda interrogar por sí o por su representante a los testigos de cargo, tal como dispone el artículo 448 LECrim, siguiendo en este punto lo dispuesto en el artículo 6. 1 y 6. 3. d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que otorga el derecho al acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en contra del mismo (...).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que las garantías del artículo 6.3.d) CEDH, no son más que aspectos específicos o concretos del más amplio derecho a un proceso equitativo (*fair trial*) establecido en el artículo 6.1 por lo que el Tribunal debe examinar las reclamaciones formuladas bajo la óptica de ambas disposiciones tomadas en su conjunto (SSTEDH 26 de marzo de 1996 -caso Doorson c/ Holanda-; 23 de abril de 1997 -caso Van Mechelen y otros c/ Holanda-; 27 de febrero de 2001 -caso Lucà c/ Italia-). Aunque por regla general, las pruebas deben practicarse en presencia del acusado en audiencia pública (*public hearing*) para poder tener un debate basado en el principio de contradicción (*adversarial argument*), reconoce que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase sumarial (investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d) del artículo 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa (SSTEDH 20 de noviembre de 1989 -caso Kostovski c/ Holanda-; 26 de abril de 1999 -caso Asch c/ Austria-; 19 de febrero de 2013 -caso Gani c/ España-). Tales derechos exigen, como norma, que el acusado tenga una oportunidad adecuada y correcta, de interrogar al testigo, bien en el momento de prestar declaración, bien en una fase posterior del procedimiento.

Más aún, para que el principio de contradicción se lleve a efecto, ni siquiera es necesaria la presencia efectiva del acusado o su defensor en la declaración del testigo, cuando se les ha dado la oportunidad de estar presentes y no han hecho uso de la misma. Basta con que se conceda a la parte la posibilidad de esa presencia e interrogar, de tal manera que si la tuvo y no la utilizó por negligencia propia, no cabe luego alegar vulneración del mencionado principio (SSTS 730/2018, de 1 de febrero, 123/2015, de 20 de febrero, 1055/2011, de 18 de octubre, 1095/1997, de 30 de julio y 411/1997, de 18 de marzo, apoyándose en las SSTC 40/1997, de 27 de febrero y 303/1993, de 25 de octubre). En este sentido, la STS 118/2018, de 13 de marzo, consideró válidas como prueba de cargo, las declaraciones sumariales prestadas ante el Juez instructor por testigos residentes en el extranjero unos y en ignorado paradero otros, introducidas en el juicio oral a través de su lectura por la vía del artículo 730 LECrim, a cuya práctica fue citado el recurrente, que ejercía su propia defensa como letrado y tuvo, por tanto oportunidad de contradicción interrogando a los testigos, aunque renunciase a ella al no comparecer, cuando pudo hacerlo.

Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogarla, o hacerla interrogar, bien durante las diligencias o en el

juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el artículo 6 CEDH.

El TEDH, ha considerado que es posible tomar en consideración los testimonios prestados sin efectivo principio de contradicción, a efectos probatorios sin infringir el artículo 6 del CEDH, siempre que la condena no se fundamente, en exclusiva, en dicho único medio de prueba. Es decir, que no podrá servir como prueba principal o concluyente de la culpabilidad, reclamándose otras pruebas que corroboren vigorosamente la información testifical no sometida a contradicción (SSTEDH 27 de enero de 2009 -caso Mika c/ Suecia-; 13 de enero de 2009 -caso Taxquet c/ Bélgica- y 12 de noviembre de 2003 -caso Rachdad c/ Francia-)⁴.

Con respecto a las condiciones que deben darse para que pueda entenderse satisfecho el requisito de contradicción, debemos decir, que es cierto que el artículo 448 LECrim, exige (siguiendo el contenido del art. 6 del CEDH) como condición de producción de la diligencia preconstituida, la presencia del inculpado. Sin embargo, este precepto pertenece al procedimiento ordinario. El artículo 777 LECrim, correspondiente al procedimiento abreviado, exige que en la prueba practicada en la fase instructora el Juez asegure “en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes”, pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado.

En todo caso, la doctrina de la Sala Segunda del TS no estima que sea la ausencia del imputado invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia (SSTS 312/2017, de 3 de mayo 680/2016, de 26 de julio, 686/2016, de 26 de julio y 16 de enero de 2008). Eso ya lo venía afirmando el T.S., incluso antes de que se introdujese la norma del actual artículo 777.2 en la LECrim, por Ley 38/2002, de 24 de octubre. Así, la STS 263/1998, de 5 de octubre, con relación al artículo 448 LECrim, declaró que la no presencia del acusado mismo en el acto de los interrogatorios no es defecto determinante de la nulidad cuando no se omiten los requisitos condicionantes del fin del acto procesal, ni se produce indefensión, si intervino el Abogado del imputado porque pudo preparar los interrogatorios escuchando previamente la versión de su patrocinado. En definitiva, en este caso la prueba preconstituida se hizo a presencia del Juez de Instrucción asistido del Secretario Judicial, y con la presencia del Ministerio Fiscal y del letrado del imputado, en la fase instructora del procedimiento abreviado, quedando por ello cumplida la exigencia del principio de contradicción.

El TEDH, a la hora de caracterizar el principio de contradicción, habla de “interrogar o hacer interrogar”. No estamos ante una regla taxativa, un mandato imperativo sin excepciones. Más bien nos enfrentamos a un principio ponderable con otros, es decir un mandato de optimización. El TEDH enfatiza ciertamente el derecho a interrogar a los

⁴ Véanse, AAVV, 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal, en Manuales de Formación Continuada 51-2009, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010, pp. 171 y ss

testigos de cargo consagrado con la categoría de derecho procesal autónomo en el artículo 6.1 y 6.3.d) CEDH, pero no eleva la ausencia de esa más que deseable posibilidad de contradicción a la categoría de radical invalidez. Y, por supuesto, considera en principio suficientemente cumplida esa condición con el interrogatorio asumido por la dirección letrada. En efecto, el TEDH es muy flexible en el examen del modo en el que debe realizarse la contradicción en la producción de la fuente de prueba. Es suficiente con que pueda detectarse un marco potencial de producción contradictoria, no necesariamente jurisdiccionalizado. La Sentencia del TEDH (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2011 -asunto Al-Khawaja y Tahery c/ Reino Unido-, en línea con lo que venimos exponiendo, proclama abiertamente que la posibilidad de contradicción no es una regla de validez absoluta, sino un principio de elevado rango, susceptible de ser ponderado y modulado con otros intereses en virtud de las circunstancias del caso. Una condena basada en un testimonio sin contradicción sería legítima si del análisis del proceso en su conjunto revela factores de compensación de ese déficit de defensa.

La tesis del Tribunal Supremo preponderante, (de acuerdo con la doctrina emanada del TEDH), es considerar que la no presencia del inculpado en la declaración testifical preconstituida es una irregularidad procesal, que no tendrá efectos invalidantes, salvo que claramente hubiere generado indefensión relevante (SSTS 790/2011, de 27 de junio, 96/2009, de 10 de marzo, 15/2008, de 16 de enero, 1177/2005, de 19 de octubre -que consideraron suficiente con la presencia de los abogados de los luego acusados-).

No obstante, en la STS 585/2016, de 1 de julio, se declara que cuando se trata de procedimiento ordinario y se ha acordado el procesamiento de alguna persona, si lo que se pretende es preconstituir la prueba, de conformidad con las previsiones del artículo 448 LECrim, debe estar presente igualmente el procesado, con la finalidad de que la diligencia se realice ante la autoridad judicial, de forma que el resto de las condiciones sean similares a las que se dan en el plenario, donde la prueba podrá ser incorporada en la forma que la propia ley prevé. Pero señala seguidamente que, en el caso concreto, la declaración ante el Juez de Instrucción tuvo lugar cuando aún no se había acordado el procesamiento, y, por lo tanto, no era exigible el cumplimiento de las previsiones del artículo 448 en cuanto a la presencia del procesado.

C.- Introducción en el juicio oral

Se exige la lectura o reproducción de la grabación de la prueba preconstituida. Aunque no aparezca expresada en el artículo 448 LECrim, esta exigencia es ineludible en función de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo expone para el procedimiento abreviado el artículo 777 LECrim, cuando dice que “a efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730”, sin que exista justificación para no hacer lo mismo en el

procedimiento ordinario, referido a delitos de mayor gravedad, que exigen al menos las mismas (cuando no superiores) garantías.

Son los artículos 714 y 730 LECrim, los que permiten incorporar al Plenario, a través de su lectura, diligencias sumariales de forma que adquieran el valor de verdaderas pruebas para fundar la sentencia condenatoria.

Pero estos dos preceptos están previstos para situaciones diferentes. El art. 714 LECrim, se dirige a los casos en que se aprecien claras contradicciones entre lo que un testigo ha declarado en el juicio oral y lo que ha declarado en el sumario, permitiendo a las partes solicitar la lectura de su declaración en el sumario, con el fin de que, a requerimiento del Presidente del Tribunal, explique la diferencia o contradicción existente entre sus declaraciones. En tales casos, el Tribunal que enjuicia los hechos, puede otorgar prevalencia para fundar su convicción en las declaraciones practicadas en la fase de instrucción sobre las practicadas en el plenario, siempre que aquellas se hayan practicado judicialmente con las debidas garantías y se hayan sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral (STC 137/1988, de 7 de julio y SSTS 386/2018, de 25 de julio, 49/2018, de 30 de enero, 142/2015, de 27 de febrero, 354/2014, de 9 de mayo, 1238/2009, de 11 de diciembre y 113/2003, de 30 de enero, entre otras). El artículo 730 LECrim, por el contrario, se aplica a supuestos en los que no pueden existir contradicciones, pues solo se cuenta con una declaración prestada en fase de instrucción. Sus disposiciones permiten a las partes pedir la lectura de lo declarado ante la imposibilidad o grave dificultad para reiterar esa declaración en el juicio oral. La STS 221/2018, de 9 de mayo, dice que la vía del artículo 730 LECrim, es prueba directa de la víctima, nada más que por el mecanismo de la lectura de la declaración sumarial en el plenario.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 68/2010, de 18 de octubre, señala que se ha venido admitiendo la legitimidad constitucional de las previsiones legales recogidas en los artículos 714 y 730 LECrim, siempre que el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim) el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción. De esta forma, se posibilita que el contenido de la diligencia se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (en el mismo sentido, SSTC 284/2006, de 9 de octubre, 190/2003, de 27 de octubre y 155/2002, de 22 de julio).

El TEDH, en la Sentencia de 2 de noviembre de 2010 -caso Vaquero Hernández y otros c/ España-, consideró que la lectura de las declaraciones cuyos autores no han sido

oídos en audiencia pública, no es en sí misma incompatible con el artículo 6.1 y 6.3 d) del CEDH, a condición, no obstante, de que su utilización como elemento de prueba se efectúe con respeto a los derechos de la defensa, cuya protección constituye el objeto y el fin del citado artículo 6. Esto implica, en principio, que el acusado debe ver que se le concede una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio de cargo y para interrogar al autor, en el momento de la declaración o más tarde.

D.- Persistencia de la imposibilidad de practicar la prueba en el juicio oral.

Es necesario que persista la imposibilidad de comparecencia del testigo en el juicio oral, pues si le fuera posible acudir al juicio, no puede prescindirse de su testimonio en tal acto, ni estaría justificado sustituir su declaración por la declaración prestada según el artículo 448 LECrim.

En relación con esta posibilidad, cabe destacar que la prueba preconstituida se ha revelado de especial importancia en los procesos penales por delito de trata de seres humanos, y los delitos con él relacionados (explotación sexual, contra los derechos de los trabajadores...etc.) dado que las víctimas no suelen estar localizables en el acto del juicio oral, entre otros motivos por haber retornado a sus países de procedencia, muchos de los cuales (sobre todo africanos) carecen de medios técnicos apropiados para llevar a cabo una declaración desde su país a través del sistema de videoconferencia.

II.3.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE MENORES VÍCTIMAS DEL DELITO COMO PRUEBA PRECONSTITUIDA.

La primera cuestión que debemos subrayar cuando se analiza la regulación del testimonio del menor en el proceso penal, es el de la amplitud con que se admite, sin que el ordenamiento procesal prevea causas de incapacidad o tacha. La esencia de la cuestión se traslada, por lo tanto, al valor que procede otorgar a la declaración del menor para desvirtuar la presunción de inocencia. No se trata de un problema de legalidad procesal, sino de credibilidad.⁵

Como afirma la Sentencia de la Sala Segunda del TS 222/2019, de 29 de abril, “la necesidad de protección del menor y de evitar su victimización secundaria en un proceso judicial y también el hecho de que el menor, cuando es de corta edad, puede olvidar los hechos, modificar su recuerdo a medida que progresa su desarrollo madurativo o incluso alterar su relato por influencias externas han obligado a una

⁵ ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., Particularidades probatorias en el proceso de violencia de género, en Los juzgados de violencia sobre la mujer, Tercera edición de las Jornadas “Justicia con ojos de mujer”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco el 25 de noviembre de 2010, Gráficas Berriz S.L., Bilbao 2012, pp. 386 y ss; FÁBREGA RUIZ, C.F., Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales, en La Ley, nº 6289, 2005, pp. 1 y s; MARCHENA GÓMEZ, M., La prueba testifical, en La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, o.c., pp.871 y ss

adaptación de las normas procesales generales para adecuarlas a la singular situación en que se pueden encontrar los menores de edad como testigos en un proceso penal”.

En efecto, en los últimos tiempos el marco normativo procesal en esta materia ha experimentado una notable modificación, que ha repercutido favorablemente en la mejora de la protección de los intereses de los menores en adecuado equilibrio con los derechos de todo acusado.⁶

Esta evolución ha podido realizarse, debido a una conversión en ley interna de las normas contenidas en textos y tratados internacionales en esta materia⁷.

⁶ Cfr. AAVV., 99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada 51-2009, o.c., pp. 161 y ss

⁷ Merece destacar, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización, y fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea, germen de la normativa especial posterior. El grado de cumplimiento de dicha Decisión Marco fue objeto del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009, que puso de relieve que ningún Estado miembro había aprobado un texto legal único que recogiera, sistemáticamente, los derechos de la víctima y destacó la necesidad de un desarrollo general y efectivo de algunos aspectos del mencionado Estatuto.

Respecto de España, este Informe destaca la existencia de un marco normativo garante de los derechos de la víctima, aunque gran parte de esos derechos son exclusivamente procesales o se centran en algunos tipos muy concretos de víctimas de acuerdo con su normativa particular, esto es, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 18 de mayo de 2011, denominada «Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea», reitera el examen de los aspectos de la protección existente hasta la fecha que convenía reforzar y la necesidad de un marco europeo de protección, como el diseñado con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

En este contexto, se produjo la aprobación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

No podemos pasar por alto en este ámbito, la Convención del Consejo de Europa sobre protección de la infancia contra la explotación y el abuso sexual, hecha en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009, y ratificado por Instrumento de 22 de julio de 2010 (BOE 12 de noviembre de 2010), que (en sus artículos 35 y 36) contempla una serie de medidas relacionadas con la forma de realizar las entrevistas a los menores víctimas, entre las que se menciona, la necesidad de que se desarrollen en lugares adecuados y sean conducidas por expertos especialmente capacitados para ello, así como la necesidad de que dichas entrevistas sean grabadas y dichas grabaciones puedan ser aceptadas como prueba en el juicio oral, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno de cada Estado. También advierte sobre la necesidad de adoptar medidas que autoricen la declaración de la víctima ante el Tribunal sin necesidad de estar presente, mediante el uso de las nuevas tecnologías.

Conviene resaltar, en este sentido, la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima. Dicho Estatuto, tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocerales, de todas las víctimas de delitos, no obstante, destacan las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad. Es por ello (según destaca el Preámbulo de la Ley) una obligación que, cuando se trate de menores, el interés superior del menor actúe a modo de guía para cualquier medida y decisión que se tome en relación a un menor víctima de un delito durante el proceso penal. En este sentido, la adopción de las medidas de protección del Título III, y especialmente la no adopción de las mismas, deben estar fundamentadas en el interés superior del menor.

Para mejorar la regulación de esta delicada materia, dicha Ley 4/2015, dio nueva redacción entre otros, a los artículos 433, 448, 707 y 730 LECrim, aunque en lo sustancial, no modificó la situación preexistente de forma significativa.

El artículo 433 de la LECrim, previsto para su aplicación en la fase de instrucción, dice que “Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

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

Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que, en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma.

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se

Sin olvidar tampoco, las conocidas como Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, suscritas por la Magistratura del Reino de España, aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana que tuvo lugar en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008, que, en relación a las personas especialmente vulnerables, aluden a la necesidad de mitigar las consecuencias derivadas de la victimización secundaria, de practicar la prueba anticipada y la grabación de sus declaraciones.

les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”.

El último párrafo del artículo 448 LECrim, también modificado por dicha norma, dice que “la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.

Como complemento de las anteriores disposiciones, para el juicio oral, el artículo 730 LECrim, establece que “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 aquellas, 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”.

Por su parte, la propia Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delitos, en su artículo 26 contiene medidas para la protección de las víctimas menores de edad. Así, establece que, además de las medidas previstas con carácter general, se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la LECrim, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito.

En particular serán aplicables las siguientes medidas:

- a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la LECrim.
- b) La declaración podrá recibirse por medio de expertos.

El Fiscal recabará del Juez o Tribunal la designación de un defensor judicial de la víctima para que la represente en la investigación y en el proceso penal, en los siguientes casos:

- a) Cuando valore que los representantes legales de la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada tienen con ella un conflicto de intereses, derivado o

no del hecho investigado, que no permite confiar en una gestión adecuada de sus intereses en la investigación o en el proceso penal.

b) Cuando el conflicto de intereses a que se refiere la letra anterior exista con uno de los progenitores y el otro no se encuentre en condiciones de ejercer adecuadamente sus funciones de representación y asistencia de la víctima menor o con capacidad judicialmente modificada.

c) Cuando la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada no esté acompañada o se encuentre separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargos tutelares.

Además, cuando existan dudas sobre la edad de la víctima y no pueda ser determinada con certeza, se presumirá que se trata de una persona menor de edad, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley.

Algunas resoluciones jurisprudenciales como las SSTS 222/2019, de 29 de abril o la 96/2009, de 10 de marzo, recogen incluso las condiciones que debería reunir la sala de exploración conocida por Sala Gessel⁸, la cual debería constar de dos habitaciones (una destinada a la exploración, donde se hallarán el menor y el psicólogo que conversa con el mismo, lleva a cabo su interrogatorio y le realiza las preguntas que le soliciten las partes, y otra, para la estancia de las personas que deben intervenir y presenciar la exploración), separadas por una pared que cuenta con un cristal -tipo espejo- de grandes dimensiones que permite la visión de lo que ocurre en una de ellas desde la otra, pero no al revés -el menor no debe presenciar la otra sala-; debiendo grabarse en soporte audiovisual, con el fin de poder ser reproducida en la vista oral. La presencia de las partes en un lugar en que no pueden ser vistas por el (o la) menor, y su comunicación indirecta a través del experto, garantiza el respeto del principio de contradicción procesal, en condiciones suficientes y óptimas para salvaguardar el derecho de defensa.

En atención a las normas que hemos mencionado, la jurisprudencia ha venido justificando que, en interés del menor puedan acceder al procedimiento como prueba preconstituída, las declaraciones de los menores de edad víctimas del delito (sobre todo los de índole sexual), con el objeto de evitar que el menor testigo sufra las consecuencias de victimización secundaria que acompañan al proceso penal, ya que el relato reiterado de los hechos puede comprometer el adecuado desarrollo y su equilibrio psíquico y emocional, a lo que se añade que, con el transcurso del tiempo que habría de

⁸ Se denomina así, en honor de su creador el psicólogo y pediatra norteamericano Arnold Gessel (1881-1961). Consta de dos habitaciones separadas por una pared que cuenta con un cristal de grandes dimensiones que permite la visión de lo que ocurre en una de ellas desde la otra, pero no al revés. En la primera habitación se encuentra una zona de entrevista, que permite la exploración del menor y en la segunda, conocida como sala de observación, pueden estar presentes todos los integrantes del proceso, que pueden visualizar en directo lo que ocurre en la entrevista, sin perturbar la misma. La zona de entrevista se encuentra insonorizada y con sistema de grabación audio/video, e interconectada con la sala de observación, lo que permite la interacción del magistrado, fiscal, acusación y defensa. Su grabación permite reproducirla en la vista oral.

pasar entre el momento del acaecimiento del delito y el del juicio oral, el menor iría adquiriendo, con su natural evolución, una conciencia y percepción del significado negativo de los hechos que presenció, lo que redundaría en una lógica merma en la espontaneidad y sinceridad de su relato⁹.

En el sentido expuesto, por ejemplo, la STS 71/2015, de 4 de febrero, afirma: “esta Sala ha estimado (SSTS 19/2013, de 9 de enero, 593/2012, de 17 de julio, 743/2010, de 17 de junio y 96/2009, de 10 de marzo, entre otras), que la previsión de “imposibilidad” de practicar una prueba testifical en el juicio oral, exigible para justificar la práctica anticipada de la prueba durante la instrucción, incluye los supuestos de menores víctimas de delitos sexuales, con el fin de evitar los riesgos de victimización secundaria, especialmente importantes en menores de muy corta edad, cuando sea previsible que dicha comparecencia pueda ocasionar daños psicológicos a los menores. Serán, pues, las circunstancias del caso las que, mediante un razonable equilibrio de los derechos en conflicto, especialmente la defensa del interés del menor y el derecho fundamental del acusado a un juicio con todas las garantías, aconsejen o no la ausencia del menor en el juicio, valorando las circunstancias concurrentes.”

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido. Así, en Sentencia 57/2013, de 11 de marzo, cuyo precedente inmediato es la STC 174/2011, de 7 de noviembre, admite que en la práctica judicial la exploración de menores víctimas de abuso sexual, a través de terceros expertos, se lleve a cabo mediante su preconstitución probatoria, en sede sumarial, a presencia del Juez Instructor y de las partes, incluida la defensa del imputado. En realidad, esta preconstitución probatoria, acompañada de la grabación audiovisual de las entrevistas sería no solo deseable, sino absolutamente recomendable. Preconstitución probatoria que tiene, en la actualidad, adecuada previsión normativa -como vimos- en el artículo 433, en relación con el artículo 448, último párrafo, ambos de la LECrim, en la redacción dada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (...).

La doctrina del Tribunal Constitucional avala que el visionado de la grabación pueda ser incorporado como prueba en el Plenario en sustitución de la declaración de los menores. Esta forma de actuar puede permitir conjugar las necesidades de tutela especial de los menores y la obtención de información de calidad, desde el plano epistemológico, con las exigencias derivadas del respeto a la garantía de contradicción y de defensa del imputado.

En idéntica dirección se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de 16 de junio de 2005 -caso Pupino-, que contempla un supuesto, en el que la víctima era una niña de tan sólo cinco años de edad, donde sostuvo que, la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de 15/03/2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal, debe interpretarse en el sentido de que “el órgano

⁹ Véase, DEL CASO JIMÉNEZ, M^a. T., La prueba testifical en el proceso penal, o.c., pp. 35 y ss

jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que aleguen haber sido víctima de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta”.

En los casos de víctimas del delito de corta edad, será aconsejable que, el juez instructor solicite un informe pericial sobre la conveniencia de anticipar la prueba testifical. Así ocurrió por ejemplo en el supuesto contemplado en la STS 88/2015, de 17 de febrero, en el cual, el informe pericial destacó la conveniencia de anticipar la prueba debido a que la menor agredida sexualmente presentaba una minusvalía psíquica del 65% y por ello, una merma importante de su capacidad para declarar, requiriendo su realización un ambiente adecuado a su situación psíquica, no sólo mermada en su capacidad cognitiva, sino por los efectos del tiempo en su declaración, concretamente a su capacidad de recordar. El Juez de instrucción acordó la celebración de una prueba testifical preconstituida (o anticipada) y la misma se realizó conforme a la ley con presencia de todas las partes en el proceso y, desde luego, la defensa del acusado documentándose en las actuaciones mediante un acta y su grabación videográfica. También en la STS (ya mencionada) 71/2015, de 4 de febrero, se analiza un supuesto de valoración de la prueba del sumario respecto a la testifical de una víctima que, por su corta edad, no hacía aconsejable su presencia en el juicio oral. En todos estos casos debe prevalecer la finalidad de salvaguardar el superior interés del menor.

Lo expuesto, no supone postular sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores (En este sentido, SSTS 222/2019, de 29 de abril, 663/2018, de 17 de diciembre, 178/2018, de 12 de abril, 568/2017, de 17 de julio, 742/2017, de 16 de noviembre, 366/2016, de 28 de abril, 750/2016, de 11 de octubre, 88/2015, de 17 de febrero, 598/2015, de 14 de octubre, 19/2013, de 9 de enero y 925/2012, de 8 de noviembre). Por ello, la regla general debe ser la declaración de los menores en el juicio, con el fin de que la misma sea directamente contemplada y valorada por el Tribunal sentenciador y sometida a contradicción por la representación del acusado, salvaguardando el derecho de defensa. Declaración del menor, que ha de practicarse en el juicio con todas las prevenciones necesarias para proteger su incolumidad psíquica, expresamente previstas en la ley. Así, el artículo 707 LECrim, en su redacción otorgada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, dispone para el ámbito del juicio oral que “la declaración de los testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección, se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivarse del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación”.

La STS 663/2018, de 17 de diciembre, anuló la sentencia impugnada y el juicio oral y ordenó retrotraer las actuaciones al momento de la admisión de la prueba, por la Audiencia Provincial, para que, el Tribunal de instancia, compuesto por otros magistrados distintos, procediese a la celebración de un nuevo juicio, resolviendo de forma fundamentada acerca de la admisión o no como prueba, de la declaración como testigos en el plenario, de dos menores de 16 y 11 años de edad, respectivamente, en el momento del juicio oral, que, según los hechos probados, habían sido víctimas de abusos sexuales y cuya declaración como testigos en el plenario solicitada por la defensa, fue denegada por Auto de la Audiencia Provincial. Sostuvo el Alto Tribunal, que la decisión de la Audiencia denegando la práctica de la prueba de exploración de los menores propuesta por la defensa, no está basada en razones suficientes para justificar la limitación del derecho de la defensa a interrogar a los testigos en el plenario bajo los principios de inmediación y contradicción (no basta el criterio de la mayoría de edad). En este caso, la Sala casacional estimó que no disponía de los datos necesarios para establecer si existe un riesgo apreciable para la salud psíquica de cada uno de los menores propuestos como testigos, por lo que no puede acordar ni denegar la práctica de la prueba tal como ha sido propuesta. Es necesario, sin embargo, que la decisión del Tribunal se fundamente suficientemente de conformidad con la doctrina de esta Sala (en el caso, que no presentaba especial gravedad, no se disponía de informes médicos que desaconsejasen el sometimiento de los menores a un interrogatorio en el plenario, teniendo en cuenta, además, las distintas posibilidades que ofrece en la actualidad la legislación procesal para minimizar los posibles efectos de la práctica de la prueba -art. 707, en relación con los artículos 433 y 448 LECrim-), y no se desprendía directamente con suficiente claridad la inconveniencia de su interrogatorio directo. Lo mismo ocurrió, en la STS 178/2018, de 12 de abril que, estimando el recurso de casación, anuló la sentencia de la Audiencia Provincial, ordenando reponer el procedimiento al momento de admisión de prueba, debido a que la Audiencia Provincial no permitió la comparecencia en el juicio oral (solicitada por el letrado de la defensa), de las dos testigos víctimas del delito, contando en ese momento con 14 y 11 años de edad, sin haber justificado debidamente la sentencia, los efectos perniciosos que para las mismas supondría su comparecencia en el plenario. Esta resolución, pone de manifiesto, que puede ocurrir, que al tiempo de ocurrir los hechos y cuando se lleva a cabo la primera exploración, la víctima sea merecedora de una especial protección frente a los riesgos que para ella implique el sometimiento en juicio a una diligencia que suponga la rememoración de los hechos enjuiciados, pero que esa especial protección, no sea necesaria en sucesivas declaraciones o en el momento del juicio oral, al haber adquirido la víctima con el transcurso del tiempo una madurez psicológica que impida los posibles efectos perniciosos de su declaración en el acto del juicio (con las debidas medidas de protección).

La valoración de la necesidad de comparecencia al acto del juicio oral, deberá llevarla a cabo normalmente la Audiencia Provincial en el Auto que dicte, en base al artículo 659

LECrim, admitiendo aquellas pruebas propuestas por las partes que considere pertinentes, pudiendo incluso, a nuestro parecer, previamente a dictar la resolución, en base al artículo 729-2º LECrim, someter de oficio al menor a una prueba pericial psicológica que aclare a la Sala si puede ser perjudicial o no su comparecencia en el acto del juicio.

Por tanto, sólo cuando existan razones fundadas y explícitas, normalmente acreditadas mediante un informe psicológico (aunque nada se opone a que el Tribunal lo aprecie teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente su edad), sobre un posible riesgo para los menores en caso de comparecer, puede prescindirse de dicha presencia en aras de la protección de los menores. Pero ha de hacerse siempre salvaguardando el derecho de defensa del acusado, por lo que tiene que sustituirse la declaración en juicio por la reproducción videográfica de la grabación de la exploración realizada durante la instrucción judicial de la causa, en cuyo desarrollo haya sido debidamente preservado el derecho de las partes a formular a los menores cuantas preguntas y aclaraciones estimen necesarias, y ordinariamente practicada en fechas próximas a las de ocurrencia de los hechos perseguidos (Cfr. SSTS 633/2018, de 17 de diciembre, 568/2017, de 17 de julio, 750/2016, de 11 de octubre y 366/2016, de 28 de abril, 88/2015, de 17 de febrero, 19/2013, de 9 de enero, 593/2012, de 17 de julio y 743/2010, de 17 de junio, entre otras).

Por otra parte, esta forma de declarar, según la jurisprudencia del TEDH, no vulnera el artículo 6.3.d) CEDH en lo relativo al derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de sus pronunciamientos (por todas, SSTEDH de 28 de septiembre de 2010 -caso A.S. contra Finlandia- y 2 de julio de 2002 -caso S.N. contra Suecia-) indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito, justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso.

Por lo tanto, a través de los artículos 433, 448, 455, 707, 730, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima menor de edad, sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice por expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, disponiendo su grabación para una posterior utilización y asegurando, la posibilidad de contradicción de las partes; y como es legítimo, que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia (Cfr. SSTS 19/2013, de 9 de enero, 80/2012, de 10 de febrero y STC 174/2011, de 7 de noviembre).

La jurisprudencia insiste en destacar la importancia que revisten en estos casos, la existencia de datos periféricos que corroboren la declaración de la víctima menor de edad -especialmente en los delitos de naturaleza sexual- como pueden ser los informes psicológicos sobre la credibilidad de la declaración, los informes médico-forenses sobre las secuelas psíquicas, así como las declaraciones de familiares a los que el menor ha contado los hechos, que normalmente declararán en concepto de testigos de referencia. Todos se consideran complementarios del testimonio de la víctima menor, prueba básica y nuclear en esta clase de delitos. La prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías, entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de su conocimiento, ratificando el perito el informe ante el Tribunal sentenciador, en contradicción procesal, con el fin de verificar el grado de fiabilidad de la declaración del menor o incapaz, conforme a métodos profesionales en su círculo de saber, se revela como una fuentes probatoria de indiscutible valor para apreciar el testimonio del menor víctima del delito.¹⁰ Sin embargo, esos informes no dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea exclusiva del Tribunal sentenciador, que contará con la percepción directa de las declaraciones del menor y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (en este sentido, SSTS 34/2018, de 23 de enero, 517/2017, de 14 de junio, 323/2017, de 4 de mayo y 179/2014, de 6 de marzo, entre otras).

III.- DISPENSA DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR CONTRA PARIENTES: EL ARTÍCULO 416 LECrim.

III.1.- NATURALEZA Y DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

Hay determinados delitos (los de contenido sexual y violencia familiar o de género principalmente), en los que la declaración de la víctima pasa a convertirse en una fuente de prueba trascendental, debido a que no suelen existir otros testigos. Su decisión de acogerse a la dispensa de declarar contra parientes del artículo 416 LECrim, suele privar de ordinario a la acusación de trascendentales elementos incriminatorios. De ahí que el

¹⁰ Cfr. DEL CASO JIMÉNEZ, M^a.T., La prueba testifical en el proceso penal, o.c., p. 105

precepto en cuestión haya ocupado un lugar destacado en la jurisprudencia de nuestros tribunales, dando lugar a veces a posiciones vacilantes, cuando no contradictorias en el propio Tribunal Supremo¹¹.

El artículo 416 LECrim, dispensa de la obligación de declarar a “los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil...”. La exención de la obligación de declarar se reitera en el artículo 707 para el momento del juicio oral.

La dispensa cuenta con respaldo constitucional, al decir el artículo 24.2 último párrafo de la CE que “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”.

La excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece este artículo, tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado (Cfr. SSTS 205/2018, de 25 de abril y 134/2007, de 22 de febrero).

III.2.- ÁMBITO SUBJETIVO DE LA DISPENSA: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD.

Se hallan insertos en el precepto en primer lugar, los unidos por vínculo matrimonial y las relaciones de hecho análogas, debido a que el legislador lo ha reflejado de forma expresa en esta norma jurídica.

Dentro de las relaciones de hecho análogas al matrimonio habrá que incluir las relaciones sentimentales (incluidas las homosexuales y lésbicas), siempre que gocen de las notas de continuidad y estabilidad. La continuidad debe entenderse como la habitualidad en el modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido y la estabilidad indica o comporta una idea de permanencia en el tiempo. Quedarán excluidas, en todo caso, las relaciones de amistad pasajeras o esporádicas, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera oportunidad de desarrollarse (STS 510/2009, de 12 de mayo). En todo caso se tratará de una cuestión de prueba, sin fórmulas apriorísticas.

En el artículo 416 LECrim, no se menciona a los parientes por afinidad, por lo que encontrándonos ante una dispensa, es decir, una excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva.¹² Así lo consideró la STS 49/2018,

¹¹ Véase, ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., Particularidades probatorias en el proceso de violencia de género., o.c., pp. 354 y ss

¹² Cfr. en este sentido, VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., Nuevas cuestiones en torno a la dispensa de la obligación de declarar, en Documentación Jurídica de Sepín, 23 de marzo de 2018, pp. 1 y ss; DEL CASO JIMÉNEZ, Mª.T., La prueba testifical en el proceso penal, o.c., p.200.

de 30 de enero. En el caso examinado por la misma, el testigo-víctima se casa con la hija de uno de los acusados y hermana del otro, teniendo por tanto parentesco de primer y segundo grado por afinidad, afirmando que en el artículo 416 LECrim, no se habla de parentesco por afinidad y por el contrario dice expresamente “hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil”, de manera que no se entienden comprendidos los parientes por afinidad. Añade también que “encontrándonos ante una dispensa, es decir, una excepción a la aplicación general de la norma debe ser objeto de interpretación restrictiva”. En el mismo sentido, la STS 225/2018, de 16 de mayo, consideró que no debió admitirse la dispensa a declarar del artículo 416-1 LECrim, al testigo que era cuñado del acusado (aunque, según el Alto Tribunal, no generó indefensión).

Surgió la cuestión en la praxis judicial de si la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 LECrim, alcanzaba a cónyuge y personas ligadas por análoga relación de afectividad sólo mientras subsiste el matrimonio o ese vínculo afectivo asimilable, o si, por el contrario, extiende su eficacia a los casos en que se ha cesado definitivamente la vinculación. Las dudas suscitadas, han sido resueltas por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 24 de abril de 2013, que estimó que el conflicto que quiere resolver la norma persiste también cuando la relación ha finalizado o se ha disuelto el matrimonio, afirmando que: la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim, alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto (salvo hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto, o en supuestos en los que el testigo esté personado como acusación en el proceso).

Es necesario que la situación de matrimonio o análoga, se dé en el momento de la comisión de los hechos, aunque no exista en el momento de ser enjuiciados. Por ello, podría ocurrir que en el acto del juicio oral se hubiese disuelto el matrimonio, o cesado la relación análoga, pero en el momento de cometerse los presuntos hechos delictivos, sí existir el vínculo o la análoga relación de hecho, en cuyo caso, la dispensa de la obligación de declarar adquiriría plena vigencia.

Los menores de edad, pueden declarar como testigos en un proceso penal, aunque la edad puede ser tomada en cuenta para apreciar la credibilidad del testigo.

El testigo menor de edad, en el tramo de 14 a 18 años, debe prestar en juicio juramento o promesa de decir verdad (arts. 706 y 434 LECrim).

El ejercicio por los menores de edad del derecho a la dispensa que otorga el artículo 416 LECrim, dependerá del grado de discernimiento que ostente en ese momento. En los casos en los que los menores no sean capaces, por su grado de madurez o corta edad, de tener la mínima comprensión del derecho que les ampara a no declarar, serán sus padres

o guardadores, o en caso de conflicto de intereses el Ministerio Fiscal, quien adopte la decisión oportuna¹³.

La STS 663/2018, de 17 de diciembre, ya citada anteriormente, contempla un supuesto en el que no se informó a los menores del derecho a acogerse a la dispensa del artículo 416 LECrim, en la prueba preconstituida llevada a cabo ante el Juez instructor, ya que eran hijos del acusado y en ese momento tenían 14 años y 7 meses y 9 años y 7 meses respectivamente. El Alto Tribunal afirma que, una vez estimado el anterior motivo (por no haber permitido la Audiencia la comparecencia y declaración de los menores en el juicio oral, solicitada por la defensa, sin haberlo fundamentado debidamente), no puede determinar si, en el caso, es necesario realizar tal advertencia a los testigos. Sin embargo, es conveniente recordar nuestra doctrina, a los efectos de que, si se practica la prueba, el Tribunal resuelva sobre esta cuestión de forma correcta y debidamente razonada. La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que tal advertencia es necesaria cuando los menores tengan la suficiente madurez. Aspecto éste que puede depender de numerosas circunstancias que deben ser valoradas expresamente por el Tribunal. Cuando carecen de la necesaria madurez, la decisión corresponde al progenitor no privado de la patria potestad y que sea ajeno a los hechos objeto del proceso. Tras remitirse al contenido de la STS 209/2017, de 28 de marzo (...), afirma que “no es fácil fijar una edad a partir de la cual pueda entenderse que existe una presunción de madurez (...). La edad no recibe un tratamiento unitario en nuestro ordenamiento jurídico. En cualquier caso, resulta incuestionable la obligación legal de oír a los menores en aquellos aspectos que les afecten y de tomar en consideración su opinión “en función de su edad y su madurez” (artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor), lo que inevitablemente exige, además de la constatación de la edad biológica, un ejercicio de ponderación sobre su nivel de desarrollo emocional e intelectual y su capacidad para contrapesar los intereses en juego, en definitiva, para decidir de manera libre y responsable. Podrá discutirse cual sea el límite de edad en los casos en que no esté expresamente previsto. Si cabe fijar un esquema más o menos rígido, o analizar en cada supuesto la edad recomendable en atención a la envergadura de la decisión. En cualquier caso, siempre será necesario un ejercicio de ponderación sobre el nivel de madurez del concernido”.

En la STS 1061/2009, de 26 de octubre, por ejemplo, se expone el caso de una menor de seis años de edad que declara como testigo en relación a hechos respecto de los que su padre tenía la condición de imputado. El TS coincide con los juzgadores de instancia en que la corta edad de la menor le impedía tener capacidad -por sí misma- para determinar y distinguir aquello que en su relato pudiera perjudicar a su progenitor como imputado. Con lo que el artículo 416 LECrim, no es aplicable al caso. En el mismo sentido se pronunció al Alto Tribunal en el supuesto contemplado en la STS 730/2018, de 1 de

¹³ Véanse, ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., Particularidades probatorias en el proceso de violencia de género., o.c., pp. 361 y ss; DEL CASO JIMÉNEZ, M^a.T., La prueba testifical en el proceso penal, o.c., pp. 203 y ss

febrero. La menor no fue informada de su dispensa de la obligación de declarar contra su progenitor, conforme resulta del artículo 416 LECrim. El Alto Tribunal, consideró que los ocho años de la menor conllevan, como es natural, una inmadurez que se detecta con facilidad en el audio, cuando habla y describe los hechos, lo que sin duda justifica la inadvertencia de la dispensa que le asistía de no declarar contra su padre. Además, su madre se había personado como denunciante y acusación particular en su nombre, por lo que tampoco se le debió informar, en base al contenido del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24 de abril de 2013, que exceptúa de dicha obligación en aquellos supuestos en los que el testigo esté personado como acusación en el proceso.

Por el contrario, en la STS 205/2018, de 25 de abril, el Alto Tribunal consideró que “no cabe duda que una joven de 17 años, cuya capacidad no está judicialmente modificada, que ha entendido el alcance de la advertencia que se le efectuó y sus consecuencias, reúne las condiciones no sólo para ser oída, sino también para que su opinión libremente formada se respete en los aspectos que a ella le afectan”. En este caso la Sala de instancia no apreció déficit alguno en acogerse a la dispensa de declarar en contra del acusado que el artículo 416 LECrim, reconoce por razón de parentesco. Concluye la sentencia que ninguna objeción puede oponerse al comportamiento procesal del Tribunal sentenciador al ofrecer a la testigo víctima de los hechos enjuiciados la posibilidad de no declarar contra su progenitor.

Como proclama la STS 209/2017, de 28 de marzo, el menor de edad puede decidir por sí mismo acogerse a dicho derecho, aun habiendo comparecido como acusación particular su progenitor y existan discrepancias con el mismo, siempre que tenga la suficiente madurez. En este caso, la menor (a la que faltaban nueve meses para la mayoría de edad), respondió firme y categóricamente que no quería actuar contra su padre ni declarar en el juicio. Es decir, de manera inequívoca, mostró su voluntad de no ejercitar acciones penales.

Si el menor no ha alcanzado el grado de madurez suficiente para decidir por sí mismo, la decisión habrá de ser adoptada por el progenitor con el que no existan intereses contradictorios; y si se detecta esa contradicción de intereses con ambos, habrá de acudir a los mecanismos sustitutivos previstos en la legislación civil para adoptar la decisión adecuada y conveniente al interés superior del menor.

III.3.- EL DEBER DE ADVERTIR DE LA DISPENSA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.

El artículo 416, (párrafo segundo), impone al Juez de Instrucción la advertencia al testigo que se halle comprendido en el párrafo primero de que no tiene obligación de declarar contra el procesado. La dimensión constitucional de este derecho (art. 24.2.II CE) da cuenta de la trascendencia que para la efectividad de su ejercicio tiene el haber sido previamente informado de su existencia, máxime tratándose de testigos que, a diferencia del imputado, carecen de asesoramiento técnico. Por eso, el TS ha reiterado

que el ejercicio de la dispensa legal, exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación. Nadie puede renunciar a algo que desconoce (Cfr. SSTs 160/2010, de 5 de marzo, 319/2009, de 31 de marzo y 294/2009, de 28 de enero).

Actualmente es predominante la opinión jurisprudencial que estima la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial (a pesar de no mencionarse expresamente) como judicial, y dentro de ésta en cada una de las dos fases del proceso -instrucción y plenario-. Considerando la finalidad claramente defensiva del artículo 416 LECrim, carecería de todo sentido que se excluyera a la Policía de las obligaciones que se imponen expresamente al Juez de Instrucción. Además ello cabe deducirse de las obligaciones que el artículo 297 LECrim impone a los funcionarios de Policía de observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, entre las que se incluye la instrucción de la dispensa del deber de declarar¹⁴.

La consecuencia jurídica que lleva aparejado el incumplimiento del deber de advertir al testigo de la dispensa de declarar contra el imputado-pariente, según jurisprudencia de la Sala Segunda del T.S., es la nulidad de las declaraciones hechas por los parientes no advertidos oportunamente de su dispensa y la imposibilidad de utilizarlas válidamente como prueba de cargo. Nos hallaríamos, por tanto, ante una prueba obtenida ilícitamente, con el alcance establecido en el artículo 11.1 LOPJ. Este precepto impone la privación de cualquier eficacia probatoria a aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos y libertades fundamentales, como es el caso que nos ocupa (la dispensa del deber de declarar es un derecho fundamental reconocido en el art. 24.2.II CE). Pero no solamente privaría de eficacia probatoria a la declaración prestada por el testigo contra el imputado pariente, sin haber sido advertido del derecho de la dispensa a declarar contra éste, sino que dicha ilicitud y la consiguiente ineficacia probatoria se extendería a las pruebas que trajesen causa de aquella, en virtud de la teoría de los actos reflejos, siempre que exista una conexión de antijuricidad entre las mismas. Así lo entendió, por ejemplo, la STS 662/2001, de 6 de abril, que mantuvo que el hecho de no comunicar al testigo la dispensa legal de su obligación de declarar por razón de parentesco, vulnera su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y vicia la prueba así obtenida. Por el contrario, ello no llevaría *sic y simpliciter* a la nulidad del juicio, sino solo a la de la declaración concernida, por lo que la condena siempre podrá ser mantenida de existir otras pruebas de cargo suficientes, no derivadas o vinculadas a la declaración del testigo (Cfr. SSTs 854/2013, de 30 de octubre y 304/2013, de 26 de abril).

La STC 94/2010, de 15 de noviembre, consideró correcta la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical, al no haber sido expresamente advertida la testigo por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar.

¹⁴ Véase en este sentido, ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., Particularidades probatorias en el proceso de violencia de género., o.c. p.372; DEL CASO JIMÉNEZ, M^a. T., La prueba testifical en el proceso penal., o.c., p. 207.

Ninguna objeción -dice el TC- cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la decisión del órgano judicial.

III.4.- LOS ACUERDOS DEL PLENO NO JURISDICCIONALES DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2013 Y 23 DE ENERO DE 2018.

En primer lugar, hemos de destacar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim, cuyo contenido es el siguiente:

La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim, alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- 1.- La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- 2.- Supuestos en que el testigo está personado como acusación en el proceso.

Como destaca la STS 205/2018, de 25 de abril, “los principios generales del derecho -no ir contra los propios actos- y la misma lógica excluyen, por contradictoria en sí misma, la figura de un acusador particular que se acoge a la dispensa. Quien ejercita la acusación reclamando del Estado una condena, no está legitimado para, al mismo tiempo, escamotear las pruebas que tiene en su mano, están a su alcance y son necesarias para que su pretensión pueda ser atendida. Estas razones alumbraron el acuerdo del Pleno mencionado de abril de 2013 aludido que impide, por ser contrario a los propios actos y resultar contradictorio e incongruente acogerse al artículo 416 a quien simultáneamente enarbola una petición de condena por los hechos a cuyo esclarecimiento rehúsa contribuir. Es fraudulento activar los mecanismos de la Administración de Justicia y al mismo tiempo obstaculizar su realización. Puede ejercitar su derecho a reclamar la condena; pero en ese caso no puede regatear al Estado, cuya tutela impetra, los medios para poder acoger su pretensión. Esa postura esquizofrénica e incongruente es la repudiada por aquél acuerdo.

Sin embargo, de su lectura brotaban de inmediato diversas preguntas: ¿Qué ocurre con quien estuvo personado como acusación, pero desistió antes del juicio oral?, ¿puede en el juicio acogerse a la dispensa puesto que no está en ese momento personado? O dicho de otra manera, la expresión esté personado incluye a quien estuvo personado si ya no lo está?¹⁵

¹⁵ Véanse, HERRERO ÁLVAREZ, S., La dispensa del deber de declarar en procesos por violencia de género: acuerdo del TS de 23/1/2018, en Blogs: Igualdad y Violencia de Género, 11 de mayo de 2018, p. 3; VIDAL PÉREZ DE LA OSSA, A., Nuevas cuestiones en torno a la dispensa de la obligación de declarar, en Documentación Jurídica de Sepín, 23 de marzo de 2018, pp. 1 y s.

La cuestión revestía una enorme trascendencia práctica, y para aclararla surgió el nuevo Acuerdo del Pleno de 23 de enero de 2018, que en su punto segundo dispuso que “no queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición”. Como destaca la STS 205/2018, de 25 de abril, en estos casos, “la persona por las razones que sean (incluso por el deseo de no afrontar nuevamente la tensión de declarar en contra de su familiar), ha renunciado a esa pretensión desistiendo de su condición de acusador particular. No se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar): es un derecho renunciable, nunca una obligación legal, sin perjuicio de las consecuencias que en ciertos casos pudiera arrastrar (v.gr. costas procesales)”.

La STS 49/2018, de 30 de enero, efectúa un estudio de la figura de la dispensa en el que tiene en cuenta este segundo Acuerdo y plantea diferentes situaciones. Así, diferencia por un lado, al testigo o víctima familiar del investigado o acusado que acude a la Policía o al Juzgado a denunciar, personado como acusación particular, en cuya caso, dice la sentencia, no es necesario informarle de la previsión del artículo 416 LECrim, y por otro lado, las personas que encontrándose en esa relación de parentesco, sean requeridas para participar en la indagación de los hechos delictivos, siendo que, en este caso, se establece la obligatoriedad de la advertencia tanto en sede policial como judicial, en la instrucción y en el plenario, siendo el efecto de la no observación de dicha obligación la nulidad de la declaración prestada e imposibilidad de su valoración por el Juzgador.

Además, en el punto primero, el Acuerdo concluye que, “el acogimiento en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida” (Cfr. en este sentido la STS 205/2018, de 25 de abril). A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya venía acogiendo esta interpretación y no permitía valorar las declaraciones de la víctima cuando aun no se había acogido a la dispensa, con este Acuerdo queda zanjada la cuestión.

IV.- LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO PRUEBA DE CARGO

IV.1.- INTRODUCCIÓN

Debemos reconocer que, las circunstancias en las que se cometen regularmente ciertos delitos (v.gr. agresiones sexuales, violencia de género...), sin presencia de testigos, provoca a veces una situación de parquedad probatoria. Esta situación resulta realmente preocupante, en aquellos casos en los que el delito cometido no ha dejado vestigios o

pruebas materiales de su perpetración, por no existir datos objetivos (parte médicos de lesiones, por ejemplo), que corroboren la versión de la víctima.

A pesar que en principio un testigo es alguien ajeno al proceso, un tercero que, por su propia experiencia, puede dar cuenta de datos que resultan relevantes para la resolución del conflicto, la LECrim, considera la declaración de la víctima como prueba testifical, pues se refiere a ella incluyéndola en el examen de testigos. Y habida cuenta de que, en la LECrim, no se prevé un estatuto especial para la víctima-testigo, se le equipara, a todos los efectos, con un testigo ordinario.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, viene considerando la declaración de la víctima como una prueba directa (no indiciaria) y de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado,¹⁶ incumbiendo su valoración al tribunal sentenciador, debiendo ponderar para ello su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa.¹⁷ No obstante, el Tribunal Supremo, ha advertido del riesgo que se produce para el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuando la única prueba de cargo viene constituida por la declaración de la supuesta víctima del delito, incrementándose este riesgo si es la víctima quien inicia el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado si se constituye en parte ejercitando la acusación particular, pues en tal caso se constituye en la única prueba de la acusación al propio acusador, por ello, es necesario adoptar una serie de precauciones (SSTS 975/2005, de 13 de julio y 578/2001, de 6 de abril).

Con el fin de adoptar las precauciones señaladas, han surgido una serie de criterios o notas jurisprudenciales de ponderación del testimonio de la víctima, que son controlables a nivel casacional, pero que no obstan para que corresponda al Tribunal de instancia la valoración que le merece aquella declaración conforme al principio de inmediación.

IV.2.- REQUISITOS JURISPRUDENCIALES

Las notas que el testimonio de la víctima debe reunir conforme a dicha doctrina jurisprudencial para dotarla de plena credibilidad como única prueba de cargo, son las siguientes (SSTS 749/2018, de 20 de febrero, 333/2018, de 4 de julio, 449/2018, de 10 de octubre, 1476/2018, de 15 de noviembre, 612/2016, de 8 de julio, 238/2011, de 21 de marzo y 1033/2009, de 20 de octubre, entre otras muchas):

A.- Ausencia de incredibilidad subjetiva.

¹⁶ Cfr., en este sentido, SSTC 201/1989, 173/1990 y 229/1991 y SSTS 612/2016, de 8 de julio, 568/2016, de 28 de junio, 20 de enero de 2015, 23/2015, de 4 de febrero, 610/2013, de 15 de julio, 724/2012, de 2 de octubre, 238/2011, de 21 de marzo, 885/2009, de 9 de septiembre y 339/2007, entre otras muchas.

¹⁷ Véanse, MARCHENA GÓMEZ, M., La prueba testifical. En la prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Dir. A.P. Rives Seva), o.c., pp.855 y ss; DEL CASO JIMÉNEZ, M^a. T., La prueba testifical en el proceso penal, o.c., pp.79 y ss; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., Particularidades probatorias en el proceso de violencia de género. o.c., pp.375 y ss.

Consiste en que no existan causas de incredibilidad subjetiva derivadas de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad, que pueda enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes.

Respecto a la incredibilidad, exponen las SSTS 449/2018, de 10 de octubre, 142/2013, de 26 de febrero, 265/2010, de 19 de febrero y 1055/2004, de 23 de septiembre, entre otras muchas, que tiene dos aspectos subjetivos relevantes:

- a) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.
- b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar, bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso (SSTS 542/2006, de 23 de mayo y 1503/2005, 19 de diciembre). Es decir, que la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aun teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva.

B.- Verosimilitud del testimonio.

La declaración debe estar basada en la lógica y estar rodeada de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen al aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la

verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante, etc.

Especial importancia revisten, sobre todo cuando se trata de víctimas menores de edad, las proposiciones de prueba pericial psicológica para determinar el grado de sinceridad de dicho testimonio (Cfr. SSTS 449/2018, de 10 de octubre, 384/2018, de 25 de julio, 210/2014, de 14 de marzo y 964/2013, de 17 de diciembre). No obstante, la doctrina jurisprudencial existente al respecto, concluye que la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio es una prueba distinta a la declaración de la víctima, a la que nunca puede sustituir, ni tampoco a la valoración probatoria de ésta última que corresponde al tribunal de instancia que directamente percibió la misma. En definitiva, corresponde al tribunal de instancia determinar en su sentencia el grado de credibilidad de la declaración testifical de la víctima realizada en su presencia, de la que el grado de verosimilitud de su narración, sobre el que recaerá la prueba pericial psicológica, es un componente más a considerar.

C.- Persistencia en la incriminación.

La declaración incriminatoria, debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Esto significa que la declaración debe ser concreta y precisa, narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes; y persistente en un sentido material y no meramente formal, es decir, constante en lo sustancial de las diversas declaraciones (SSTS 384/2018, de 25 de julio, 23/2015, de 4 de febrero, 476/2014, de 4 de junio y 964/2013, de 17 de diciembre). Las SSTS 333/2018, de 4 de julio, 165/2010, de 19 de febrero, 97/2009, de 9 de febrero y 843/2008, de 5 de diciembre, puntualizan que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio de orden en las afirmaciones, ni la sucesiva ampliación de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (Cfr. SSTS 19 de octubre de 2015, 774/2013, de 21 de octubre; 511/2012, de 13 de junio; 238/2011, de 21 de marzo y 785/2010, de 30 de junio).

En consonancia con esta doctrina, el Alto Tribunal ha declarado (STS 333/2018, de 4 de julio) que, si bien cuando el testimonio de la víctima adolezca de alguno de los tres requisitos antes expuestos, se tratará de una cuestión propiamente valorativa, que

incumbe al Tribunal sentenciador, sin embargo cuando la carencia es aplicable a los tres requisitos, ello determina un vacío probatorio o ausencia de prueba, supuesto en el cual la condena viola el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuyo control sí es facultad y obligación del Tribunal de Casación. Por ello, no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenido ya sólo por esto como válidamente inculpatario. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no rebase este umbral mínimo tendría que ser desestimado como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos.

La jurisprudencia del TS ha destacado el significado jurídico de la inmediación y su importancia a la hora de valorar la prueba directa de la declaración de la víctima, sin olvidar que en dicha valoración cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos (SSTS 34/2018, de 23 de enero, 1041/2011, de 17 de octubre, de 22 de enero de 2015, 21 de mayo de 2014, 829/2006, de 20 de julio y 10 de diciembre de 2002). Esta estructura racional del discurso valorativo si podría ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resultan ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art.9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio *nemo tenetur*.

No podemos concluir, sin poner de manifiesto la estrecha vinculación que este apartado presenta, con el analizado en el punto II de la ponencia sobre la prueba anticipada y preconstituida, ya que, en muchas ocasiones, cuando la víctima de delitos como los de naturaleza sexual, es menor de edad, es aconsejable que su declaración se lleve a cabo como prueba preconstituida ante el Juez Instructor, respetando el principio de contradicción, debiendo ser reproducida en el plenario, con los requisitos allí mencionados, con el fin de evitar posibles procesos de victimización secundaria que supondría su comparecencia de nuevo como testigo, en el acto del juicio oral.

V.- LOS TESTIGOS DE REFERENCIA

V.1.- CONCEPTO Y CONTENIDO.

Testigo de referencia es aquel testigo que tiene conocimiento de los hechos a raíz de las manifestaciones o referencias de la propia víctima o de un interviniente o testigo directo de los hechos¹⁸.

Como dice la STS 732/2009, de 7 de julio, testigo de referencia es “la persona que no proporciona datos obtenidos por la percepción directa de los acontecimientos, sino la versión de lo sucedido obtenida a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas”.

Los artículos 710 y 813 de la LECrim, hacen mención a los testigos de referencia.

El primero de los preceptos dispone que “los testigos expresarán la razón de su dicho; y si fueran de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuera conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”. Con esta referencia genérica es evidente que se está reconociendo este medio de prueba como legal, otra cosa será su valoración y eficacia y en qué supuestos ha de aplicarse esta testifical. Se admite la validez del testimonio de referencia siempre que el testigo precise el origen de la noticia y además designe, con su nombre y apellidos o con las señas por las que fuera conocida, a la persona que le hubiera comunicado los hechos que relata.

El segundo precepto, muestra la desconfianza que muestra el legislador a la calidad probatoria de este tipo de testimonios en las causas por injuria o calumnia, al decir “no se admitirán testigos de referencia en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra”.

Las reticencias hacia este tipo de testigos, se muestra igualmente en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Así, el Tribunal Constitucional, pese a reconocer en la STC 217/1989, de 21 de diciembre, con carácter general la admisibilidad de dicha prueba para fundamentar una sentencia condenatoria, no obstante en la misma resolución desaconseja dicha prueba, afirmando que la prueba de referencia es poco recomendable -y de ahí el justificado recelo de la jurisprudencia sobre ella- pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso, es por ello, por lo que, con criterio general, cuando existan testigos presenciales o que de otra forma hayan percibido directamente el hecho por probar, el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos el relato de su experiencia”.

¹⁸ Véanse, DEL CASO JIMÉNEZ. M^a. T., La prueba testifical en el proceso penal, o.c., pp. 133 y ss; VELAYOS MARTÍNEZ, M.I., El testigo de referencia en el proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp 32 y ss; ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., Particularidades probatorias en el proceso de violencia de género., o.c. pp. 381 y ss; MARCHENA GÓMEZ, M., La prueba testifical, en La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, o.c., pp. 908 y ss.

Por lo tanto, el régimen de admisibilidad de la prueba testifical de referencia no es automático, sino subsidiario en defecto de prueba directa. De modo que, si el testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile. En efecto, tal como se expone en las SSTC 161/2016, de 3 de octubre, 117/2007, de 21 de mayo, 143/2003, 209/2001, de 22 de octubre, 155/2002, de 22 de julio y 219/2002, de 25 de noviembre, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica, de un lado, la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba, al impedir que el juez que ha de dictar sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (Cfr. también SSTC 68/2002, de 21 de marzo, 97/1999, de 31 de mayo, 35/1995, de 6 de febrero y 79/1994, de 14 de marzo). De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, y que se encuentra reconocido expresamente en el apartado 3 del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del artículo 6.1 del mismo, considerando la jurisprudencia del TEDH contraria a este artículo la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral (entre otras SSTEDH de 19 de febrero de 1991 –caso Isgrò contra Italia-; 26 de abril de 1991 –caso Asch contra Austria- y 19 de diciembre de 1990 –caso Delta contra Francia-).

La teoría del Tribunal Supremo sobre el testigo de referencia está fuertemente influenciada por la doctrina del Tribunal Constitucional ya referida. Se considera que los testigos de referencia sólo en caso de imposibilidad de práctica de prueba directa pueden tener verdadera virtualidad y fuerza acreditativa suficiente. Pero entiende que por imposibilidad no sólo la material, real o efectiva del testigo directo, sino también aquellos casos de testigos menores de edad en que no estando materialmente imposibilitados de comparecer al juicio oral, sin embargo, concurra una causa de imposibilidad legal de comparecencia (por desaconsejarla los profesionales que los atienden) ponderada prudencialmente por el tribunal de instancia (Cfr. SSTS 429/2002, de 8 de marzo, 1229/2002, de 1 de julio y 53/1996, de 30 de enero). En tales supuestos particulares en los que el testigo de referencia sustituye a un testigo directo menor de edad víctima de actos traumáticos, nos hallamos ante la lógica dificultad que supone para el Tribunal formar un juicio no sólo sobre la veracidad del testigo de referencia sino sobre el testigo presencial en cuyo lugar aquél se subroga.

Pero las excepciones admitidas por la jurisprudencia al presupuesto de imposibilidad de comparecencia, no pueden ser utilizadas como argumento para eludir el ejercicio del derecho de dispensa por parte del testigo pariente, que hemos examinado anteriormente.

Producida la prueba, corresponde su libre valoración (como la de todas las pruebas) a los Tribunales, encargados de enjuiciar los hechos.

La testifical de referencia puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado y siempre con independencia de la posibilidad o no de que el testigo directo puede deponer o no en el juicio oral. El testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otros testigos normalmente presenciales, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas (por ejemplo para coadyuvar lo declarado por una víctima testigo, menor de edad que ha sufrido abusos sexuales) (SSTC 68/2002, de 21 de marzo con cita de la 303/1993).

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha venido manteniendo el mismo criterio, reconociendo el valor del testimonio de referencia como prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros medios probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical (SSTS 743/2018, de 7 de febrero de 2019, 34/2018, de 23 de enero, 732/2009, de 7 de julio, 129/2009, de 10 de febrero, 31/2009, de 27 de enero, 528/2008, de 19 de junio y 667/2008, de 5 de noviembre).

En definitiva, la testifical de referencia, sirve para dar validez o no a la declaración testifical de un (a veces único) testigo directo; es el conjunto de estas declaraciones las que pueden desvirtuar la presunción de inocencia, por sí mismas o con otras pruebas, pero nunca la declaración de un testigo de referencia por sí sola. Así lo entendió por ejemplo la STS 443/2014, de 29 de mayo, donde el testimonio de referencia versaba sobre lo manifestado por un niño como testigo directo, lo mismo ocurrió en la STS 743/2018, de 7 de febrero de 2019, en la que el órgano que el jurado que enjuiciaba los hechos no pudo escuchar directamente al menor testigo directo, cuya declaración accedió al procedimiento como prueba preconstituida, debido a que en el momento del juicio había regresado a su país Ecuador, pero sí tuvo acceso directo al testimonio de su madre y de los agentes de la Guardia Civil a quienes efectuó espontáneas manifestaciones cuando se hallaba ingresado en un centro hospitalario. (Cfr. también STS 34/2018, de 23 de enero).

Por lo tanto, aunque la prueba es legal y, por lo tanto, admisible por los tribunales en el juicio oral, el Tribunal Supremo, admite su eficacia sólo como prueba complementaria, junto con otras pruebas. En consecuencia, la testifical de referencia por sí misma, no puede ser suficiente para destruir la presunción de inocencia.

V.2.- DECLARACIONES DE AGENTES POLICIALES SOBRE MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS DE ACUSADOS ANTE LOS MISMOS.

Cabe conceptualizar como testimonios de referencia, las declaraciones de agentes policiales sobre las manifestaciones espontáneas de un sospechoso realizadas ante los mismos. No existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del acusado, si bien aclarando que, en cualquier caso, el testimonio es de referencia “*auditio alieno*”, y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. En efecto, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, (SSTS 597/2017, de 24 de julio, que cita a la 16/2014, de 30 de enero y ésta, a otras anteriores, como la 1236/2011, de 22 de noviembre y 878/2013, de 3 de diciembre), sostiene que es preciso diferenciar entre lo que son manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o ante los agentes de la Policía, de lo que es una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de letrado y previa advertencia de los derechos. En cuanto a las primeras no existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o de los funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del detenido (o sospechoso), si bien aclarando que en cualquier caso el testimonio es de referencia -*auditio alieno*- y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. No puede aportar fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo -*auditio proprio*- en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo. Respecto a las manifestaciones espontáneas de un acusado fuera del atestado, la jurisprudencia indica (SSTS 418/2006, de 12 de abril y 667/2008, de 5 de noviembre), que el derecho a no declarar, que el recurrente habría expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales.

Como se afirma en la STS 743/2018, de 7 de febrero de 2019, antes citada, la Sala ha admitido el valor probatorio de afirmaciones que no han sido ratificadas a presencia judicial, supeditado a que se trate de manifestaciones prestadas de manera espontánea, libre y directa, de un lado; y de otro a que sean introducidas en el debate contradictorio que supone el juicio oral a través de la declaración de los agentes que directamente las percibieron (en el mismo sentido SSTS 655/2014, de 7 de octubre y 128/2018, de 20 de marzo).

A diferencia de estas manifestaciones espontáneas, las declaraciones testificales oficiales efectuadas en sede policial, según se estableció en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015, carecen de valor probatorio. No pueden operar como corroboración de otros medios de prueba, ni ser contrastadas por la vía del artículo 714 LECrim, ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del artículo 730 LECrim. Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes

policiales que las recogieron (Cfr. también STS 222/2019, de 29 de abril y 503/2018, de 25 de octubre)¹⁹.

Tampoco tienen valor probatorio las declaraciones de referencia de los agentes policiales con respecto a lo informado por confidentes policiales cuya identidad se mantiene en secreto. Sólo pueden ser fuentes de actividades de investigación. De otro modo, supondría una gran restricción del derecho de defensa si el acusado pudiera ser condenado a partir de datos suministrados por quien no se sabe quién es, ni se puede siquiera controlar su credibilidad (en este sentido SSTS 534/2009, de 1 de junio y 1047/2007, de 17 de diciembre).

La postura adoptada por el Tribunal Supremo en esta materia, sigue la jurisprudencia emitida por el TEDH, que ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989 -caso Kotovski c/ Holanda-; de 27 de septiembre de 1990 -caso Windisch c/ Austria- y de 9 de junio de 1998 -caso Teixeira de Castro c/ Portugal-). Según Del Caso Jiménez, tampoco dichas informaciones confidenciales deberían servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de los derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas etc.). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y solo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas²⁰ (en este sentido, SSTS 231/2009, de 5 de marzo y 611/2001, de 10 de abril).

Como resumen de lo expuesto, podemos mencionar el contenido de la STS 226/2018, de 16 de mayo, cuando dice “el testimonio de referencia constituye uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundamentar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia, términos de la STC 217/1989. El artículo 710 LECrim, autoriza esta clase de testimonio, si bien exigiendo al testigo que precise el origen de la noticia. Y sólo queda excluido expresamente en el artículo 813 de la misma ley, en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra.

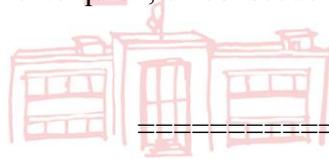
Es contrario al artículo 6 del Convenio, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (SSTEDH 19 de diciembre de 1990 –caso Delta contra Francia-; 10 de febrero de 1991 –caso Isgrò contra Italia-) y por último, tiene un valor probatorio disminuido, de manera que, aunque sea un medio probatorio admisible (...) y de valoración constitucionalmente permitida que, junto con otras pruebas, pueda servir de fundamento a una sentencia de condena, no significa que, por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente

¹⁹ Véase, DEL CASO JIMÉNEZ, M^a.T., La prueba testifical en el proceso penal, o.c., pp.153 y ss

²⁰ DEL CASO JIMÉNEZ M^a.T., La prueba testifical en el proceso penal, o.u.c., p.p. 155 y s

para desvirtuar la presunción de inocencia (STC 68/2002, de 21 de marzo, citando la STC 303/1993), siendo preciso unos elementos de corroboración que, en estos supuestos adquieren especial trascendencia.

Como dijimos en la STS 757/2015, de 30 de noviembre, los testimonios de referencia, aun admitidos en el artículo 710 LECrim, tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quien se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y la contradicción. Por ello, el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical (...). Consecuentemente, la prueba testifical de quien refiere lo que otro testigo ha apreciado sólo podrá ser valorada, y de forma limitada, en el supuesto de ausencia del testigo directo, lo que en este caso no ocurrió porque el testigo directo acudió al juicio oral negando los hechos de la acusación. Consecuentemente no hubo actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente quien, en consecuencia, deberá ser absuelto”.



Centro de
Estudios
Jurídicos