

**EL INTERROGATORIO DEL MENOR. LAS
PRUEBAS TESTIFICAL Y DOCUMENTAL.**

Pilar Sánchez Alcaraz

Fiscal Delegada de Menores de Jaén

ÍNDICE

INTERROGATORIO DEL MENOR

- 1.- Identificación del menor
- 2.- Reconocimiento del menor
 - 2.1 El reconocimiento espontáneo
 - 2.2 El reconocimiento fotográfico
 - 2.3 El reconocimiento en rueda
 - 2.4 otras formas de reconocimiento
- 3.- Interrogatorio del menor en fase de instrucción
 - 3.1 Obligatoriedad de la declaración
 - 3.2 Declaración del menor por videoconferencia
 - 3.3 Formalidades de la declaración del menor. Sus derechos
 - 3.4 Valor probatorio de las declaraciones del menor. Confesión
 - 3.5 Declaraciones de menores coimputados

LA PRUEBA TESTIFICAL

- 1.- Testigo-víctima, en especial el menor de edad
- 2.- Testigo Protegido
 - 2.1 Regulación legal y ámbito de aplicación
 - 2.2 Testigos anónimos y ocultos
- 3.- Testigos de referencia
 - 3.1 Concepto y regulación legal
 - 3.2 Eficacia y valor probatorio
 - 3.3 Supuestos en que procede
- 4.- Credibilidad de los testimonios de menores de edad

LA PRUEBA DOCUMENTAL

- 1.- Concepto
- 2.- Valor probatorio de algunas clases de documentos

3.- Valor casacional de la prueba documental

LAS PIEZAS DE CONVICCIÓN

RESUMEN

En este trabajo se aborda en primer lugar el interrogatorio del menor donde, además de tratar cuestiones relativas a las formalidades del interrogatorio , se realizan algunas referencias a la necesaria previa identificación del mismo así como a los distintos medios posibles de reconocimiento del menor y el tratamiento jurisprudencial de los mismos. Sobre la declaración del menor imputado se realiza igualmente un estudio de la línea seguida por el TS sobre el valor probatorio de las declaraciones practicadas en fase de instrucción.

Acerca de la prueba testifical, y aunque se hace una breve referencia a la normativa vigente así como a trabajos doctrinales y jurisprudenciales sobre la declaración de menores de edad en calidad de testigos, se hace especial mención a las figuras de los testigos protegidos, ocultos y anónimos así como a los requisitos y validez de la prueba testifical de referencia en todos los procesos en general y en el proceso de menores en particular.

Contiene además este trabajo un apartado relativo a los informes periciales sobre credibilidad de testimonios de menores de edad analizando los criterios que para determinar esa credibilidad se utilizan por la psicología forense.

Finalmente se realiza un breve análisis sobre determinadas clases de documentos y el valor casacional de la prueba documental para finalizar con una escueta mención a las piezas de convicción, deteniéndonos únicamente en las exigencias de nuestro Alto Tribunal sobre la necesidad de la presencia de las mismas en el acto del juicio oral.

INTERROGATORIO DEL MENOR

Parece obvio, antes de comenzar a plantearnos algunas cuestiones en relación al interrogatorio del menor, hacer una breve referencia a la previa necesidad de proceder a identificar al menor que va a ser interrogado.

1.- IDENTIFICACIÓN DEL MENOR

A la identificación de un menor le son plenamente aplicables los arts 373, 374 y 375 de la LE Crim.

La identificación es una diligencia que debe ser practicada en la fase de investigación, preferentemente en el atestado que confeccionen las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, identificación que ha de ser plena, es decir, nombre, apellidos, fecha de nacimiento, filiación.....No basta la referencia genérica a su minoría de edad

No planteará problemas cuando el menor esté debidamente documentado con documento auténtico(ya sea certificación de la inscripción de nacimiento, partida de bautismo, DNI, libro de familia,, pasaporte, permiso de residencia,etc), en otro caso habrá que acudir a las reseñas policiales (reseña fotográfica, dactiloscópica, ordinal de informática asignado) El art 2 del RLORPM regula con detalle las posibles diligencias para identificar a un menor en relación a los registros policiales sobre identidad de menores, reseña dactilar y archivos policiales

El problema se planteará cuando el documento de identificación presentado sea de difícil interpretación o existan dudas de su autenticidad.

En el primer caso tenemos la ventaja de que siempre existe alguien con los conocimientos necesarios para su interpretación. No es baladí esta afirmación. El documento de identidad rumano, p.ej., contiene una serie de dígitos referidos al sexo de la persona, fecha de nacimiento, etc, que, han de ser interpretados por quien los conoce y transmitirnos esa información ya sea en las Brigadas de Extranjería de la Policía o los propios Consulados.

En el caso de que existan dudas razonables sobre la autenticidad del documento identificativo presentado y/o no existan registros policiales sobre el menor se procederá conforme determina el apartado 9 del art 2 del RLORPM correspondiendo por tanto la competencia para la determinación de la identidad y de la edad a la Jurisdicción ordinaria conforme a las reglas de la LECrim (art 375y 376) y no al Fiscal de Menores.

La práctica de diligencias tales como pruebas de ADN o pruebas médicas y radiológicas habrá de practicarlas el Juez de Instrucción con necesidad de contar con consentimiento de quien va a someterse a las mismas o, en caso contrario, mediante resolución motivada por tratarse de una intervención corporal que afecta a un derecho fundamental.

Si resulta imposible la determinación de la edad habrá que considerarlo menor de edad a efectos de aplicación de la LORPM.

En la práctica, al menos en Jaén, es frecuente que los Juzgados de Instrucción dicten auto de inhibición a la Fiscalía de Menores (y además con el Visto del Fiscal encargado del despacho de asuntos de ese Juzgado) en aquellos asuntos en que aparece implicada una persona que se dice es menor de edad, sin realizar ninguna diligencia para acreditar dicha circunstancia. Sistemáticamente dictamos un Decreto rechazando dicha inhibición y devolviendo las actuaciones al Juzgado de procedencia para que practiquen las diligencias de instrucción necesarias.

Puede ocurrir que la duda sobre la minoría de edad se plantee durante la instrucción por el Fiscal. En este caso considero que no sería necesario acordar la inhibición al Juzgado de Instrucción sino que correspondería al Fiscal de Menores practicar u ordenar la práctica de las diligencias necesarias para dicha determinación y en caso de que fuera necesario acudir a la realización de pruebas médicas y/o forenses y tratándose de pruebas como las referidas anteriormente (radiológicas u oseométricas, extracción de sangre para ADN....) al tratarse de una intervención corporal, y salvo consentimiento expreso del menor a su realización, necesitaría autorización judicial.

2.- RECONOCIMIENTO DEL MENOR

Esta identificación del menor no puede ser confundida con la necesidad de determinar que un menor es el supuesto autor de los hechos que se están investigando, es decir, la necesidad el reconocimiento del menor. Para ello existen varios medios:

2.1.- EL RECONOCIMIENTO ESPONTÁNEO.

Cuando el testigo o sujeto pasivo del delito señala y reconoce de modo inequívoco y firme a una persona como el supuesto autor de los hechos no se considera necesaria la práctica de ninguna otra diligencia de reconocimiento, así se deduce del art 368 de la LECrim, a sensu contrario

La validez de este reconocimiento espontáneo, ratificado en el acto de la audiencia, ha sido expresamente reconocido entre otras en STS de 5 de octubre de 1994 y STC 205/1998. Doctrina jurisprudencial que en materia de menores ha sido aplicada por la SAP de Madrid , sec 4ª nº 75/2004 de 20 de abril.

2.2.- EL RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO.

El reconocimiento fotográfico realizado en sede policial, mediante la exhibición de un álbum o serie de fotografías o incluso de fotografías obtenidas de la grabación de cámaras de seguridad (STS 10 de mayo de 1983) constituye diligencia legítima de iniciación de la investigación de naturaleza preprocesal por lo que no constituye por sí sola una prueba, aunque puede traerse al juicio por otros medios probatorios; es decir, que carece de virtualidad probatoria en sí, pero puede tener eficacia cuando se corrobora en trámite judicial y se ratifica en las sesiones del Juicio Oral, en condiciones de contradicción

Sobre la eficacia probatoria de la diligencia de reconocimiento fotográfico policial, la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS (entre otras SSTS 1280/2002 de 4 d julio y 29/2007 de 17 de enero) tiene establecida una doctrina general que se sintetiza en los siguientes apartados:

1º. Los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2º. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación el criminal.

3º. La policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente la

identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss.

4º. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción. Se trata, pues, de una prueba testifical

Resulta curiosa una referencia que se hace en la STC num. 36/1995 de 6 de febrero a la intervención de los funcionarios policiales en la diligencia de reconocimiento en foto al establecer que “ se hace imprescindible que este (el reconocimiento fotográfico) se haya realizado en condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación. La neutralidad del investigador en este punto se erige, pues, en una condición inexcusable para que la posibilidad excepcional que ahora nos ocupa pueda ser fuente de prueba validamente utilizable a través de otros medios de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia”

La Sala 2ª del TS ha declarado igualmente que no se exige la presencia de letrado en el acto de reconocimiento fotográfico. (SSTS de 8 de marzo de 2005)

2.3.- RECONOCIMIENTO EN RUEDA

Diligencia necesaria únicamente cuando el testigo no pueda identificar de forma directa y clara al autor de los hechos o cuando lo solicite el propio inculpado como garantía de su derecho a la presunción de inocencia y para evitar reconocimientos viciados o erróneos.

Regulada en los arts 368 y ss de la LECrim podemos sintetizar los requisitos y condiciones para su práctica en los siguientes:

- la persona que va a ser reconocida tiene que estar a la vista del que ha de realizar el reconocimiento pero este puede estar o no a la vista de aquel
- comparecerá en unión de personas de características físicas semejantes

- el que ha de verificar el reconocimiento manifestará si la persona a la que se refiere está o no entre el grupo de personas que componen la rueda y en caso afirmativo de forma clara e inequívoca. Ya saben la fórmula “sin ningún género de dudas” o “ con dudas”

-se extenderá un acta en la que constarán todas las circunstancias e incidencias, la identificación de quienes componen la rueda, la persona que comparece para el reconocimiento y los demás intervinientes (funcionarios policiales, Juez y/o Fiscal, Secretario, en su caso, Letrado) y será firmada por todos.

Cabe preguntarse si es preceptiva la presencia de letrado para la práctica de esta diligencia. Al respecto el art 17 .3 de la CE garantiza la asistencia de Letrado al detenido en las diligencias policiales y judiciales y el art 520.2 c/ de la LECrim impone la presencia de Abogado para la prueba de reconocimiento en rueda del detenido, pero si el imputado no está detenido la STS de 22 de mayo d e 2001 ha admitido la validez de la prueba d e reconocimiento en rueda sin la presencia d e letrado.

En cuanto a las especialidades de esta rueda en el procedimiento de menores vienen configuradas en el art 2 apartado 10 del RLRPM:

-orden o autorización del Fiscal para su práctica, no pudiendo practicarse de oficio por las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado .Pero entiendo que no es necesaria la presencia física del Fiscal en su realización. No obstante en la práctica solemos estar presentes ya que se suelen realizar en la Sala de reconocimiento que a tal efecto existe en la sede de la Fiscalía

- se ha de practicar en dependencias policiales específicas, es decir, en los Grupos de Menores o en sede judicial o del Ministerio Fiscal

-la rueda puede estar compuesta por menores y/o mayores, siempre que sean de semejantes características. En el primer caso es preceptivo el consentimiento del menor y la autorización de sus representantes y tiene el inconveniente de que no puede preservarse su intimidad ya que sus datos completos han de constar en el acta .

Para salvar de alguna forma las dificultades que en la práctica conlleva la realización de esta prueba en el procedimiento de menores puede hacerse uso de la videoconferencia con menores internos en centro que, para una mayor garantía y una valoración más adecuada por el Juez de Menores, puede ser gravada (Conclusiones de las Jornadas de Menores. Alcalá de Henares, 25 y 26 de octubre de 2010), aunque considero que tal circunstancia no es requisito necesario.

De modo menos, digamos, jurídico, en la Fiscalía de Jaén señalamos para realizar esta prueba el día de la semana que hay citados menores para declaraciones o hay vistas en el Juzgado de tal modo que , a veces con la colaboración del propio Juez y de los Letrados que están asistiendo a los menores, les “convencemos” de que su participación en la rueda supone una “colaboración” con la Justicia que podría ser tenida en cuenta a la hora de valorar la medida que se le puede solicitar o imponer. La respuesta que obtenemos es satisfactoria, en la mayoría de los casos prestan su consentimiento sin problema alguno. Resulta anecdótico que el principal inconveniente que suelen alegar para no formar parte de la rueda de reconocimiento es, y utilizo palabras literales, “ y si me reconocen, ¿qué pasa?” I

En cuanto al valor probatorio de esta diligencia la La Sala Segunda del TS, entre otras en SSTS de 14 de julio de 2010, ha establecido que “ni siquiera el reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción es la diligencia de prueba susceptible de valoración, al señalar que tal diligencia, aun a pesar de ser hecha con todas las garantías, no puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible. Para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es, pues, una prueba testifical

Practicada con las debidas garantías y en forma contradictoria con la presencia del Letrado del acusado sometido a reconocimiento en rueda, tal identificación puede valorarse como cierta si, comparecido en el Juicio Oral el reconociente, puede ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre tal punto, para satisfacer el principio de contradicción o se aporta en otra forma válida, como puede ser su lectura en el caso de imposibilidad cierta de comparecencia del testigo”

Ha señalado también la Jurisprudencia que el reconocimiento en rueda no resulta afectado de validez por el hecho de que haya ido precedido de un reconocimiento fotográfico ni por el hecho de que el imputado haya sido visto con anterioridad a la realización del reconocimiento

2.4.- OTRAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO

Podemos citar otros mecanismos de identificación susceptibles de ser utilizados en el procedimiento de menores tales como

2.4.1 La antropometría. Se trata de una técnica basada en las características física, morfológicas y cromáticas del individuo sospechoso que se utiliza para confeccionar retratos robot

2.4.2 La lofoscopia . Supone identificar al individuo por las huellas inmutables de los surcos de la piel de determinadas partes del cuerpo, bien se trate de las crestas papilares de los dedos de la mano(dactiloscopia), de los dibujos papilares de las manos(quirosopia) o de las huellas papilares de la planta del pie (pelmatoscopia, técnica esta que se utiliza fundamentalmente en la identificación de los recién nacidos)

Suele formar parte de la diligencia de inspección ocular y al igual que la Policía a cada actuación se le da un número de asunto, a cada huella también por lo que no existe posibilidad de confusión con otros datos de otras intervenciones que hayan podido hacerse el mismo o distintos días.

Si las huellas aparecen en el lugar de los hechos aplicando reactivos físicos, se acota el objeto sobre el que se hacen evidentes y se fotografía en el propio lugar de los hechos. Al entregar las actas de inspección ocular en la Brigada se procede a descargar las fotografías y a proceder a su posterior revelado, respetándose en todo momento la cadena de custodia. En estos supuestos, los miembros de la Policía científica que obtienen las huellas mediante reactivos físicos no participan en el proceso de identificación sino únicamente en la obtención.

En cuanto a los objetos respecto de los cuales no se obtiene huella alguna mediante la aplicación de reactivos físicos, se procede al traslado de dichos objetos al Laboratorio, donde se obtienen huellas mediante aplicación de reactivos químicos.

Los objetos se transportan en los vehículos de policía, que tiene unos compartimentos en los que se precintan los objetos en compartimentos individuales, llevándose a la Brigada de Policía Judicial, donde la Sección de lofoscopia recepciona las muestras y las manda al Laboratorio correspondiente

Posteriormente las huellas obtenidas se remiten al SAID para identificación siendo suficientes a fin de identificar a una persona entre 8 y 10 puntos característicos acotados no cabiendo que posibilidad alguna de que unas huellas identificadas como pertenecientes a una persona correspondan a otra persona.

En el SAID se reciben las huellas individualizadas por su procedencia y se identifican.

Se comparan con la base de datos y si no dan positivo se guardan como "anónimas" y se van cotejando periódicamente mediante lo que denominan "rebusca" por si las huellas de los nuevos detenidos que se van produciendo coincidieran con las hasta entonces "anónimas".

En fase de instrucción es frecuente la identificación de una persona a través de las huellas encontradas en el lugar de los hechos y que nos permite, en el caso de menores, iniciar la instrucción de un expediente contra un menor determinado, pero sólo nos acreditan que esa persona estuvo en ese lugar y que cogió o tocó el objeto o la superficie donde se encontraron las huellas. Será necesario para probar que fue el autor de los hechos la concurrencia de otras pruebas, incluso indiciarias, que coadyuven en la enervación del principio de presunción de inocencia.

2.4.3 La grafología. Supone un estudio comparativo de la escritura de una persona plasmada en un documento indubitado y su cotejo con otra de un documento debitado.

Esta técnica permite con enorme exactitud determinar si una persona ha escrito o no unas determinadas letras.

Todos estos medios, unidos a otros como pueden ser los estudios de voz o fotométricos, para determinar e identificar a una persona en fase de instrucción pueden ser perfectamente utilizados en el procedimiento de menores, debiendo tenerse en cuenta únicamente la necesidad del carácter restringido de todos los archivos, registros, reseñas, etc que se refieran a menores.

En definitiva se trata de pruebas periciales que si bien en principio nos sirven para identificar a una persona, posteriormente han de ser introducidas en el plenario en las condiciones y con los requisitos establecidos a tal efecto tanto por la L.ECrim como por nuestra jurisprudencia para la práctica y valoración de la prueba pericial en el plenario, cuyo estudio no es objeto del presente trabajo.

3.- INTERROGATORIO DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

3.1.- ¿OBLIGATORIEDAD DE LA DECLARACIÓN?

Desde la entrada en vigor de la LORPM mucho se ha debatido y discutido sobre la obligatoriedad o no de la declaración del menor en fase de instrucción. Ya la Circular 1/2000 hacía referencia a esta cuestión. La Jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales en los primeros momentos de vigencia de la LORPM era discrepante.

Así, y utilizando de ejemplo las provincias de quien os habla y del director de este curso, el Auto de la AP de Toledo, sec 1ª nº2/2002 de 21 de marzo, sigue la doctrina del TC sentada a partir de la STC num 186/1990 de 15 de noviembre de la obligatoriedad de recibir declaración al imputado antes de formular acusación contra la misma y establece que “ difícilmente se puede expresar reproche alguno por su conducta a quien no se ha dado oportunidad de declarar, ofreciendo su versión de los hechos”. “ Si es una exigencia constitucional el oír al imputado mayor de edad penal, antes de formular acusación alguna contra él, en el procedimiento seguido contra el menor, que goza de todos los derechos reconocidos en la Constitución, se debe cumplir idéntica exigencia pues tan proceso penal es el seguido contra el mayor de edad penal como el seguido contra el menor y todos los principios y garantías del primero son aplicables al segundo a excepción del de publicidad. Y ello es así aunque la LORPM no contenga ninguna norma explícita en su articulado que obligue expresamente a que el menor sea oído en declaración por el instructor, es decir, por el Ministerio Fiscal, antes de concluir la instrucción, pues tampoco se sostiene esa obligación expresa en la LECrim, respecto del procedimiento sumario ordinario ni del abreviado” Esta resolución, no obstante contiene un voto particular.

Por su parte el AAP de Jaén, sec 1ª 126/2001 de 10 de octubre se decanta por la no obligatoriedad de la declaración aunque añade “ es evidente que la lógica aconseja , cuando se tiene conocimiento de la comisión de una presunta infracción criminal que se interroge sobre los hechos a la persona que se estime pueda ser autor de los mismos (...) lo que sí se estima imprescindible es dar la posibilidad de que el menor sea oído..”

Superada esta primera fase parece existir hoy en día mayor unanimidad sobre esta cuestión. Así la SAP de Almería , sec 3ª, nº 169/2010 de 20 de mayo, establece que “ no es imprescindible recibir declaración a los menores en el expediente salvo en los casos en que hubieran sido detenidos”...(....)....” El art 26.2 sólo impone al Ministerio Fiscal la obligación de oír en declaración a los menores cuando lo hubiera solicitado alguna de las partes...”

O la SAP de Sevilla , sec 3ª, nº 318/2010 de 8 de junio, en un supuesto en que el Juez de Menores declaró la nulidad de actuaciones por no haberse tomado declaración

del menor aplicando la anteriormente citada doctrina del TC, revoca la sentencia y señala que no es necesaria tal diligencia ya que “ no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí (en el procedimiento de menores) en los mismos términos”, y entre ellos se refiere al principio de publicidad. Añade que aunque sería deseable que el Fiscal le recibiera declaración al menor, no es una obligación ni en los supuestos de falta ni de delito y que el legislador, tanto al promulgar la Ley como posteriormente al modificarla conocía la doctrina del TC sobre la declaración del imputado por lo que podría haberlo regulado expresamente si esa hubiera sido su voluntad. En apoyo de esta teoría cita los artículos 22 y 26 de la LORPM y la necesidad de agilizar la tramitación del procedimiento de menores.

Entendemos que esta es la postura adecuada ya que con la imputación formal que se realiza al amparo del art 22 de la LORPM se evitan acusaciones sorpresivas pues se notifica al menor la incoación del expediente, se le informa de sus derechos y se garantiza la asistencia letrada desde ese momento.

Por su parte la Circular FGE 1/2007 sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006 admite esta posibilidad estableciendo que la práctica ha puesto de relieve que con relativa frecuencia se plantean supuestos en los que contándose con un informe reciente del Equipo Técnico del menor incurso en el expediente y no siendo por tanto imprescindible esta diligencia, con el fin de evitar la detención del menor al no comparecer éste voluntariamente en Fiscalía y para evitar dilaciones en la tramitación del expediente, se hace aconsejable formular alegaciones prescindiendo de este trámite. Pues bien, para estos supuestos, y como excepción a la regla general, que en todo caso deberá interpretarse restrictivamente, cabrá entender que no es imprescindible oír al menor como requisito previo para formular alegaciones acusatorias.

No obstante os diré que en la Fiscalía de Jaén recibimos siempre y en todo caso declaración a todo menor a quien se le incoa un expediente pero por razones de simple operatividad, funcionalidad y agilización ya que tenemos agenda conjunta con el equipo técnico de ahí que el menor declara y a continuación el mismo día se entrevista con el equipo técnico. Además a principios de 2010 se creó y comenzó a funcionar un equipo de mediación externo pero que los días de declaraciones está presente en la Fiscalía por lo que en caso de posibilidad de solución extrajudicial este equipo también se entrevista ese mismo día con él y, dado que el letrado también se encuentra en las dependencias,

firma en ese mismo momento el acta de aceptación de solución extrajudicial. Además evitamos posibles detenciones sólo para que comparezcan ante el equipo técnico. Y fundamentalmente nos garantizamos la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del menor al hacerle expresamente el requerimiento para designación de domicilio a efectos de citaciones y notificaciones e informarle de la posibilidad de celebración del juicio en su ausencia de conformidad con lo establecido en el art 786.1º de la LECrim.

A este respecto, la Circular 1/2000 de la FGE excluía “la posibilidad de celebrar juicios en ausencia en aquellos casos en que la petición del Fiscal en su escrito de alegaciones se refiera a una medida, cualquiera que sea su naturaleza, de duración superior a un año” conforme al art 793.1 de la LECrim. Dicho precepto fue modificado por lo que esta conclusión podría entenderse hoy en día, conforme al art 786 de la LECrim, en el sentido de que se podría celebrar el juicio en ausencia si la medida privativa de libertad solicitada no fuera superior a dos años de internamiento o si la medida no fuera privativa de libertad si no excediese de seis años. Pero teniendo en cuenta que conforme al art 9 la duración de las medidas no podrá exceder de dos años (en general y sin perjuicio por supuesto de las reglas de los arts 10 y 11 de la LORPM) no parece descabellado que sigamos manteniendo el límite de un año para celebración de juicios en ausencia en una adaptación de la LECrim a los límites y especialidades de la LORPM en materia de duración de las medidas. De hecho en Jaén seguimos este criterio quizás carente de base legal pero en ningún caso alegar o ilegal y, a nuestro entender, de bastante sentido común.

3.2.-DECLARACIÓN DEL MENOR POR VIDEOCONFERENCIA

La declaración del menor por videoconferencia durante la fase de instrucción es admisible conforme a la legislación vigente y así se ha recogido en las Conclusiones de las Jornadas de Menores de Alcalá de Henares

Ahora bien, el problema se plantea en si es posible celebrar juicios mediante videoconferencia con el menor imputado

La Instrucción FGE 1/2002 sobre la posibilidad de celebrar juicios penales por videoconferencia establece que:” en el actual estado de nuestro sistema legislativo, no cabe la celebración de juicios orales en materia penal a través de videoconferencia. Por tanto, si el Ministerio Fiscal es citado para la celebración de uno de esos juicios orales «virtuales» deberá oponerse motivadamente a su celebración, excusando su asistencia por carecer hoy por hoy de las garantías necesarias para el debido respeto a los derechos

fundamentales consagrados en nuestra Constitución, de cuya defensa es garante (art. 3.3 EOMF)”

Por su parte la Instrucción 3/2002 de 1 de marzo sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia establece que “La propia Instrucción 1/2002 cita diversos preceptos legales en los que se contempla la posibilidad del uso de las nuevas tecnologías en el proceso. De entre ellos debe destacarse el art. 230.1 LOPJ [EDL 1985/8754](#), con arreglo al cual, «... los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre y demás leyes que resulten de aplicación». Este precepto debe reputarse como un principio o regla general de autorización, válido siempre que no resulten afectados derechos fundamentales concretos, sin perjuicio de las necesarias excepciones en casos puntuales, y siempre con la debida motivación”.

Añade que “centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda de la posibilidad de utilizar la videoconferencia para actos no estrictamente procesales (v. gr. la entrevista del Fiscal con internos en centros penitenciarios). Y dentro del ámbito jurisdiccional, el principio general de autorización del art. 230.1 LOPJ sólo debe ceder en casos de afectación de derechos fundamentales (que exige cobertura legal ex art. 53.1 de la Constitución), de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen, o de falta de proporcionalidad”

Hemos de destacar asimismo el novedoso art. 731 bis LECrim en cuanto dispone que “*el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

Este apartado, añadido por LO 13/2003 de 24 de octubre dispone que “3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas

geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.

En estos casos, el secretario judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo”

Las actuaciones a que se refiere este apartado 3 son las comprendidas en el apartado 2 del mismo precepto, esto es, declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de las periciales y vistas.

¿Qué nos dice la jurisprudencia al respecto?

La STS de 16 de mayo de 2005, se refiere a esta cuestión y tras admitir que las sucesivas reformas legislativas potencian la celebración de juicios mediante estas nuevas tecnologías, señala que “ al no poder afirmarse la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un juicio con la presencia mediante videoconferencia de los acusados requiere prestar inexcusable atención a criterios de proporcionalidad que relacionen el sacrificio de tales derechos con la relevancia de las causas que aconsejan semejante medida”.

Es decir, el Alto Tribunal no considera absolutamente inadmisibles esta forma de celebración de juicios sino que lo limita a supuestos concretos y excepcionales donde han de ponderarse criterios de proporcionalidad

El propio Tribunal añade que no pueden entrar a ponderarse otros criterios tales como el ahorro de gastos, las dificultades y molestias derivadas de traslados y comparecencias, evitación de suspensiones, etc.

Incluso se llega a afirmar que aunque el acusado preste su conformidad a esta forma de celebración, no debe, sin más, permitir al Tribunal acudir a esta forma de celebración porque los derechos del acusado y las garantías procesales devienen irrenunciables

Añade la citada Sentencia que “ sólo motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado servirían para justificar, válidamente, el empleo en estos casos de los novedosos métodos contemplados en nuestra legislación, en especial cuando de la presencia del propio acusado se trate”.

.....“La participación del acusado puede y debe ir más allá que la mera escucha pasiva de las manifestaciones de las partes y de testigos y peritos. Podrá y deberá, si es preciso para su defensa, comunicar con el abogado que le asiste para trasladarle información que resulte indispensable para el ejercicio de su labor y de hecho en uno de nuestros textos procesales más modernos, el que regula la celebración de juicios mediante jurado popular, se ordena específicamente que el acusado sea situado de forma que pueda comunicarse directamente con su defensor, lo que ha llevado a que en las Audiencias Provinciales hayan abandonado el banquillo tradicional para trasladarle hasta lo estrados junto con aquellos.

Pero además podrá y deberá poder preparar el plenario antes de su celebración con su defensa letrada para lo cual, cuando se encuentra privado de libertad, su presencia en el mismo lugar en el que su letrado ejerce su labor es igualmente precisa”.

A estas circunstancias de concurrencia de imposibilidad física combinada con criterios de proporcionalidad, que pudieran justificar la celebración de un juicio oral sin la presencia física del acusado, asistiendo el mismo al plenario por medio de videoconferencia , como las expuestas por el Supremo en esta resolución, podría añadirse como hace la AP de las Palmas Sec “ en Sentencia de fecha 30 de octubre de 2010, cuando el propio acusado así lo interesase.

Obviamente toda esta legislación y doctrina jurisprudencial es aplicable en el procedimiento de menores y si bien en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores de Alcalá de Henares del año 2010 se hace referencia al uso de la videoconferencia en la fase de instrucción para el interrogatorio del menor, como antes apuntábamos, no se contiene referencia alguna a la posibilidad de celebrar audiencias sin la presencia física del menor, lo que parece apuntar a que, aunque sea por omisión, no se debe acudir a esta forma de celebración de juicios.

En mi opinión es admisible y legalmente posible celebrar juicios con menores por videoconferencia, en supuestos en que tal medida sea proporcional en atención a las circunstancias concurrentes, y por supuesto en aquellos supuestos en que el menor y letrado lo soliciten o no se opongan a ello.

Además considero que carece de toda justificación poder celebrar un juicio en ausencia del imputado, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos sin que ello suponga merma alguna de los derechos y garantías del plenario, y sin embargo no pueda celebrarse mediante videoconferencia que garantiza la asistencia del imputado a las sesiones del juicio oral. Tiene derecho a no comparecer al juicio y pese a ello este

se puede celebrar y sin embargo no tiene derecho a estar presente y declarar mediante videoconferencia.

En el Juzgado de Jaén celebramos juicios mediante videoconferencia sin ningún tipo de problema y sin que en ningún caso el menor ni su letrado hayan manifestado objeción alguna. Antes de dar comienzo la sesión se permite al letrado una comunicación reservada con el menor; en ocasiones han sido juicios de conformidad, en la mayoría de las ocasiones , pero en otros supuestos se ha celebrado la Audiencia e, insisto, hasta el momento ni hayan hecho objeciones al respecto ni se han presentado recursos de apelación alegando esta forma de celebración como motivo impugnatorio para una posible nulidad del acto de la audiencia .

3.3.- FORMALIDADES DE LA DECLARACIÓN O INTERROGATORIO DEL MENOR. SUS DERECHOS

La diligencia de toma de declaración al menor se rige por la normativa de la LECrim, arts 385 a 409, a la que hay que añadir las formalidades o requisitos extraídos de los artículos 17 y 22 d e la LORPM:

1.- El menor debe estar asistido ineludiblemente de letrado.

En la declaración policial si está detenido es preceptiva la presencia d e letrado y si no lo está pero va a declarar como imputado por delito será necesaria igualmente y sólo si se trata de la imputación d e una falta el menor podrá renunciar a dicha asistencia.

La presencia y asistencia letrada en fase de instrucción, una vez incoado expediente y ya se trate de delito o falta, deviene ineludible.

Tiene derecho a entrevistarse con él antes o después de recibirle declaración , incluso cuando se trata de la declaración en sede policial.

2.- Sólo los menores detenidos deberán necesariamente estar asistidos de su representante legal.

Tratándose de menores no detenidos,”tienen derecho” a que estos estén presentes en la declaración para prestarle asistencia afectiva, pero su presencia no es obligatoria y entiendo que no es preceptiva su citación, bastando que se le notifique la incoación del expediente.

Entiendo que la previsión del art 22 apartado e/ de la LORPM, interpretado a “sensu contrario”, de que el Juez no autorice la presencia de padres u otra persona que designe el menor es aplicable a la declaración d el menor ante el Fiscal y podremos no

autorizar la presencia de los padres u otros representantes legales o persona que indique el menor cuando concurren circunstancias que lo justifiquen; piénsese p.ej en padres víctimas del delito cometido por sus hijos, hermanos, otros familiares o amigos imputados como mayores de edad por los mismos hechos, etc

3.- La asistencia psicológica en el acto de la declaración podrá estar prestada por el psicólogo del equipo técnico si el menor lo solicita y no existe inconveniente que nos permita denegar su presencia

4.- Se le ha de informar de los hechos que se le imputan en un lenguaje claro y comprensible y, de la misma forma, de sus derechos a no declarar, a no confesarse culpable, a la asistencia forense en los casos en que proceda, Etty, como antes comentaba, se le ha de informar de la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia en los supuestos en que proceda.

3.4.- VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES DEL MENOR. LA CONFESIÓN

Analizaremos el valor probatorio de la declaración policial y de la declaración ante el Fiscal instructor.

A) En relación al valor probatorio de una declaración prestada en diligencias policiales en la que el menor no sólo reconoce su participación sino que inculpa a otros menores o partícipes, hemos de decir que resulta plenamente aplicable la Jurisprudencia elaborada por el TS al respecto en relación al procedimiento ordinario o abreviado.

Señala el TS, por todas, STS de 1 de octubre de 2010, que “el tema del posible valor probatorio de las declaraciones prestadas en su día por el acusado en sede policial, ha sido materia de importante polémica en el seno de esta Sala durante tiempo, viniendo a darse por cerrada la contienda con la decisión mayoritaria adoptada en la sesión del Pleno no jurisdiccional celebrado el día 28 de noviembre de 2006, mediante el que se acordó lo siguiente: "Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la Jurisprudencia."

Criterio que comparte el propio Tribunal Constitucional que, en su Sentencia 80/1991, de 15 de enero, decía así: ".ha de analizarse ahora si a las declaraciones prestadas en las dependencias policiales por los recurrentes -sin duda inculpativas para los mismos en cuanto se admitió en ellas la comisión de los hechos delictivos- ha de otorgarse o no alguna eficacia probatoria, ya que a las posteriores efectuadas en el

acto del juicio no se niega tal carácter de prueba por aquéllos. La conclusión, en aplicación del anterior criterio constitucional, no puede ser sino afirmativa, puesto que de la lectura del acta del juicio se desprende que aquellas declaraciones iniciales fueron reproducidas en ese acto en condiciones que permitieron a la defensa de los acusados no sólo su exacto conocimiento sino también su contradicción efectiva”.

Por ello, como se ha dicho en la STC 161/1990 "... lo que resulta determinante (a efectos de otorgar eficacia probatoria a las citadas diligencias) es que se dé efectiva oportunidad a quien declare en el acto de la vista contradictoriamente con lo manifestado en la fase de investigación, para que explique las diferencias ...".

Lo normal es que se nieguen las manifestaciones iniciales y se alegue que las referidas declaraciones fueron prestadas en su día bajo presiones (e incluso tortura de la Policía) o por miedo .

Incorporadas al acto de la vista el Juez de Menores podrá basar su sentencia condenatoria en la declaración policial, pues tal diligencia puede ser valorada por el Juzgador de acuerdo al principio de libre valoración de la prueba y sin merma de derecho alguno ni violación de precepto procesal o constitucional.

Igualmente podrá traerse al acto de la audiencia, en calidad de testigo de referencia, al agente de Policía ante el que se efectuaron dichas manifestaciones en el caso de que no sea posible introducir en el plenario esta declaración porque p.ej. no acuda el menor a juicio o incluso en el caso de que haya acudido y se haya negado a declarar o niege la veracidad de las manifestaciones realizadas ante la Policía y se haya introducido dicha declaración en el plenario, como una prueba de referencia más que el Juez de Menores podrá valorar junto al resto de pruebas que constituyan el acerbo probatorio.

B/ En relación a la valoración de la declaración prestada ante el Fiscal instructor en que el menor reconoce los hechos, es aplicable igualmente la doctrina jurisprudencial contenida en numerosas sentencias, por todas, STS de 30 de junio de 2009

Señala esta doctrina que la prueba de confesión desligada de un vicio originario en la fase de investigación judicial, permite al tribunal sentenciador atribuirle validez probatoria en base a la conocida doctrina de la "desconexión de antijuricidad"

“Como tiene dicho nuestro Tribunal Constitucional la independencia jurídica de esa prueba se sustenta, de un lado, en que las propias garantías constitucionales que rodean su práctica -derecho a la declarar contra uno mismo, a no confesarse culpable y asistencia letrada- constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de

coerción o compulsión ilegítima; de otro lado, en que el respeto a esas garantías permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración de forma que la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota jurídicamente cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito”.

En definitiva, una declaración autoinculpatoria que no tenga origen en un acto ilícito o en una diligencia practicada de forma ilegal o ilícita es, en principio, prueba válida.

“Esta Sala ha tratado de introducir una serie de condicionamientos que garanticen el carácter de prueba autónoma e independiente :

a) que el inculpado se encuentre en el momento de la declaración asistido de letrado que pueda asesorarle.

b) que se le informe, de forma que le sea comprensible, de sus derechos constitucionales, en especial el que le asiste de guardar silencio o negarse a contestar.

c) tratarse de una declaración voluntaria, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar su voluntariedad.

d) tener la posibilidad de conocer y advertir los trámites y diligencias llevadas a cabo hasta el momento para descubrir la implicación del acusado en el hecho presuntamente delictivo, así como sus posibles irregularidades.”

Sobre estas premisas, aplicables al procedimiento de menores, la introducción en el acto de la audiencia de estos testimonios autoinculpatorios, mediante la lectura de los mismos y el interrogatorio del menor sobre las contradicciones observadas, el Juez de Menores podrá en sentencia proceder a su valoración conforme a su libre y ponderado arbitrio según las reglas de la ciencia y de la experiencia, y estimar veraces y espontáneas las declaraciones realizadas ante el Fiscal instructor y basar en las mismas el pronunciamiento condenatorio de la sentencia .

3.5.- DECLARACIONES DE MENORES COIMPUTADOS.VALORACIÓN

Analizaremos la posición del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y TEDH sobre el valor de la declaración de un coimputado.

3.4.1 La posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha ido evolucionando en sus pronunciamientos según las siguientes etapas:

1.- En sus primeros pronunciamientos mantuvo que la declaración inculpatoria de un coimputado era apta para desvirtuar la presunción de inocencia con el argumento de que no existía norma expresa que descalificara su valor probatorio, de tal modo que, aunque se utilizara con fines autoexculpatorios, si había sido practicada con observancia de las garantías y derechos constitucionales podía formar parte del acerbo probatorio y ser valorada por el Tribunal.

2.- Posteriormente declaró que no puede convertirse en prueba de cargo suficiente cuando, siendo única, no resulte minimamente corroborada por otras pruebas.

3.- Se dio un nuevo paso y se exige, aparte de esa corroboración mínima, que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa

3.4.2 Posición del Tribunal Supremo

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo para la validez de la declaración de un coimputado una nota negativa: que no sea autoexculpatoria y que no existan motivos para pensar que se presta por motivos espurios.

Citemos a título de ejemplo la STS de 30 de enero de 2006 [EDJ2006/8440](#), que recogiendo la doctrina constitucional sobre esta materia, señala: “En principio, nada se opone a valorar este tipo de declaraciones como prueba de cargo, pues quien declara lo hace sobre hechos de conocimiento propio, en los cuales, además, en muchas ocasiones puede haber intervenido. Habida cuenta de las características de esta prueba, que la hacen sospechosa a causa de los intereses del coimputado en el proceso, que pueden enturbiar su valor inculpatario, es razonable la exigencia de algún elemento de corroboración que apoye la decisión del Tribunal de aceptar su versión como prueba de cargo. Esta exigencia, que podría incluirse en la racionalidad del proceso valorativo, ha sido elevada por el Tribunal Constitucional al rango de requisito de carácter previo a la valoración misma de la declaración, de forma que es necesario verificar la existencia de algún elemento de corroboración de la versión del coimputado antes de examinar su credibilidad. No ha precisado dicho Tribunal qué ha de entenderse por corroboración. Es claro que no es preciso que se trate de otra prueba bastante sobre el mismo extremo, dado que esta exigencia solo es aplicable a los casos en los que la declaración del coimputado es la única prueba, siendo suficiente que se trate de una corroboración mínima. Sí ha precisado, sin embargo, algunos aspectos. En primer lugar, que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, FJ 5 [EDJ2003/8068](#); ó 152/2004,

de 20 de septiembre, FJ 3 [EDJ2004/135034](#)). En segundo lugar, que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3 [EDJ2004/5428](#) ; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2 [EDJ2004/92373](#) ; ó 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2 [EDJ2004/116035](#)). En tercer lugar, que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración (las mismas sentencias citadas)”.

Es decir que el elemento corroborador de la declaración de un coimputado no puede encontrarse ni en la declaración de otro coimputado ni en hechos que carezcan de relación con el coimputado afectado

3.4.3 Posición del TEDH

El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 6.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia pero la actividad probatoria que la desvirtúa no es objeto de análisis directo por la Jurisprudencia del TEDH. El Tribunal, en caso de cuestionarse ante él la actividad probatoria en que se ha basado una condena, sólo analiza si se ha realizado un proceso justo de acuerdo con los principios de contradicción, igualdad de armas, juez imparcial y juicio público.

No obstante en ocasiones se ha pronunciado sobre las declaraciones testificales y los requisitos que deben reunir para acomodarse a la necesidad de un juicio justo:

- 1.- el acusado tiene derecho a interrogar y contradecir a los testigos
- 2.- el acusado tiene derecho a estar presente en el interrogatorio de los testigos
- 3.- estas dos reglas tienen excepciones, tales como testigos protegidos, testimonios irrepetibles, testimonios en fase de investigación.....pero en estos casos es necesario que las afirmaciones de los testigos vengan corroboradas por otros elementos de prueba objetivos.

Sí, os estoy hablando de prueba testifical, no de coimputados, pero la razón de ello es que el TEDH no distingue los testimonios por su procedencia así que un coimputado sería un testigo más.

Todos esta jurisprudencia que venimos analizando se refiere a aquellos supuestos en que los coimputados están siendo Juzgados “ a la vez”, ya que en supuestos en que un coimputado ha sido ya Juzgado y condenado en sentencia firme y

acude con posterioridad a declarar en otro juicio inculpando a otro coimputado, declara en este como testigo “ pues declara sobre hechos que no le pueden afectar penalmente” (STS de 30 de octubre de 2010). Así se ha establecido en el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del TS de 16 de diciembre de 2008 en el que se acuerda que “ la persona que ha sido juzgada por unos hechos y, con posterioridad, acude al juicio de otro imputado para declarar sobre los mismos hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad”

Evidentemente esta consolidada jurisprudencia sobre la valoración de las declaraciones inculpatorias de coimputados es aplicable en el procedimiento de menores pero dadas las especialidades de este podemos encontrarnos distintas situaciones:

1.- Menores coimputados juzgados en un mismo acto. La declaración de uno de ellos inculpatoria del otro u otros será prueba válida y suficiente si adolece de finalidad autoexculpatoria, motivos espureos y están presentes elementos objetivos corroboradores

2.- Menores coimputados juzgados en diferentes momentos. El menor coimputado ya juzgado y condenado acude al segundo juicio contra el otro imputado en calidad de testigo y como tal ha de valorarse su testimonio

3.- Mayores y Menores coimputados. Si unos u otros han sido Juzgados y condenados deberán acudir al juicio de los otros en calidad de testigos.

El problema se plantea si no lo han sido o han sido absueltos. Entiendo en el primer caso que, a pesar de que sólo es posible que sean llamados en el juicio de los otros en calidad de testigos, su condición de imputados por los mismos hechos ante jurisdicciones diferentes les confiere un status especial en el que no se puede prescindir de derechos tales como la asistencia letrada, no confesarse culpable ni declarar contra sí mismo.....Y en el supuesto de que hayan sido absueltos entiendo que deberán declarar como testigos.

4.- Menores coimputados habiendose acordado respecto de alguno de ellos el desistimiento. Entiendo que su declaración en plenario sólo puede prestarse en calidad de testigo. En contra la SAP de Santa Cruz de Tenerife, sec 5ª, nº 391/2009 de 17 de julio que consideró que la declaración de un menor que confesó los hechos ante la Policía, inculpó a otro y se acordó el desistimiento respecto de él, no podía ser valorada como prueba testifical sino como declaración inculpatoria prestada por un coimputado que requiere la presencia de elementos corroboradores.

5.- Menores coimputados cuando respecto de alguno o algunos se haya solicitado y acordado el archivo del expediente por solución extrajudicial o por interés del menor. Entiendo que estos supuestos, al haberse ya producido la corrección del menor, son susceptibles de ser equiparados a los supuestos de coimputados ya juzgados y por tanto su declaración es una prueba testifical y como tal ha de ser valorada.

Ante esta amplia gama de posibilidades, los enormes problemas prácticos que se plantean, la ausencia de regulación legal y pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, no puedo sino mostrar mi total conformidad con la necesidad de una regulación al respecto fundamentalmente en relación a la instrucción y enjuiciamiento de asuntos en los que resultan imputados mayores menores de edad, tal y como se recoge en las Jornadas de Fiscales Delegados de Menores celebradas en Alcalá de Henares los días 25 y 26 de octubre de 2010.

LA PRUEBA TESTIFICAL

La LORPM no contiene ninguna disposición específica sobre la prueba testifical por lo que se estará a lo dispuesto en la LECRim, arts 410 y siguientes.

Cabe señalar que para la práctica de esta diligencia por el Fiscal instructor se deberá citar al letrado del menor aunque no sea el solicitante de la diligencia. En este sentido el AAP de Guadalajara, sec 1ª de 19 de mayo de 2004 confirma la nulidad del expediente de Fiscalía acordada por el Juez de Menores al no haberse notificado al letrado del menor la práctica de las diligencias de declaraciones testificales y lo hace sobre la base de que se ha menoscabado el derecho de defensa que se ha de garantizar también en los expedientes de menores.

Sobre la forma de interrogar a testigos menores de edad hemos de tener en cuenta las pautas establecidas por la FGE en la Circular 3/2009 sobre protección de menores víctimas y testigos. Así establece que “Los interrogatorios a menores deben estar presididos por la necesidad de infundirles confianza, impidiendo simultáneamente que se les asuste, partiendo de que la intimidación puede paralizar sus facultades amnésicas y de que el niño puede experimentar episodios de nerviosismo, vergüenza o bloqueo ante las personas que no conoce. Por ello, deberán las Sras./Sres. realizar los necesarios esfuerzos por modificar el lenguaje jurídico utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño.”

“La psicología del testimonio ha puesto de manifiesto que los testigos cometen mas errores cuando las preguntas son cerradas que cuando las preguntas son abiertas, de modo que se les permita el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles. El recuerdo libre incrementa la exactitud, aunque no garantice una declaración completa. Por ello es preferible iniciar el interrogatorio de manera que sea el propio testigo menor quien cuente lo que ha visto y percibido, para a continuación -y sólo a continuación- pasar a hacerle preguntas sobre puntos que puedan permanecer oscuros o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precise información, advirtiéndole al menor que conteste sólo sobre lo que recuerde.”.

“Las preguntas nunca deberán contener aditivos sugestivos, ni revelar la opinión o toma de postura del interrogador. En ocasiones será preferible contentarse con respuestas lacónicas y declaraciones fragmentarias, pues si se obliga al niño a proporcionar detalles, se incrementa el riesgo de que incorpore a su declaración elementos irreales.

No ha de olvidarse que el grado de sugestión que pueda tener una pregunta depende no sólo de su estructura gramatical y semántica sino del tono y de la autoridad del interrogador. Se evitará por ello, sobre todo en edades tempranas, lo que ha venido en llamarse “sugestión por coacción implícita” que genera en el niño confusión entre lo que se quiere que él diga o piense y lo que efectivamente piensa o quiere decir. Es frecuente que el niño trate de comprender qué desea el interrogador que diga, especialmente cuando se ve dominado por la seguridad del adulto, de modo que puede someterse con facilidad a la afirmación de la persona que le interroga, sin darse cuenta que anteriormente pensaba de forma distinta. La tensión que genera en un menor la declaración ante la Policía, el Juez, el Fiscal u otras autoridades puede poner en marcha un mecanismo de defensa que hace que el niño esté menos atento al objeto del interrogatorio y más pendiente del sujeto activo del mismo, al que trata de satisfacer para que cese la situación estresante.

Las Sras/Sres. Fiscales atenderán a estas consideraciones en su interrogatorio y procurarán que se inadmitan las preguntas que intenten menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria empleando medios, modos, o formas poco respetuosos con la dignidad del mismo. Como establece el Tribunal Supremo, “en el caso de agresiones sexuales debe extremarse la sensibilidad en cuanto las manifestaciones de las víctimas menores, les hace revivir públicamente acontecimientos que han impactado necesariamente sobre su equilibrio psicológico y emocional. Es necesario extremar la delicadeza en la selección y admisión de las preguntas pertinentes, evitando las que sean innecesarias en relación con el objeto del proceso y rechazando, como es lógico, todas aquellas que tratan de menoscabar su dignidad o que busquen impactar al menor, haciéndole perder la necesaria estabilidad psíquica en la prestación de su testimonio”. (SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, 706/2000 de 26 de abril). Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo o de la víctima y menos aun, cuando tales indagaciones atentan a la dignidad de ésta (STS nº 673/2007, de 19 de julio).

Al efecto de preservar tanto la indemnidad de los menores como la calidad de su testimonio, podrá valorarse la conveniencia de solicitar la colaboración de psicólogos a fin de obtener asesoramiento en orden a atemperar los efectos de la victimización secundaria en los menores. El estrés que puede derivarse del proceso para el menor testigo debe -cuando sea necesario- ser paliado con la intervención de expertos que le aclaren determinados puntos -previa visita a las instalaciones judiciales o la explicación de lo que se espera de él- y que orienten a los operadores sobre la forma de dirigirse al mismo. Los niños necesitan saber exactamente qué ocurrirá en el juicio y qué es lo que se espera de ellos.

También en su caso las Sras/Sres Fiscales promoverán la celebración de los juicios a puerta cerrada.”

En resumen:

- hay que infundirles confianza
 - utilizar un lenguaje adecuado
 - permitir que el menor cuente primero lo sucedido y sólo después hacerle preguntas concretas
 - evitar las preguntas sugestivas para evitar que el menor cuente lo que piensa que queremos oír
 - no se deben hacer preguntas que intenten menoscabar su dignidad o la solidez de su testimonio
 - se estima conveniente la colaboración de psicólogos durante el interrogatorio.
- Analizamos algunos supuestos concretos de declaraciones testificales

1.-TESTIGO-VÍCTIMA,EN ESPECIAL EL MENOR DE EDAD

La jurisprudencia ha considerado que la víctima de un delito no es un testigo pues la característica de este es que no es parte en el proceso y la víctima puede personarse en el proceso al tener un interés directo y legítimo. No obstante, la ausencia de previsión legal sobre su declaración hace necesaria su equiparación al testimonio.

Ahora bien, siempre la ha rodeado de exigencias “especiales” para que dicho testimonio pueda ser valorado por el Juzgador como suficiente para destruir la presunción de inocencia, estableciendo que “ se exige una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurran en la causa”

Según reiterada jurisprudencia por todos conocida, las pautas necesarias que el testimonio de la víctima debe reunir para dotarlo de plena credibilidad como única prueba de cargo son:

1.- Ausencia de incredibilidad subjetiva. En este sentido es obvio que toda víctima tiene, cuanto menos y en principio, interés en la condena del acusado y, en numerosas ocasiones, enemistad, resentimiento, etc pero al respecto el TS ha declarado que ello no elimina de forma categórica el valor de sus dichos y que la ausencia de incredibilidad subjetiva se ha de referir a resentimiento, enemistad, etc que tengan su origen en causas diferentes al ataque sufrido por la víctima.

2.- Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de datos periféricos y objetivos que avalen la declaración. Ahora bien, dada la existencia de delitos que no dejan huellas ni vestigios, el TS ha matizado este requisito afirmando que “ el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser constatado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho”

3.- Persistencia en la incriminación, es decir, prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones, matizando que “ el hecho de que las declaraciones inculpatorias no sean absolutamente coincidentes no es base suficiente para que decaiga totalmente su potencialidad incriminatoria”

Cuando se trata de víctimas o testigos menores de edad tanto el TC como el TS han estimado prueba de cargo suficiente el testimonio de un impúber. La declaración incriminatoria de un menor, incluso afectado de retraso mental, es perfectamente apta para ser valorada por los jueces y, en su caso, destruir la presunción de inocencia de quien resulta incriminado en ellas, porque esos factores del deponente no son óbice para su eficacia como elemento probatorio, a no ser que existan y se acrediten razones objetivas que invaliden sus manifestaciones o provoquen dudas en el Juzgador que le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de la credibilidad, cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia (STS nº 175/2008, de 14 de mayo).

En cuanto a las condiciones, requisitos y valoración del testimonio de un menor de edad son las mismas ya se preste ese testimonio en un procedimiento de la jurisdicción de menores como en el procedimiento de la LORPM

Resultan aplicables los arts 443, 448, 707 y 731 bis de la LECrim , la Ley de protección de testigos y peritos en causa criminal de 23 de diciembre de 1994, la Ley 35/95 de 11 de diciembre de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y

contra la libertad sexual, así como la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; esta última señala en su art. 9.1 que las comparecencias judiciales del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

En relación a la forma de practicar esta declaración el art 433 de la LECrim establece que la declaración de un testigo menor de edad podrá realizarse ante expertos, lo que no significa que simplemente puede estar presente, sino que se trata de una presencia activa tanto para asistir al menor como para ayudar al Fiscal en esa toma de declaración.

En cuanto a la presencia de padres, tutores o guardadores “podrán” estar presentes, pero tal asistencia no es preceptiva por lo que si el testigo menor acude a declarar sólo nada impide que le podamos recibir declaración. Se trata de un derecho que tienen tanto el menor como sus padres, tutores o guardadores pero que es renunciable. Este precepto además autoriza al Juez instructor a acordar la no presencia de estos en supuestos excepcionales y motivadamente; en el procedimiento de menores esta facultad corresponde al Fiscal instructor y entiendo que no será necesario dictar una resolución independiente (decreto) acordándolo así sino que bastará con hacerlo constar expresamente en el acta de la declaración

A la vista de las especialidades contenidas en la legislación para la toma de declaración a menores de edad y de lo establecido en la Circular 3/2009 sobre protección de menores víctimas y testigos, podemos hacer referencia a una serie de cuestiones:

1.- Como ya he dicho anteriormente en la fase de instrucción el Fiscal podrá impedir la presencia de los padres, tutores o guardadores durante la declaración e igualmente acordar la grabación de la misma incluso que esta se realice por videoconferencia.

2.- Considero fundamental, sobre todo en los casos de delitos contra la libertad sexual, la presencia durante el interrogatorio de algún psicólogo que ayude en la toma de declaración y preste asistencia al menor.

En este sentido en la Fiscalía de Menores de Jaén se instauró hace años una colaboración muy estrecha en este sentido con el Servicio de Asistencia a Víctimas de Andalucía (SAVA) y cada vez que se le va a recibir declaración a un menor por hechos de esta naturaleza nos ponemos en contacto con ellos y actuamos conforme a las siguientes pautas:

- comunicación al SAVA
- la psicóloga contacta con el menor y su familia
- en el primer contacto trata de crear un vínculo adecuado con la menor y le informa de donde va a ir, para qué, a quien va a ver, etc
- el día de la declaración la psicóloga acompaña al menor y está presente para proporcionarle ayuda y asistencia y colaborar en la toma de declaración efectuándole las preguntas de modo adecuado y no cómo en muchas ocasiones se las haríamos nosotros
- tras la declaración permanece un rato con la víctima y mantiene contacto con ella a lo largo de todo el procedimiento.

Igualmente para el acto de la Audiencia solicitamos que expresamente se le cite para asistir al menor, lo acompaña hasta la sede, permanece con el, lo asiste en la declaración etc.

Además para entrevistarse con los menores y/o ayudar al Fiscal en la toma de declaración utiliza las pautas fijadas el “ Protocolo de NICHD (National Institute of Child Health and Human Development) para las entrevistas en la investigación de víctimas de abuso sexual menores de edad”

3.- En muchos casos considero más que adecuado el recurso a la prueba preconstituida, caso de menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral., (lo que deberá estar debidamente acreditado en la causa, a través del correspondiente informe pericial o de cualquier otro medio probatorio (STS nº332/2006 de 4 de marzo) y en caso de menores de tan corta edad que racionalmente pueda entenderse que tras el lapso temporal entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, no va a recordar los hechos.

Sobre la validez de dicha prueba baste señalar como ejemplos las STS de 22 de junio de 2006 o 10 de junio de 2009 donde, tras analizar la legislación nacional e internacional dictada en materia de protección de los menores de edad y jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dá plena validez y eficacia a la prueba preconstituida consistente en la declaración de menores sobre la base de que, aparte de haberse practicado con observancia de los requisitos exigidos y respeto a los derechos del acusado, dentro del concepto de “imposibilidad” de la comparecencia del testigo al acto de la vista se ha de incluir los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el juicio oral **graves consecuencias para**

la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual.

Considero que en estos casos sería además aconsejable la grabación de la declaración del menor

4.-Fuera de estos supuestos de prueba preconstituida la declaración del menor debe ser practicada en el acto de la Audiencia debiendo adoptarse todos los mecanismos y todas las garantías que sean necesarias para evitar en lo posible al menor los efectos perniciosos de la victimización secundaria que sin duda se produce en todos estos supuestos. Así la posibilidad de declarar mediante videoconferencia, posibilidad de declarar en dependencias judiciales pero separadas que cuente con sistema de audio y video, citaciones a diferentes horas para evitar el encuentro con el agresor en los pasillos, asistencia de psicólogo u otros técnicos, etc.....Si bien en la práctica y ante las deficiencias y carencias que en muchas ocasiones presentan las instalaciones judiciales en la mayoría de las ocasiones de lo que únicamente disponemos es de un biombo.

Sobre la necesidad de que el menor víctima declare en el acto de la audiencia, con las garantías que para la protección del menor se recogen en la legislación anteriormente citada, la STS de 10 de diciembre de 2009, resumiendo consolidada doctrina de dicho órgano, establece que “es ineludible la percepción directa por el Tribunal de la única prueba directa y que la necesidad de tutelar a los menores y de minimizar los efectos negativos de su intervención en el proceso, no puede suponer una exoneración del cumplimiento de los principios de inmediación y contradicción”.

No se admite asimismo la posibilidad de acudir a testimonios de referencia como pueden ser familiares o peritos que hayan asistido al menor, salvo que concurra alguno de los supuestos de imposibilidad real y efectiva en los que se admite por este Tribunal dicho medio probatorio, ni el visionado y/o audición de declaraciones de la menor practicadas durante la instrucción ante el Fiscal (fuera lógicamente de los supuestos de prueba preconstituida) o ante peritos.

2.- TESTIGO PROTEGIDO

2.1.- REGULACIÓN LEGAL Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El marco normativo viene determinado por la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y la LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales.

En la primera de ellas el art 15 establece que “en todas las fases del procedimiento de la investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad” (art15.3)

También” deberá ser informada de la fecha y el lugar de la celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga aunque no sea parte del proceso”(art15.4).

“El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada de conformidad con lo previsto por la legislación procesal”

En cuanto a la Ley 19/1994 establece en su art 1 el ámbito de aplicación subjetivo de la misma y al respecto matizar lo siguiente:

-los destinatarios son quienes intervengan como peritos o testigos en procesos penales, sin distinción alguna, por tanto será siempre aplicable con independencia de la cualidad de esos peritos o testigos. Me refiero con esto a la posibilidad de su aplicación a los Agentes de Policía. En este sentido tanto el TEDH como el TS han reconocido que puede ser legítimo preservar el anonimato de los agentes de policía con el fin de proteger su seguridad y la de su familiar, admitiéndose por tanto esta posibilidad.

- tampoco se distingue en este precepto entre los distintos procesos penales, por tanto es aplicable en el procedimiento de menores tal y como se deduce del art 4 de la LORPM.

- y en cuanto a la competencia para apreciar los casos en que procede su aplicación el citado art 1 la atribuye a la autoridad judicial, y entendiendo que durante la instrucción en el procedimiento de menores corresponde al Ministerio Fiscal

2.2.- TESTIGOS ANÓNIMOS Y OCULTOS

Sobre las medidas protectoras en fase de instrucción las recoge el art 2 que establece: “Apreciada la circunstancia prevista en el art anterior, el Juez Instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

1.- Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiendose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

2.- Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

3.- Que se fije como domicilio , a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano jurisdiccional interviniente, la cual las hará llegar reservadamente a su destinatario”.

Aplicado este precepto al procedimiento de menores, conforme se recoge en la Instrucción 10/2005 de la FGE, corresponde al Fiscal apreciar y ponderar la concurrencia de las circunstancias a las que se refiere el art 1, (peligro racional grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la ley, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos) y acordar mediante Decreto motivado las medidas oportunas. Decreto contra el que no cabrá recurso alguno.

No obstante los mayores problemas se presentan durante la fase de enjuiciamiento en cuanto a la aplicación e interpretación del art 4 de la Ley y la Jurisprudencia relativa a la testifical de testigos protegidos, sus requisitos y valoración.

Examinemos en primer lugar el texto legal.

En el párrafo 1º del art 4 establece que

“ recibidas las actuaciones , el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate”

Sobre este precepto dos consideraciones

- por un lado que es importante que el órgano de enjuiciamiento, en este caso el Juez de Menores, pueda adoptar medidas nuevas y no limitarse a pronunciarse sobre las adoptadas por el órgano instructor, en este caso el Fiscal, ya que en la denominada fase intermedia o incluso en el acto de la vista pueden aparecer testigos nuevos susceptibles de protección

- y por otro que el pronunciamiento del Juez debe ser expreso y motivado, y la motivación suficiente, si bien se admite como tal la remisión a la resolución antecedente del instructor, en este caso, al Decreto del Fiscal.

Por su parte el apartado 3 señala “Sin perjuicio de lo anterior , si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que hay de entender de la causa, en el mismo auto en que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley”

Por tanto el anonimato se mantiene hasta el acto del juicio oral si alguna parte solicita que se desvela su identidad. El TEDH ha establecido al respecto que “si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito.....”

Por su parte de apartado 5 del citado precepto señala

“ Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba , a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la LECrim por quien los prestó. Si se consideran de imposible reproducción, a efectos del art 730 de la LECrim, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes”

Examinado el texto legal hagamos ahora algunas referencias a la Jurisprudencia existente sobre este tema.

La problemática del testigo protegido ha sido ya muy tratada por la doctrina y la Jurisprudencia, existiendo una profusa colección de decisiones judiciales, tanto de nuestros Tribunales Supremo y Constitucional, como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Recientemente se ha dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la sentencia núm. 649/2010, de 18 de junio de 2010 en la que se aborda la doctrina general sobre los testigos protegidos y en concreto se diferencia entre sus dos modalidades, los anónimos y ocultos. Sus fundamentos, se pueden resumir en los siguientes:

1.- Se asevera que el tema de los testigos protegidos y de la aplicación del régimen especial establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de

protección a testigos y peritos en causas criminales genera complejas cuestiones en su aplicación práctica, debido a las dificultades que suscita el compatibilizar la tutela de los bienes jurídicos personales del testigo que se ponen riesgo con el derecho de defensa de los imputados, y más en concreto con las garantías procesales que imponen los principios de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba testifical, así como la valoración de la prueba desde la perspectiva de la fiabilidad y credibilidad del testimonio.

El interés personal del testigo en declarar sin que sea conocida su identidad (Testigo anónimo) con el fin de evitar cualquier clase de represalia que pudiera poner en riesgo su vida o integridad física, entra en colisión con el derecho de las defensas a cuestionar la imparcialidad, credibilidad y la fiabilidad del testimonio de cargo, que pudiera fácilmente devaluarse en el caso de que se constatará cualquier clase de hostilidad, enemistad o animadversión entre el testigo y el acusado. No cabe duda que la contradicción queda notablemente limitada, y por ello el derecho de defensa. Por otro lado, puede ocurrir que el testigo protegido quiera no ser visto u observado al menos por los acusados y por el público, y en algunas ocasiones incluso por las defensas de las partes (testigo oculto). En estos casos, la tutela de sus derechos personales entra en conflicto con la aplicación de los principios de inmediación y de contradicción, pues se priva a las partes procesales y a los acusados de comprobar a través de la visualización directa la convicción, veracidad y firmeza con que declara el testigo y se puede también limitar en alguna medida el grado de la contradicción procesal.

Por ello hay que distinguir dentro de la categoría general de testigos protegidos, los testigos anónimos, de los que ni siquiera se dan a conocer a las partes sus datos personales; y los testigos ocultos, que sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero que deponen en el plenario con distintos grados de opacidad a la visión o control de las partes procesales.

A su vez, según esta sentencia, en la subcategoría de los testigos anónimos, caben distintas modalidades de anonimato: los supuestos en que el testigo debido a las contingencias o circunstancias particulares del caso no ha podido ser identificado con datos personales y por lo tanto se ignora su identidad dentro del proceso; y aquellos otros supuestos en que sí ha sido identificado y consta su identidad en el proceso, pero por decisión del Tribunal se mantiene secreto.

Dentro de la subcategoría de los testigos ocultos también caben diferentes posibilidades, según el grado de opacidad u ocultamiento con el que declare en la vista

oral el testigo. Es factible que deponga en una dependencia aparte sin ser visto por el Tribunal ni por las partes ni el público, con lo cual sólo sería oído, pero también es posible que deponga siendo visto por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público; sistema de semi- ocultamiento que es el que mayor aplicación tiene en la práctica procesal (generalmente mediante el uso de mamparas y biombos).; a veces sólo se les oculta del público, amén de otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o y diferentes postizos). A su vez estos sistemas se complementan, como con la distorsión de la voz.

2.- Se descarta la vulneración del principio de la publicidad del proceso por el mero hecho de que un testigo declare sin ser visto por el acusado y su defensa y el de contradicción procesal; partiendo del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo, el TS resume la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, argumentando que "ha examinado en diversas Sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delinquentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad, mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad. Pero, aun así, ha estimado contrario a las exigencias derivadas del C.E.D.H. la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad; por el contrario, en aquellos casos en que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3 d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución

Ahora bien, con posterioridad el TEDH ha dictado otras resoluciones sobre la materia de los testigos protegidos en las que se marcan una serie de criterios de ponderación para que puedan operar como prueba eficaz de cargo los testimonios anónimos:

- que esté justificada la necesidad del anonimato,
- que tal situación aparezca compensada por un interrogatorio de la defensa que permita apreciar la fiabilidad y veracidad del testimonio.
- que esta prueba nunca puede servir como única prueba de cargo o como prueba incriminatoria decisiva para fundamentar la condena.

El TS mantiene, en este sentido, la siguiente línea jurisprudencial:

- "la lectura contrastada de los distintos apartados que integran el art. 4 de la repetida Ley 19/1994, impide interpretar el número 3 -que obliga a desvelar la identidad de los testigos -, en absoluta desconexión con el número 1 -que permite a la Sala mantener las medidas protectoras acordadas durante la instrucción-. Habría sido deseable un mayor rigor técnico en la redacción de la LO 19/1994, excluyendo esa aparente contradicción. Pese a todo, el deber de revelar el nombre y apellidos de los testigos no es, en modo alguno, de carácter absoluto. El propio art. 4.3 subordina su alcance a que la solicitud que en tal sentido incorporen las partes en su escrito de conclusiones provisionales se haga motivadamente, estando también sujeta al normal juicio de pertinencia".

-han de cumplirse dos parámetros: (a) que sea posible examinar la fiabilidad del testigo cuyo nombre se oculta; y (b) que esa declaración del testigo anónimo no sea decisiva.

De todo ello el Tribunal Supremo extrae una serie de principios:

1.- En los supuestos de anonimato es claro que no resulta factible para la defensa ponderar la imparcialidad del testigo y su grado de credibilidad y fiabilidad, por lo que las garantías en la práctica de la prueba del testigo de cargo quedan sustancialmente disminuidas, al ser imposible someter a contradicción la credibilidad y fiabilidad del testimonio.

2.- Cuando se trate de declaraciones de testigos que depongan ocultos o semiocultos, pero cuya identidad se conoce, resulta claro que el déficit de garantías procesales ya no atañe a la fiabilidad o la credibilidad del testimonio sino a su eficacia probatoria en el caso concreto en relación con los principios de inmediación. En estos casos el cuestionamiento del testimonio ha de afectar sólo al grado de convicción

alcanzado y por lo tanto a la eficacia probatoria en el caso concreto, dependiendo de la intensidad del ocultamiento del testigo y de las posibilidades que tuvieron las partes de visualizar y percibir las declaraciones del testigo. No resultando, pues, razonable que las limitaciones en la forma de practicar la prueba puedan determinar en principio una nulidad o total ineficacia del elemento probatorio.

Con arreglo a la redacción actual del art 707 de la LECrim en los casos en los que el testigo menor haya de declarar en el juicio oral, la Ley quiere que su declaración tenga lugar siempre-con independencia de la edad del menor, sea el mismo víctima o simple testigo y cualquier que sea el delito sobre el que deponga- con un *plus* de garantía, con el objetivo de evitar la confrontación visual con el inculpado y permitiendo para ello que la prueba se practique por medio de cualquier medio técnico que la haga posible.

Por tanto, en los casos, no de testigo protegido sino de testigo oculto, no rigen para el testigo menor de edad las exigencias y requisitos exigidos por la Jurisprudencia en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2000, en el que se exige al Tribunal una motivación razonable de la decisión de impedir la visualización del testigo por parte del acusado en el juicio oral, conforme al apartado b) del art. 2 LO 19/1994.

3.- TESTIGOS DE REFERENCIA.

3.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL

Podemos destacar el concepto dado por Muñoz Cuesta, Francisco Javier quien define al testigo de referencia como “aquella persona que no aporta al proceso datos derivados de una percepción sensorial inmediata de los acontecimientos, sino lo que informa al Tribunal es una versión que de los mismos ha obtenido de manifestaciones o confidencias de terceros, sin que él haya presenciado lo que relata o incorpora al procedimiento.

En la jurisprudencia del TS también se ha acuñado una definición del testigo de referencia. La STS de 7 de julio de 2009, «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» .

También se ha ocupado la doctrina si cabe la existencia del testigo de referencia del testigo de referencia, es decir si un testigo puede alegar que lo que conoce sobre el objeto del proceso porque se lo ha contado un testigo que a su vez es de referencia. En este punto, hay que destacar la aportación doctrinal de Muñoz Cuesta quien considera inadmisibile el testigo de referencia de segundo grado, es decir el llamado al proceso porque otro testigo de esa naturaleza le ha relatado hechos obtenidos de un testigo directo; este autor para negar dicha testifical afirma, que si bien el testigo de referencia ya ataca el principio de presunción de inocencia, en cuanto limita los principios de inmediación y contradicción, con este testigo de referencia de segundo grado eleva el ataque a estos derechos, haciéndolo inadmisibile.

Por otro lado no se puede impedir que el testigo de referencia sea a la vez testigo directo de los hechos, nada impide esta doble condición. Este aspecto ha sido puesto de relieve por Muñoz Cuesta que considera que cuando el testigo de referencia ha visto parte de la comisión del hecho delictivo, sin conocer quién es su autor, estamos ante un testigo directo de los hechos, y además de referencia cuando se le ha manifestado por terceros quién es el autor de los hechos. En el mismo sentido, la STS de 12 de julio de 2007.

En cuanto a la regulación legal el art 710 de la LECrim se refiere al testigo de referencia y dice, «los testigos expresarán la razón de su dicho, y si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se hubiere comunicado» .

3.2.- EFICACIA Y VALOR PROBATORIO

El TC ha establecido con carácter general la admisibilidad de esta prueba como válida para fundamentar una sentencia condenatoria. Así la STC 217/1989 de 21 de diciembre, considera que «la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia» ; el TC en la misma sentencia, se atreve a desaconsejar dicha prueba al decir, “en la generalidad de los casos, la prueba de referencia es poco recomendable.....” . En esta sentencia concibe a la testifical de referencia como prueba a la que acudir cuando no se pueda escuchar al testigo directo, debiendo de optar en condiciones normales con preferencia por éste sobre aquél.

Por su parte el TS ha reconocido en diversas sentencias que la testifical de referencia ha de complementarse con otras pruebas adicionales, para tener por probada la culpabilidad del imputado. Así la STS de 10 de febrero de 2009 señala que “el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios...”. Por tanto se necesitan más elementos probatorios que verifiquen la versión de los hechos dada por el testigo de referencia. En el mismo sentido, de considerar esta prueba como necesitada de otras pruebas que la complementen para destruir la presunción de inocencia del imputado, la STS Sala Segunda, de lo Penal, de 7 de julio 2009 “la testifical de referencia sí puede formar parte del acervo probatorio en contra del reo, siempre que no sea la única prueba de cargo sobre el hecho enjuiciado”

Por el contrario, sí que considera al testigo de referencia como prueba válida por sí misma para destruir la presunción de inocencia, la STS de 14 de junio de 2007

En conclusión podemos afirmar que, a pesar de esta STS, la jurisprudencia más consolidada considera que la testifical de referencia por sí misma no puede ser suficiente para destruir la presunción de inocencia, pues siempre se está haciendo mención a testimonios de terceros, por lo que es necesario que existan otros datos que corroboren la versión de dicho testigo. Se hace imprescindible además que el testigo de referencia indique la fuente origen de su testimonio.

3.3.- SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE

¿Cuándo puede acudirse al testimonio de referencia?

La doctrina considera que sólo puede acudirse al testimonio de referencia cuando existan supuestos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testimonio directo en dos supuestos:

1.- Testigo fallecido, en el extranjero o en paradero desconocido, y no ha podido prestar declaración conforme prevé el art 730 de la LECrim en la fase de instrucción, por lo que su declaración no puede ser leída en el juicio oral.

Para estos supuestos cuando no se ha producido con carácter previo la declaración en instrucción de dichos testigos, o cuando habiéndose realizado no se ha practicado con las formalidades legales para proceder a su lectura en el plenario, el testimonio de referencia puede servir de prueba, si bien en este caso, y más que en ningún otro, parece necesaria que la versión del testigo venga corroborada además por otros medios probatorios.

2.-Cuando el testigo y víctima de un delito son menores de edad o incapaces, y por razones, bien de orden personal o de imposibilidad física o intelectual, no han prestado declaración ni en instrucción, ni en el juicio oral. En este caso, y al igual que ocurre en el anterior supuesto, sólo con la declaración del testigo de referencia no se pueda probar lo dicho por el testigo menor o incapaz, siendo necesarias otras pruebas complementarias, fundamentalmente porque el testimonio del menor o incapaz no puede ser escuchado directamente.

Podemos plantearnos otros supuestos como si se puede acudir al testigo de referencia cuando este testigo de referencia ratifica o no lo dicho por un testigo, que sí acude al juicio oral y declara, o incluso aun no acudiendo al plenario, su declaración ha sido leída en el juicio oral al amparo del art 730 de la LECrim. El TS reconoce esta función de ratificación del testimonio del testigo principal en su STS de 7 de julio de 2009, donde afirma, “el testigo de referencia podrá ser valorado como prueba de cargo -en sentido amplio- cuando sirva para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo -por ejemplo testigo de referencia que sostiene sobre la base de lo que le fue manifestado por un testigo presencial, lo mismo o lo contrario, o lo que sostiene otro testigo presencial que si declara en el plenario-, o para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas -por ejemplo, para coadyuvar a lo sostiene el testigo único”

En este tipo de situaciones, la validez probatoria del testigo de referencia no puede ser exclusiva por sí misma, es decir es una prueba complementaria más de los hechos, pero no se puede erigir en prueba única y exclusiva de la culpabilidad del imputado, pues su finalidad es simplemente dar o no por probado lo declarado por un testigo presencial de los hechos, v. gr. la declaración del policía que ratifica lo manifestado ante él por un testigo que ha prestado declaración, es sólo un indicio más de la veracidad de los hechos, pero no puede constituirse sin más en prueba condenatoria de forma exclusiva.

4.- CREDIBILIDAD DE LOS TESTIMONIOS, EN ESPECIAL DE LOS MENORES DE EDAD

El tema de la credibilidad de un testimonio es uno de los supuestos en que el Derecho acude a la Psicología. No es que los psicólogos dispongan de fórmulas mágicas para determinar cuando alguien está diciendo la verdad pero lo cierto es que numerosas

investigaciones y estudios han permitido establecer una serie de indicadores de la verdad.

Antes de entrar en el estudio de los mismos vamos a hacer mención, aunque sea a título anecdótico, a una serie métodos utilizados con la finalidad de averiguar si alguien está mintiendo, entre ellos merece destacar:

1.- El polígrafo. Instrumento de medición de respuestas fisiológicas, pulso y respiración fundamentalmente pero que puede incluir otro tipo de respuestas del sistema nervioso central como la respuesta de la piel, la tensión arterial, etc. Se aplica en algunos Estados de EEUU pero no se utiliza en Europa

2.- La hipnosis. Su uso y aplicabilidad se ha reglamentado en algunos Estados de EEUU

3.- Análisis del estrés de la voz. Se conoce con el nombre de estilometría y consiste en analizar un análisis del tono, pausas, la latencia de respuesta, etc

4.- Entrevista asistida con drogas o suero de la verdad

5.- Indicadores conductuales de la mentira. Se basa en la creencia de que ciertas conductas, tanto verbales como no verbales, acompañan a la mentira (p.ej evitación de contacto visual, dilatación de pupilas, tics.....)

Pero la técnica más difundida internacionalmente es la llamada Evaluación de la Validez de la Declaración (Statement Validity Assesment – SVA)

La investigación de la credibilidad del testimonio, no del testigo, surge a instancia de la psicología forense aplicada. El psicólogo forense alemán UDO UNDEUTSCH desarrolló un primer procedimiento de análisis de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de abusos sexuales: el Statement Reality Analysis (SRA), posteriormente reformulado por Steller y Köhnken como el Content Criteria for Statement Análisis (CBCA).

La Evaluación de la Validez de la Declaración se compone de tres fases:

1.- Realización de una entrevista estructurada con el menor. A este fin los interrogatorios y declaraciones judiciales y policiales no son aptas para la aplicación de los sistemas de análisis de la credibilidad por lo que es necesario que el psicólogo actuante realice personalmente la entrevista o entrevistas necesarias

2.- El análisis del contenido de esa declaración a través de unos criterios.

Estos criterios, en total 19, son los establecidos primero en la SRA y después en la CBCA, se consideran criterios de veracidad y que es más factible que estén presentes en la declaración de quien dice la verdad que en la de uno que esté mintiendo.

Son los siguientes, agrupados de la siguiente forma:

1.- Características Generales. Donde se encuadran la estructura lógica, producción desestructurada y cantidad de detalles

2.- Contenidos específicos. Incluyendose el anclaje contextual, descripciones de las interacciones, reproducción de las conversaciones, complicaciones inesperadas durante el incidente, detalles poco usuales, detalles superfluos, relación precisa de los detalles mal interpretados, asociaciones externas relacionadas, explicación de estados mentales subjetivos, atribución del estado mental del delincuente)

3.- Contenidos relacionados con la motivación. Las correcciones espontáneas, admisiones de falta de memoria, levantar dudas sobre el propio testimonio, auto-deprecación y perdón al delincuente

4.- Elementos específicos del delito. Detalles característicos del delito

Sobre el análisis del contenido de la declaración basado en estos criterios se consideró que por sí mismos no eran suficientes para sacar una conclusión definitiva desarrollandose, como una fuente de información adicional, la llamada Lista de Prueba (o verificación) de la Validez de la Declaración(SVA) que introduce una serie de factores modulares del análisis, en total 11, que se agrupan según se refieran a las características psicológicas del menor (adecuación del nivel de lenguaje y conocimiento, adecuación del afecto, susceptibilidad a la sugestión), a las características de la entrevista (sugerente, adecuación general de la entrevista), a la motivación del niño (motivos para contar lo sucedido, contexto donde se produce la primera declaración, presiones para mentir) o a las cuestiones relacionadas con la investigación (consistencia con las leyes de la naturaleza, consistencia con otras declaraciones, consistencia con otra entrevista)

3.- La evaluación de los resultados de ese análisis a través de una serie de cuestiones sobre la validez de dichos resultados que ha de llevar al psicólogo a elegir una de estas opciones: testimonio creíble, probablemente creíble, indeterminado, probablemente increíble o increíble.

Este método de la Validez de la Declaración se ha considerado limitado ya que se emplea para los casos de abusos a menores por lo que se ha formulado y desarrollado un método alternativo y más generalizado para las declaraciones de adultos llamado método de Control de la Realidad (Reality Monitoring)

La circular FGE 3/2009 sobre Protección de los Menores Testigos y Víctimas hace expresa referencia a la credibilidad del testimonio de menores afirmando que la prueba pericial sobre la credibilidad de la declaración de un menor, puede ayudar al Tribunal a establecer si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. “En este contexto, para el Tribunal Supremo, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de las manifestaciones de un menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una herramienta de indiscutible valor para apreciar el testimonio de menores víctimas de un delito de naturaleza sexual (SSTS nº 715/2003 de 16 de mayo, 224/2005 de 24 de febrero, 1313/2005 de 9 de noviembre, 1031/2006, de 31 de octubre, 175/2008, de 14 de mayo).”

Continúa la Circular estableciendo “En todo caso, es preciso insistir, y subrayar que tales pericias ni dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones del testigo se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (STS nº 317/2008, de 27 de mayo, 707/2007, de 19 de julio, 339/2007, entre otras).”

“La edad del testigo ha de ser uno de los datos a tener en cuenta a la hora de valorar su credibilidad; pero tal valoración compete al órgano judicial (STS nº 871/1996, de 21 de noviembre). En esta línea, el Tribunal Supremo ha declarado que el análisis de los testigos menores no integra un problema de legalidad procesal sino de credibilidad (STS nº 732/1997, de 19 de mayo). A fin de valorar esta credibilidad, el móvil de resentimiento, enemistad o interés anterior a los hechos hay que buscarlo no ya en el propio menor sino en el entorno familiar que puede influir sobre su testimonio”.

Recuerda a demás la FGE que en ocasiones un menor que ha sido víctima de abusos sexuales puede presentar síntomas aparentemente opuestos a las nociones de credibilidad y verosimilitud: secreto, sentimientos de desamparo, acomodación al abuso, reserva, mimetismo, depresión y ansiedad, confusión, demora en informar del abuso, descripciones inarticuladas e incluso retractación. También puede presentarse el denominado "síndrome de acomodación del abuso sexual infantil". Este síndrome describe que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa y

por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia, lo que puede generar falsas retractaciones.

LA PRUEBA DOCUMENTAL

1.- CONCEPTO DE DOCUMENTO

Al concepto legal del art 26 del Código Penal que considera documento “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”, hay que añadir el concepto amplio de documento dado por la Jurisprudencia al incluir en el mismo “no sólo el escrito en sentido tradicional sino otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo” p.ej un video, un disquete, CD, un documento de ordenador, etc...siendo necesario que tenga un soporte material, como exige la norma penal.

La prueba documental, en todo lo relacionado con las distintas clases de documentos, su valor probatorio, la introducción de los mismos en el acto del juicio oral mediante la fórmula de “por reproducida”, la prueba documentada....etc no presentan especialidad alguna en el procedimiento de menores por lo que tan sólo voy a realizar una breve referencia a algunos de ellos por su mayor posibilidad de formar parte de un expediente de reforma.

2.- ANÁLISIS Y VALOR PROBATORIO DE ALGUNAS CLASES DE DOCUMENTOS

2.1.-FOTOCOPIAS

La jurisprudencia de la sala Segunda del TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca del significado probatorio de las fotocopias. Así, la STS 627/2007, 5 de julio apunta que nada impide al Tribunal sentenciador someter aquéllas a valoración y pronunciarse sobre la veracidad de su contenido en el ejercicio de la facultad soberana que le atribuye el art.741 LECrim .

En la misma línea, la STS 1248/2004, 29 de octubre , precisa que en ausencia de dato alguno que permita sostener de forma razonable que hayan sido manipuladas, el hecho de que no consten los originales no afecta en nada a la licitud de la prueba Y más recientemente, la STS 732/2009, 7 de julio , ha puntualizado que resulta difícilmente sostenible una exclusión radical como elemento probatorio de esta específica clase de documentos, pues, "las fotocopias de documentos son sin duda documentos, en cuanto escritos que reflejan una idea que plasma en el documento oficial....".

2.2.- VIDEOS

La STS de 15 de abril de 2010 establece que se han de incluir en el concepto de documento, las documentaciones de hechos contenidas en cintas de reproducción videográfico.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo número 1.665/2001, de fecha 28 de septiembre de 2.001 admite la validez como prueba de cargo del reconocimiento de identificación realizado por los policías que visionaron el vídeo y que comparecieron en el momento del juicio oral y de la propia percepción directa , por parte del Tribunal sentenciador o bien del contenido de la grabación o de las fotos extraídas de dicha grabación e incorporadas a la causa.

La STS de 13 de marzo de 2001 no exige la visualización de las filmaciones videográficas si no se ha solicitado ni en la fase de instrucción ni en el acto del juicio oral

La misma añade que si la grabación afecta a algún derecho fundamental (p.ej. por realizarse en interior de domicilio) será precisa autorización judicial pero si sólo afecta a espacios públicos y de uso público no es necesaria ya que su utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en lugares públicos está regulada por la LO 4/1997 de 4 de agosto y su Reglamento de 16 de abril de 1999.

Por su parte en la SAP de Soria de 6 de marzo de 2009, en un recurso de apelación contra una Sentencia del Juzgado de Menores se recoge lo siguiente: “La doctrina del TC entre ellas la de 17 de julio de 1998, señala que "se han admitido las grabaciones videográficas como prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, en cuanto medio técnico que recogen las imágenes de participación del acusado en el hecho ilícito enjuiciado. Esa validez, no obstante, está subordinada imprescindiblemente a la necesidad que la filmación no suponga una invasión de los derechos fundamentales a la intimidad de una persona, razón por la cual se precisa autorización judicial cuando la grabación se lleva a cabo en domicilios o lugares protegidos por el artículo 18 de la CE”

Añade esta Sentencia que “aún dando por válida la legitimidad de la filmación , se hace rigurosamente necesario activar las medidas de control judicial oportunas para evitar alteraciones, trucajes o montajes fraudulentos o simples confusiones, es decir, para garantizar la autenticidad del material videográfico, lo que, a su vez, requiere la inmediata entrega a la autoridad judicial del original de la grabación.

Por último, cuando la película haya sido filmada por una persona, será precisa la comparecencia en el juicio oral del operador que obtuvo las imágenes en tanto que el cámara tuvo una percepción de los hechos en el mismo momento en el que ocurrían, y sus manifestaciones en el plenario deben ser sometidas a la exigible contradicción procesal”

En resumen y por tanto, se admite la validez de la grabación de imágenes de un menor tanto por cámaras de seguridad como por cámaras manipuladas por una persona que no supongan invasión de los derechos fundamentales. En ambos casos es necesaria la debida custodia para evitar manipulaciones, trucajes, etc y en el caso de grabación por alguna persona será necesario que esta acuda al juicio oral en calidad de testigo.

2.3.-CINTAS MAGNETOFÓNICAS

En relación a las conversaciones grabadas en cintas el TS ha consolidado una línea jurisprudencial sobre las siguientes afirmaciones:

- tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico)
- no es requisito imprescindible para su validez como prueba la audición de las cintas, sino que el contenido de las conversaciones puede ser incorporado al proceso bien a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas, bien a través de su transcripción mecanográfica, debidamente cotejada por el Secretario Judicial.
- para dicha incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, en palabras del TC "no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones”

2-4.-ATESTADOS

El TS ha reiterado que el atestado (STS, Sala 2ª de 28 de febrero de 2001) no es documento producido fuera de la causa y luego aportado a la misma.

2.5.- MENSAJES DE SMS

La SAP de Baleares, sec 1ª de 20 de mayo de 2010 se ha pronunciado sobre la validez como prueba de los mensajes por teléfono móvil, SMS.

En este caso al recibirle declaración durante la instrucción a una testigo se recogió dentro de esa declaración el contenido de cinco mensajes de entre los que constaban en el terminal telefónico que exhibía la denunciante. Se operó de modo semejante a si la denunciante hubiese aportado unas cartas. Se recogió bajo la fe del Sr. Secretario Judicial lo que aparecía en la pantalla del teléfono. El contenido de estos mensajes se plasmó en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal y sobre ellos se interrogó a la testigo en el acto del juicio. Cuando se tomaron estos mensajes del terminal telefónico en fase de instrucción no estaba presente el letrado de la defensa pero, en cualquier caso, señala esta sentencia, a salvo que el letrado sostenga que la transcripción de los mensajes realizada por el Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción es falsa -lo que no ha ocurrido- el hecho de que se aporte al plenario el texto de los mensajes que se exhibieron, no causa ninguna indefensión a la defensa ni, tampoco, es un acto proscrito. El letrado ha podido interrogar a la testigo sobre tales mensajes y, de considerar que pudiera haber otros de signo distinto o que pudiesen ofrecer una visión diferente o, más simple, de querer que se aportasen todos, podría haberlo interesado así, lo que no hizo en ningún momento. Con ello, no cabe alegar indefensión por la transcripción realizada, porque esta operación se limitó a plasmar en papel lo que se leía en una pantalla de móvil. Se trata por tanto de una prueba documentada cuya valoración corresponde al Tribunal de enjuiciamiento.

3.- VALOR CASACIONAL DE LOS DOCUMENTOS

El art 849.2º de la L.E.Crim admite como motivo de casación por infracción de ley “ cuando haya existido error en la apreciación d e la prueba , basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”

La Sala Segunda del TS viene exigiendo, según concreta en su Sentencia de fecha 15 de octubre de 2010, para que prospere ese motivo de casación previsto en el art 849.2º LECr , los siguientes requisitos:

a) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales o periciales, por más que estén documentadas.

b) El documento tiene que evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) El dato acreditado por el documento no ha de hallarse en contradicción con lo evidenciado por otros elementos de prueba.

d) Por último, el dato acreditado documentalmente debe ser relevante, de modo que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

La Jurisprudencia considera documentos “ aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines d e preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico”; se trata de documentos producidos fuera del proceso pero incorporados al mismo.

Quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales: declaraciones personales, testifical, de confesión o de imputado, aunque aparezcan documentadas, atestado policial, diligencias policiales de manifestaciones de agentes o de quienes declaran ante ellos, la prueba pericial aunque aparezca documentada, actas de diligencias de reconocimientos en rueda, el acta del juicio oral, acta de diligencia de inspección ocular, acta de diligencia de reconstrucción de hechos,...(si bien en estos dos últimos supuestos se ha admitido su carácter documental excepcionalmente pero sólo en cuanto a los datos objetivos que en ellas se contienen pero no en relación a las manifestaciones que constan en las mismas)

LAS PIEZAS DE CONVICCIÓN

La LORPM sólo se refiere a las piezas de convicción en el art 30 al establecer que una vez concluida la instrucción se remitirá el expediente al Juzgado de Menores con el escrito de alegaciones y las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir.

Son de aplicación, por tanto, en esta materia los preceptos de la LECrim y demás normativa relativa a la conservación y destino de las piezas de convicción.

Las piezas de convicción deberán estar expuestas en la sede del Juzgado durante las sesiones de la Audiencia, conforme preceptúa el art 688 de la LECrim.

Sobre el incumplimiento de esta obligación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de marzo del 2001 se hace un buen análisis de la problemática que ocasiona la infracción de la obligación de que las piezas de convicción, por no estar en la Sala, no sean debidamente exhibidas para su reconocimiento a acusados y testigos. En este caso la solución es la nulidad de actuaciones para que se reitere el juicio salvada la omisión de la pieza de convicción. Tal solución es la que se indica en el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 14-1-2000 :

“a) La presencia de las piezas de convicción al inicio del juicio oral es preceptiva aunque las partes no lo soliciten como medio de prueba. No obstante, en este caso, lo no colocación de las piezas de convicción en el local del Tribunal no constituye motivo de casación, según reiterada jurisprudencia (vid., entre otras, TS 2ª SS 13 feb. 1897, 2 jun. 1986 y 6 jun. 1987).

Como excepción, la omisión de lo dispuesto en el art. 688 sí puede motivar el recurso de casación si concurren los siguientes condicionamientos:

1º) Cuando las piezas de convicción están incorporadas a la causa.

2º) La existencia de petición de parte en el escrito de conclusiones provisionales para completar otras pruebas personales (testifical o pericial).

3º) Denuncia en el acto del juicio, haciendo constar la protesta correspondiente, y exponiendo los argumentos que -según la parte- darían significación o valor probatorio a la exhibición, o especificando para qué objetivo concreto se quería que estuvieran presentes.

4º) Necesariedad de la prueba que debe apreciar este Tribunal al revisar la decisión denegatoria de la Audiencia Provincial, es decir, juzgar nuevamente sobre la pertinencia de la presencia y examen de las piezas de convicción en la doble vertiente material y funcional, pues sin un juicio positivo sobre este punto no puede hablarse de indefensión ”.

BIBLIOGRAFÍA

Ornosa Fernández, Maria Rosario. “*Derecho Penal de Menores*” Editorial Bosch, 4ª edición

Polo Rodríguez, Jose Javier y Huélamo Buendía, Antonio Jesús. “*La Nueva Ley Penal del Menor*”. Editorial Colex, 3ª Edición

De Urbano castillo, Eduardo y De la Rosa Cortina, Jose Miguel. “*La responsabilidad Penal de los Mnores*”. Editorial Aranzadi.

Rives Seva, Antonio Pablo. “*El testimonio de referencia en la Jurisprudencia Penal*” Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Enero de 2000

Rives Seva, Antonio Pablo. “*Casos extravagantes de testimonio: el coimputado y la víctima (y III)*” Noticias Jurídicas Febrero de 2001

Sánchez Yllera, Ignacio. “*Dudas razonables: la declaración de los coimputados*”. Revista Xurídica Galega

Muñoz Cuesta, Francisco J., “ Testigos de referencia: necesidad de un uso restrictivo por los Tribunales y posibilidad de su rechazo antes del juicio oral” Repertorio de Jurisprudencia núm. 17/2008. Editorial Aranzadi, 2008.

Hurtado Yelo, Juan José. Revista Aranzadi Doctrinal num. 10/2011 parte Comentario. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011-02-20

Arce, Ramón y Fariña, Francisca. “*Peritación psicológica de la credibilidad del testimonio, la huella psíquica y la simulación: el sistema de evaluación global (SEG)*” .Papeles del Psicólogo 2005, Vol 26, pag 59-77

Alonso- Quecuty, Mª Luisa “ *Mentira y psicología del testimonio : ¿Podemos detectar las mentiras?*. Anuario de Psicología Clínica nº 1

Alonso Quecuty, M L “*Psicología forense experimental: El testigo deshonesto*” En J. Sobral, R. Arce y A. Prieto *Manual de psicología jurídica*. Paidós, 1994

Baqués Cardona, Josep. *Manual de psicología penal forense. Cap VII*