

LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL JUICIO ORAL. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Luis M. Uriarte Valiente
Fiscal

La importancia que la prueba testifical ocupa en nuestro proceso penal, se ve en muchos casos matizada y condicionada por circunstancias incidentales que rodean su práctica y que van finalmente a determinar, en muchos casos, el resultado del juicio. Muchas de esas situaciones, han sido abordadas y tratadas por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, que han venido a ofrecer soluciones interpretativas que, con frecuencia, vienen ya casi a formar parte de la norma como consecuencia de su reiteración en la valoración de la prueba por parte de los Tribunales. Se propone en las siguientes líneas el análisis de alguna de estas situaciones que genera la práctica de la prueba testifical en nuestro proceso penal desde la perspectiva de nuestra doctrina jurisprudencial, conteniéndose referencias a más de 200 resoluciones (sentencias y autos) del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y LA INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS AL ACTO DEL JUICIO 2.1 Forma de proponer a los testigos 2.2 Requisitos para que la denegación de prueba suponga vulneración de derecho fundamental 2.3 La incomparecencia de testigos 3. LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR Y SUS DISPENSAS 3.1 Aplicación de la dispensa a las parejas de hecho 3.2 Aplicación de la dispensa a los imputados 3.3 Introducción en el juicio oral de las declaraciones prestadas en fase de instrucción 3.4 Especialidades del testigo víctima del delito 3.5 Necesidad de que subsista la relación para la aplicación de la dispensa 3.6 El testimonio de referencia como forma de eludir la dispensa 4. CUESTIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE DURANTE LA DECLARACIÓN 4.1 Naturaleza de las preguntas 4.2 Preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes 4.3 Preguntas del juez o presidente del tribunal 4.4 Lectura de declaraciones prestadas en instrucción 5. LA VALORACION DEL TESTIMONIO 5.1 Tacha de testigos 5.2 El testimonio del menor de edad 5.3 La deficiencia mental del testigo 5.4 El testimonio de referencia 5.5 El testimonio único 5.6 Contradicciones con las declaraciones prestadas en fase de instrucción 5.7 Testigos con circunstancias especiales 6. INCIDENCIAS EN LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO 6.1 Incomunicación de testigos 6.2 Testigos ocultos a la vista pero oídos por las partes 6.3 Declaraciones de testigos sin intervención contradictoria de la defensa 7. EL ATESTADO POLICIAL Y EL TESTIMONIO DE FUNCIONARIOS POLICIALES 7.1 Valor probatorio del atestado 7.2 Presunción de veracidad de los funcionarios de policía judicial 8. LA VALORACIÓN DE TESTIMONIOS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, la declaración de testigos en el juicio oral se erige como una de las pruebas esenciales para fundamentar el fallo de la sentencia que se dicte por el Tribunal y ello en atención, no sólo a su importancia dentro del elenco de pruebas que pueden practicarse en un proceso penal, sino también porque, sin duda alguna, podemos afirmar que la prueba testifical constituye el medio de prueba al que con mayor asiduidad se acude por las partes procesales para sustentar sus pretensiones.

En la declaración de un testigo pueden surgir numerosas vicisitudes y circunstancias que harán que, lo verdaderamente importante, el conocimiento que del hecho delictivo pueda tener una persona, pase a un segundo plano o pierda su trascendencia, deviniendo irrelevante, como puede ocurrir en los supuestos de inadmisión de un testimonio o de pérdida de credibilidad del mismo por alguna concreta circunstancia. Muchas de estas circunstancias han venido siendo analizadas por nuestra doctrina jurisprudencial que, a lo largo de los años, ha venido elaborando un detallado cuerpo doctrinal acerca de las vicisitudes que rodean las declaraciones personales en el proceso penal español. Teniendo en cuenta el valor que hoy en día ha alcanzado en España la jurisprudencia de nuestros Tribunales como fuente de derecho, más próximo al precedente de los sistemas anglosajones que a las previsiones originales del legislador que elaboró nuestro Código Civil, se nos presenta como una importante necesidad, hoy en día, conocer y aplicar la doctrina que, de modo reiterado, ha venido siendo elaborada por nuestros Tribunales de justicia en sus resoluciones.

Trataremos de abordar en las siguientes líneas alguna de las soluciones jurisprudenciales que han venido siendo propuestas por nuestros Tribunales en torno a los principales y más habituales problemas que en la práctica vienen planteándose en torno al desarrollo de la prueba testifical en nuestro proceso penal, sin perder de vista, no obstante, las limitaciones lógicas que el formato de este trabajo impone frente a la gran extensión y complejidad del tema que abordamos.

2. LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y LA INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS AL ACTO DEL JUICIO

El primer problema o incidencia que puede plantearse en relación con el medio de prueba que aquí analizamos, nace desde el momento mismo de su proposición. Ahora bien, aunque realmente es cierto que ya la proposición de testigos en los escritos de calificación provisional puede generar algún tipo de problema (fundamentalmente, la pertinencia de la prueba), será generalmente su proposición en el turno de intervenciones que para el procedimiento abreviado regula el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que suscite mayores controversias. Analicemos a continuación alguno de los problemas más frecuentes que suelen plantearse.

2.1 FORMA DE PROPONER A LOS TESTIGOS

El artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la propuesta de testigos y peritos deberá hacerse con indicación de su domicilio o residencia. Este requisito formal, sin embargo, ha sido matizado por nuestra doctrina jurisprudencial con la finalidad de favorecer al máximo la práctica de las pruebas propuestas por las partes como una de las manifestaciones más importantes y trascendentes del derecho de defensa. De esta forma, se vienen admitiendo por nuestros Tribunales todo tipo de fórmulas y modos de proponer a los testigos siempre que permitan su identificación y citación para el juicio, aunque en muchos casos no se ajusten a la letra de la ley.

Una muestra importante de esta doctrina jurisprudencial, viene recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo 129/2006, de 16 febrero. Se trata de un supuesto en el que la defensa de un acusado por un delito contra la salud pública, propuso como prueba

testifical la de una mujer que aparecía en las actuaciones como compradora de la droga del acusado, señalando como domicilio de ésta, de manera genérica, el que constaba en las actuaciones. Concedido un plazo de tres días por el Tribunal para que la defensa concretara un domicilio expresamente, conforme a las previsiones del artículo 656 LECrim, dicho plazo no fue respetado por la defensa, que presentó un escrito concretando el lugar correcto para la citación varios meses después, aunque con anterioridad a la fecha de celebración del juicio. El Tribunal inadmitió la prueba por extemporánea. Pues bien, el Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación interpuesto, establece dos consideraciones realmente importantes. En primer lugar, entiende que la prueba debía haber sido admitida desde el primer momento, haciendo prevalecer el derecho de defensa del acusado sobre el rígido formalismo legal, sobre todo, atendiendo a que el Tribunal podía haber citado fácilmente a la testigo, cuyo domicilio constaba claramente en las actuaciones. En segundo lugar, extiende el Tribunal esa prevalencia del derecho de defensa sobre otros aspectos formales del proceso al considerar que, incluso habiendo subsanado el defecto con posterioridad al plazo concedido, la prueba debía haber sido admitida por el Tribunal en último término.

Esta máxima protección del derecho de defensa que consagran nuestros Tribunales se convierte, en la práctica, en la posibilidad de citar a los testigos por el apodo u otros indicativos o con indicación de un lugar en que pueden ser encontrados, aunque no se trate concretamente de su nombre o domicilio, siempre, en todo caso, que resulte posible la citación.

2.2 REQUISITOS PARA QUE LA DENEGACIÓN DE PRUEBA SUPONGA VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL

La denegación por parte de un Tribunal de pruebas propuestas por las partes que resulten pertinentes y útiles supone una clara vulneración de derechos fundamentales de carácter procesal, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española, como son, el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a la tutela judicial efectiva y el de utilizar los medios de prueba pertinentes. Ahora bien, para que esa inadmisión de pruebas pueda llegar a vulnerar el derecho fundamental, nuestra doctrina jurisprudencial ha venido señalando una serie de requisitos de necesaria observancia, que la Sentencia del Tribunal Supremo 1844/2002, de 30 de enero, concreta en los siguientes:

En primer lugar, resultará necesario que las pruebas hayan sido propuestas en tiempo y forma por las partes, esto es, en los escritos de conclusiones provisionales (artículos 650, 790 y 791 LECrim), al inicio de las sesiones del juicio oral en el supuesto del Procedimiento Abreviado (artículo 793.2 de la citada ley) y durante el desarrollo del juicio oral, en los supuestos previstos en el artículo 729 LECrim.

El segundo de los requisitos es que la prueba pertinente formalmente propuesta en tiempo, sea denegada por el Tribunal, denegación que en cualquier caso habrá de ser motivada.

Finalmente será necesario, conforme establece el artículo 659.4 de la LECrim, que la parte que propuso la prueba rechazada formule protesta, habiéndose añadido a este requisito por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (sentencias de 25 de octubre de

1985, 13 de mayo de 1986, 26 de febrero de 1987, 4 de junio de 1987, 2 de febrero de 1988, 14 de marzo de 1989, 10 de julio de 1992, 2 de junio de 1993 y 21 de marzo de 1995 entre otras) que se hagan constar en el acta junto a la protesta las preguntas que iban a ser formuladas al testigo. La omisión de las preguntas, sin embargo, no será por sí solo suficiente para invalidar la reclamación casacional en aquellos casos en los que pueda racionalmente presumirse el tenor de las mismas, a la vista de lo manifestado por el testigo durante la fase de instrucción (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 1109/2003, de 25 de julio).

2.3 LA INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS

Ante la incomparecencia a juicio de un testigo propuesto como prueba y admitida ésta como pertinente, procede la suspensión del acto del juicio, conforme a lo previsto en el artículo 746.3 LECrim. La denegación por parte del Tribunal de esa solicitud de suspensión, en consecuencia, equivaldría a una denegación de prueba, con la trascendencia que para los derechos fundamentales de la parte que la proponía podría derivarse. Ahora bien, únicamente puede ser exigida del Tribunal la suspensión en aquellos casos en los que la práctica de la prueba sea posible, factible y razonable y, en cualquier caso, determinante para la decisión del juicio, pero no en aquellos en los que se trate de testigos extranjeros o cuando no pudieran ser localizados en los domicilios facilitados (Sentencia del Tribunal Supremo 1859/2002, de 11 de noviembre).

Debe tenerse en cuenta, igualmente, que la simple incomparecencia a juicio del testigo propuesto, no faculta a la parte para el uso de los diversos recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (lectura de sus declaraciones prestadas ante el Juez Instructor, valoración de testimonios de referencia, etc.), sino que, por el contrario, es preciso que se hayan empleado todos los medios al alcance del Tribunal para lograr su asistencia a juicio, incluida la conducción por la fuerza pública a que se refiere el artículo 420 LECrim como así señala, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2000, que revoca la dictada por la Audiencia Provincial en un supuesto en que la sentencia condenatoria se fundó en un testimonio de referencia sin haber agotado las posibilidades de traer al acto del juicio al testigo directo.

Finalmente, debe recordarse que en los casos en los que el testigo se vea imposibilitado para asistir a juicio, son de aplicación los artículos 718 y 719 LECrim, que distinguen según que el testigo tenga su residencia en el lugar donde el juicio tiene que celebrarse (artículo 718) o la tenga en lugar distinto (artículo 719), debiendo el Tribunal, por sí mismo o por medio de exhorto, desplazarse al domicilio del testigo para recibirle declaración.

3. LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR Y SUS DISPENSAS

El artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligación de declarar de todos los residentes en territorio español, nacionales o extranjeros, siempre que no estén impedidos, si bien, en los artículos siguientes, la misma ley establece las excepciones, las exenciones, las especialidades en la prestación de ciertos testimonios y, finalmente, en el artículo 416, las dispensas a la obligación de declarar. De todas estas excepciones a la regla general, la que ha generado mayores controversias y, al mismo

tiempo –precisamente por ello-, un mayor número de pronunciamientos por parte de nuestros Tribunales, ha sido, sin duda, las dispensas a la obligación de declarar por razón de parentesco, habiendo contribuido decisivamente a ello, sobre todo en los últimos años, los numerosos supuestos de declaraciones testificales de personas unidas por vínculo matrimonial o análogo con el acusado, a propósito de la regulación penal de los delitos de violencia de género en el ámbito familiar.

3.1 APLICACIÓN DE LA DISPENSA A LAS PAREJAS DE HECHO

De entre los diversos problemas que se han venido suscitando en relación con la aplicación de la dispensa de declarar entre parientes en los supuestos de violencia en el ámbito familiar, uno de los primeros fue el relativo a la extensión analógica de esta facultad a las parejas de hecho o unidas por una relación análoga a la matrimonial, pero sin vínculo formal existente. En este punto, nuestra doctrina jurisprudencial ha experimentado una interesante evolución que ha pasado de negar la posibilidad de aplicación analógica a admitirla sin reservas, adaptándose de este modo a la realidad cotidiana que viene presentándose ante los Tribunales.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo 1540/2003, de 21 de noviembre argumentaba que la dispensa no era aplicable analógicamente a estos supuestos toda vez que el legislador no la había incluido expresamente en el artículo 416 de la LECrim pues, cuando el legislador había tenido la intención de aplicar algún precepto a las relaciones análogas a la matrimonial, lo había hecho expresamente, citando a título de ejemplo los artículos 23, 153, 424, 443, 444 y 554 del Código Penal. En consecuencia, partiendo del último párrafo del artículo 24 de la Constitución Española –continuaba-, que señala que *“la Ley regulará los supuestos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*, se llegaba a la conclusión de que el testimonio de una pareja de hecho, sin que se le hubiese ofrecido por el Tribunal la dispensa a la obligación de declarar, nunca podía ser considerado como una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Ahora bien, esta línea jurisprudencial resultó pronto abandonada, acogándose otra, la actualmente vigente, que se pronuncia a favor de la extensión analógica de la dispensa a las parejas de hecho, de la que es claro exponente, la sentencia del Tribunal Supremo 134/2007, de 22 de febrero (Rec. 10712/2006, ponente Joaquín Giménez García), que sostiene que será el conflicto entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que se le puede plantear al testigo pariente del procesado, lo que justifica la dispensa de declarar, como un medio para resolver ese conflicto que lo mismo puede plantearse a quienes están unidos por vínculo matrimonial que a quienes mantienen una convivencia *more uxorio* (en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 13/2009, de 20 de enero).

3.2 APLICACIÓN DE LA DISPENSA A LOS IMPUTADOS

Otro de los problemas que ha generado importantes pronunciamientos jurisprudenciales en relación con el alcance del artículo 416 de la LECrim, es el relativo a su aplicación, no sólo a los testigos, sino también a los imputados, habiéndose

pretendido la casación de numerosas sentencias en las que se había tenido en cuenta como prueba de cargo la declaración inculpatória prestada por un imputado contra otro entre quienes existía el vínculo de parentesco que justificaba la dispensa, sin que se le hubiera advertido previamente por el Órgano Judicial la posibilidad de dispensa y su derecho a no declarar contra el pariente.

Pues bien, en todos estos casos, la solución jurisprudencial ha resultado unánime desde el principio, no considerando aplicable el artículo 416 por entender, de una parte, que el declarante tiene en estos casos el estatus de imputado y no de testigo, siendo de aplicación, por lo tanto, los artículos 118 y 520 de la LECrim y no el artículo 416 y, de otra, que los derechos procesales del imputado presentan una amplitud y un ámbito de eficacia procesal que excede al del testigo, al tener reconocido el derecho a no declarar, no sólo en contra de parientes, sino con una extensión absoluta. Por lo tanto, teniendo el imputado el derecho a guardar silencio, a no contestar a las preguntas que se le formulen y derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, parece un contrasentido tener que informarle que tiene también el derecho a no declarar contra sus parientes, adoptando así un doble estatus de imputado y testigo, absolutamente incompatible en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo recoge la sentencia del Tribunal Supremo 1380/2009, de 29 de diciembre (recurso número 1336/2009, ponente, Alberto Jorge Barreiro), que de manera muy ilustrativa señala que *“quien tiene derecho a lo más, como sucede en este caso, tiene derecho a lo menos”* (en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 951/2001, de 23 de mayo).

3.3 INTRODUCCIÓN EN EL JUICIO ORAL DE LAS DECLARACIONES PRESTADAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN

Es preciso hacer también referencia a la posibilidad de dar entrada en el juicio oral a las declaraciones prestadas por los testigos durante la fase de instrucción cuando en aquel momento no se acogieron a la dispensa del artículo 416, haciendo posteriormente uso de esta facultad en el plenario. Esta posibilidad vendría amparada, bien por la vía del artículo 730 de la LECrim, si se considera que la prueba no puede practicarse por causas independientes de la voluntad de las partes, bien por la vía del artículo 714 de la misma ley, si se considera que el silencio del testigo supone una contradicción frente a sus manifestaciones de la fase de instrucción.

Realmente, no cabe ninguna duda de que supondría una limitación importante del derecho que al testigo reconoce la dispensa prevista en el artículo 416 la posibilidad de dar entrada al material probatorio de su declaración prestada en fase de instrucción, incluso con su oposición y voluntad contraria a ello manifestada en el acto del juicio oral ante el Tribunal de enjuiciamiento, verdadero momento previsto para la práctica y valoración de la prueba. Así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia ya desde muy antiguo, pudiendo recordarse cómo ya la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1973, señalaba que

“no puede ser suplantada la negativa a declarar del testigo exento con la lectura en el acto del juicio oral de las declaraciones que en el sumario había prestado, pues de permitir tal cosa en principio autorizado por el artículo 730 se haría innecesario el referido derecho y anulado el precepto..., recordando que los parientes del procesado que hubieren declarado voluntariamente en el sumario, no están obligados a hacerlo en el juicio..., la incomparecencia de un testigo exento de declarar al acto del juicio oral cabe interpretarlo

como factum negativo a no declarar y a los efectos de suspensión del juicio por su incomparecencia”.

En este mismo sentido, se ha señalado que es necesario que el Juez advierta al testigo que no tiene obligación de declarar contra el procesado, no pudiendo sustituirse la negativa del testigo a declarar con la lectura de la declaración que en la instrucción efectuó (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1985), habiendo señalado por su parte las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1992 y 23 de abril de 1997 que, el hecho de que haya declarado en instrucción, no impide que en el acto del juicio oral pueda acogerse a la dispensa a la que nos referimos (en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 331/1996 de 11 de abril y 1587/1997 de 17 de diciembre).

En definitiva, como afirma la jurisprudencia más reciente (sentencias del Tribunal Supremo 17/2010, de 26 de enero, así como las de 27 de enero y 10 de febrero de 2009) la libre decisión del testigo en el acto del Juicio Oral que opta por abstenerse de declarar contra el acusado, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial, ya que no haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior.

Se ha planteado, igualmente, el problema de la utilización del artículo 714 de la LECrim para dar entrada en el acto del juicio oral a la declaración prestada en fase de instrucción por el testigo dispensado de declarar, artículo que, como sabemos, permite dar lectura a las declaraciones prestadas por un testigo en fase de instrucción cuando su declaración en el juicio oral no sea conforme, en lo sustancial, con la prestada en el sumario. El argumento para la utilización de esta facultad residiría en que, si en la fase de instrucción el testigo presta declaración y en la fase del juicio oral guarda silencio, se produciría una cierta contradicción que posibilitaría la aplicación de este artículo. La respuesta jurisprudencial, sin embargo, es la contraria, ya que como señala el Auto del Tribunal Supremo 720/2010, de 8 de abril (recurso número 720/2010, ponente Andrés Martínez Arrieta), el artículo 714 está justificado para apreciar la credibilidad del testimonio prestado en el juicio oral, exigiendo como presupuesto que se produzca una contradicción, contradicción que, sin embargo, no se produce en aquellos casos en los que el testigo no declara, toda vez que *“nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario”*. Ahora bien, situación distinta es la que se produce en aquellos casos en los que el testigo preste declaración en el acto del juicio oral, en los que, producida una contradicción, estará plenamente justificado el recurso al artículo 714 de la LECrim. (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 17/2010, de 26 de enero).

3.4 ESPECIALIDADES DEL TESTIGO VÍCTIMA DEL DELITO

Como vemos, resulta unánime la doctrina jurisprudencial que sostiene la nulidad del testimonio de cargo prestado por un cónyuge o pariente del imputado sin previa información de su derecho a no declarar, doctrina que, sin embargo, ha resultado revisada en aquellos casos en los que el testigo es a la vez la víctima de los hechos. La razón de ello estriba en que el presupuesto de la dispensa se encuentra en la necesidad de que medie la obligación de declarar, obligación que, sin embargo, no existe en aquellos casos en los que es la propia víctima quien acude, *motu proprio*, a denunciar, caso en el que, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo 17/2010, de 26 de enero

(recurso 10615/2009, ponente Diego Ramos Gancedo) las prevenciones del artículo 416 de la LECrim son superfluas y, en todo caso, su omisión ninguna relevancia tiene, señalando que

“la Sala estima que cuando la propia víctima formaliza una denuncia en forma espontánea y para obtener protección personal no es aplicable el art. 416.1º LECr, que contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que está vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas. Dicho de otra manera: el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciante espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección.”

Esta doctrina viene a completar la que se establece en la sentencia 385/2007, de 10 de mayo (recurso número 2154/2006, ponente Julián Sánchez Melgar), que consideraba nula una denuncia realizada por una persona contra su hermano sin que hubiera sido previamente advertida del derecho a no declarar contra el mismo, en un supuesto en el que la denunciante no era víctima –como en el caso anterior- del delito que se denunciaba, invocándose en este caso por la Sala Segunda el artículo 261 de la LECrim, que exime de la obligación de denunciar a los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines del delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive. En relación con éste supuesto, la sentencia comentada contiene, además, dos importantes aportaciones. La primera de ellas, que la obligación de informar del contenido del artículo 416 de la LECrim en los casos en los que procede, no solamente incumbe al Juez Instructor, sino también a la policía, pues lo contrario supondría dejar vacía de contenido el precepto, al poder ser siempre burlado mediante la utilización de la declaración policial. La segunda de las aportaciones, que aunque la denuncia espontánea de una persona pudiera hacer presumir una renuncia al derecho que el artículo 416 reconoce, es necesario que dicha renuncia “resulte concluyentemente expresada”. La sentencia que comentamos, sin embargo, incluye en la nulidad que proclama la denuncia sin previa ilustración de su derecho de la propia víctima que, conforme a lo anteriormente expuesto, viene ahora a ser admitida.

3.5 NECESIDAD DE QUE SUBSISTA LA RELACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LA DISPENSA

Como vemos, la razón de ser de la dispensa que analizamos, su fundamento, descansa en la necesidad de conciliar el deber de declarar con las exigencias de solidaridad y protección que derivan de los lazos y vínculos familiares más íntimos. Por lo tanto, sólo si dichos vínculos subsisten en el momento en que surge ese deber de declarar se generará el conflicto que exige, para su resolución, la dispensa de ese deber de testificar. La aplicación práctica de este planteamiento se traduce, de una parte, en la validez de aquellas declaraciones que hayan sido prestadas sin informar al testigo del contenido del artículo 416 LECrim, cuando la relación haya cesado y, de otra parte, en la obligación que tiene el testigo de declarar, sin posibilidad de acogerse a la dispensa, cuando la relación se haya extinguido. Así lo establece la STS 17/2010 (Rec. 10615/2009), de 26 de enero de 2010 (ponente Diego Ramos Gancedo), cuando señala que

“Es claro, pues, que al momento de formular la denuncia por los hechos de que había sido víctima, ratificados ante el Juez de Instrucción de seguido, la denunciante y el acusado habían cesado su relación por decisión consciente y voluntaria de la víctima, que también

puso fin a la convivencia con el acusado, tal y como puso de relieve en su declaración policial, razón por la cual -y como hemos indicado antes- no procede la dispensa cuando se ha roto la relación.”

Entendemos, no obstante, que esta posibilidad únicamente podrá darse en el caso de matrimonios o parejas de hecho que pueden romper su vínculo por su sola voluntad, pero no en el caso de parentescos de sangre, a los que en ningún caso se podrá renunciar. Por otro lado, no será difícil entender rota la relación –en el caso de las parejas de hecho, que no exigen un especial formalismo para ello- en la gran mayoría de los supuestos de violencia de género que se denuncian, pues en muchos de ellos, en el preciso momento de la denuncia, inmediatamente posterior al comportamiento delictivo, suele existir una decisión firme de la víctima de considerar rota esa relación. En consecuencia y conforme a la doctrina que exponemos, sería válida la declaración de ese testigo a quien no se le hubiera puesto de manifiesto su potestad de no declarar. Ahora bien, será en la generalidad de los casos el momento del acto del Juicio Oral, el que deberá ser tenido en cuenta para apreciar si la relación subsiste o por el contrario debe ser considerada extinguida y, en consecuencia, aplicar o no la dispensa.

3.6 EL TESTIMONIO DE REFERENCIA COMO FORMA DE ELUDIR LA DISPENSA

Cabría plantearse la posibilidad de que ante la negativa a declarar de un testigo que, en el acto del Juicio Oral, se acogiera a la dispensa del artículo 416 LECrim, dicha declaración pudiera ser introducida como prueba a través de testimonios de referencia, es decir, a través de la declaración en el plenario de quienes escucharon del testigo su narración de los hechos acaecidos, como los médicos que le asistieron, los agentes policiales que acudieron en su ayuda, el psicólogo que lo trató o cualquier vecino que acudiera en su auxilio. De esta forma, la voluntad del testigo de acogerse a la dispensa que le brinda el artículo 416 LECrim quedaría frustrada por esta vía indirecta, lo que no parece ser muy acorde con el espíritu de la ley. Así lo ha entendido también nuestra doctrina jurisprudencial que, acudiendo a los criterios generales establecidos a propósito de los testimonios de referencia, vuelve a recordar que este medio de prueba debe entenderse siempre extraordinario y subsidiario de la prueba directa, en este caso, del testimonio referido, siendo admisible únicamente el testimonio de referencia en aquellos supuestos en los que resulta imposible acudir al testimonio directo; esta imposibilidad –recuerda la STS 129/2009, de 10 de febrero (Recurso 763/2008, ponente Adolfo Prego de Oliver)-, debe ser una imposibilidad material, como ocurre en los casos de muerte o desconocimiento de la identidad del testigo, pero no es posible en aquellos casos en los que el testigo acude al juicio y, sin embargo, se acoge a su derecho a no declarar.

En el mismo sentido, el ATS 2296/2006, de 19 de octubre (recurso 10628/2006, ponente José Ramón Soriano Soriano), entiende constitucionalmente rechazable un testimonio de referencia al impedir a la defensa el examen contradictorio del testigo directo, como ocurriría en este caso, señalando categóricamente que *“esta Sala ha estimado, como línea de principio, que el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal”*, citando además, las sentencias del Tribunal Constitucional 68/2002, de 21 de marzo, 155/2002, de 22 de julio y 219/2002, de 25 de noviembre.

4. CUESTIONES QUE PUEDEN PLANTEARSE DURANTE LA DECLARACIÓN

Iniciada la práctica del interrogatorio son numerosas las cuestiones que pueden suscitarse y que van a influir en el desarrollo de la prueba y su posterior valoración. Así, desde la naturaleza y objeto de las preguntas, la posibilidad de dar lectura a las declaraciones prestadas en la fase de instrucción o la realización de preguntas por el propio Tribunal, hasta la necesidad de formular protesta ante una irregularidad en la práctica de la prueba, son aspectos determinantes para que la prueba testifical pueda desplegar toda su eficacia en el juicio oral.

4.1 NATURALEZA DE LAS PREGUNTAS

La prueba testifical es una prueba de naturaleza personal en la que el testigo da cuenta de los hechos de los que ha tenido conocimiento personal directo por haberlos presenciado, oído o percibido sensorialmente de cualquier otra forma (incluso en el testimonio de referencia el testigo da cuenta de lo escuchado por él directamente, aunque esto se refiera sólo de manera indirecta al hecho delictivo objeto de enjuiciamiento). Tradicionalmente se ha venido señalando que el alcance de la prueba testifical debe limitarse a los hechos que el testigo percibe por los sentidos. Como consecuencia de lo anterior, el testigo únicamente puede declarar sobre hechos, no llevando a cabo nunca juicios de valor que invadirían la naturaleza de una prueba pericial o la propia labor del Tribunal al que incumbe llegar a conclusiones racionales y lógicas partiendo de los hechos aportados por el testigo y el resto del material probatorio. De esta manera, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 y 9 de julio de 1990, entendieron que la pregunta es impertinente cuando su contenido es impropio de la naturaleza de la prueba testifical pretendiendo que el testigo emita juicios de valor sin limitarse a narrar o describir los hechos de los que tuvo conocimiento.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1999 (Recurso nº 988/98) entiende que el testigo sólo puede servir como medio de prueba en cuanto que trasmite al órgano jurisdiccional los hechos que él ha podido percibir, no sus opiniones y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1994, precisa que *“como norma general dentro del derecho procesal, testigo es toda persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón de tal percepción; es al tiempo, a diferencia de lo que ocurre con los peritos, infungible, en tanto que narra hechos y no formula valoraciones sobre ellos”*.

La anterior circunstancia determina que deba valorarse adecuadamente en el momento de proponer la prueba la finalidad que se persigue con el interrogatorio, ya que si se pretende una opinión o una valoración de los hechos, deberá ser pericial y no testifical la prueba que se propone (o testifical – pericial, si se pretende que de cuenta de los hechos y los valore), sin olvidar nunca que la opinión o valoración de datos de hecho

únicamente podrá interesar cuando la misma sea facilitada por un experto y no por el simple testigo.

4.2 PREGUNTAS CAPCIOSAS, SUGESTIVAS O IMPERTINENTES

El artículo 709 LECrim prohíbe que a los testigos se puedan hacer preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, habiendo proclamado la jurisprudencia que dicha prohibición es extensible a los peritos y al propio inculpado (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990, 19 de mayo de 1986 y 28 de septiembre de 1992).

Preguntas capciosas son aquellas que encierran engaño o pueden provocar confusión. Las sugestivas llevan implícita la respuesta, que el declarante confirmará o negará, con lo que la autoría de su comentario habrá que atribuirle a quien formuló la pregunta, pero no al deponente. No obstante, es preciso excluir de la prohibición de sugestión aquellas preguntas que, pese a la forma aparentemente sugestiva en que se formulan, únicamente pretende refrescar la memoria del declarante sobre hechos que indudablemente conoce. Son impertinentes las preguntas que no pueden aportar nada a la valoración del juzgador en relación con los hechos objeto de enjuiciamiento.

A las preguntas impertinentes se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 (caso “El Nani”) diciendo que *“impertinente es todo dicho o hecho fuera de propósito y aplicado al proceso, lo que queda extramuros de la teleología que con él se persigue”*. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo 470/2003, de 2 de abril, aborda esta cuestión en los siguientes términos:

“basta la lectura de la pregunta, ¿prefería verle a mojarse bajo la lluvia?, y de las afirmaciones anteriores con las que se prepara, para advertir que en ella concurren, no ya una, sino todas las causas legales de prohibición de preguntas previstas en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que es capciosa, sugestiva e impertinente, además de atentatoria al derecho a la dignidad y a la intimidad de la víctima de abuso sexual a la que se dirigió. La pregunta es capciosa porque en la forma en la que está planteada resulta engañosa, tiende a confundir al testigo, y a provocarle una respuesta sobre sus razones íntimas para actuar como actuó que resulta contradictoria con su testimonio como víctima profundamente afectada por el hecho delictivo sobre el que declara. La pregunta es sugestiva porque indica o provoca una respuesta afirmativa como única conclusión racional de las afirmaciones previas que le sirven de sustento. No se pregunta sobre determinados hechos, que se presentan como incontestables, sino que el interrogador plantea la pregunta como una consecuencia necesaria de los hechos previamente afirmados sugiriendo el asentimiento como única respuesta racional, de modo que prácticamente elimina la opción de una contestación diferente a la que se desea obtener. Y, en fin, la pregunta es impertinente, como determinó con acierto el Presidente del Tribunal, porque no se refiere a la cuestión enjuiciada, sino a un hecho ocurrido meses después, que puede tener plurales lecturas y que por tanto no puede aportar nada para el conocimiento de la cuestión enjuiciada.”

El alcance del objeto de la pregunta puede llegar a vulnerar derechos fundamentales, como señala esta misma sentencia cuando dice que *“la protección de las víctimas y de los testigos es, en consecuencia, una obligación del Juez o Tribunal, entre cuyas funciones se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales en juego para impedir que en el ejercicio de la actividad de defensa se invadan o vulneren innecesaria y abusivamente los derechos constitucionales de la víctima, y en concreto el derecho a la intimidad, al indagar de modo innecesario y abusivo, acerca de anteriores*

relaciones sexuales de la víctima del hecho. En el momento actual, no sólo el derecho fundamental a la intimidad de las víctimas debe ser tutelado en su interrogatorio, sino también el derecho a la dignidad de la persona, que constituye el fundamento del orden político y de la paz social” (en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 51/1985 de 10 de Abril, 89/1986 de 1 de Julio y 158/1989, de 5 de Octubre y las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 1989 y 7 de Mayo de 1990). Así, precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 (caso “El Nani”), que cuando las preguntas se desvían notoriamente del cauce normal y específico de cada proceso, haciendo al interrogado objeto de acoso, es misión del Presidente del Tribunal adoptar las medidas precisas para garantizar el respeto debido a su dignidad y libertad, debiendo inadmitir esa clase de preguntas.

Es preciso referirse, por último, a la necesidad formal indispensable, para la estimación de un recurso de apelación o casación interpuesto por la desestimación de alguna pregunta, de consignar en el acta del juicio el tenor literal de la pregunta inadmitida así como la formulación de la correspondiente protesta por su inadmisión (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1986, 20 de abril de 1987, 20 de febrero de 1988 y 27 de octubre de 1989 entre otras).

4.3 PREGUNTAS DEL JUEZ O PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

El artículo 708.2 LECrim autoriza al Presidente del Tribunal a dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren. La sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá Messegué y Jabardo y la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1994, proclamaron que los artículos 315 y 729.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, claramente habilitan tanto al Juez de Instrucción como a la Audiencia para procurarse de oficio las pruebas que estimen útiles para esclarecer la verdad. Ahora bien, esta facultad no puede servir de fundamento para alterar la configuración del proceso penal, permitiendo que sea el Tribunal el que lleve el peso del interrogatorio y, en definitiva, la práctica de la prueba, lo que sería más propio de un sistema inquisitivo contrario a nuestros principios constitucionales. En atención a lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo 730/1994, de 6 de abril, señala que la moderada intervención del Presidente del Tribunal, a tenor de este artículo, no conculca el derecho a un Tribunal independiente e imparcial, de lo que se desprende, a sensu contrario, que si la intervención no es moderada, sí se conculca el derecho fundamental.

No han faltado pronunciamientos que han venido a considerar que el referido precepto de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no se conjuga bien con la Constitución Española y así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1993 entendía que, si bien desde un punto de vista procesal esta posibilidad es perfectamente válida, una lectura constitucional del precepto conduciría a considerar dicha prueba como obtenida con violación de derechos fundamentales, ya que convierte al Tribunal en acusador o en defensor según la prueba acordada sea de cargo o de descargo. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1998, señalaba que

“en la propia promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal decía la luminosa Exposición de Motivos que “los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos,

retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates". Y, en otro lugar dice: "Resulta que puede, sin peligro de los intereses públicos y particulares, ceñirse el Tribunal al ejercicio de una sola atribución, la de fallar como Juez imparcial del campo..." Como ha señalado la sentencia 2706/93, de 1 de diciembre, la excepción 2ª del artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al artículo 728 de la misma normativa "una lectura constitucional del precepto conduciría a considerar dicha prueba como obtenida con violación de derechos fundamentales con la sanción de privación de efectos que impone el artículo 11 de la LOPJ". Ya hubo sobre esta facultad del artículo 729.2º encontradas opiniones de los comentaristas clásicos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que deben inclinarse actualmente a favor de su inanidad por exigencia del acusatorio y del mayor rigor garantista que inspira al vigente texto constitucional. Se advierte en dicha facultad, sin gran esfuerzo argumentativo, contradicción con el principio acusatorio que gobierna el proceso penal porque su ejercicio convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo."

La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1994, sin embargo, distingue dentro de las preguntas que puede formular el Tribunal, en cuanto a la posible vulneración de derechos fundamentales, según que la pregunta sea para aclarar los hechos objeto de debate o por el contrario suponga la incorporación de nuevos hechos, señalando que, en el primer caso, el Presidente podrá formular preguntas complementarias de las efectuadas por las partes con la finalidad de obtener una mejor comprensión de lo declarado, sin que ello comprometa la imparcialidad del Tribunal ni el principio acusatorio.

Con mayor precisión, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996 entiende que es preciso distinguir entre la carga de la prueba y el impulso probatorio, que no debe dirigirse nunca a probar la existencia o inexistencia de un hecho, sino simplemente a comprobar si la prueba sobre los hechos es fiable o no desde la perspectiva del artículo 741 LECrim. Pues bien, será en el ámbito del impulso probatorio donde habrá que residenciar y restringir la facultad prevista en el artículo 729 LECrim para su adaptación a las previsiones constitucionales.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional 229/2003, de 18 de diciembre (caso Liaño), entiende que la garantía de la imparcialidad del Tribunal exige que con su actitud, el Juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta, lo que no ocurre cuando las preguntas versan sobre hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la credibilidad de las pruebas propuestas por las partes, debiendo analizarse cada caso concreto en su contexto para determinar la posible vulneración de derechos constitucionales.

4.4 LECTURA DE DECLARACIONES PRESTADAS EN INSTRUCCIÓN

Como sabemos, el artículo 730 de la LECrim permite al Tribunal valorar las declaraciones prestadas en fase de instrucción, previa lectura de las mismas, en los supuestos de imposible práctica del testimonio en el acto del juicio oral. Por su parte, la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, admite la valoración de las declaraciones sumariales de éstos, en los términos que establece la propia Ley, al señalar en su artículo 4.5 que *"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 Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien las prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.”

Interpretando el artículo 730, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1991, 13 de junio de 1992 y 1234/1997 de 6 de octubre, establecían que el Tribunal, con carácter excepcional, podría tomar en consideración las declaraciones testificales obrantes en el sumario previa lectura de las mismas en el acto del juicio oral, en los casos en los que el testigo hubiera fallecido, se encontrare fuera de la jurisdicción del Tribunal no siendo factible su comparecencia, o fuera imposible su localización por desconocimiento de su paradero (sentencias 924/1995 de 25 de septiembre, 198/1997 de 18 de febrero y 209/1998 de 16 de febrero). En todos estos supuestos era condición indispensable para su validez, que las declaraciones hubieran sido prestadas de manera inobjetable. La sentencia 123/1993 de 5 de mayo, en el mismo sentido, señalaba que en los casos en los que un testigo no hubiera sido hallado, sus declaraciones prestadas ante el Juzgado de Instrucción, podrían ser tenidas en cuenta como prueba documental por medio del procedimiento previsto en el artículo 730.

Esta doctrina fue también amparada por el Tribunal Constitucional (STC 101/85 y 137/88, entre otras) señalando que *"estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancias de las garantías necesarias para la defensa"*, así como también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en la sentencia de 19 de febrero de 1991 (Caso Isgró) no consideró violación del Convenio Europeo la toma en consideración de declaraciones sumariales de un testigo ilocalizable para el juicio oral, teniendo en cuenta que esas declaraciones fueron realizadas ante un Magistrado cuya imparcialidad no fue puesta en duda.

El criterio general que sienta este precepto y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, se extiende a los supuestos de testigos residentes en el extranjero (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1984 y 21 de septiembre de 1989) o a aquellos que no han podido ser localizados por haber cambiado de domicilio siempre que, en este caso, se hubieran practicado todas las diligencias policiales posibles tendentes a su localización (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1992, 10 de mayo de 1994 y 19 de enero de 1995).

Únicamente resta por señalar la necesidad de cumplir un importante requisito formal para la validez de la prueba así producida, como es la exigencia de que las declaraciones sean introducidas en el acto del juicio oral por medio de su lectura, habiendo señalado alguna sentencia, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 126/2004, de 6 febrero, que no es necesaria la lectura, bastando con que aparezca introducida en el debate la declaración de alguna forma, como puede ser en el propio interrogatorio formulado al testigo, toda vez que parece excesivo –señala la Sala Segunda- someter la validez de una prueba a tal exigencia formal (en el mismo sentido sentencia del Tribunal Constitucional 80/2003 de 28 de abril). En definitiva, de lo que se trata es de garantizar el derecho de defensa evitando que se pueda producir indefensión, de lo que deriva la

necesidad de que la declaración prestada en instrucción se haya llevado a cabo con todas las garantías y, entre ellas, con intervención de todas las partes (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1991 y 25 de septiembre de 1995, así como Auto de 12 de noviembre de 1997), bien entendido que, como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 200/96 de 3 de diciembre, *"lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, lo que conlleva ciertamente la necesidad de que a dicho interrogatorio sean citadas la totalidad de las partes personadas (hasta ese momento) que puedan verse inculpado por las declaraciones...."*.

5. LA VALORACION DEL TESTIMONIO

A pesar de que el proceso penal se rige por el principio de la libre valoración de la prueba que consagra el artículo 741 LECrim, cada vez con mayor frecuencia nuestra doctrina jurisprudencial ha venido sentando reglas de interpretación que vienen a encorsetar la propia valoración de los Tribunales dentro de límites y criterios precisos que, por otro lado, dotan de una mayor certidumbre a la difícil tarea de valorar la prueba que tienen encomendada los Tribunales.

5.1 TACHA DE TESTIGOS

En el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, no existe la posibilidad de excluir determinados testigos en virtud de sus circunstancias personales o su relación con las partes acusadoras o acusadas. Por el contrario, toda persona que haya tenido algún tipo de conocimiento acerca del hecho que constituye el objeto del proceso, es apta para testificar, debiendo luego el Tribunal, conforme al principio de la libre valoración de la prueba que consagra el artículo 741 de la LECrim, atribuir una mayor o menor credibilidad al testimonio, a tenor de esas circunstancias personales o relaciones que puedan concurrir en cada testigo. De esta manera, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1989 señala que *"el sistema de apreciación en conciencia de la prueba en el proceso penal establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se manifiesta, en el caso de la testifical y frente a lo que ocurre en el proceso civil, por la ausencia de incapacidades legales y tachas."*

En parecidos términos se pronuncia también la sentencia del Tribunal Supremo 1219/2004, de 10 de diciembre, considerando que un incidente de tacha de testigos en el proceso penal resultaría incompatible con el principio de la libre valoración de la prueba que establece el artículo 741 de la LECrim. La sentencia del Tribunal Constitucional 52/2004, de 13 de abril, por su parte, entiende que es preciso no confundir la valoración de la credibilidad del testigo –proceso en el que deberán ponderarse las relaciones del testigo con las partes-, actividad necesariamente posterior a la práctica de la prueba, con una inexistente tacha de testigos que, necesariamente anterior a la práctica de la prueba, implicaría una presunción de falsedad del testigo absolutamente incompatible con el deber de veracidad que el ordenamiento jurídico impone a los testigos, con posibilidad de incurrir en infracción penal en caso de incumplimiento.

Como consecuencia de lo anterior y con carácter general, toda persona es, en principio, apta para declarar como testigo, estando encomendado posteriormente al proceso de valoración de la prueba por parte del Tribunal, la criba o depuración de posibles inferencias en la credibilidad del testigo que pudieran derivar de sus circunstancias personales o de sus relaciones con las partes.

5.2 EL TESTIMONIO DEL MENOR DE EDAD

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que el artículo 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece exigencias para que los menores de 14 años puedan declarar como testigos (que a juicio del Tribunal posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente), el sistema de libre valoración de la prueba que preside el proceso penal impide el establecimiento de límite alguno, por lo que, en principio, cualquier menor de edad puede intervenir como testigo en un proceso penal, siendo un medio probatorio válido para desvirtuar la presunción de inocencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1992 y 5 de abril de 1994)

Admitido el testimonio de los menores de edad como diligencia de prueba válida, su práctica genera graves problemas en los casos en los que se trate de menores víctimas de agresiones sexuales que son citados a declarar contra su agresor y, especialmente, cuanto menor es la edad del testigo. En estos casos se produce un importante conflicto de intereses entre los derechos del niño, que con esta declaración será sometido nuevamente a un proceso de victimización secundaria cuya evitación exigiría la omisión de esa nueva declaración ante el Tribunal o llevarla a cabo en circunstancias especiales y el derecho de defensa del acusado, que exige la posibilidad de poder contradecir el testimonio del menor víctima a través de un interrogatorio directo.

En este punto, nuestra doctrina jurisprudencial ha experimentado una interesante evolución que va desde las posturas que, no obstante reconocer la existencia del conflicto, venían a exigir la declaración del menor en el juicio oral, a las posiciones más modernas, que admiten otras soluciones menos traumáticas con el menor e igualmente respetuosas con el derecho de defensa del acusado. Así, entre las primeras, podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo 1945/2003, de 21 de noviembre, que señalaba

“Siendo unánimemente reconocida la necesidad de tutelar eficazmente la indemnidad sexual de los menores, así como la de minimizar los efectos negativos de su ineludible intervención en el proceso, adoptando para ello las necesarias cautelas, ha de convenirse también en que estos objetivos no pueden alcanzarse a través de la creación de un modelo procesal excepcional, de carácter cuasi-inquisitorial, en el que se prescinda de la inmediación y de la contradicción, o se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba, con las precauciones que se estimen procedentes, desequilibrando con ello la balanza del proceso en favor de la acusación, única parte a quien se permite dicho acceso, sin posibilidad de contradicción. La justicia penal no puede obtenerse a cualquier precio, y por relevante que sea el bien jurídico que pretenda tutelarse, en ningún caso puede justificar el prescindir de las garantías fundamentales del derecho de defensa, que constituyen las bases esenciales de nuestro sistema jurídico.”

Como muestra de las segundas, destacamos la STS 1274/2011, de 29 de noviembre (recurso 644/2011, ponente Diego Ramos Gancedo) que desestima la casación pretendida contra una sentencia en la que no se admitió como prueba en el acto del juicio oral la declaración de un menor de edad que, en fase de instrucción, fue grabada en vídeo ante el Juez de Instrucción y con presencia y participación activa de los letrados defensores de los acusados, siendo posteriormente reproducido ese vídeo en el acto del juicio oral. Entre otros extremos destaca la Sala que, ni después de la visualización del vídeo en el acto del juicio oral, ni tampoco en el escrito de interposición del recurso de casación, se señalaba por el recurrente qué preguntas podrían haberse formulado al menor en el acto de la vista oral que no hubieran sido formuladas en la diligencia de preconstitución de la prueba, de lo que podía desprenderse la inexistencia de indefensión real a la parte, al no suponer la incomparecencia del menor en el juicio un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa. Se cita, además, la interesante sentencia del Tribunal Constitucional 174/2011, de 7 de noviembre (recurso de amparo nº 10202/2009), en la que el Tribunal Constitucional señala que en casos de víctimas menores de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, permitiendo incluso su ausencia en el acto del juicio oral para ser interrogado, siempre que tales cautelas sean compatibles con el ejercicio del derecho de defensa por parte del acusado y debiendo para ello el Tribunal adoptar las medidas necesarias que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que pudieran derivar de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral, concretando además que

“En definitiva, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han sido citados indica que la protección del interés del menor de edad que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio. El mismo puede llevarse a efecto a través de un experto (ajeno o no a los órganos del Estado encargados de la investigación) que deberá encauzar su exploración conforme a las pautas que se le hayan indicado; puede llevarse a cabo evitando la confrontación visual con el acusado (mediante dispositivos físicos de separación o la utilización de videoconferencia o cualquier otro medio técnico de comunicación a distancia); si la presencia en juicio del menor quiere ser evitada, la exploración previa habrá de ser grabada, a fin de que el Tribunal del juicio pueda observar su desarrollo, y en todo caso, habrá de darse a la defensa la posibilidad de presenciar dicha exploración y dirigir directa o indirectamente, a través del experto, las preguntas o aclaraciones que entienda precisas para su defensa, bien en el momento de realizarse la exploración, bien en un momento posterior. De esta manera, es posible evitar reiteraciones y confrontaciones innecesarias y, al mismo tiempo, es posible someter las manifestaciones del menor que incriminan al acusado a una contradicción suficiente, que equilibra su posición en el proceso”.

5.3 LA DEFICIENCIA MENTAL DEL TESTIGO

Lejos de lo que pudiera parecer, el padecimiento de una minusvalía mental por parte de un testigo no tiene por qué erigirse como obstáculo o límite alguno que pudiera venir a condicionar su testimonio. Nuevamente aquí es preciso recordar y partir del principio de la libre valoración de la prueba que determinará que sea el Tribunal el que, partiendo de la capacidad mental del testigo, del contenido de su testimonio y de la dificultad para comunicar la experiencia vivida en relación con su capacidad mental, lleve a cabo esa valoración de la prueba. De esta manera, nuestra jurisprudencia ha señalado acertadamente que el Tribunal deberá valorar la capacidad informativa del testigo sobre la base de simples percepciones sensoriales, pudiendo ser admitido y valorado

perfectamente el testimonio del deficiente psíquico que presenta esa mínima capacidad de percepción sensorial. Igualmente ha señalado la jurisprudencia que el deficiente mental puede transmitir información suficiente para la fijación histórica de los hechos acaecidos, siendo facultad exclusiva del Tribunal de instancia la valoración de ese testimonio en cada caso y en relación a cada tipo delictivo concreto, en virtud de la inmediación (sentencias Tribunal Supremo de 6 de abril de 1992, 4 de febrero de 1991 y 24 de enero de 1994). De este modo, parece evidente que el deficiente psíquico podría transmitir información valiosa para el Tribunal en relación con un asesinato acaecido en mitad de la calle que el testigo hubiera podido presenciar, mientras que su capacidad estaría mucho más restringida para testificar en relación con una compleja estafa bancaria.

En cuanto a la posibilidad de la demencia sobrevenida del testigo que no se encuentra en condiciones mentales adecuadas en el momento del juicio oral, entendemos que sería uno de los supuestos que vendría a justificar el recurso a la lectura de sus declaraciones prestadas durante la fase de instrucción, al amparo de lo previsto en el artículo 730 LECrim.

5.4 EL TESTIMONIO DE REFERENCIA

El testimonio de referencia aparece admitido como una prueba válida en el artículo 710 de nuestra LECrim. Ello no obstante, la vigencia de la Constitución y los Derechos Fundamentales en ella consagrados, motivó que surgieran algunas voces que ponían en duda la legalidad de este medio de prueba, hasta que la sentencia del Tribunal Constitucional 217/1989, de 21 de diciembre, vino a señalar que *“la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra”*, (en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 131/1997 de 15 de julio). Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional ha señalado -sentencia 146/2003, de 14 de julio-, que la validez de este medio de prueba está condicionada al respeto del derecho de defensa, de tal modo que no sería admisible en aquellos casos en los que el recurso al testimonio de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo. Además, también ha venido exigiendo nuestro Tribunal Constitucional la necesidad de que concurran otras pruebas válidas para enervar la presunción de inocencia, no admitiendo la condena con fundamento exclusivo en el testimonio de referencia (STC 68/2002, de 21 de marzo), consagrando así, de esta forma, la doctrina del TEDH (Sentencias TEDH de 19 de diciembre de 1990, caso Delta c. Francia, ap. 37; 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, ap. 35; 26 de abril de 1991, caso Asch c. Austria, ap. 28; 28 de agosto de 1992, caso Artner c. Austria, ap. 22-24; y 14 de diciembre de 1999, caso A.M. c. Italia, ap. 25).

El Tribunal Supremo, por su parte -Sentencia 1061/2004, de 28 de septiembre-, vino a señalar que el testimonio de referencia, por sí solo, podía llegar a ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, en los supuestos de prueba sumarial anticipada o imposibilidad de asistencia al juicio oral del testigo directo, mientras que en el resto de los casos, no dejaría de ser una prueba más a valorar por el Tribunal.

Se ha pronunciado también la jurisprudencia acerca de la naturaleza de esta clase de prueba, destacando que no tiene por qué considerarse una prueba indirecta, ya que como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 217/1989, de 21 de diciembre, “...*el testimonio de referencia puede tener distintos grados según que el testigo narre lo que personalmente escuchó y percibió –auditio propio–, o lo que otra tercera persona le comunicó –auditio alieno–, y que, en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa*”. En el caso enjuiciado, el Tribunal consideró suficiente prueba de cargo la declaración del agente de la policía que había intervenido en la detención de los acusados que habían sido identificados a su presencia por el denunciante extranjero momentos antes de procederse a su detención. El Tribunal consideró que la declaración del policía constituía prueba directa e inmediata del hecho de la detención y prueba de referencia en lo relativo a la identificación y reconocimiento que hizo el denunciante. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999, señalaba que se trata de una prueba directa respecto de lo que el testigo conoce y no de un mero indicio que tiene que ser complementado con otros de carácter coincidente.

Como antes señalábamos, la plena aptitud probatoria del testimonio de referencia aparece condicionada a la imposibilidad de citación del testigo directo y así, vemos como el Tribunal Constitucional no admitió como válido el testimonio de referencia en la sentencia 97/1999, de 31 de mayo, en que la condena se fundamentó en el testimonio del policía que practicó la detención, al cual el denunciante había manifestado que ese detenido, se trataba de la persona que momentos antes le había agredido, sin haberse citado a juicio al mencionado denunciante, perfectamente localizado. En el mismo sentido, la sentencia 7/1999 de 8 de febrero, anulaba el testimonio de referencia de los policías que presenciaron el reconocimiento fotográfico del acusado por parte de la víctima, sin que ésta fuera citada a juicio a pesar de su perfecta localización. Por el contrario, sí se ha admitido el testimonio de referencia en supuestos en los que, no resultando imposible la citación del testigo directo al acto del juicio, sí resultaba extraordinariamente dificultoso o gravoso (Sentencia del Tribunal Supremo 701/2004, de 21 de mayo y Sentencia del Tribunal Constitucional 209/2001, de 22 de octubre).

Como supuestos concretos en los que cabría admitir el testimonio de referencia como prueba de cargo única, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992 las manifestaciones previas a la muerte de la víctima de un homicidio o los supuestos de persecución de delincuencia grave y organizada, que dificulta la consecución de testigos directos. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1995 se refiere a casos en los que el testigo directo ha fallecido o se encuentra en paradero desconocido, o cuando reside en el extranjero y no viene a juicio, pese a estar citado (al no haber medio legal para obligarle a comparecer ante el Tribunal). La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1996, admitió el testimonio de referencia en un supuesto en el que el testigo directo tenía problemas de drogadicción y escasa o nula estabilidad familiar, social y laboral, lo que hacía prever que no comparecería a juicio, con el riesgo de una mayor demora en el proceso y la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2003, de 27 de febrero, en el caso de una víctima de corta edad. Finalmente merece destacarse también la Sentencia del Tribunal Supremo 1215/2006, de 4 de diciembre que admitió como testimonios de referencia los

de los Policías que recibieron la declaración y el Letrado que asistió al imputado en su declaración policial.

5.5 EL TESTIMONIO ÚNICO

El testimonio de la víctima como única prueba de cargo puede ser por sí solo suficiente para enervar la presunción de inocencia, como así ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial, que ya en sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993 admitía esa posibilidad, si bien siempre que el Tribunal de instancia valorara y ponderara con mesura y discreción las circunstancias concurrentes en el caso, eliminando de la declaración la fabulación y los puros móviles de venganza, resentimiento y otros similares. Ahora bien, existe una consolidada doctrina jurisprudencial (STC 201/1989, 173/1990, 229/1991 y 195/2002, de 28 de octubre y STS de 27 de julio de 1996, 24 de mayo de 1996, 13 de mayo de 1996, 3 de abril de 1996 y 1796/2002, de 25 de octubre, entre otras), que viene estableciendo tres importantes requisitos que han de ser valorados en orden a apreciar la credibilidad del testigo: 1) ausencia de incredibilidad derivada de las relaciones procesado-víctima que permitieran deducir la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad, 2) verosimilitud, que significa que el testimonio debe estar corroborado por datos objetivos que lo doten de aptitud probatoria y 3) persistencia en la incriminación, que ha de ser prolongada en el tiempo, plural y sin ambigüedades, ni contradicciones.

Estos requisitos son desarrollados detalladamente en la sentencia del Tribunal Supremo 1222/2003, de 29 de septiembre, cuando señala que

“entre otras, en sentencias de 21 de septiembre de 2000 y de 5 de mayo de 2003, viene declarando de manera constante y reiterada que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia (Sentencias de 5 de marzo, 25 de abril , 5 y 11 de mayo de 1994, entre otras muchas). Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presencié dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad, que como señala la Sentencia de 19 de febrero de 2000, son: A) Ausencia de incredibilidad subjetiva, que pudiera resultar de sus características o de sus circunstancias personales. En este punto dos son los aspectos subjetivos relevantes: a) Sus propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez (doctrina que se proyecta para el caso de menores), y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades, como el alcoholismo o la drogadicción. b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar tampoco que, aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones (Sentencia de 11 de mayo de 1994). B) Verosimilitud del testimonio, basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone: a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación

subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera. C) Persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones. Este factor de ponderación supone: a) Persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable «no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones» (Sentencia de 18 de junio de 1998). b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar. c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes. Debe recordarse en todo caso que no se trata de condiciones objetivas de validez de la prueba sino de criterios o parámetros a los que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable, y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que esos factores de razonabilidad valorativos representan.»

Ahora bien, también se ha declarado –STS 224/2005, de 24 febrero–, que no es necesario que estos requisitos concurren conjuntamente, siendo preciso valorar en cada caso las circunstancias concurrentes y así, por lo que a la enemistad se refiere, “...la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles, es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas, que aún teniendo esas características tienen solidez firmeza y veracidad objetiva”. Efectivamente, el principio de la libre valoración de la prueba que rige nuestro proceso penal (artículo 741 de la LECrim) impide que la valoración del Tribunal pueda verse encorsetada dentro de rígidos estándares aunque, al mismo tiempo, se exige una especial motivación acerca de las conclusiones probatorias a las que pudiera llegarse. En el caso del testimonio de la víctima como única prueba de cargo, podrá el mismo desvirtuar la presunción de inocencia siempre que, como señala la STS 1271/2004, de 8 de noviembre, se lleve a cabo una cuidada y prudente valoración por el Tribunal sentenciador, debiendo ponderar su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa.

5.6 CONTRADICCIONES CON LAS DECLARACIONES PRESTADAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN

El artículo 714 de la LECrim prevé que cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones observe.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido dos exigencias esenciales para hacer efectiva la previsión del artículo 714: que las declaraciones prestadas en fase de instrucción hayan sido practicadas con la observancia de las correspondientes normas procesales y que, genéricamente consideradas, es decir, no en sus detalles específicos, hayan sido incorporadas al debate del plenario de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre esos extremos (STS de 22 de febrero de 1993, 27 de abril de 1993, 9 de octubre de 1993 o 24 de marzo de 1994, entre otras).

Acerca de la necesidad o no de la efectiva lectura de las declaraciones prestadas en instrucción, existió una primera línea jurisprudencial que parecía exigir dicha lectura, sin que fueran válidos simples formalismos de uso forense de tenerla por reproducida (SSTC 137/1988, de 7 de julio y 107/1989 de 8 de junio), si bien es cierto que dicha exigencia se hacía descansar en la necesidad de garantizar la efectiva contradicción y el debate en condiciones de inmediación, oralidad y publicidad. Precisamente por ello, se ha podido llegar a posiciones menos formalistas, que permiten garantizar de igual modo esa necesaria y efectiva contradicción, señalando la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997, que basta con que *“... en el desarrollo del juicio se contengan referencias a lo expresado por testigos o acusados en sus comparecencias ante policía y Juez instructor; lo que puede deducirse, incluso, del propio contenido de las preguntas o respuestas reflejadas en el acta del juicio. No imperando un riguroso criterio formalista y siendo lo importante que las originarias declaraciones queden introducidas en el mecanismo contradictorio o debate propio del juicio oral.”*

Otro de los problemas que ha resultado resuelto por nuestra doctrina jurisprudencial es el relativo a la posible falta de contradicción cuando a las declaraciones prestadas en fase de instrucción que posteriormente se traen al plenario, no asiste el abogado defensor, no pudiendo participar en esa declaración con un interrogatorio contradictorio. En estos casos, la validez de la posibilidad que regula el artículo 714 LECrim deriva de la circunstancia de que, como señala la STS 1694/2003, de 11 de diciembre, el derecho a interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface posibilitando que la defensa tenga una oportunidad de discutir el testimonio dado en su contra e interrogar a su autor, bien en el momento de esa declaración, o bien en un momento posterior, en este caso, en el acto del juicio oral, doctrina ésta que aparece recogida en numerosas sentencias del TEDH, como son las de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso Saïdi c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, § 40, así como en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (STC 57/2002, de 11 de marzo).

Se ha señalado también por la doctrina jurisprudencial (por todas, STS 113/2003 de 30 de enero), que la introducción de una declaración prestada en fase de instrucción por la vía del artículo 714 de la LECrim, no permite al Tribunal, sin más y de manera omnímoda, optar por una u otra, sin mayores exigencias, sino que, por el contrario, cuando se opta por la declaración prestada en fase de instrucción y toda vez que en ésta faltaría el requisito de la inmediación, deberá el Tribunal justificar, de un lado, la verosimilitud objetiva de dicha declaración, en virtud de su corroboración por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios y de otro, las razones que le han llevado a inclinarse por una versión y no por otra, mediante una específica

fundamentación de este extremo. Quizá sea este el motivo, también, de que dicha valoración, la que opta por las declaraciones prestadas en la fase de instrucción frente a las del plenario, sea facultad exclusiva del Tribunal de Instancia, no pudiendo hacer uso de esta facultad por vía de recurso otro Tribunal distinto del que conoció del juicio (SSTS de 29 de noviembre de 1989, 11 de abril y 18 de mayo de 1990 y 11 de julio de 1990, entre otras).

Es preciso también recalcar que el artículo 714 LECrim hace referencia a la posible contradicción con las declaraciones prestadas en el sumario, lo que ha servido de fundamento a nuestros Tribunales para excluir de la posible valoración por el Tribunal mediante su lectura en el plenario, las declaraciones prestadas en sede policial que, como tales, nunca pueden ser consideradas como declaraciones sumariales (entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1993 y del Tribunal Constitucional 209/2003, de 1 de diciembre), argumento éste que, sin embargo, no ha servido para excluir de la aplicación del artículo 714 a las declaraciones prestadas ante el Fiscal de menores que, conforme a lo previsto en la STC 209/2003, de 1 de diciembre, pueden ser valoradas por el Tribunal en casos de contradicción con lo declarado en el plenario y conforme al artículo 714 de la LECrim.

Por último, es preciso señalar que la previsión específica del artículo 714 de la LECrim, ha sido extendida por nuestros Tribunales a dos supuestos distintos de los previstos expresamente. Por un lado, se ha señalado que a pesar de que el referido artículo confiere la facultad de instar la lectura de las declaraciones prestadas en fase de instrucción únicamente a las partes, también puede ser ejercida dicha facultad de oficio por el Tribunal (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996 y del Tribunal Constitucional 98/1990, de 20 junio). Por otro lado, se ha interpretado también que esta facultad, literalmente prevista para los testigos, puede ser también aplicada extensivamente a los acusados (sentencia del Tribunal Supremo de 8 noviembre 1991).

5.7 TESTIGOS CON CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES

Nos referiremos, por último, dentro de este apartado, a aquellos testigos que presentan alguna circunstancia excepcional, bien por su condición personal o bien por su relación con el objeto del proceso, lo que ha determinado la existencia de pronunciamientos jurisprudenciales específicos.

En primer lugar, cabe hacer referencia al posible testimonio de Jueces y Fiscales. En estos casos, como bien señala la STS 407/1997, de 24 de marzo, podrán prestar declaración como testigos acerca de hechos de los que hubieran tenido conocimiento al margen de su función pública, pero no sobre hechos que conocieran por razón de su cargo o sobre los que hubiesen dictado resoluciones ya que, para acreditar lo que resulte de determinadas actuaciones jurisdiccionales, ha de acudir a otros medios de prueba.

En el caso del testimonio prestado por parientes de alguna de las partes interesadas (acusado o víctima, por ejemplo), nada impide su valoración por el Tribunal, que no podrá presumir la parcialidad o falsedad de sus testimonios, eso sí, con la obligación de razonar y fundamentar en la sentencia que se dicte la credibilidad que se les ha otorgado y las razones de la misma que, lógicamente, deberán estar enlazadas con el caso concreto planteado (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999)

Es posible también que el testigo pueda ostentar, al mismo tiempo, otra posición procesal, como la de intérprete o la de perito, convirtiéndose entonces en testigo-intérprete o testigo-perito. Esto ocurrirá en aquellos casos en los que el sujeto, además de su intervención procesal en calidad de intérprete o perito, haya podido tener conocimiento directo de los hechos objeto de procedimiento. Así ocurre, por ejemplo, con el intérprete, respecto de los hechos que pudieron ocurrir durante su intervención como tal en el proceso, si es que tienen relevancia jurídica o con el Agente Policial investigador, que a su condición de testigo de los hechos investigados, une la condición de perito, cuando elabora algún informe técnico policial, como ocurre muchas veces, por ejemplo, en el caso de las investigaciones por delitos cometidos a través de internet llevadas a cabo por las unidades policiales especializadas. En estos casos, como señala la sentencia Tribunal Supremo 1511/2003, de 17 de noviembre, ambas posiciones procesales son perfectamente compatibles, sin que la imparcialidad de la declaración testifical se vea, en principio, en lo más mínima empañada por la actuación simultánea como intérprete o perito.

Por último, cabe referirse también a los informes periciales acerca de la credibilidad del testigo, utilizados especialmente en los supuestos de testigos menores de edad víctimas de agresiones sexuales. Estos informes suelen ser de gran ayuda en supuestos especialmente complejos, en los que el testimonio del menor se presenta como única o esencial prueba de los hechos y en los que la valoración de su credibilidad no suele ser fácil, aportando los peritos interesantes datos científicos que pueden resultar muy valiosos o determinantes para conocer si el menor está mintiendo o diciendo la verdad. La importancia de estos informes, sin embargo, nunca debe sustituir a la valoración de la prueba por parte del Tribunal, último responsable de la exteriorización de los criterios que hayan sido tenidos en cuenta para fundamentar una sentencia en ese testimonio. Así, señala la Sentencia del Tribunal Supremo 949/2005, de 20 de julio, que deberá ser el propio Tribunal quien valore la declaración del menor a su presencia, razonando en la sentencia su credibilidad, “... de la que el grado de verosimilitud de su narración, informado pericialmente, no será sino un componente más de los que habrá de tener en cuenta”, concluyendo que lo verdaderamente determinante será la racionalidad del argumento que recoja la sentencia condenatoria (en el mismo sentido, las SSTs 224/2005 de 24 de febrero, y 108/2005, de 31 de enero).

6. INCIDENCIAS EN LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO

6.1 INCOMUNICACIÓN DE TESTIGOS

El artículo 704 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanezcan hasta tal momento en un local a propósito, sin que puedan comunicarse con los que ya hubiesen declarado ni con otras personas. Ahora bien, este precepto no puede nunca ser interpretado como una norma prohibitiva sino como una disposición legal dirigida al Tribunal y encaminada a reforzar la credibilidad del testigo. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1989 considera que este artículo no prohíbe el testimonio de una persona respecto de la cual no se haya observado la previsión legal, ni mucho menos su valoración por el Tribunal que, conforme al artículo 741 de la LECrim, podrá valorar cualquier tipo de prueba practicada en el acto del juicio oral con la única exigencia de razonar y motivar su

conclusión valorativa, concluyendo que la única consecuencia que podría derivarse de la inobservancia del artículo 704 LECrim, sería una hipotética minoración de la credibilidad del testigo.

La necesidad de que los testigos que todavía no han declarado ante el Tribunal no se comuniquen con los que sí lo han hecho descansa, lógicamente, en la finalidad de preservar a los primeros de toda contaminación que pudieran sufrir como consecuencia de lo que los segundos pudieran contarles. De esta forma, la coincidencia o contradicción entre los testimonios de los distintos testigos, dejaría de ser un argumento y razón de peso en la valoración de su credibilidad en el caso de que hubieran podido comunicarse después de practicado el interrogatorio de alguno de ellos. Para evitar esta posible contaminación, suelen los Tribunales hacer permanecer a los testigos ya interrogados en la Sala hasta que declara el último de los propuestos, sin que dicha forma de actuar pueda convertirse en una especie de detención contra la voluntad del testigo que desee abandonar el Tribunal, sobre todo, si se toma alguna medida adicional para evitar la contaminación de los testigos pendientes, como podría ser la obligación de abandonar el edificio judicial por parte del que quiere marcharse. Este es el supuesto que aborda la sentencia del Tribunal Supremo 1676/2002 de 21 de noviembre, que rechaza la pretensión del Letrado defensor que pretendió que la Sala retuviera contra su voluntad a un testigo que ya había declarado.

6.2 TESTIGOS OCULTOS A LA VISTA PERO OÍDOS POR LAS PARTES

La limitación de la confrontación visual de los testigos con las partes y, en particular, con el acusado, aparece regulada en nuestro ordenamiento jurídico en diversos supuestos, particularmente, cuando se trata del interrogatorio de menores de edad y en aquellos casos en los que la medida tiene por finalidad la protección del testigo. No cabe ninguna duda de que la medida, además de incrementar la seguridad del testigo frente a posibles represalias del acusado en los casos en los que su identidad aparece preservada, tiene la finalidad de impedir la presión que el acusado podría ejercer sobre el testigo mediante el acoso visual, lo que, en definitiva, viene a convertirse en una medida más para garantizar la credibilidad del testimonio. Ahora bien, tampoco podemos obviar que esta medida supone una limitación del derecho de defensa del acusado que, al perder la más completa intermediación con el testigo –tanto él como su Letrado–, puede ver de algún modo limitada su capacidad de interrogatorio, limitación que, no olvidemos, se fundamenta en la necesidad de garantizar el interés superior de la protección del testigo.

Ya mucho antes de su expresa previsión en nuestra LECrim, la medida había venido siendo aceptada por nuestros Tribunales que, acogiendo la doctrina del TEDH, habían venido señalando que únicamente la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos es lo que resultaría contrario a las exigencias derivadas del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994). Ahora bien, con la finalidad de garantizar los derechos del acusado, se estableció la necesidad de una previa resolución judicial motivada que fundamentara la medida, adoptándose a tal efecto el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2000, en los siguientes términos:

“a) Para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado b) del art.2º de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, es necesario que el Tribunal motive razonablemente su decisión. Y ello tanto vengán dispuestas medidas protectoras adoptadas ya en la instrucción (artículo 4º), como si tal medida se acuerda en el momento de la celebración del juicio oral. b) En este segundo caso, tal motivación es bastante con que se refleje en el propio acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro, dejando expuesto también lo que las partes consideren en relación con tal restricción a la publicidad del debate, así como el acatamiento o respetuosa protesta a la decisión adoptada por el Tribunal. c) La consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de tal motivación puede ser controlada casacionalmente, originando la nulidad del juicio oral con retroacción de actuaciones, para la celebración del mismo de nuevo con Tribunal formado por diferentes Magistrados”.

Nuestra doctrina jurisprudencial se ha llegado a pronunciar, incluso, respecto de la aplicación de estas limitaciones de confrontación visual en el caso de un procedimiento ante el Tribunal del Jurado, en el que por parte de la defensa se alegaba, entre otros motivos que, la circunstancia de haber rodeado al acusado de varios biombos para evitar la confrontación visual con tres testigos que se sentían amenazados por el acusado, pudo predeterminar una decisión del Jurado en contra del acusado, además de restringir la publicidad del proceso. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de febrero de 2000 señaló que, lo que podía influir en el juicio de culpabilidad de los miembros del jurado no fue la colocación de biombos alrededor del acusado, sino los propios hechos, esto es, las amenazas por parte del acusado y la actitud de temor de los testigos, añadiendo que las medidas adoptadas no limitaron la publicidad del juicio, ya que la publicidad consiste en el libre acceso del público a las sesiones del juicio, lo que no se impidió con las medidas adoptadas.

Finalmente, se ha señalado también que, el principio de contradicción, no resulta afectado por la ocultación de la identidad de un testigo, siempre que haya existido la posibilidad de interrogarlo por parte de la defensa, concretando la STS 1670/2002, de 18 de diciembre, que el principio de contradicción garantiza la posibilidad de que la defensa pueda interrogar a los testigos, pero no se extiende a conocer la identidad del declarante.

6.3 DECLARACIONES DE TESTIGOS SIN INTERVENCIÓN CONTRADICTORIA DE LA DEFENSA

La doctrina jurisprudencial ha negado valor a aquellas declaraciones testificales que han sido obtenidas sin intervención de la defensa y sin que a la defensa se le haya dado la posibilidad de contradecir dichas declaraciones en algún momento procesal. Así, por ejemplo, como ocurre en la sentencia del Tribunal Supremo 160/2004 de 13 de febrero de 2004, no será válida la entrada en el acervo probatorio del Tribunal de aquellas declaraciones testificales prestadas en fase de instrucción, sin que la defensa haya tenido posibilidad de interrogar al testigo que, por vía del artículo 714 ó 730 LECrim, son leídas en el acto del juicio oral, toda vez que se vulneraría el principio de contradicción generando de esta forma indefensión (en el mismo sentido el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia 2/2002 y el TEDH en sentencias de de 24 de noviembre de 1986, caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovsky c. Holanda, §. 41; de 27 de septiembre de 1990, caso Windisch c. Austria, §. 26; de 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, §. 34; de 20 de septiembre de 1993,

caso Saïdi c. Francia, §. 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso Luca c. Italia, §. 40).

Ahora bien, el respeto a los derechos fundamentales se produce, no solamente en los casos en los que haya existido una contradicción efectiva, sino también en todos aquellos en los que se haya dado una posibilidad de contradicción (por todas, SSTC 200/1996, de 3 diciembre, FJ3; 155/2002, de 22 julio FJ10; 344/2006, de 11 diciembre FJ4) es decir, en aquellos supuestos en los que la falta o déficit de contradicción, resulta imputable a la parte acusada o a su defensa (SSTC 187/2003, de 27 octubre FJ 4; 344/2006, de 11 de diciembre FJ4). Es decir, lo verdaderamente relevante para determinar si ha existido o no vulneración del principio de contradicción, viene determinado por la existencia o no de alguna posibilidad de que el imputado pudiera ejercitar esa contradicción y si existiendo ésta, no se utilizó por razones a él imputables.

Así, podemos encontrar resoluciones en las que no se admite la declaración sumarial introducida en el plenario en un supuesto en el que no asistió la defensa por no estar todavía personada en la causa (STC 1/2006, de 16 de enero); sí se admitió, sin embargo, dicha declaración, estimando el Tribunal que no se vulneró el principio de contradicción, en un supuesto en el que el imputado no intervino en el interrogatorio por causa a él imputable, al estar huido de la justicia. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que no se infringe el principio de contradicción en los casos en los que el acusado no intervino en el interrogatorio sumarial por no estar personado en la causa, toda vez que ningún reproche cabría hacer al proceder del órgano jurisdiccional (STS del 3 de julio del 2008 (Recurso: 1204/2007)), considerando que únicamente habrán de ser expulsadas del bagaje probatorio aquellas declaraciones cuando habiendo sido factible la comparecencia del defensor del acusado a la práctica de la diligencia testifical inculpatória, no le hubiera sido permitido comparecer.

7. EL ATESTADO POLICIAL Y EL TESTIMONIO DE FUNCIONARIOS POLICIALES

7.1 VALOR PROBATORIO DEL ATESTADO

Con carácter general, serán los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado quienes con mayor frecuencia aparezcan como testigos en los procesos penales, toda vez que el desarrollo de las funciones que les son propias les otorga una posición privilegiada para el conocimiento de los aspectos relacionados con el delito. Con el fin de proporcionar la máxima información acerca de los hechos investigados, generalmente, la actividad investigadora de la Policía Judicial viene complementada con un atestado en el que, conforme al artículo 292 LECrim, “...especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito”. Pues bien, la naturaleza y valor probatorio de este atestado aparece muchas veces confundida con la declaración testifical de los agentes policiales, pretendiendo otorgarle el valor de prueba a aquel, prescindiendo de la declaración de estos cuando, en realidad, el atestado comprende diversos aspectos que presentan diferente naturaleza procesal.

Existe una consolidada doctrina jurisprudencial acerca del valor probatorio del atestado policial, distinguiendo dentro del mismo diversos elementos con una relevancia diferente y así, ya desde la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1987 se venían haciendo las siguientes distinciones:

- a) Cuando se trate de opiniones o informes de los imputados, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y hayan gozado de la asistencia de Letrado, así como de declaraciones de testigos, diligencias de identificación o de reconocimiento y otras diligencias semejantes, tendrán el valor de simples denuncias, conforme a las previsiones del artículo 297 LECrim.
- b) Cuando se trate de dictámenes o de informes prestados por los gabinetes especializados de la Policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balística y otros análogos, tendrán, al menos, el valor de dictámenes periciales, estando condicionado su valoración probatoria a su introducción en el acto del juicio oral en la forma prevista en la LECrim (recuérdese que en estos casos, en el ámbito del procedimiento abreviado, el artículo 788 les atribuye el valor de prueba documental, sin perjuicio de su valoración como prueba pericial si declara el perito en el acto del juicio oral).
- c) Finalmente, tratándose de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la aprehensión in situ de los delincuentes, los supuestos en que éstos son sorprendidos en situación de flagrancia o cuasi flagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos estancados o prohibidos o el resultado de las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado, el valor que debe atribuírseles es el de verdaderas pruebas.

En consecuencia, podemos afirmar que las diligencias policiales contenidas en el atestado, en principio y con carácter general, no constituyen medios de prueba en sí mismos (sentencias del Tribunal Constitucional 31/1981 y 9/1984), teniendo únicamente el valor de simples denuncias (artículo 297 LECrim). Cuando estas diligencias policiales son reproducidas en el acto de la vista oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril y 137/1988 de 7 de julio). Finalmente, cuando dichas diligencias son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida (sentencias del Tribunal Constitucional 80/1986 y 37/1988), siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción (por todas, sentencia Tribunal Constitucional 62/1985 de 10 de mayo).

7.2 PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA JUDICIAL

La declaración testifical de los funcionarios de Policía Judicial viene gozando de una especial consideración y valoración por parte de los Tribunales en atención, lógicamente, al carácter profesional que rodea su actuación, desprovista de todo matiz personal que pudiera condicionar o limitar su credibilidad. Aunque, como venimos señalando, el principio de la libre valoración de la prueba que rige el proceso penal

impide establecer reglas cerradas de valoración, no cabe duda de que no resulta difícil justificar la fundamentación de una sentencia que otorgue credibilidad a un testimonio policial, entre otras razones, en consideración a la naturaleza profesional de su actuación. Así lo ha venido reconociendo la doctrina jurisprudencial desde antiguo (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1986 y 22 de abril de 1987), señalando que, en los delitos cuasi flagrantes o testimoniales, en los que se presenta como rasgo esencial la inseparable percepción directa de los funcionarios de la Policía Judicial y la presunción iuris tantum de credibilidad de los mismos que resulta del artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no acreditada la irrealidad de la constatación policialmente señalada, el dato ha de estimarse debidamente probado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2002, por su parte, consideró que la declaración testifical de los policías actuantes constituye prueba de cargo suficiente que impide declarar que se haya infringido el principio constitucional de presunción de inocencia, en un supuesto en el que se formulaba acusación por un delito contra la salud pública en el que los policías habían observado como el acusado recibía dinero a cambio de unos envoltorios que contenían sustancia estupefaciente.

En muchas ocasiones se intenta desvirtuar la declaración testifical de los policías intervinientes por la existencia de contradicciones entre esa declaración judicial y lo reflejado en el atestado policial incorporado al proceso. Frente a ello, la Sentencia del Tribunal Supremo 1772/2002, de 30 octubre, considera que deberá prevalecer siempre el valor testifical de las declaraciones de los agentes por encima del valor documental del atestado, entendiendo razonable el olvido de datos no esenciales para el enjuiciamiento por parte de los agentes.

8. LA VALORACIÓN DE TESTIMONIOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Existe una ya consolidada doctrina jurisprudencial que sostiene que la valoración de la prueba testifical, otorgando mayor o menor credibilidad a uno u otro testimonio, es facultad exclusiva del Tribunal a quo, como consecuencia lógica del principio de inmediación y, en este sentido, ya señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1997 que la valoración conjunta de la prueba practicada, a los efectos de desvirtuar la presunción de inocencia, es una potestad exclusiva del órgano judicial de la instancia que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración y de ahí que la función del Tribunal de apelación deba limitarse, en cuanto a la actividad probatoria, a verificar si hubo prueba de cargo, si la denegación de otras pruebas propuestas carecía de fundamento o si las inferencias lógicas que llevaron a deducir la culpabilidad del acusado fueron realizadas por los Jueces de forma no arbitraria, irracional o absurda, de acuerdo con la Constitución Española y la LECrim.

Por otro lado, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1995, no pueden revisarse las razones en virtud de las cuales se dio mayor credibilidad a un testimonio que a otro, de la misma o de distintas personas, siempre que tales declaraciones se hubieran practicado con observancia de los principios constitucionales y de legalidad ordinaria y que, genéricamente consideradas, hubieran sido incorporadas al

debate del plenario de manera que las partes hubieran tenido oportunidad de interrogar adecuadamente.

Pero si en la interpretación de esta doctrina jurisprudencial pudiera haber habido algún pronunciamiento contradictorio, la cuestión fue definitivamente saldada por la jurisprudencia constitucional, que vino a confirmar y ratificar hasta sus últimas consecuencias aquella corriente interpretativa, siendo muestra palpable de ello las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre y 200/2002, de 18 de octubre, entre otras, que vinieron a declarar la inaptitud del Tribunal de alzada para valorar nuevamente pruebas testificales sin la necesaria inmediación y contradicción.

Posteriormente, el desarrollo de esta doctrina jurisprudencial desembocó en la imposibilidad de modificar los hechos probados de una sentencia absolutoria que estuviera basada en la falta de credibilidad de los testigos, siendo así plasmado en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 11 de julio de 2003 y posteriormente desarrollado en numerosas sentencias (por todas, STS 453/2003, de 2 de septiembre).

En definitiva, como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1997 y 6 de febrero de 1998, en la revisión de la prueba testifical por vía de recurso, debe el Tribunal ceñirse a las reglas del criterio racional, distinguiendo un primer nivel de apreciación dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionada a la inmediación y ajeno, en consecuencia, al control por vía de recurso por un Tribunal Superior que no ha practicado la prueba, de un segundo nivel en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentación posterior que descarta o acepta determinados resultados probatorios aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo, es lo que sí puede ser revisada por vía de recurso, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias.