

EL ART. 708 LECRIM: UNA LIMITACIÓN INEXISTENTE AL INTERROGATORIO CRUZADO THE ARTICLE 708 LECRIM: A NON-EXISTENT LIMITATION TO THE CROSS-EXAMINATION

Jordi Nieva-Fenoll

Catedrático de Derecho procesal

Universitat de Barcelona

RESUMEN

La forma de celebrar los interrogatorios a testigos durante el proceso contra los líderes independentistas presentó una novedad insólita. Los abogados de la parte contraria a aquella que hubiera llamado al testigo solamente podrían preguntarle por la temática sobre la que hubiera preguntado el litigante que le trajo al proceso. La decisión, que posee algún precedente aislado en el Derecho comparado histórico, limitó muy relevantemente el ámbito de los interrogatorios, lo que abre serias dudas sobre su legitimidad en relación con la observancia del derecho de defensa, que resulta esencial para considerar que se han respetado las reglas del debido proceso. La cuestión es fundamental en cualquier proceso, pero en este caso cobra más relevancia, dado que se espera que las partes acaben acudiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como antes lo harán al Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE

Testifical, acusado, defensa, prueba.

ABSTRACT

The form to celebrate the interrogation of witnesses during the trial against the independence leaders introduced an unknown novelty. Lawyers from the contrary part of whom had called the witness could only ask about the reason why the litigant brought them to the procedure. The decision, with scarce remote precedents in historical comparative law, limited strongly the scope of the interrogations, what opens some serious doubts concerning the right of defense, which is also essential to consider that the rules of the due process have been respected. This is a fundamental point in any procedure, but especially in this one where there is likely the parts stand before the European Court of Human Rights, and prior to that before the Constitutional Court.

KEY WORDS

Witness, accused, defense, proof.

EL ART. 708 LECRIM: UNA LIMITACIÓN INEXISTENTE AL INTERROGATORIO CRUZADO

Jordi Nieva-Fenoll

Catedrático de Derecho procesal
Universitat de Barcelona

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes históricos del art. 708 LECrim. 3. La *cross-examination*. 4. La *cross-examination* y la psicología del testimonio. 5. Posible limitación a la *cross-examination*. 6. El principio de adquisición procesal. 7. La errónea formación del material probatorio. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 8. Utilidad general del interrogatorio. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los primeros días en los que se celebraron las pruebas testificales en la vista oral del denominado caso *procés*, escuchamos al magistrado presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo declarar que las preguntas formuladas por la parte contraria a aquella que había propuesto al testigo eran impertinentes si no iban referidas a los mismos temas sobre los que le hubiera preguntado la parte principal.

La limitación era insólita. Jamás se había escuchado en ninguna sala de justicia, al menos en España. El magistrado presidente justificó su postura alegando que su intención era que el interrogatorio no siguiera un devenir «zigzagueante», en el sentido de que, para respetar el derecho de contradicción de todos los litigantes, si la contraparte interrogaba sobre un nuevo tema, habría que darle la palabra de nuevo a la parte proponente del testigo, que a su vez podría ampliar el interrogatorio, y así sucesivamente de manera indefinida.

La justificación estaba amparada en una evidente hipérbole, que podía evitarse perfectamente restringiendo el *ius novorum* en la réplica, como ocurre —y lo veremos más abajo— en el *Common Law*. Pero más que por ello, quizás fue, como se ha dicho, el carácter inaudito de aquella restricción lo que sorprendió a todos los letrados presentes en la sala. Algunos hicieron constar su protesta por la decisión del tribunal, aunque después, durante el proceso, reivindicaron su vigencia en diversas ocasiones para limitar los interrogatorios

de los fiscales, por lo que podría decirse que la acabaron asumiendo, cosa que, en mi opinión, nunca debieron hacer. Sea como fuere, lo cierto es que se respiró la sensación de que el establecimiento de la limitación simplemente pretendía abreviar la duración del proceso.

De hecho, otra justificación que expuso el magistrado presidente fue que, si tanto interesaba la declaración de ese testigo a la contraparte, debía haberlo propuesto también ella, lo que no tenía sentido, toda vez que precisamente las partes se creían amparadas por el principio de adquisición procesal, como hasta entonces siempre había ocurrido, y porque, además, la relevancia de algunas cuestiones se descubre al oír la declaración principal y no antes, especialmente las que cuestionan la credibilidad del testigo, como después se explicará.

En estas líneas trataré de explicar por qué esta restricción fue, a mi juicio, completamente inadecuada, y expondré las consecuencias prácticas que la misma pudo tener en el proceso. Todo ello será ilustrado con el examen de la doctrina al respecto y, sobre todo, de la historia del precepto que dio lugar a la restricción.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 708 LECRIM

El art. 708 de la LECrim¹ es un precepto algo aislado y, sobre todo, anticuado², no reformado desde 1882 y que, en consecuencia, pertenece a otra época, como dejan entrever con toda claridad su redacción y sus antecedentes. Hasta el proceso que ahora nos ocupa, había sido utilizado sobre todo para permitir las preguntas que de oficio quisieran dirigir los jueces a los testigos, habiéndose siempre recomendado que se aplicara la moderación en el uso de este precepto, criterio que, por cierto, no comparto del todo, dado que, frente a la insuficiencia de un interrogatorio y ante la imperiosa necesidad del juez de conocer la realidad para dictar una sentencia justa, es perfectamente adecuado que el juzgador pueda dirigir preguntas a los testigos con carácter subsidiario a las que formulen las partes. Y más en un proceso penal, es decir, es un proceso en el que se debate una materia no disponible para los litigantes, razón por la que los seculares ecos del antiquísimo *secundum allegata et probata* —principio dispositivo— no deberían alcanzar a esta materia, ni siquiera a través de un indebido entendimiento del principio acusatorio, que nada tiene que ver con esta temática del principio dispositivo, aunque tantas veces se ignore, especialmente en España. Pero esa es otra cuestión.

Lo relevante es que el art. 708 LECrim dispone en su párrafo primero que la parte proponente del testigo podrá realizar las preguntas que considere conveniente. Pero el precepto contiene un último inciso que delata claramente su origen: «Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones».

Ese origen es el sistema de prueba legal, en el que, recurriendo a un uso abusivo de la carga de la prueba —uso que solo tenía sentido en ese antiguo sistema—, cada parte era, por así decirlo, dueña de sus medios de prueba, de manera que tenía que aportar «sus» do-

cumentos, «sus» testigos, o su confesión con el fin de alcanzar el estándar de *plena probatio* que exigían la doctrina jurídica y, en general, los tribunales. Es decir, la prueba no era propiamente un material del proceso, sino que era «propiedad» de cada parte, como después se verá cuando se aborde el principio de adquisición procesal.

En ese modelo de prueba legal sí tiene sentido que la contraparte se ciña a los aspectos sobre los que ha preguntado la parte proponente del testigo. Pero en un escenario de libre valoración de la prueba eso simplemente no es posible, dado que priva al juez de la posibilidad de tener acceso a toda la realidad de los hechos para convencerse de la misma. Quizás por esa razón de fondo, nadie hasta el momento había interpretado ese precepto en el sentido de que restringiera la posibilidad de la contraparte de preguntar al testigo lo que quisiera, dentro de la pertenencia al objeto del proceso.

De hecho, el más relevante comentarista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Aguilera de Paz³, se había expresado en unos términos que, desde entonces, no habían dejado lugar a la duda:

«Es indudable el derecho que todas las partes concurrentes al juicio penal tienen para intervenir en la ejecución de cada una de las pruebas que fueren propuestas, aunque ellas no la hubieran articulado como propia, y, por lo tanto, los testigos designados por cualquiera de dichas partes pueden ser interrogados sin dificultad alguna por las demás».

Para eliminar cualquier duda, Aguilera de Paz añade:

«Restamos indicar que el derecho reconocido a las partes para dirigir preguntas a los testigos propuestos por las demás que intervengan en el juicio, es de tal naturaleza, que si el Tribunal no permitiera a alguna de ellas hacer tales preguntas, se incurriría por esto en el quebrantamiento de forma previsto en el núm. 1º del art. 911, según tiene declarado el expresado Tribunal en sentencias de 9 de marzo de 1884 y 7 del mismo mes de 1887».

He transcrito los párrafos de Aguilera de Paz para que el lector cobre conciencia de la dimensión anulatoria que, no solamente hoy, sino hace más de un siglo, tenía ya una restricción como la que, por desgracia, ha establecido indebidamente la Sala Segunda del Tribunal Supremo pese a las reiteradas protestas al efecto de los letrados actuantes. Es sorprendente que tampoco la Fiscalía, guardiana de la legalidad, protestara por esta cuestión, dado que es meridianamente claro que ya a principios del siglo XX el ordenamiento jurídico español había recibido y hecho suyo el principio de adquisición procesal. Por eso, es notoriamente impropio que ahora, bien entrado el siglo XXI, el Tribunal Supremo ponga en cuestión de forma inopinada el principio de adquisición, devolviéndonos, en pocas palabras, a la Edad Media. Lo veremos después.

No obstante, debe asumirse que el estudio del interrogatorio no ha sido desarrollado en España con la atención que sí ha tenido en el mundo anglosajón, particularmente en el Reino Unido y en EE. UU. No puede negarse que *Testigo de cargo*, *Matar a un ruiseñor*, *Anatomía de un asesinato* o, más específicamente, los interrogatorios que se observaban en la serie *Perry Mason* han influido en los usos forenses españoles, aunque sea por puro mimetismo, igual que ahora se ve a presidentes de parlamentos imitar algunos de los comportamientos del inolvidable *speaker* John Bercow dirigiendo la Cámara de los Comunes

británica. Sea como fuere, reconociendo esa influencia llegada por un canal poco tradicional en el mundo jurídico como el arte, lo cierto es que resulta obligado acercarse a la realidad del interrogatorio en esos países a fin de poder opinar seriamente sobre lo que ocurre en el nuestro.

3. LA CROSS-EXAMINATION

En el mundo anglosajón, con destacables influencias del antiguo sistema medieval de inspiración romana, existen tres tipos de interrogatorio: la *examination in chief*, la *cross-examination* y la *re-examination*. Podría decirse que, en realidad, se trata de tres fases de un mismo interrogatorio.

El primero es el interrogatorio que realiza la parte que ha propuesto la presencia del testigo en el proceso. En su práctica es diferente del segundo. En la *examination in chief* no se pueden formular *leading questions*, es decir, preguntas que orienten al testigo en su declaración reproduciendo en la pregunta la que se quiere que sea la respuesta. Lo que se espera del testigo en este primer interrogatorio es que coopere con la parte que lo ha propuesto porque se da por hecho que sabe de lo que va a hablar. No se puede poner en duda, en principio, la credibilidad del testigo, pero si no coopera, se convierte en un testigo hostil y existen diferentes modos de impugnar su testimonio, cuestión se aleja del objeto de este trabajo.

La *cross-examination* no tiene esos límites. Es el interrogatorio de la parte contraria o contrainterrogatorio y se celebra justo después de la *examination in chief*. Su objetivo es muy evidente. Se trata de formular preguntas que cuestionen la credibilidad del testigo, o su capacidad de recordar debidamente y, este punto es importante sacar a relucir cualesquiera otros temas que contribuyan al esclarecimiento de los hechos juzgados. Por consiguiente, es fundamental la libertad del interrogador en este sentido. Este puede formular al testigo esas *leading questions* vedadas en la *examination in chief* y su objetivo es desacreditar su testimonio, sin matices.

Por último, en caso de que, efectivamente, durante la *cross-examination* hayan salido a relucir nuevos temas, la parte que propuso al testigo puede volver a interrogarle, pero exclusivamente sobre esos nuevos temas y con el único objetivo de puntualizar y salvar, en general, la credibilidad del testigo. Por tanto, este tercer interrogatorio no puede ampliarse a otras cuestiones ni puede ser aprovechado para introducir nuevos hechos que no hayan sido objeto de los interrogatorios anteriores. Teniendo en cuenta que, de no apuntar esos nuevos temas, el abogado de la contraparte cierra el interrogatorio y no se celebra *re-examination*, es también un cuestión de estrategia procesal no hacer uso de ese *ius novorum* para asegurarse la última palabra en el interrogatorio.

Sin duda, el modelo de interrogatorio expuesto es mucho más sofisticado que el que se realiza en muchos otros países, entre ellos España. Al menos tiene una serie de fases perfectamente estructuradas, aunque en la práctica también presenta deficiencias, sobre todo

a la hora de determinar lo que es o no una *leading question*. La fase de *cross-examination*, en frase de Wigmore mil veces citada, «[...] is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth»⁴. Es decir, se parte de la base de que un testigo sometido a un interrogatorio destructivo sacará a relucir la verdad en caso de ser veraz.

Ojalá fuera así. Lo cierto es que el modelo anglosajón de interrogatorio también está francamente anticuado, pese al prestigio del que goza sobre todo socialmente y, sobre todo, a pesar de lo mucho que disfruta morbosamente el público en general viendo a un interrogador acosar a un testigo durante la *cross-examination*. Hay que reconocer sin ambages que este tipo de interrogatorio fue concebido para otra época, la medieval, en la que el testigo primero había realizado una declaración por escrito que se disponía a ratificar ante el juez, como de hecho sigue siendo el caso en no pocos procesos civiles del *Common Law*, y fue la regla habitual en el resto de países europeos, los del *Ius Commune*. Es curioso que hasta se comparta terminología en la denominación de dos tradiciones de contenido teóricamente tan dispar —*Common Law* y *Ius Commune*—, pero esa es otra muy espinosa cuestión a la que, por desgracia, no puedo referirme en este momento. No obstante, debo advertir que, descendiendo de la superficie al fondo, las coincidencias en cuestiones procesales entre ambos ordenamientos es sorprendentemente llamativa.

Sea como fuere, al celebrarse el proceso ante un jurado en los países del *Common Law*, se asentó la práctica de celebrar un interrogatorio que no consistiera en una mera ratificación ante el juzgado de lo ya expresado por escrito, como sucedió en los países del *Ius Commune*. La razón es evidente. Al jurado había que convencerlo y, además, normalmente sus miembros no sabían leer. El juez, por lo general, sí sabía leer, y no precisaba que le convencieran de nada. Leía el escrito, tenía por efectuada la ratificación y lo más que esperaba de la parte contraria eran las *objecciones*, es decir, las tachas, que se formulaban para que la parte contraria no alcanzara el número mínimo de testigos (dos) para llegar al estándar de *plena probatio* propio del sistema de prueba legal, o para que al menos no tuviera más testigos en favor de su postura que la contraparte a la hora de «pesar» las pruebas. Así de absurdo era el sistema legal.

Es evidente, por tanto, que el jurado provocó la separación de dos sistemas que provenían de un tronco común. El *Common Law* pudo desarrollar así un modelo que construyó un auténtico interrogatorio, lo que jamás hizo el *Ius Commune*. Pero reconocido ese mérito, que además explica por qué miramos hacia el *Common Law* en materia de interrogatorios, es necesario traer al contexto histórico actual el modelo de interrogatorio anglosajón y apreciar sus méritos y deméritos.

4. LA CROSS-EXAMINATION Y LA PSICOLOGÍA DEL TESTIMONIO

Actualmente no es el Derecho —y sus antiguas reglas— el que debe regular los interrogatorios para que ofrezcan información útil. Es la psicología del testimonio la encargada de indicarnos cómo obtener lo mejor de un declarante, y el Derecho tendría que adaptarse urgentemente a la misma. Para ello, obviamente, hay que conocer esa materia.

Muy resumidamente, la psicología del testimonio asume que la memoria humana es deficiente y se ve afectada por factores inevitables como el paso del tiempo, el estrés, el cansancio, el consumo de sustancias estupefacientes, la luz o la distancia en la observación, el intervalo de observación, la edad del testigo, etc. Además de destacar la relevancia de esos factores, la disciplina citada tiene como principal empeño aislar al testigo de la información que le pueda proporcionar el interrogador para guiarlo en su interés y crear las condiciones precisas para que el testigo no sienta emociones que perturben su recuerdo, por ejemplo, y como ya se ha indicado, el estrés provocado fundamentalmente por el miedo. De ahí que, si se convierte en un auténtico acoso al testigo, la técnica empleada en la *cross-examination* sea absolutamente rechazable, dado que no contribuye a la averiguación de la verdad, sino a la distorsión de su memoria, lo que solo puede arrojar como resultado una declaración falsa.

Por ello, la psicología del testimonio se centra, sobre todo, en que las preguntas que se formulen al testigo sean abiertas, en el sentido de que carezcan de información alguna, para asegurar que el testimonio es espontáneo y no se ve contaminado por los datos que el interrogador suministre al testigo. En este sentido, las *leading questions* son inaceptables, también en la *cross-examination*. Como ya han advertido varios autores, este aspecto debería ser corregido en la práctica anglosajona. Pero también son rechazables las preguntas que se espera que sean respondidas con un sí o un no tras la formulación de una pregunta que, más que una cuestión, es un relato que se desea que el testigo asuma. A veces se trata de un relato tan sumamente largo que el testigo puede dar por ciertas inadvertidamente partes del mismo que, en realidad, no desea reconocer.

Por último, se trata de que el testigo esté lo más tranquilo posible, y precisamente en este punto fallan todas las salas de justicia del mundo, puesto que la teatralización que allí se produce no contribuye a la serenidad de alguien que incluso puede comparecer impresionado por los hechos sobre los que tiene que declarar. Contribuye mucho menos a la serenidad de un testigo que un abogado empiece a asediarse con preguntas rápidas para no dejarle pensar y conducirlo hacia donde él quiere, actitud frecuente en algunos abogados que los jueces deberían corregir cuanto antes para que en el futuro se borre del imaginario colectivo esa imagen que, visto todo lo anterior y, por tanto, conociendo la psicología del testimonio, no cabe sino calificar como nefasta.

Al contrario, la psicología del testimonio insiste en la tranquilidad de la que, en la medida de lo posible, debe gozar el testigo. Advierte además que sus reacciones gestuales, o incluso sus tonos de voz, no deben ser tenidos en cuenta porque empíricamente está más que demostrado que guiarse por los mismos —como hacen el común de las personas en su vida cotidiana y tantos jueces— es tremendamente desorientador.

Teniendo en cuenta todo ello, los jueces ya estarán en situación de evaluar no tanto al testigo cuanto su testimonio, es decir, su declaración, en función de parámetros tales como su coherencia, capacidad de contextualización del testigo, corroboración de sus declaraciones con otras pruebas o la existencia en sus dichos de comentarios oportunistas.

Por tanto, es perfectamente perceptible que la psicología del testimonio no impide hacer al testigo cualquier tipo de pregunta, con la condición de que no suministre información al testigo y siempre que sea conducente al esclarecimiento de los hechos, o sea,

relevante para realizar el juicio sobre la credibilidad del deponente, a cuyo fin cabe hacerle preguntas ajenas a los hechos que puedan alterar la imagen de objetividad o sinceridad de su declaración y que serán evaluadas por el tribunal. En todo ello sí que aciertan los usos anglosajones.

5. POSIBLE LIMITACIÓN A LA CROSS-EXAMINATION

Alguna voz propuso en el pasado⁵, no obstante, una posible limitación de la temática de las preguntas en la *cross-examination* que recuerda muchísimo a la restricción impuesta en este caso por la Sala Segunda. Un antecedente de esa restricción puede hallarse en el Tribunal Supremo de los EE. UU., en concreto en el caso *Philadelphia & Trenton R. R. vs. Stimpson* de 1840⁶, que versaba sobre derecho de patentes. Efectivamente, como cabe leer en la cita, el Tribunal Supremo impidió que en la *cross-examination* pudieran plantearse al testigo otros temas diferentes de los que hubieran aflorado en la *examination in chief*. La razón la expone la propia sentencia. El Tribunal no deseaba que la contraparte pudiera sorprender a su oponente proponiendo pruebas en el momento en que menos lo esperase, de manera que no pudiera estar preparada para defender a su cliente⁷. Se trataba, por tanto, de proteger desde ese punto de vista el derecho de defensa.

Sin embargo, existe un precedente todavía más antiguo. Se remonta a la Inglaterra del siglo XVIII, en el caso *Dean of Ely vs. Stewart*⁸, en el que también se limitó el contrainterrogatorio a los puntos que hubiera puesto de manifiesto la parte que propuso al testigo. Sin embargo, al parecer tal restricción se produjo porque en esa época los interrogatorios eran escritos. Y es que, efectivamente, la autorización esos *nova reperta*, al obligar a un nuevo y trabajoso intercambio de escritos, habría provocado un evidente trastorno procedimental.

Lo curioso es que todo ello enlaza con cuanto se decía anteriormente acerca de la época en la que habría surgido una restricción semejante y, sobre todo, su razón de ser. En el sistema de prueba legal, siendo el proceso eminentemente escrito, no podían permitirse esos interrogatorios novedosos, a riesgo de obstaculizar el proceso. Por ello, se puede afirmar claramente que la restricción está confinada en el tiempo y a una razón muy concreta que difícilmente puede operar en un interrogatorio oral actual, y mucho menos cuando, en realidad, no es que el contrainterrogatorio amplíe el objeto del proceso, sino que versa sobre los mismos hechos que el interrogatorio, aunque en otras facetas o aspectos y, en todo caso, se trata, como se ha dicho, de hechos relevantes para el objeto del litigio.

De hecho, no es de una restricción que haya tenido recorrido en el mundo anglosajón, amén de que, siendo una reminiscencia del sistema de prueba legal, poco recorrido podía tener en sistemas de valoración libre de la prueba como los del *Common Law*. Pero la restricción desaparece sobre todo después de la contundente declaración de Wigmore al respecto: si se permite que el testigo solamente hable acerca de lo que le ha preguntado el litigante que lo ha traído al proceso, se corre el riesgo de que se convierta en un simple aliado de la parte, lo que hace que diga medias verdades. Por ello, es imprescindible que

la contraparte pueda contribuir a desvelar lo que el testigo ha callado⁹, dado que eso es lo necesario para que el tribunal pueda formar correctamente su convicción. De hecho, Wigmore considera que las preguntas sobre la credibilidad del testigo y las cuestiones sobre lo omitido por el testigo en su primera declaración constituyen los dos contenidos esenciales de la *cross-examination*.

Con todo, la restricción ha seguido suscitando debate en el *Common Law* respecto al acusado que también declara como testigo. Pero se trata de un testigo especial, puesto que tiene derecho a guardar silencio y a no inculparse, por lo que suscitarle temas en el contrainterrogatorio sobre los que no hubiera declarado en el interrogatorio podría vulnerar su derecho de defensa, siguiendo el anteriormente citado precedente de 1840. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE. UU. es constante desde 1900 y considera que sí se le pueden formular esas preguntas —con alguna controversia acerca de la extensión de su temática— si el acusado renunció a su derecho al silencio al responder a su abogado¹⁰. De hecho, contestar a las preguntas del interrogatorio del abogado propio y no responder a las preguntas del contrainterrogatorio de la parte oponente es considerado como indicativo de que el declarante está mintiendo, como confirma la jurisprudencia posterior¹¹. Una deducción como esta, bastante lógica por otra parte, sería imposible *rebus sic stantibus* en España, aunque no estaría de más revisar ese postulado, dado que es absurdo tener que escuchar la declaración prefabricada de un acusado respondiendo a su abogado y no poder oír qué tiene que decir el declarante cuando contesta espontáneamente a la parte contraria. La declaración que el reo realiza a preguntas de su propio abogado suele ser una completa pérdida de tiempo porque en nada contribuye a la convicción del tribunal, pero esa es otra cuestión.

Visto todo lo anterior, parece evidente que la restricción que se está estudiando en este trabajo no está vigente en la actualidad¹², dado que, si es dudosa para el acusado por los derechos de que disfruta, no puede serlo para un testigo que no goza de esos derechos. Por tanto, cualquier restricción en este sentido es ilegítima. El proceso ya tiene su objeto, y los testigos deben declarar sobre el mismo, y no solamente sobre la parte que decide el interrogador que los ha propuesto. Lo contrario es solamente querer cerrar los ojos de los jueces a la realidad.

6. EL PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL

Al menos desde Chiovenda¹³, se entiende pacíficamente¹⁴ que el principio de adquisición procesal supone que la prueba en un proceso no es del litigante que la ha aportado, sino que forma parte del material probatorio de todo el proceso y, por tanto, puede beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, así como ser utilizada también indistintamente por ambas y, por supuesto, por el juez.

No se ha explicado demasiado bien la génesis de este principio. Simplemente, se ha afirmado y se ha dado por descontado en la práctica procesal. Como ya se advirtió, proviene claramente de la superación del antiguo sistema de prueba legal, que obligaba a cada parte

a aportar sus pruebas, no siendo concebible que los documentos o testigos aportados, y mucho menos la confesión, pudieran beneficiar a la parte contraria.

Sin embargo, con la introducción del sistema de libre valoración, el juez se libera de las antiguas ataduras de los estándares de la prueba legal —particularmente, de la *plena probatio*— y se actualiza el antiguo principio dispositivo —*secundum allegata et probata*—, desdoblado en época relativamente reciente en la doctrina alemana entre el principio dispositivo y el principio de aportación de parte.

Fijándonos ahora solamente en el segundo, el mismo supone que no es el juez, sino las partes, las que traen la prueba al proceso y que, lógicamente, una vez que las han traído, al ser de valoración libre sencillamente es inimaginable que dichas pruebas no puedan ser aprovechadas por todos los sujetos del proceso. De hecho, como mantiene la doctrina alemana¹⁵, el principio de aportación de parte supone el aprovechamiento del natural egoísmo de los litigantes en la defensa de su posición en el proceso, objetivo para cuyo logro traerán los materiales probatorios que mejor les convengan. Con todo, se espera de las partes una cooperación eficiente para la consecución del fin del proceso, esto es, la averiguación de la realidad, lo que les obliga a obedecer los requerimientos del juez relativos a la aportación de pruebas, y les esté vedada una actitud táctica o estratégica consistente en esconder o reservarse pruebas si las mismas son descubiertas y, como se ha dicho, requeridas en el proceso para la averiguación de la realidad.

En todo este marco, es rechazable cualquier disposición que limite la potencialidad averiguatoria de un medio de prueba, siempre, obviamente, que el medio en cuestión no vulnere derechos fundamentales, lo que normalmente no ocurre. De ahí, por ejemplo, que un testigo tenga indefectiblemente la obligación de contestar en un proceso, perjudique o beneficie su respuesta a la parte que le ha traído, obligación bien recogida por nuestra LECrim (art. 707) y que es coherente con todo lo que se está explicando.

Por ello, carece de sentido que, una vez que esté un testigo en el proceso, el juez se niegue a que sea evaluado pretextando que la parte que intenta contrainterrogarlo no lo llamó al proceso. La prueba no es una actividad que sirve solamente a la defensa de las partes, sino que está enfocada a obtener la convicción judicial. Si se concibe la prueba como un instrumento exclusivamente en manos de las partes, no solamente se corre el riesgo de evidente de retroceder varios siglos en los estudios de Derecho probatorio, sino que, como se explicará seguidamente, se cae en una defectuosa formación del material probatorio, una consecuencia letal para la configuración del relato de hechos en la sentencia.

7. LA ERRÓNEA FORMACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ese es justamente el riesgo más evidente de la decisión tomada por la Sala Segunda del TS: que en el proceso no se averigüe debidamente la verdad. Aún peor, que el relato que

se conforme sea defectuoso porque en él hay lagunas y silencios que, pudiendo haber sido colmados por datos probatorios en el proceso, deban ser integrados por la intuición de los jueces y no por las respuestas del testigo conocedor de los hechos, lo que es objetivamente empobrecedor. Además, y esto es lo más relevante en términos jurídicos, se compromete la motivación de la sentencia, puesto que, pudiendo estar construida con datos empíricos, se integra por las bases arbitrarias fruto de esa intuición judicial. Por más razonable que se suponga la motivación, esta nunca llegará a serlo si, pudiendo estar basada en los aportes de las declaraciones de los testigos sobre la realidad, los jueces decidieron voluntariamente prescindir de ellas sin siquiera querer escucharlas.

En estas condiciones, la decisión del Tribunal Supremo no tuvo el más mínimo sentido. Supuso, además, una sorpresa imprevisible para los abogados del proceso contra los líderes independentistas, imprevisibilidad judicial que, además, raya en la vulneración del derecho de defensa al constituir una especie de «decisión sorpresa» de nuevo cuño contraria a la análoga orientación que marca desde los años setenta del siglo XX el art. 139.2 ZPO para las sentencias de fondo por razones que en España consideraríamos de congruencia, pero esa es otra cuestión. Por añadidura, la decisión ni siquiera tiene una razón de ser que pueda ser aplicada a otros procesos, puesto que, en el futuro, a fin de evitar la restricción, lo único que tendrá que hacer el litigante —como ya hacían anteriormente algunos abogados para subrayar el principio de adquisición— será reproducir toda la prueba testifical propuesta de contrario y hacerla propia al principio del proceso. Pero ello solo contribuye a multiplicar la burocracia del proceso con la petición de pruebas testificales *ad cautelam*, pruebas que, además, una vez en el proceso pueden mostrarse como perfectamente prescindibles según el curso que vayan tomando las actuaciones.

Más allá de todo ello, lo más grave es que ese modo de restringir los interrogatorios choca con los estándares mínimos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El art. 6.3.d del Convenio Europeo de Derechos Humanos prevé el derecho del acusado a interrogar a los testigos que declaren en su favor *en las mismas condiciones* que los testigos que lo hagan en su contra. Y, obviamente, no se practican los interrogatorios en las mismas condiciones si con respecto a los testigos de la parte contraria se ordenan restricciones inaceptables en la posibilidad de formulación de preguntas de los abogados que interrogan.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no parece haber abordado directamente una restricción semejante, quizás por lo exótica que es, como ya se ha explicado anteriormente. En realidad, la misión del Tribunal de Estrasburgo consiste en observar toda la actividad procesal valorando si en su conjunto esa actividad fue la propia de un proceso justo, pero evitando entrar tanto —en principio— en la admisión¹⁶ como, en todo caso, en la valoración de la prueba, como repite constantemente en su jurisprudencia¹⁷. En cambio, sí puede entrar a considerar cómo fue practicada la prueba¹⁸.

Pues bien, se trata de saber si la restricción podría ser considerada aceptable o no por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en función de su compatibilidad con la celebración de un proceso justo. Para ello, es necesario acudir a la vía analógica.

En el caso *Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*¹⁹, el TEDH entendió que en un sistema adversarial —es decir, en un proceso penal acusatorio— el acusado debe tener una oportunidad adecuada y suficiente de poner en cuestión a un testigo que declaró contra él e interrogarle al menos en algún momento del proceso²⁰. En este caso, se trató de unos testimonios anónimos que no pudieron ser sometidos a interrogatorio cruzado en el proceso, por lo que la solución del caso es evidente. La pregunta que cabe hacerse en el supuesto que se está considerando es si, habiendo tenido esa oportunidad de interrogatorio cruzado, la restricción de esa oportunidad a la pauta que marcó el primer interrogador invalida el contrainterrogatorio, en el sentido de que lo hace escasamente útil, existiendo, además, el riesgo de que el primer interrogador limite estratégicamente la declaración del testigo para frustrar las posibilidades de defensa de la parte contraria en esa fase de interrogatorio cruzado.

La cuestión es si un acusado que ve menoscabadas sus oportunidades de preguntar en un interrogatorio cruzado disfrutó de esa «[...] adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him», es decir, de esa oportunidad adecuada y suficiente de poner en cuestión a un testigo que declaró contra él e interrogarle. Es posible que el caso *Isgro vs. Italia*²¹ ofrezca una clave al respecto. En ese asunto se consideró justamente si el acusado Isgro tuvo esa oportunidad, y para ello el TEDH se fija en si el abogado del acusado tuvo la oportunidad de discutir la veracidad de las declaraciones del testigo aportando al proceso toda la información que podía ser susceptible de sembrar dudas sobre la credibilidad del testigo²².

«Challenge the credibility», esa es la clave. El problema es que en este proceso se redujo considerablemente esta posibilidad al limitar la temática del interrogatorio del modo explicado, lo que incluso llevó no sólo —como ya se dijo— a que el tribunal tuviera que plantear una pregunta clave de oficio, sino también a que fueran declaradas impertinentes preguntas que cuestionaban directamente la credibilidad de algunos testigos como la posesión de un perfil ideológicamente sesgado contra la orientación política de los reos en una red social. Esa circunstancia, sin género alguno de duda, afectaba a la credibilidad del testigo y, sin embargo, no se pudo plantear en el proceso. Es un solo ejemplo de bastantes que cabe localizar en los autos de la causa.

Pero es que, además, lo más grave es que el interrogatorio cruzado o contrainterrogatorio es la sede procesal en la que, como ya se ha visto, hay que plantear este tipo de preguntas. El tribunal sentenciador insistió en que, si tanto interesaba la declaración del testigo, tenían que haberlo solicitado las partes que protestaban por no poder contrainterrogar debidamente. Sin embargo, ni siquiera hubiera sido así siguiendo la práctica anglosajona, puesto que cada parte llama solamente al testigo que cree que le va a favorecer, por lo que el primer interrogatorio —la *examination in chief*— no es la sede adecuada para plantear esas preguntas que minan la credibilidad del testigo.

No obstante, incluso superando la lógica anglosajona y yendo a la práctica continental de los interrogatorios, en la que se inscribe la española, es obvio que cada parte puede llamar a los testigos que le plazca con independencia de que su declaración vaya a favorecerle o no. No se conoce la figura del «testigo hostil» porque se parte de la base de que el testigo

aportará informaciones que podrán ser rebatidas precisamente a través de las preguntas del interrogatorio. Y ello es porque no se ve al testigo como una propiedad de ninguna de las partes, dado que el sistema medieval de valoración legal —cuyos restos aún se perciben, pese a todo, en el interrogatorio anglosajón en este punto— ha sido totalmente superado. En nuestros sistemas está completamente interiorizado el principio de adquisición, como ya se ha señalado, habida cuenta de la total extensión de la libre valoración de la prueba *ex art. 741 LECrim*, una copia de la antigua *intime conviction* del *Code d'Instruction Criminelle* francés de 1808 (art. 246) que, a su vez, estaba inspirada en la tradición inglesa que imponía la libre valoración al juzgar a través de jurados. Extrañas paradojas de la historia, de una historia tantas veces muy mal contada, por cierto.

No es ocioso añadir que a veces los tribunales se empeñan en recuperar una especie de uso forense propio de otra época. Un ejemplo evidente es la restricción al contrainterrogatorio decidido por la Sala Segunda. Y otros son la visión influenciada por la carga subjetiva —*burden of production*— de la prueba del interrogatorio del *Common Law* o las célebres excepciones a la *hearsay evidence* provenientes de la antigua prohibición medieval del testigo de referencia, que no era *plena probatio* y que ha conocido un desarrollo verdaderamente sorprendente en el *Common Law*. Pero ese es otro tema del que ahora no puedo ocuparme. En todo caso, se trata de restos de ese antiguo sistema de prueba legal que ya debería estar superado por completo desde hace muchísimo tiempo, pero parece que la tradición pesa en la ciencia jurídica de cualquier latitud.

8. UTILIDAD GENERAL DEL INTERROGATORIO

Con todo, y aunque en el proceso penal con cierta frecuencia —cada vez menos— no haya otra cosa, tampoco debe sobredimensionarse el valor de los interrogatorios. Actualmente, gracias sobre todo a las pruebas periciales y a la evolución de la ciencia, disponemos de muchos más datos que un juez del siglo XIX, es decir, del momento del que datan la mayoría de nuestras normas procesales. Actualmente, la prueba documental, además, se ve enriquecida por las grabaciones de imágenes y sonido, de manera que ya no podemos afirmar que la mayoría de delitos no se documentan, sino que muchas veces se aportan a los procesos grabaciones de cámaras de seguridad o incluso mensajes telefónicos entre el agresor y la víctima, o entre los agresores, que narran el delito incluso con bastante precisión, algo inimaginable hace poco más de treinta años.

De hecho, en el proceso contra los líderes independentistas no solo había un abundante material videográfico que la Sala se negó a contrastar simultáneamente a las declaraciones de los testigos —lo que habría sido, desde luego no imprescindible, pero sí utilísimo en la apreciación de su credibilidad, especialmente de los policías actuantes el día del referéndum—. Además, existía más que suficiente documentación pública y notoria de todo el proceso político independentista que, aunque en la mayoría de ocasiones versaba sobre actos de promoción ideológica sin virtualidad delictiva alguna, sí podía servir para dibujar

el marco general en el que sucedieron los hechos que se juzgaron, lo que podía ser útil para todas las partes en el proceso.

En todo caso, de hecho, la declaración de muchísimos testigos fue absolutamente sobreabundante. No se entiende en absoluto cómo fue posible que la Fiscalía se empeñara en proponer tantísimos testigos cuyos testimonios han sido, al final, ignorados en su mayoría por la sentencia, una vez que fue practicada su declaración, por cierto, en las restrictivas condiciones que se han expuesto en este artículo. Han sido preteridos en la motivación porque en la sentencia poco o nada dice de ellos, pero eso no quiere decir que no hayan contribuido en la convicción de la Sala. Al fin y al cabo, los testigos policías describieron un ambiente de tensión social cuya consideración ha sido sin duda dirimente en el fallo, aunque no se exprese directamente de este modo.

Una práctica de los interrogatorios que hubiera permitido contrainterrogar con las máximas oportunidades de cuestionar la credibilidad del declarante habría podido dibujar un panorama bastante distinto en las impresiones sociológicas, y hasta jurídicas, del Tribunal. No es lo mismo preguntar a un policía que acudió a cerrar una mesa electoral si percibió agresiones en su intervención y constreñir las preguntas a esas agresiones que permitir a la otra parte —en este caso, las defensas— preguntar sobre las órdenes recibidas previamente, la ideología del declarante, los comentarios que realizó con sus compañeros antes, durante o después de la intervención, sus condiciones de vida en los lugares en los que permanecieron acuartelados antes del día del referéndum, sus actividades cotidianas de paisano fuera de esos lugares, incidentes que en esas actividades extrapoliciales pudieron protagonizar, etc.

Todo ello no fue posible. De hecho, a casi cada intento de los abogados sobrevino una interrupción del presidente del Tribunal, que negó no solamente en ocasiones la explicación del letrado sobre la procedencia de la pregunta, sino incluso que constara en acta la pregunta que quería hacerse. Solo lo segundo hubiera permitido conocer en su extensión la relevancia de la misma para la defensa de los acusados. Cuando en los interrogatorios del *Common Law* se hace una pregunta que, tras la correspondiente protesta —*objection*— se declara impertinente, si no es evidente la razón de la impertinencia se ofrece esa razón, a veces previo el alegato de la parte que objeta la pregunta. Pero se deja formular la pregunta porque, de lo contrario, es imposible evaluarla. Con ello queda registro de lo ocurrido, cosa que en este proceso no pudo suceder en demasiadas ocasiones.

Pese a todo lo dicho, creo honestamente que no hubo mala fe en ninguno de los integrantes de la Sala. Sí que es posible que hubiera un cierto exceso de celo en el ejercicio de la autoridad, muy frecuente en las salas de justicia de todo el mundo, cuando observamos a los jueces más preocupados por preservar esa imagen de autoridad que por resolver el problema que les plantean las partes. Como dije al principio, también es posible que una preocupación por que el proceso no durara demasiado tiempo haya condicionado algunas decisiones como la que se ha analizado en este trabajo. Al fin y al cabo, el Tribunal Supremo no es un órgano jurisdiccional acostumbrado a celebrar procesos en primera instancia, sino a resolver recursos de casación, y es posible que el tiempo que tuvo que emplearse en la celebración de las sesiones del juicio oral inquietara al Tribunal por no sufrir retrasos en

la tramitación del resto de asuntos, más allá de la también lógica preocupación por que no se dilatará el dictado de la decisión de un proceso tan importante para la opinión pública española.

Con todo, si se declaró la pertinencia de las pruebas testificales, lo que no era concebible es que las mismas se practicaran en condiciones restrictivas, dado que ello impedía la debida conformación del relato de hechos en la mente judicial, tan importante en cualquier proceso, pero especialmente en este, en el que las informaciones periodísticas habían sesgado notoriamente la opinión sobre los hechos de tantísimas personas. Quién sabe si también de los jueces. En realidad, la única forma eficiente de evitar ese pernicioso resultado habría sido celebrar toda la actividad probatoria sin limitaciones inaceptables.

NOTAS

1. Artículo 708. «El presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del artículo 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones.

El presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren».

2. Proviene del art. 619 de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872. *Gaceta de Madrid*, nº 361, 26-12-1872, y a su vez de un proyecto de código de procedimiento criminal de 1821 que jamás entró en vigor, y en cuyo art. 489, para el proceso con jurado, se lee: «Después del interrogatorio hecho por el fiscal el juez superior preguntará al reo y á su defensor si quieren hacer algunas preguntas ó reconvencciones al testigo sobre lo que declaró».

3. Aguilera de Paz (1924: 424-426).

4. Wigmore (1904: §1367, p. 1697).

5. Trató esta cuestión, entre otros, Greenleaf (1844: 521-522 § 545).

6. *Philadelphia & Trenton R. R. vs. Stimpson*, 39 U.S. 448 1840: «A party has no right to cross-examine any witness except as to facts and circumstances connected with the matters stated in his direct examination. If he wishes to examine him on other matters, he must do so by making the witness his own and calling him as such in the subsequent progress of the cause. A party cannot, by his own omission to take an objection to the admission of improper evidence, brought out on a cross-examination, found a right to introduce testimony in chief to rebut it or explain it».

7. «If every party had a right to introduce evidence at any time, at his own election, without reference to the stage of the trial in which it is offered, it is obvious that the proceedings of the court would often be greatly embarrassed, the purposes of justice be obstructed, and the parties themselves be surprised by evidence destructive of their rights, which they could not have foreseen or in any manner have guarded against».

8. *Dean of Ely vs. Stewart*, 2 Atk. 44 (1740): «Where at law a witness is produced to a single point by the plaintiff or defendant, the adverse party may cross-examine as to the same individual point, but not to any other matter; so in equity, if a great variety of facts and points arise, and the plaintiff examines only

as to one, the defendant may cross-examine to the same point, but can not make use of such witness to prove a different fact».

9. Wigmore (1904: §1368, p. 1701).

10. *Fitzpatrick vs. United States*, 178 U.S. 304, 315 (1900): «Where an accused party waives his constitutional privilege of silence, takes the stand in his own behalf, and makes his own statement, it is clear that the prosecution has a right to cross-examine upon such statement with the same latitude as would be exercised in the case of an ordinary witness as to the circumstances connecting him with the alleged crime».

11. *Brown vs. United States*, 356, U.S. 148 (1958).

12. Vid. contundentemente, también para el Reino Unido, Murphy, Peter, *Murphy on evidence*, Oxford 2005, p. 540.

13. Chiovenda (³1923: 748).

14. Satta y Punzi (1996: 383).

15. Rosenberg, Schwab y Gottwald (2018: 427-428)

16. Application n. 315/09. *A. G. vs. Sweden*, 10-1-2012: «It is normally for the national courts to decide whether it is necessary or advisable to hear a witness (see, among other authorities, Bricmont v. Belgium, judgment of 7 July 1989, Series A no. 158, § 89)».

17. *Al-Khawaja And Tahery vs. The United Kingdom*, (n. 26766/05 y 22228/06), 15 December 2011, 118.

18. Application n. 315/09. *A. G. vs. Sweden*, 10-1-2012: «The Court's task under the Convention is not to give a ruling about whether statements of witnesses were properly admitted as evidence, but to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (see Garcia Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I)».

19. *Al-Khawaja And Tahery vs. The United Kingdom*, (n. 26766/05 y 22228/06), 15 December 2011, 118. Vid. también *Trampevski vs. The Former Yugoslav Republic Of Macedonia*. (4570/07), 10-10-2012, 44.

20. Punto 118. «Article 6 § 3 (d) enshrines the principle that, before an accused can be convicted, all evidence against him must normally be produced in his presence at a public hearing with a view to adversarial argument. Exceptions to this principle are possible but must not infringe the rights of the defence, which, as a rule, require that the accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when that witness makes his statement or at a later stage of proceedings (see *Lucà*, cited above, § 39, and *Solakov vs. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 47023/99, § 57, ECHR 2001-X)».

21. *Isgro vs. Italy* (11339/85), 19-2-1991.

22. 35 y 36: «Secondly, the confrontation of 10 April 1979 enabled the applicant to put questions directly to Mr D. and to discuss his statements, thus providing the investigating judge with all the information which was capable of casting doubt on the witness's credibility. [...] he could thus challenge the accuracy of those allegations and the credibility of the witness himself».

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (coord. Taruffo) (2012): *La prova nel processo civile*, Milano.
- AGUILERA DE PAZ, Enrique (1924): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo V, Madrid.
- BAUMGÄRTEL, Gottfried / LAUMEN, Hans-Willi y PRÜTTING, Hanns (2009): *Handbuch der Beweislast*, Köln.
- CARRATTA, Antonio / TARUFFO, Michele (2015): *Poteri del giudice*, Bologna.
- CHIOVENDA, Giuseppe (1923): *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. Napoli.
- CHOO, Andrew L. T. (2009): *Evidence*, Oxford.
- CLARK, Ronald H. / DEKLE, George R. Sr., y BAILEY, William S. (2015): *Cross-Examination Handbook: Persuasion, Strategies, and Technique*, New York.
- DENNIS, Ian (2013): *The Law of Evidence*, London.
- EISENBERG, Ulrich (2011): *Beweisrecht der stop*, München.
- GREENLEAF, Simon (1844): *A Treatise on the Law of Evidence*, vol. I, 2ª ed. Boston, 521-522, §445.
- HUXLEY, Phil (2008): *Evidence, the Fundamentals*, London.
- LESSONA, Carlo (1928): *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, t. I, Madrid.
- MANZANERO, Antonio L. (2008): *Psicología del testimonio*, Madrid.
- MAZZONI, Giuliana (2015): *Psicologia della testimonianza*, Roma.
- MUNDAY, Roderick (2013): *Evidence*, Oxford.
- MURPHY, Peter (2005): *Murphy on evidence*, Oxford.
- NIEVA FENOLL, Jordi / FERRER BELTRÁN, Jordi y GIANNINI, Leandro (2019): *Contra la carga de la prueba*, Madrid.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010): *La valoración de la prueba*, Madrid.
- ROBERTS, Paul / ZUCKERMAN, Adrian (2010): *Criminal Evidence*, Oxford.
- ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz y GOTTWALD, Peter (2018): *Zivilprozessrecht*, München, 427-428.
- SATTA, Salvatore y PUNZI, Carmine (1996): *Diritto Processuale Civile*, Padova.
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, Madrid.
- WACH, Adolf (1885): *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig.
- WELLMAN, Francis L. (1997): *The art of cross-examination*, (1ª ed. 1903), New York.
- WIGMORE, John Henry (1904): *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. II, Boston.

Fecha de recepción: 18 de noviembre de 2019.

Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2019.