

Trabajo Fin de Grado

El interrogatorio de testigos en el proceso penal

Autora

María Sancho Alegre

Directora

María Rosa Gutiérrez Sanz

Programa conjunto Derecho y Administración de empresas

Facultad de Derecho
2019/2020

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CONCEPTO DE TESTIGO.....	6
A. Definición de testigo.....	6
B. Clases de testigos.....	8
C. Obligaciones y derechos.....	16
III. INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN....	22
A. Consideraciones previas.....	23
B. Declaración del testigo como prueba anticipada o preconstituida.....	23
C. Práctica del interrogatorio durante el sumario.....	26
1. Lugar de la declaración testifical.....	26
2. Forma de la diligencia.....	28
3. Procedimiento.....	28
D. Careo durante el sumario.....	30
IV. PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL JUICIO ORAL.....	30
A. Consideraciones previas.....	30
B. Proposición, admisión y citación.....	31
1. Momento y forma de la proposición.....	31
2. Admisión de la prueba testifical.....	32
3. Forma de la citación.....	33
C. Incomunicación de los testigos.....	34
D. Desarrollo del interrogatorio.....	35
1. Orden de las declaraciones.....	35
2. Orden de preguntar.....	36
3. Técnica del interrogatorio.....	36
E. Careo en el juicio oral.....	38

F. Incomparecencia de los testigos al juicio.....	38
V. VALORACIÓN DEL INTERROGATORIO DE TESTIGOS.....	39
A. Declaración ante la policía.....	39
B. Declaración ante el Juez de Instrucción.....	42
C. Juicio oral.....	43
VI. CONCLUSIONES.....	44
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	47

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objetivo el estudio de la prueba testifical en el proceso penal y el análisis de los problemas que aparecen en torno a su realización y valoración dependiendo de la fase procesal en la que las declaraciones se produzcan, y en función de las garantías constitucionales que las hayan rodeado.

Los procesos penales en el ordenamiento jurídico español responden a un esquema formado por tres fases: la fase de instrucción o sumario, que tiende a la investigación de los presuntos hechos delictivos, a la averiguación del autor de los mismos y, en definitiva, a la preparación del juicio oral (art. 299 LECrim); la fase intermedia, que tiene el fin de determinar si los hechos son valedores de ser juzgados y de establecer el órgano que conocerá de tales hechos; y la fase de juicio oral o de enjuiciamiento, donde se practicarán las pruebas y se efectúan las alegaciones en presencia del Tribunal sentenciador.

Uno de los medios de prueba más relevantes del proceso penal es la declaración testifical. Se trata de una manifestación del deber constitucional de prestar auxilio a la Administración de Justicia (118 CE).

Se entiende por declaración testifical “la declaración de conocimiento efectuada por personas físicas, distintas al imputado, que conocen de la comisión del hecho punible, realizada en calidad de acto de investigación ante el Juez de Instrucción, o de prueba en el juicio oral”.¹

La regla general es que la prueba en el proceso penal tiene lugar únicamente en la fase de juicio oral. Los únicos medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia son los practicados en el plenario, bajo los principios constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad, exigidos por los artículos 14.3 PICDP y 6.3 CEDH.

¹ GIMENO SENDRA, J., “Derecho Procesal Penal” en *Los actos de investigación (III)*. Editorial Civitas, SA, 2020.

Sin embargo, existen situaciones excepcionales en las cuales el testigo no puede comparecer al juicio oral. Como trataré de explicar en este Trabajo de Fin de Grado, el TS y TC han permitido que ciertas diligencias realizadas en el sumario, e incluso en sede policial, resulten aptas para desvirtuar la presunción de inocencia.

La motivación para realizar este Trabajo de Fin de Grado ha consistido en conocer la relevancia del interrogatorio de testigos en cada fase procesal y resaltar el papel fundamental que tiene este medio de prueba en el procedimiento penal. Para ello me he utilizado diversos textos legales, obras doctrinales y jurisprudencia.

El presente Trabajo de Fin de Grado se estructura en cuatro partes fundamentales. En primer lugar he analizado el concepto de testigo, a través de su definición, las clases de testigos existentes y sus deberes y derechos. A continuación, he estudiado la declaración testifical en la fase sumarial. La tercera parte, la he dedicado al análisis de la declaración testifical producida en el juicio oral. Finalmente, la cuarta y última parte, se refiere a la valoración de la prueba testifical según en el momento procesal en el que nos encontremos.

II. CONCEPTO DE TESTIGO.

A. Definición de testigo

La LECrim no ofrece una definición auténtica de testigo. En las SSTS núm. 249/2008 de 20 de mayo y 1159/2005 de 10 de octubre definen al testigo del proceso penal como “la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia”²

Si bien, en el artículo 410 LECrim se redacta con vaguedad las funciones de los testigos en el proceso penal: “Todos los que residan en territorio español, nacionales o

² CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010.

extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”, no se expresa en la ley la función de los testigos en una y otra de las fases del proceso, pero de este artículo se desprende que la llamada al proceso del testigo comporta la inmediata asunción de deberes consistentes en la obligación de comparecer, obligación de veracidad y la obligación de declarar.

Según GIMENO SENDRA, “son testigos las personas físicas, con condición jurídica de terceros (salvo el ofendido), que declaren en el juicio oral sobre percepciones sensoriales (directas o indirectas) acerca de los hechos y circunstancias fácticas ocurridas fuera del proceso y con anterioridad a él”.³

Podríamos considerar que la definición de testigo gira en torno a las siguientes notas características:

- 1) El testigo es, obviamente, ajeno a la autoridad judicial que instruye, pero no necesariamente de las partes y del objeto del proceso. El testigo, de ser perjudicado directo por el delito, puede entrar a formar parte de la acusación. Esto marca diferencias en relación con el proceso civil, en el que las partes, cuando declaran sobre los hechos en el proceso, lo hacen por la vía del “interrogatorio de las partes”, que se trata también de un medio de prueba personal, pero cuyo tratamiento procesal es diferente a la prueba testifical. En concreto, “en el interrogatorio de las partes”, la parte que, tras ser interrogada, se niega a responder o emite declaraciones evasivas o inconcluyentes, puede incurrir en un reconocimiento tácito o *ficta confessio* de los hechos si éstos son personales y le resultan perjudiciales. Esto nunca puede ocurrir en la prueba testifical.⁴ La declaración del ofendido o víctima en el proceso penal es a través de su llamada como testigo, con independencia de que asuma o no la condición de acusación particular, o de que se mantenga ajeno al proceso penal con la sola presencia de la acusación pública. Tampoco será, por lo tanto, ajeno al objeto

³ SOTO NIETO FRANCISCO “Prueba de testigos y su valoración procesal” en *La Ley*, N° 6462, Sección Columna, Editorial LA LEY, 2006.

⁴ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p. 77.

del proceso, cuando el testigo coincida con quien es titular del bien jurídico atacado.⁵

- 2) El testigo en la fase de juicio oral es llamado a declarar en presencia del Tribunal y las partes para garantizar los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad. Sin embargo, la ley permite que en algunos supuestos, que veremos a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado, los testigos declaren por escrito, fuera de la presencia del Tribunal y sin interrogatorio de las partes.
- 3) La fuerza probatoria de su declaración depende de su conocimiento de los hechos y veracidad de su declaración. El legislador ha establecido una serie de mecanismos para preservar la fiabilidad del testimonio. Se han introducido medidas intimidatorias para apelar a la responsabilidad del testigo, bajo la amenaza de incurrir en una sanción penal (458 CP).⁶ Por otro lado, se exime de la obligación de declarar a los testigos incapaces (417.3 LECrim), y a los parientes (416.1 LECrim). En relación a la declaración de los parientes, “el legislador sabe que las advertencias de decir verdad y las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso” (STS de 23 de marzo de 2009).

B. Clases de testigos.

Según GIMENO SENDRA ⁷, se puede realizar la siguiente clasificación de testigos en el proceso penal.

- a) Testigos y testigo-víctima.

⁵ RIFÁ SOLER, J., *"Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculpadados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial"*, Editorial LA LEY, Madrid, 2011.

⁶ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p. 40.

⁷ SENDRA GIMENO, V., “Derecho...” cit.

A diferencia del testigo en el proceso civil, en el que el “perjudicado” presta declaración en calidad de parte, en el proceso penal, las víctimas del delito han de prestar declaración en calidad de “testigo”. Sin embargo, el TS señala que cuando la víctima de un delito actúa declarando sobre los hechos acaecidos, no lo hace en mera calidad de testigo, ya que al tratarse del sujeto pasivo del delito, no es un mero observador. La credibilidad del testimonio de las víctimas no ha de ser distinta del resto de los testigos, pero si puede apreciarse y observarse con mayor precisión la forma de narrar el hecho, atendiendo a sus gestos, firmeza, etc. (STS 282/2018 de 13 de junio).

La jurisprudencia del TC y del TS reconocen que la declaración prestada por la víctima tiene la consideración de prueba testifical capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 173/1990, de 12 de noviembre; 64/1994, de 28 de febrero; STS 1317/2004, de 16 de noviembre).⁸

El TS ha sentado una doctrina sobre la eficacia probatoria de la declaración de la víctima cuando constituye la única prueba cargo (STSS de 29 de abril de 1997; 97/2009 de 9 de febrero; y de 26 de abril de 2000). “Exigen una cuidada y prudente valoración, ponderando el testimonio a la luz de los siguientes criterios valorativos” (STS 1139/2009, de 30 de octubre):

- 1) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre el acusado y la víctima que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.
- 2) Verosimilitud del testimonio , es decir, constatación objetiva de la existencia del hecho.
- 3) Persistencia en la incriminación. Esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

⁸ SOTO NIETO, F., “Prueba de testigos...” ,cit.

Sin embargo, no es necesario la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos (STS 169/2019 de 28 de marzo), siempre y cuando se efectúe una motivación concreta y razonada (STS 338/2013 de 19 de abril).

Negar la validez de la declaración de la víctima cuando esta sea el único medio de prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, supondría la impunidad de muchos delitos, principalmente los que se realizan contra la libertad sexual, que normalmente se consumen sin la presencia de otros testigos, salvo el de la perjudicada (STSS 282/2018, de 13 de junio; 119/2019, de 6 de marzo).⁹

b) Directos e indirectos o de referencia.

Nuestra ley procesal distingue entre testigo directo y testigo de referencia como medios de prueba testifical. El testigo directo es aquel que percibe los hechos presuntamente delictivos a través de sus sentidos, mientras que los testigos de referencia o indirectos se caracterizan por conocer de hechos relevantes que guardan relación con el objeto del proceso porque una tercera persona, determinada e identificable, se los ha contado.

La LECrim reconoce expresamente este medio de prueba testifical en los arts. 710 y 813. El artículo 710 LECrim establece que “Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado”.

A tenor del artículo 710 LECrim, el único presupuesto exigido para valorar el testimonio del testigo de referencia como medio de prueba es que dicho testigo identifique la fuente de conocimiento.

El TS y TC reconocen a este testigo como medio de prueba, sin embargo tienen ciertos recelos a su aceptación como medio de prueba válido para desvirtuar la presunción de

⁹ La declaración de la víctima como testigo en el proceso penal y su capacidad como medio de prueba apto para desvirtuar la presunción de inocencia es un asunto muy complejo al que no me voy a dedicar con más profundidad por las limitaciones de espacio propias del Trabajo de Fin de Grado y por no tratarse del tema principal de este.

inocencia (STC 57/2013, de 11 de marzo; STSS 552/2015, de 23 de septiembre; y 703/2012, de 28 de septiembre).¹⁰

Una de las razones que fundamenta estos recelos, se trata de la inobservancia de las garantías constitucionales de inmediación y contradicción que supone la incorporación al proceso de declaraciones testificales no provenientes del testigo directo (STC 209/2001, de 22 de octubre; STS 733/2017, de 15 de noviembre).

La jurisprudencia del TC dispone que el testimonio proveniente de un testigo indirecto o de referencia cuenta con un carácter subsidiario y excepcional (SSTC 161/2016, de 3 de octubre; 146/2003 de 14 de julio). La jurisprudencia del TS, tiene una posición más amplia en relación testimonio del testigo de referencia como prueba de cargo. Considera que debe concurrir, o bien el criterio de subsidiariedad o de complementariedad para que se pueda recurrir a este medio de prueba (SSTS 226/2018, de 16 de mayo; 757/2015, de 30 de noviembre). “El valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo” (STS 226/2018, de 16 de mayo).

Relativo al criterio de subsidiariedad, en la Sentencia 297/2017, de 26 de abril, el TS define tres supuestos en los está legitimada la valoración del testigo de referencia:¹¹

- 1) Supuestos en los que se desconoce la identidad del testigo. Sin embargo, si no se conoce la identidad del testigo, el testigo de referencia difícilmente podrá cumplir el requisito exigido en el art. 710 LERim “designando con su nombre y apellido, o con señas con la que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado. Sin embargo, no es imposible, pues la exigencia se entendería cumplida por las «señas»”.¹²

¹⁰ DEL ALCÁZAR VILADOMIU, C., “El testigo de referencia: algunas consideraciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo” En *La Ley Penal*, Nº 139, Wolters Kluwer, 2019.

¹¹ DEL ALCÁZAR VILADOMIU, C., “El testigo de referencia...” cit.

¹² DEL ALCÁZAR VILADOMIU, C., “El testigo de referencia...” cit.

- 2) Supuesto en el que el testigo “haya fallecido”. Si dicho testigo hubiera prestado declaración en sede de instrucción con las debidas garantías, se reproducirá en el juicio oral a través del cauce del artículo 730 LECrim.
 - 3) Supuesto consistente en “cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical”. Se trata de una cláusula *numerus apertus*. El TS ha considerado como causa de imposibilidad la incomparecencia del testigo directo por no haber podido ser citado por el órgano judicial tras haberse agotado todos los mecanismos para hacer efectiva esa citación (STS 793/2017, de 11 de diciembre).
- c) Ordinarios y privilegiados.

La ley establece, como regla general, la obligación de todo ciudadano que haya presenciado un hecho punible de comparecer, declarar y decir la verdad ante el Tribunal.

Algunas Autoridades están eximidas bien de la obligación de comparecer, bien de la obligación de comparecer y declarar. Estas comprenden el grupo de testigos “privilegiados” y son:

- 1) El Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero, los Regentes del Reino y los Agentes Diplomáticos están exentos de la obligación de comparecer y de prestar declaración (art. 411 LECrim).
- 2) Las demás personas de la Familia Real estarán exentas de concurrir al llamamiento judicial, pero no de declarar, pudiendo hacerlo por escrito (412.1 LECrim).
- 3) De igual modo, estarán exentas del deber de concurrir pero “podrán informar por escrito sobre los hechos de que tengan conocimiento por razón de su cargo: El Presidente y los demás miembros del Gobierno. Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado. El Presidente del Tribunal Constitucional. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial. El Fiscal General del Estado. Los Presidentes de las Comunidades Autónomas”(412.2 LECrim).
- 4) “Estarán exentos”, establece el 412.5 LECrim, “también de concurrir al llamamiento del Juez, pero no de declarar, pudiendo hacerlo en su despacho

oficial o en la sede del órgano del que sean miembros: Los Diputados y Senadores. Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. El Defensor del Pueblo. Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración. Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado. El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas. Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, los Gobernadores civiles y los Delegados de Hacienda”.

d) Por citación o mediante auxilio judicial.¹³

Como regla general, las actuaciones judiciales se practicarán en la sede del órgano jurisdiccional (art. 268.1 LOPJ).

En el caso de que el testigo resida en la demarcación judicial, será citado para comparecer ante el Juez de Instrucción (art. 421 LECrim).

Sin embargo, si residiera fuera de ella, el Tribunal se abstendrá de hacerle comparecer, y se acudirá al auxilio judicial, a no ser que considere necesario su interrogatorio personal (art. 422 LECrim). La cooperación judicial se recoge en el artículo 274 LOPJ: “Se recabará la cooperación judicial cuando debiere practicarse una diligencia fuera de la circunscripción del Juzgado o Tribunal”.

Conforme al art. 422.II LECrim, también se deberá evitar la comparecencia de determinados trabajadores cuya residencia se encuentre en un punto distinto de la capital del Juzgado (jefes de estación, maquinistas, fogoneros, conductores, telegrafistas, factores, recaudadores, guardagujas u otros agentes que desempeñen

¹³ SENDRA GIMENO, V., “Derecho...” cit.

actividades análogas). Se les citará por conducto de sus jefes inmediatos cuando su comparecencia resulte indispensable.

Si el testigo reside en el extranjero, no está obligado a comparecer conforme al artículo 410 LECrim. Antes de renunciar a su declaración en el juicio y optar por el cauce del artículo 730 LECrim, se puede intentar citarles para que comparezcan en el juicio oral a través de los convenios y tratados internacionales sobre asistencia recíproca, o a través del auxilio judicial internacional (art. 424 LECrim).

También será posible la declaración testifical por videoconferencia, a través del cauce previsto en los arts. 731 LECrim y 229.3 LOPJ que explicaré en el siguiente apartado.

e) Declaración verbal: presencial o mediante videoconferencia.

Como regla general, según el artículo 229.2 LOPJ, los testigos declararán de forma verbal en el órgano judicial.

Sin embargo, la LO 13/2003 reformó este artículo, incluyendo el artículo 229.3 LOPJ, que permite el uso de la videoconferencia por los órganos jurisdiccionales. En la LECrim, los artículos 306.IV, 325 y 731 bis facultan al MF y al Juez a interrogar al testigo a través de este medio.

La lectura contrastada de estos artículos, evidencia, según la STS 161/2015 de 17 marzo, que, “mientras el art. 229 LOPJ condiciona la utilización de la videoconferencia a que no se resientan los principios estructurales de contradicción y defensa, el art. 731 bis de la LECrim rodea esa opción tecnológica de cautelas que sólo justificarían su empleo, cuando se acreditara la concurrencia de razones de utilidad, seguridad, orden público o, con carácter general, la constatación de un gravamen o perjuicio para quien haya de declarar con ese formato”.

Los supuestos que legitiman el uso de la videoconferencia son el “interrogatorio de menores”, los de “utilidad, seguridad y orden público” y la “comparecencia particularmente gravosa o perjudicial” del testigo, que tiene lugar cuando el testigo se

encuentre “geográficamente distante”¹⁴ (arts. 325, 731 bis LECRrim; STS 812/2015, de 17 de marzo). Esta regulación tiene como fundamento la doctrina del TEDH (SSTEDH de 5 de octubre de 2006, caso Marcello Viola c. Italia , §§ 67, 70, 72 a 76 ; y de 27 de noviembre de 2007, caso Zagaría c. Italia , § 29).

En cuanto a qué entendemos por “geográficamente distante”, la STS 812/2015 de 17 de marzo, expone ciertos ejemplos en los que, residiendo el testigo en lugar diferente a la sede judicial, la casuística jurisprudencial ha visto justificada la utilización de la videoconferencia. Por ejemplo, “cuando un testigo residente en la península tiene que declarar en Mallorca (STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007), o cuando unos peritos de A Coruña tienen que declarar en Las Palmas de Gran Canaria (ATS 2314/2006, de 23 de noviembre de 2006). Con mayor motivo, por tanto, cuando el testigo reside en Gran Bretaña (ATS 2171/2006, de 26 de octubre de 2006)”.

Se utilizará la videoconferencia también cuando el testigo se trate de un menor, persona con discapacidad necesitada de especial protección o en el caso de que de su evaluación “inicial o posterior derive la necesidad de estas medidas de protección” (declaración de víctimas de malos tratos, redes de prostitución, testigos de narcotráfico...) ¹⁵. Se establece en los apartados II y III del artículo 707 LECrim y tiene como finalidad eludir la confrontación visual de estos testigos con el inculpado, y evitar de esta manera la “victimización secundaria” de tener que ver de nuevo físicamente al agresor.

Por tanto, el uso de la videoconferencia no se limita únicamente a aquellas situaciones en las que el testigo se encuentre en puntos lejanos a la sede del órgano judicial, sino que esta situación puede plantearse en una única sede judicial.¹⁶

En cuanto a la incidencia a los principios constitucionales, el TS ha reiterado que la videoconferencia garantiza la oralidad, inmediación y contradicción, tal y como se recoge en las STS 641/2009, de 16 de junio; y 812/2015, de 17 de marzo.

¹⁴ SENDRA GIMENO, V., “Derecho...” cit.

¹⁵ MAGRO SERVET, VICENTE. *Guía de problemas y soluciones en el juicio oral*. Editorial LA LEY, Madrid, 2006.

¹⁶ MAGRO SERVET, VICENTE. *Guía de problemas...*, cit.

Los Autos del TS de 4 de mayo de 2006 y de 23 de noviembre de 2006 indican que la videoconferencia permite una comunicación en ambos sentidos, de tal manera que es posible afirmar la observancia de inmediación, oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar. La bidireccionalidad y la transmisión simultánea de imagen y sonido de este medio técnico audiovisual garantizan estos principios.¹⁷

Si la declaración por videoconferencia no permitiera la aplicación de tales principios, no cabría usar este medio en el proceso (art. 229.3 LOPJ).

C. Obligaciones y derechos.

1. Obligaciones.

El testigo tiene la obligación de comparecer, declarar, y decir verdad. Las obligaciones de los testigos, tienen su fundamento en el artículo 118 CE, que establece la obligación de “prestar la colaboración requerida en el curso del proceso”.

El desarrollo legislativo de este mandato constitucional puede apreciarse, en primer lugar, en la regla general tipificada en el artículo 17.1 LOPJ que establece que: “Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley”; en segundo lugar, se sanciona como delito el desobedecimiento a los requerimientos de los órganos judiciales (410 y 412 CP) ; y por último, el legislador ha concretado en las leyes procesales una serie de deberes y obligaciones de colaboración con los Tribunales, cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción.¹⁸ Son los siguientes:

a) Obligación de comparecer ante el Juez.

¹⁷ VELASCO NUÑEZ E., y PRESA CUESTA, E., “Aspectos procesales de la videoconferencia”

La *Ley Penal*, N° 46, Sección Informe de Jurisprudencia, Editorial LA LEY, 2008.

La primera obligación del testigo tipificada en la LECrim, se trata del deber de comparecer ante el Juez en el día y hora señalados (art. 410): “Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley”. Esta obligación tiene como excepción los testigos “privilegiados” enumerados en el apartado anterior.

En el supuesto de que el testigo estuviere impedido físicamente para personarse ante el órgano judicial, el juez instructor acudirá a su domicilio, a tenor del artículo 419 LECrim.

En el caso de que no compareciera por imposibilidad en la fase de juicio oral y el Tribunal considerara importante su declaración para el éxito del juicio, el Presidente designará a uno de los individuos del mismo (normalmente el Magistrado Ponente) para constituirse en la residencia del testigo (718 LECrim).

La redacción procesal establece la obligación de comparecer para aquellas personas, extranjeras o nacionales, que residan en el territorio nacional. Por lo tanto, los testigos residentes en el extranjero no tendrán esta obligación.

La jurisprudencia del TS ha señalado que, en el caso de que el testigo resida en el extranjero, será posible la lectura de la declaración sumarial en el plenario a través del cauce del artículo 730 LECrim (STS de 17 de julio de 2002), siempre que no se conozca el paradero del testigo residente en el extranjero o si, citado, no comparece, o si su citación se demora excesivamente, pudiendo producir dilaciones indebidas (STS 225/2018, de 16 de mayo). Otra posibilidad, es el interrogatorio de testigos residentes en el extranjero a través de la videoconferencia, tal y como he explicado en el apartado anterior.

Si un testigo no comparece al juicio sin motivo claro de imposibilidad justificada, se le impondrá una multa entre 200 y 5000 euros. Si a la segunda citación no comparece, incurrirá en un delito de obstrucción a la Justicia, tipificado en el artículo 463 CP.

b) Obligación de declarar.

Una vez personado, el testigo tiene la obligación de declarar. Los testigos tienen la obligación de declarar todo lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado (arts. 410 y 707 LECrim).

No pueden ser obligados a declarar como testigos los “incapacitados física o moralmente” (417.3 LECrim). La LECrim no contiene una declaración general de capacidad de los testigos que explique el ámbito de “incapacitados física o moralmente”, y no es de aplicación el artículo 25 CP, que establece el alcance de la expresión “incapaz” cuando es utilizada en el propio Código.

En la STS 869/2015, de 28 de diciembre el Tribunal dispone que “todo aquel testigo, con uso de razón, que no esté totalmente incapacitado física o moralmente, ha de declarar en el proceso penal”.

Cuando una persona menor de edad o enfermo mental comparece como testigo en un procedimiento, las limitaciones que pueda tener en sus facultades han de ser valoradas por el juez.¹⁹

Tampoco están obligados a declarar, quienes por razón de su cargo o profesión están obligados a guardar secreto, como los Abogados (416.2 LECrim), los funcionarios públicos (417.2º LECrim) o los eclesiásticos y Ministros de culto (417.1º LECrim).

El secreto profesional es el deber/derecho que tienen los miembros de ciertas profesiones (Abogados, funcionarios o eclesiásticos) de no revelar los hechos que hayan conocido en el ejercicio de su profesión. Se encuentra recogido en el artículo 24.2 CE.²⁰

Para los Abogados, el secreto profesional tiene una doble vertiente. Por un lado, “les exime tanto de la obligación de denunciar los hechos de que conozcan como consecuencia de las explicaciones de sus clientes (art. 263 LECrim) como de testificar

¹⁹ MAGRO SERVET, V., “La declaración de testigos incapaces en el juicio oral. Su validez” en *Guía de problemas...* cit.

²⁰ GARCÍA MOLINA, P., “El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado” en *La Ley Penal*, Nº 131, 2018.

sobre aquellos hechos que el imputado haya confiado a su letrado en calidad de defensor (art. 416.2º LECrim)”: SAP de Las Palmas 147/2001, de 12 de noviembre.

Se trata de una excepción a la regla del deber de declarar, y el TS ha sido restrictivo en su interpretación. Exige, para la consecución de esta dispensa, que se trate del abogado defensor (no de las partes acusadoras), y que la declaración verse sobre hechos que “su defendido le hubiera confesado” en su calidad de defensor, por lo que no entran dentro del precepto los hechos conocidos por el letrado a través de otros medios (STS 30 de marzo de 1992).

La LECrim, en el artículo 416.2 señala que el Abogado está dispensado de la obligación de declarar, pero no contiene ninguna prohibición expresa (STS 1114/2001, de 11 de junio). Por eso, si el letrado del procesado actuase como testigo, siendo requerido para ello, su declaración sería plenamente válida y podría constituir prueba de cargo, con independencia de la responsabilidad en la que podría incurrir por violar el secreto profesional.

En cuanto al deber de guardar secreto de los ministros de culto y eclesiásticos, la exención de la obligación de declarar como testigo se refiere exclusivamente a hechos cuyo conocimiento provenga de la confesión, no en los demás casos (STS de 11 de octubre de 1990). En el caso de tener lugar el testimonio del testigo, este será perfectamente válido, independientemente de la responsabilidad que incurra por haber declarado.²¹

La LECrim también dispensa de la obligación de declarar como testigos a los funcionarios civiles y militares, “cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieren obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida” (art. 417.2 LECrim). La jurisprudencia del TS limita el ámbito de exoneración de la obligación de declarar sobre la base del deber superior de colaborar con la Administración de Justicia y de las exigencias del Estado de Derecho (ATS, de 20 de febrero de 1995).

²¹ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p.404.

Por otro lado, la LECrim. dispensa de la obligación de declarar a “los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261” (art. 416.1º LECrim).

La ley dispensa de la obligación de declarar en contra el procesado (art. 416.1º LECrim) o “acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes que se refiere el artículo 416” (art. 418 LECrim).

Solo tendrán la obligación de declarar en “el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor” (art. 418 LECrim).

La STS 164/2008, de 8 de abril señala que la fundamentación de esta dispensa es la resolución de “el conflicto que se le plantea al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que une al testigo con el acusado; tanto en la unión marital como en la equiparada”.

El Juez instructor debe advertir al testigo pariente del procesado que no tiene la obligación de declarar contra este (art. 416 LECrim). No informar a un testigo pariente de su derecho a no declarar supone la nulidad de la prueba testifical, que no podrá utilizarse válidamente como prueba de cargo (STS de 20 de enero de 2009).

En el caso de que el testigo se acogiera a la dispensa en la fase del juicio oral, tras haber prestado declaración en la fase de instrucción, la jurisprudencia señala que no cabe la lectura de esta a través del cauce del artículo 714 o 730 LECrim (SSTS 31/2009, de 27 de enero y 129/2009, de 10 de febrero).

c) Obligación de decir la verdad.

El testigo tiene la obligación de decir la verdad en su declaración durante el juicio oral (715 LECrim). En el caso de que no lo haga, podrá incurrir en un delito de falso testimonio, tipificado en el artículo 458 CP.

“Faltar a la verdad en la declaración que se presta como testigo en un procedimiento es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al juez o tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en el que no se realice el valor superior de justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial” (STS de 6 de marzo de 2006).

La acción típica consiste en faltar a la verdad en un testimonio que se presta ante el Juzgado (458.1 CP). La falta de veracidad debe recaer sobre aspectos esenciales a efectos de enjuiciamiento y no sobre cuestiones intrascendentes. No se trata de si el testigo resulta o no creíble, sino de que falte sustancialmente a la verdad de lo que le es preguntado (STS de 6 de marzo de 2006).

El artículo 458.2º CP contempla un subtipo agravado respecto al delito básico. Será aplicable cuando el falso testimonio tenga lugar en contra del reo en una causa criminal por delito. Para su aplicabilidad, se requieren entonces dos requisitos. En primer lugar, que el falso testimonio se preste ante la jurisdicción penal, y bien en la fase de instrucción o en el juicio oral. La razón de que se aplique este tipo agravado en los procedimientos penales es debido a que las decisiones adoptadas por el Juez pueden afectar directamente a los derechos de las personas, como puede ser el de la libertad o los patrimoniales (STS 901/2016, de 9 de febrero). El segundo requisito consiste en que el testimonio sea en contra del reo.

Por lo tanto, no será aplicable este tipo penal al testimonio prestado en sede policial, pero sí en la fase de instrucción. Según QUINTEROS OLIVARES “no es asumible la interpretación restrictiva que entiende que sólo se comete este delito si se presta declaración falsa en el juicio oral, excluyendo la de la instrucción, ya que degrada la trascendencia de las prestadas en la instrucción, pues de ellas pueden derivar

consecuencias suficientes como para no excluirlas del tipo, prescindiendo de que el delito se cualifique con una condición objetiva de punibilidad en el caso de sentencia condenatoria, que no significa la impunidad del falso testimonio no seguido de condena. Una declaración en la instrucción puede ser la única que preste el testigo en todos los casos de prueba anticipada (art. 448 LECrim)”.²²

En el art. 462 CP se regula una excusa absolutoria a quien “habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate”.

Por eso, será impune la declaración falsa prestada durante la instrucción si durante la celebración del juicio el testigo se retracta y declara la verdad.

2. Derechos.

Como contraprestación al deber de comparecer y declarar ante el tribunal, el artículo 722 LECrim, prevé la posibilidad de que los testigos sean indemnizados “si reclamaren” la cuantía que corresponda a los desplazamientos y dietas realizadas y el importe de los jornales perdidos con motivo de su comparecencia para declarar.

En cuanto a los jornales perdidos, TOMÉ GARCÍA señala que las empresas están obligadas a permitir a sus trabajadores ausentarse para declarar ante los tribunales, sin que sufran ningún menoscabo en su nómina. Por lo tanto, lo único que podrán reclamar es la indemnización por motivo de desplazamiento. Sin embargo, si que podrán reclamar los autónomos, cooperativas de trabajo u otros profesionales la cuantía del lucro cesante por el tiempo dedicado al desplazamiento e interrogatorio.²³

En cuanto al momento en que puede exigirse la indemnización, el TS, en la Sentencia 611/2003, de 23 de junio, señala que es el de concurrencia ante el tribunal, sin que pueda condicionarse la práctica del interrogatorio al abono de la indemnización

III. INTERROGATORIO DE TESTIGOS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

²² QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editores Cizur Menor, Navarra : Thomson Reuters Aranzadi. 2016. p. 2.046.

²³ TOMÉ GARCÍA, J., *La condena en costas del proceso penal* Aranzadi, Madrid, 2009.

A. Consideraciones previas.

La instrucción es la primera fase del proceso penal por delito. En este primer período se realizarán las diligencias de investigación o diligencias previas (si nos encontramos en el procedimiento abreviado) que son los actos encaminados a la averiguación de los hechos aparentemente delictivos y personas responsables de los mismos (art. 299 LECrim). Esta fase tiene como finalidad la preparación del juicio.

Entre las diligencias practicadas durante la fase de instrucción, es muy habitual la declaración de aquellos testigos que hayan presenciado el hecho punible.

“Investigar” no significa “averiguar” por lo que estas declaraciones no suelen tener eficacia probatoria.²⁴ La única prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado es aquella que se practique durante el juicio oral ante el Juez sentenciador, ya que es en este momento cuando se ven garantizados los principios constitucionales de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad (art. 741 LECrim).

Sin embargo, cuando durante el procedimiento se dan razones que imposibilitan la práctica de la declaración testifical en el plenario, la LECrim permite prescindir de la presencia del testigo en el juicio oral, mediante la prueba preconstituida o anticipada. Ambas tienen la finalidad de “llevar al juicio oral aquellas pruebas que, por diferentes circunstancias, sería imposible practicarlas en la vista”²⁵. Su estudio se aborda en las siguientes páginas.

B. Declaración del testigo como prueba anticipada o preconstituida.

El Tribunal Supremo, en la STS 96/2009, de 10 de marzo, realiza un análisis de estas pruebas excepcionales²⁶. Entre ambas nociones, “existen diferencias por su mayor o

²⁴ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p. 475.

²⁵ MUÑOZ CUESTA, F.J. Proposición, admisión y práctica de la prueba en los procesos ordinarios. Prueba anticipada y preconstituida. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. Núm 1. 2003.p. 82.

²⁶ RIFÁ SOLER, J., *Estudios sobre prueba penal...*,cit.

menor observancia de los principios que presiden la práctica de la prueba y especialmente, del principio de inmediación ante el Tribunal juzgador”.

La prueba anticipada se caracteriza por la existencia de “una previsión de imposibilidad de llevar al acto de juicio oral el medio de prueba”²⁷. Se encuentra regulada en los arts. 448, 449 y 657. II LECrim para el procedimiento ordinario y en los artículos 777.2, 781.1 y 785.1 LECrim para el procedimiento abreviado. Dentro de la prueba anticipada hay que distinguir, la prueba anticipada sumarial y la prueba anticipada que se celebra ante el propio órgano de enjuiciamiento.²⁸

La prueba anticipada sumarial se lleva a cabo cuando la necesidad de promover una anticipación probatoria surge en la fase de instrucción. En este caso, no se observa el principio de inmediación, ya que se efectúa ante el Juez instructor.

Por otro lado, la prueba anticipada que se celebra ante el órgano de enjuiciamiento, se lleva a cabo “en cualquier momento que medie entre la apertura y el inicio efectivo de las sesiones del juicio oral”²⁹. En la práctica de esta prueba se da cumplimiento a todos los principios que salvaguardan el procedimiento penal.

Cuando se prevea en la fase de instrucción que un testigo no va a comparecer al llamamiento judicial, bien sea por incapacidad física, edad avanzada o enfermedad, el Juez junto con las partes se trasladarán a la residencia del testigo, conforme al artículo 419 LECrim.

La jurisprudencia del TS y TC exigen ciertos requisitos para que la prueba anticipada sea válida para desvirtuar la presunción de inocencia (STC núm. 141/2001 y STS 6 de octubre de 1997). Son los siguientes:

²⁷ RIFÁ SOLER,J., *Estudios sobre prueba penal...*,cit. p. 155.

²⁸ ÁLVAREZ BUJÁN,M., “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada” Boletín Ministerio de Justicia. Estudios Doctrinales. Madrid. 2015.

²⁹ GUZMAN FLUJIA. V.C “Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal”. Tirant lo Blanch, Valencia, p.265.

- 1) Material: que exista un motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien, que el testigo se encuentre fuera de la Península (art 446 LECrim).
- 2) Subjetivo: debe realizarse ante el Juez de Instrucción o Tribunal enjuiciador.
- 3) Objetivo: deben darse todas las garantías y principios que rigen la fase de juicio oral. En cuanto a la garantía de contradicción, el reo debe proveerse de un abogado, designado a instancia de parte o de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir declaración del testigo. La doctrina no estima que la ausencia del procesado sea invalidante de la prueba cuando ha estado presente su Abogado y ha tenido la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia (STS 96/2009, de 10 de marzo).
- 4) Formal: las diligencias de investigación deben quedar bien documentadas para su introducción en el juicio oral, (art. 777.2 LECrim) que se efectuará mediante la lectura de la diligencia practicada durante el sumario, en los términos del artículo 730 LECrim, requisito indispensable para que se vean garantizados los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

La prueba preconstituida es aquella actuación bien de la Policía Judicial, bien del Juez de Instrucción, que posee un carácter aseguratorio de la fuente de prueba, por cuanto versa sobre “hechos irrepetibles, que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral”³⁰ y toda su pretensión principal es la de evitar que se produzca “la pérdida o desaparición de fuentes de prueba durante la tramitación de la causa”³¹.

Para que la declaración testifical realizada por la Policía Judicial o Juez de Instrucción se formalice como prueba preconstituida deberá fundarse en los requisitos de urgencia y necesidad. Es decir, debe tener la finalidad de asegurar las fuentes de prueba que se observan en ese preciso momento, porque de no hacerlo desaparecerán (STC 303/1993, de 25 de octubre y STS 6 de mayo de 2005).

³⁰ GIMENO SENDRA, V., “La prueba preconstituida de la policía judicial”, Revista catalana de Seguretat Pública, 2010, p.38.

³¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 24.

Los actos de preconstitución probatoria no son, por sí mismos, elemento suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que inicialmente estos eran actos de investigación y por tanto, en su formación, no se observaron todas las garantías de la prueba.³² Para que los mismos desplieguen verdadera eficacia probatoria, deberán reproducirse o leerse en el plenario ex artículo 730 LECrim con las debidas garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Si se tratara de una declaración testifical realizada en sede policial, sólo podrá alcanzar verdadera eficacia probatoria si es reiterada y ratificada en el juicio oral, mediante la declaración testifical de los agentes policiales que la presenciaron (SSTC 217/1989; 222/201; y STS de 7 de abril de 2005).

C. Práctica del interrogatorio durante el sumario.

1. Lugar de la declaración testifical.

Como regla genera, la declaración de testigos se producirá en el órgano jurisdiccional tal y como establece el artículo 421 LECrim. No obstante, hay excepciones a esta regla general.

En primer lugar, las personas dispensadas de la obligación de concurrir al llamamiento judicial, están tipificadas en los apartados 1 y 2 del art. 412 LECrim.

En segundo lugar, la LECrim tipifica una serie de supuestos especiales:

1) Testigo que reside fuera de la circunscripción del Juzgado.

En estos casos, el juez de instrucción solicitará la realización de esta diligencia por medio de auxilio judicial (art. 422.I y II LECrim), salvo que la personación del testigo sea absolutamente necesaria y urgente para la comprobación del delito o reconocimiento del delincuente (art. 423 LECrim). “Es facultad del juez decidir la declaración del

³² VILLAGOMEZ CEBRIÁN, M., “Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en la instrucción del proceso penal”. Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, núm. 1, 2002, p. 599.

testigo que tiene su residencia fuera del partido judicial en la sede del Juzgado” (Auto de la AP de Badajoz 11/2006, de 30 Enero).

Cuando el testigo no comparezca ante el Juez instructor para prestar declaración, se hará constar en el exhorto las circunstancias precisas para la identificación del testigo y las preguntas a las que deba contestar, sin perjuicio de que el Juez que reciba efectivamente la declaración pueda formular las que estime convenientes para un mejor esclarecimiento de los hechos (art. 427 LECrim).

2) Testigo que reside en el extranjero.

En el caso de que el testigo viviese en el extranjero y le resultara imposible o dificultoso el desplazamiento para comparecer personalmente ante el órgano jurisdiccional, la declaración será realizada mediante videoconferencia (art. 230 LOPJ) o por los jueces extranjeros a través del suplicatorio (art. 424 LECrim).

3) Examen urgente de un testigo o declaración de un testigo físicamente impedido.

La LECrim permite el interrogatorio del testigo en su domicilio cuando sea urgente (art. 430 LECrim) o cuando esté físicamente impedido para acudir al llamamiento judicial (art. 419 LECrim).

El hecho de que la declaración del testigo tenga lugar en su casa, supone la privación del derecho del acusado y de su defensa a formular las preguntas que estimen por conveniente. En la STS de 22 de septiembre de 1997, el Tribunal dispone que se requiere que la situación del testigo sea “de tal magnitud que su comparecencia sea prácticamente imposible y que el derecho de contradicción del testigo no pueda ejercitarse de ninguna manera dentro de un plazo razonable. Esta situación de extrema necesidad no se da en la presente causa en la que el testigo sólo está afectado en su movilidad personal pero hubiera podido ser trasladado a la sede del Tribunal a quo en un vehículo y podría haber utilizado una silla de ruedas para llegar hasta la sala de vistas del mismo”.

4) Examen del testigo en el lugar de los hechos.

El Juez instructor podrá examinar al testigo en el lugar en el que ocurrieron los hechos presuntamente delictivos para lograr una mayor exactitud en su declaración (art. 438 LECrim).

2. Forma de la diligencia.

La declaración de testigos ante el Juez de Instrucción será personal y adoptará la forma oral, salvo que el testigo se trate de una de las personas a las que se refiere el artículo 412.1 y 412.2 LECrim o sea sordo mudo.

No se permite que el testigo lea la declaración, salvo que se trate de un apunte o nota que contenga datos difíciles de recordar (art. 437 LECrim).

El testigo declarará ante el Juez de Instrucción y el Secretario Judicial (art. 435 LECrim). Podrán estar también presentes el Ministerio Fiscal y las partes.

En el caso que el testigo no hable español, la ley, en los artículos 440, 441 y 442 LECrim, contempla que se le nombrará a un intérprete, que prestará juramento de desarrollar fielmente el desempeño de su cargo. La declaración se consignará en el idioma del testigo y en español.

La ley también tipifica la posibilidad de que los testigos puedan declarar en el idioma de la comunidad autónoma en que se encuentre, según lo dispuesto en el artículo 231.3 LOPJ.

3. Procedimiento.

El testigo será llamado a concurrir ante el órgano jurisdiccional con el apercibimiento de incurrir en una sanción entre 500 y 2000 euros (175.5 LECrim) o en un delito de obstrucción a la justicia, tipificado en el art. 463.1 CP.

Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario judicial la copia de la cédula de citación (art. 433.1 LECrim).

Los testigos declararán de manera separada y secreta ante el Secretario Judicial y Juez de Instrucción (art. 435 LECrim).

Durante el interrogatorio, los testigos contestarán primero a las preguntas “generales de la ley” tipificadas en el art. 436 LECrim.

Si el testigo fuera mayor de edad, se le prestará juramento (art. 433. II LECrim) y el juez estará obligado de informarle, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de decir verdad en la declaración y de la posibilidad de incurrir en el delito de falso testimonio tipificado en el artículo 458 CP si no lo hacen.³³

Sin embargo, la SAP de Madrid, de 20 de abril de 2009, establece que el falso testimonio en la fase de instrucción no reviste la misma gravedad que en el plenario, en la que se practican las verdaderas actuaciones probatorias.

A continuación, el juez permitirá al testigo narrar, sin interrupciones los hechos presuntamente delictivos que presencié. Después, el juez, podrá formular las preguntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos (art. 436.II LECrim).

A diferencia de lo que luego acontecerá durante el plenario, en la fase de instrucción, el testigo narra “sin interrupción” los hechos que presencié. La diligencia se inicia con la explicación de aquel, y es, *a posteriori*, cuando será llamado a esclarecer los conceptos oscuros o contradictorios y a responder las preguntas que el Juez considere oportunas.³⁴

En cuanto al límite del contenido de las preguntas, la ley prohíbe tanto las preguntas capciosas o sugestivas, como las coacciones, promesas o artificios para conseguir una determinada respuesta (art. 439 LECrim).

Una vez concluido el interrogatorio, el secretario judicial reflejará en el acta todas las declaraciones, excepto las que fuesen “manifiestamente inconducentes para la

³³ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...*, cit. p. 500.

³⁴ RIFÁ SOLER, J., *Estudios sobre prueba penal...*, cit.

comprobación de los hechos objeto del sumario” (art. 445 LECrim). Con esto se trata de evitar la inclusión de hechos ajenos a los investigados en las declaraciones, cuyo contenido pudiera afectar, por ejemplo, a la intimidad de otras personas (SAP de Huelva, 14 de abril de 1990).³⁵

A continuación, el juez informará al testigo del derecho a leer sus declaraciones y rectificarlas (art. 443 LECrim). Les ilustrará la obligación de comparecer a prestar una nueva declaración en el juicio oral, ahora en calidad de prueba, y de poner en conocimiento del juez de instrucción de los posibles cambios de domicilio que hubiere, con los apercibimientos si no lo cumple, de ser sancionado con una multa entre 200 y 1.000 euros o de incurrir en responsabilidad penal (art.446 LECrim).

La documentación de la diligencia será firmada por el testigo, por el secretario judicial, por el juez y por todos aquellos que hubieren intervenido en ella (art. 444 LECrim).

C. Careo durante el sumario.

Se trata de un medio de investigación auxiliar o complementario a la declaración testifical y al interrogatorio del inculcado. Está dirigido al esclarecimiento y resolución de las diferencias o discrepancias producidas entre las declaraciones de los testigos o de los procesados entre sí, o de aquéllos con éstos.³⁶ Se encuentra regulado entre los artículos 451 y 454 LECrim.

Se considera un medio extraordinario y subsidiario de investigación, que solo se celebrará cuando el juez de instrucción no pueda, a través de otros actos de investigación acreditar el objeto de la instrucción (STS 1646/2002, de 22 de octubre).

V. PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL EN EL JUICIO ORAL.

A. Consideraciones previas.

³⁵ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p. 502.

³⁶ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p. 503.

La prueba es la institución más importante del proceso penal, porque sirve para formar la convicción del tribunal sobre la responsabilidad penal del acusado y realización de los hechos delictivos. La única prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia es la que se produce en el plenario, donde se observan las garantías de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación.

Hasta la fase de juicio oral, tienen lugar los actos de investigación, que son la fuente de la prueba, pero no constituyen en sí mismos pruebas. Sin embargo, podrá solicitarse la práctica de la prueba con independencia de que hayan sido, o no, practicadas durante la instrucción diligencias de contenido similar. Por lo tanto, no cabe entender que la fase del plenario tenga por finalidad revisar la actuación del juzgado de instrucción, sino de practicar las pruebas propuestas por la acusación y defensa.³⁷

B. Proposición, admisión y citación.

1. Momento y forma de la proposición.

Como señala BAÑERES SANTOS “la proposición de pruebas se trata de un acto exclusivamente de parte —con excepción de lo dispuesto en el art. 729.2 LECrim.— y se halla sujeta a unos estrictos requisitos legales, cuyo incumplimiento puede determinar la inadmisión de las pruebas propuestas. Tales exigencias son de orden temporal, relativas al momento idóneo para la proposición, y de orden formal que responden al cómo deben proponerse las pruebas”.³⁸

Como consecuencia existe un periodo concreto para realizar esa proposición de prueba y dependerá del tipo procedimental ante el cual nos encontremos.

En el juicio ordinario por delitos graves, el momento hábil para realizar la proposición de las pruebas de que intentan valerse las partes son los escritos de calificación. Incluirán una lista de los testigos y peritos que quieran proponer, incluyendo en ella su

³⁷ RIFÁ SOLER, J., *Estudios sobre prueba penal* ..., cit.

³⁸ BAÑERES SANTOS, F., “Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal”, en *La Prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada, n.º 12, CGPJ, 2000.

nombre y apellidos, su domicilio o residencia y si serán citados judicialmente o si se encargarán las mismas partes de hacerles concurrir (art. 656 LECrim).

En el procedimiento abreviado se admite la proposición de pruebas en el escrito de conclusiones y al inicio de las sesiones del juicio oral, siempre y cuando puedan realizarse en el plenario (art 786.2 LECrim). Es decir, cuando el testigo se encuentre físicamente en la sede del Tribunal y su admisión no provoque la suspensión de la vista.

Diversas sentencias admiten la aplicación analógica del régimen de proposición de prueba del procedimiento abreviado al procedimiento ordinario, permitiendo la proposición de medios de prueba adicionales después de los escritos de calificación, en dos momentos: antes del inicio del juicio oral y una vez iniciado el juicio oral (STSS 872/2008, de 27 de noviembre; 244/2013, de 22 de marzo).³⁹

2. Admisión de la prueba testifical.

Una vez presentados los medios probatorios por las partes, el tribunal sentenciador se pronunciará sobre la admisión o denegación de tales medios probatorios.

La Sala del TS dispone que el derecho de prueba no es absoluto, sino que los medios probatorios tendrán que atender a los caracteres de pertinencia, necesidad y posibilidad (STS 1493/1999 de 21 diciembre).

La declaración de pertinencia y admisibilidad de la prueba propuesta viene fijada por tres parámetros: ⁴⁰

- 1) que sea una prueba que guarden relación con el objeto del proceso, es decir, que sea pertinente;
- 2) que se trate de una prueba que contribuya a esclarecer los hechos controvertidos, es decir, que sea útil;

³⁹ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...*, cit. p. 532.

⁴⁰ CARREÑAS MARAÑA, J., "La proposición y admisión de la prueba, con especial referencia a la casuística en la forma de proponer la prueba testifical." En *Diario la Ley*, Práctica de Tribunales, Nº 21, Sección Estudios, Madrid, 2005.

3) que se trate de una prueba lícita en su obtención.

El incumplimiento de los requisitos formales, tipificados en los artículos 656 y 657 LECrim, no supone la inadmisión de la prueba de forma automática, sino que el tribunal otorgará un plazo para que el proponente subsane el defecto (STS núm. 107/2002, 1 de febrero).

3. Forma de la citación.

Una de las obligaciones de los testigos consiste en comparecer al llamamiento judicial. Esta obligación será efectiva a través de la citación, que es el acto judicial tendente a la comparecencia personal, tipificado en los artículos 166 y ss LECrim, con la especificación de las circunstancias requeridas en el artículo 175 LECrim.⁴¹

La citación será a través de la “cédula”, que se trata del instrumento canalizador de las citaciones. El contenido de la misma se recoge en el art. 175.II LECrim.

Las citaciones que no se practiquen con arreglo a los requisitos del artículo anterior, podrán declararse nulas (art. 180 LECrim).

Conforme al art. 238.3º LOPJ, los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando “se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión”.

A modo de ejemplo, en la STS 1751/2003, de 23 de diciembre, el testigo no comparece a la segunda sesión del juicio debido a que la citación no se había producido, estimando el Tribunal la nulidad de la sentencia.

La citación será instada normalmente por el órgano judicial o por el MF, quienes podrán recabar la comparecencia de los testigos a través de la policía judicial (arts. 288, 431, 785 bis. 1 y 2 LECrim).

⁴¹ RIFÁ SOLER, J., “Estudios sobre prueba penal...”, cit.

Es posible la citación por intermediación de terceros. A ello se refiere la LECrim en los apartados I y II del artículo 172, que disponen que, cuando no fuera hallado el que haya de ser notificado, “se entregará la cédula al pariente, familiar o criado, mayor de catorce años(...). Si no hubiere nadie, se hará la entrega a uno de los vecinos más próximos”.

C. Incomunicación de los testigos

El artículo 704 LECrim establece que los testigos que tengan que declarar en el juicio oral permanecerán hasta ese momento en un lugar adecuado sin comunicación con los demás testigos que hayan declarado, ni con las partes y otras personas que pudieran influir o contaminar su testimonio.

La STS 1051/2011, de 14 de octubre, señala que la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que pudiera declarar otro.

Sin embargo, en muchas ocasiones se produce la indeseable comunicación entre los testigos. El hecho de que un testigo conozca, con anterioridad, las declaraciones de otros testigos, puede influenciar el contenido de su declaración, poniendo en riesgo la espontaneidad y la objetividad de la prueba testifical y por ende, su finalidad y veracidad.⁴²

Existe una consolidada doctrina jurisprudencial que considera la norma establecida en el artículo 704 LECrim como una “norma cautelar”⁴³ (STS de 10 de febrero de 2005), cuyo incumplimiento constituye una mera irregularidad que no supondrá la invalidez de la declaración ante el tribunal, sino que sus efectos se determinarán en cada caso, en función de si la declaración ha sido verdaderamente influida y si puede haber afectado a aspectos relevantes para el fallo (STS 1051/2011, 14 de octubre).

⁴² ORTIZ HERNÁNDEZ, S., “La incomunicación de testigos: límites entre la práctica de la prueba testifical y la publicidad de las sesiones del juicio oral.” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, 2020.

⁴³ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p. 565.

Por lo tanto, “la incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí solo de su credibilidad y esto es más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días”.⁴⁴

D. Desarrollo del interrogatorio.

1. Orden de las declaraciones.

Los apartados IV y V del artículo 701 LECrim establecen el orden de las declaraciones de los testigos.

En primer lugar, declararán los testigos propuestos por el MF, después los de las partes acusadoras y por último los presentados por la defensa.

Sin embargo, el tribunal “podrá alterar este orden a instancia de parte y aun de oficio cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad”, a tenor del art. 701.VI. LECrim.

La alteración en el orden de los testimonios, solo es procesalmente viable si resulta justificada. La causa más común de las alteraciones de orden puede encontrarse en imposibilidades sobrevenidas o necesidades de urgencia, por ejemplo, si el testigo no está presente pero está de camino y el Tribunal permite el interrogatorio del siguiente de la lista mientras este llega.⁴⁵

Otra causa, es cuando el Tribunal “lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad” (art. 701 LECrim).

2. Orden de preguntar.

El interrogatorio de testigos consiste en un interrogatorio cruzado y oral.

⁴⁴ SÁNCHEZ MELGAR, J., “Forma de la celebración del juicio oral: incomunicación de los testigos” en Diario la Ley, N°7742, 2011.

⁴⁵ YÁÑEZ VELASCO, R., “Pregunta sugestiva, pregunta denegada, ¿Saben interrogar fiscales y abogados?” en Diario La Ley, N° 9403. 2019.

En primer lugar, formulará las preguntas la parte que propuso la prueba testifical. Después serán las demás partes, y el tribunal, de oficio, las que preguntarán sobre los hechos.

3. Técnica del interrogatorio.

Durante el juicio oral, el artículo 708 LECrim señala que la parte que haya presentado al testigo “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 segundo párrafo del artículo 708 LECrim señala que “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”.

Del artículo 708 LECrim pueden inferirse tres puntos sobre el interrogatorio de testigos en el juicio oral:⁴⁶

- 1) A diferencia el interrogatorio de testigos en la fase de instrucción, en el que el testigo narra un hecho, en el juicio oral, el testigo contesta a las preguntas que le formulen.
- 2) Primero realiza las preguntas la parte que propone al testigo como medio de prueba, y en ellas acota el ámbito sobre el que va a ir el interrogatorio. La otra parte la no podrá realizar preguntas fuera de ese ámbito. Si lo hiciera serían preguntas impertinentes e inadmisibles. Quien propone al testigo, le formula “las preguntas que estime por conveniente”. Este se trata del “examen directo”. La otra parte podrá hacerle las preguntas que “consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones”, es decir, la *cross examination* con el límite de que solo se podrán formular las preguntas que se refieran a cuestiones dentro del ámbito marcado por la parte que propuso al testigo como medio de prueba.

⁴⁶ BARJA DE QUIROGA, J., “El juicio oral: la práctica de la prueba” en *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Grandes Tratados. Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2019.

- 3) El Tribunal tiene la facultad de participar activamente en el interrogatorio y dirigir las preguntas que estime “conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”. Las preguntas realizadas por el tribunal carecen de los indicados límites del contrainterrogatorio y puede abarcar cualquier cuestión que el Tribunal considere conveniente para esclarecer los hechos, sin incorporar nuevos presupuestos fácticos (STS 561/2019, de 19 de noviembre).

La exigencia de un Tribunal imparcial, “se extiende tanto en el comportamiento a la hora de dirigir el juicio oral, como en la formalización de las preguntas” (STS 27/2019, de 24 de enero). La jurisprudencia de la Sala del TS, ha señalado la utilización de esta facultad como excepcional y referida a extremo sobre lo que los testigos hayan declarado a las preguntas formuladas por las partes en el proceso sobre los hechos aportados por ellas, es decir, debe tratarse de un complemento de lo ya declarado (STS 561/2019, de 19 de noviembre).

El presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes, ex art. 709 LECrim.

E. Careo en el juicio oral.

El Tribunal de oficio, o a petición de las partes, podrá acordar la práctica del careo en el juicio oral con la finalidad de esclarecer las diferencias producidas en las declaraciones entre los testigos y acusados, o de estos entre sí (arts. 451 a 455, 713 y 729.I.2º, LECrim).

La doctrina del TS considera que el careo no es un medio de prueba “autónomo”, si no que es complementario de las declaraciones de testigos y acusados (STS de 16 de julio de 2002) para despejar las dudas que podrían haber generado declaraciones contradictorias (STS de 13 de noviembre de 2002).⁴⁷

F. Incomparecencia de los testigos al juicio.

⁴⁷ MAGRO SERVET, V., “La práctica de careos en el juicio oral.” en *Guía de problemas...*, cit.

Los testigos tienen la obligación de comparecer a los juicios a los que son citados. En su defecto, serán sancionados con multas de entre 200 y 5000 euros, pudiendo ser detenidos por haber incurrido en un delito penal tipificado en el artículo 463 CP si en la segunda sesión del juicio vuelven a dejar de comparecer.

Para garantizar que el Tribunal dicte sentencia habiendo escuchado todos los testimonios de los testigos propuestos por las partes, la LECrim permite suspender el juicio oral cuando algún testigo no comparezca y el Tribunal considere necesario su testimonio (art. 746.3º LECrim).⁴⁸

El TS en la Sentencia 771/2007, de 22 de septiembre, señala que la regla general cuando el testigo propuesto y admitido no comparece al juicio es que el tribunal sentenciador acuerde la suspensión cuando lo solicite la parte que propuso al testigo y su testimonio resulte necesario a juicio del Tribunal. Como excepción, el Tribunal decidirá la continuación del juicio, cuando “el testimonio no sea necesario o no pueda practicarse en dicho acto y la prueba anticipada se haya obtenido con las adecuadas garantías para la defensa”.

A modo de ejemplo, dos sentencias en las que el Tribunal sentenciador decide suspender el juicio oral ante la incomparecencia del testigo son la STS de 12 de febrero de 2003, en la que el testigo ausente es el único que puede dar razón de los hechos, y la STC 174/2003, de 29 de septiembre, en la cual, solo comparecen los testigos indirectos⁴⁹.

Por tanto, la decisión de la suspensión del juicio oral ante la incomparecencia de un testigo, es decisión del Tribunal, aunque podrá ser revisable en casación por quebrantamiento de forma ex art. 850.1º LECrim. El recurso prosperará cuando a consecuencia de la no suspensión del juicio, se imposibilite la práctica de una prueba admitida, siendo el tribunal consciente de la relevancia de esta (STS de 30 de marzo de 1998).

⁴⁸ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p.613.

⁴⁹ MAGRO SERVET, V., “La incomparecencia de testigos al juicio oral, ¿es siempre causa de suspensión?” en *Guía de problemas...*, cit.

La no suspensión del juicio por parte del tribunal sentenciador se fundamenta en la STS de 20 de septiembre de 2005, que dispone que el derecho a utilizar los medios de prueba propuestos tiene rango constitucional (24 CE), pero no es un derecho absoluto. El TC ha señalado reiteradamente que el 24.2 CE no atribuye a las partes un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todos los medios de prueba propuestos en tiempo y forma, sino solo aquellos que sean lícitos y pertinentes (STC 70/2002).

IV. VALORACIÓN DEL INTERROGATORIO DE TESTIGOS

A continuación, explicaré la valoración del interrogatorio de testigos ante la policía, ante el Juez de Instrucción en la fase sumarial y ante el Juez sentenciador en el juicio Oral.

Como mantiene el TS, entre otras, en la sentencia 686/2016 de 20 de julio, en nuestro ordenamiento procesal, como regla general, los medios de prueba con validez para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican en el juicio oral, bajo los principios de inmediación ante el Tribunal que ha de juzgar, de contradicción de las partes y de publicidad.

No obstante y como explicaré a continuación, esta doctrina general tiene como excepciones los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituída, y algunas diligencias producidas en sede policial.

A. LA DECLARACIÓN ANTE LA POLICÍA

El virtud del artículo 292 LECrim, los funcionarios de la policía judicial recogerán en un atestado todas las diligencias que practiquen. Un atestado se trata de un documento oficial cumplimentado por la policía en el que se refleja toda la actividad que realizan en el curso de la investigación de los delitos. Entre las diligencias que recogen el atestado se encuentran las declaraciones de los testigos.⁵⁰

⁵⁰ GOYANES HUERTA, J., “La policía judicial y el proceso penal.” en *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 9/2019 parte Legislación. Doctrina. 2019.

En cuanto al valor del atestado, la STS 21 de enero de 2014 dispone que “el atestado tiene el carácter de instrucción pre-procesal, pues es anterior a la judicialización de la cuestión y solo tiene un valor de denuncia como precisa el art. 297 LECrim, por tanto no es prueba pues solo las actuaciones efectuadas ante la autoridad judicial, única que tiene una naturaleza independiente respecto de los demás participantes del proceso, tienen tal posibilidad. SSTs 920/2011; 1161/2011; 263/2012. Del Tribunal Constitucional pueden citarse, entre otras, SSTC 206/2003; 68/2010 y sentencia de 28 de febrero de 2013”.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 68/2010 de 18 de octubre, señala que “el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, y los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios”.

Conforme a la STS de 25 de marzo de 2014, las declaraciones testificales que tengan lugar en la sede policial carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas (SSTC 31/1981; 9/1984; 51/1995 y 206/2003).

Sin embargo, esta sentencia continua diciendo que “la doctrina ha entendido que, en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias “que hagan imposible la práctica de pruebas en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías” (STC 7/1999), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a la normas que rigen el juicio oral. (SSTC 36/1995, de 6 de febrero; 51/1995, de 23 de febrero; 7/1999, de 8 de febrero y 206/2003, de 1 de diciembre). En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron. Pero solamente de forma excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario de estas últimas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron”.

Así pues, nuestra jurisprudencia ha admitido, en casos excepcionales, que las declaraciones testificales tengan eficacia probatoria cuando la declaración consta objetivamente en el atestado y resulta imposible su reproducción en el juicio oral (porque ha fallecido, está impedido física o psicológicamente o se encuentra en ignorado paradero). En estos casos, las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron (STSS de 6 de abril de 2005, de 25 de marzo de 2014). Solo de manera excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración testifical del testigo directo. Si este comparece y contradice el testimonio de las declaraciones realizadas en sede policial, el contenido de éstas no podrá ser introducido en el plenario a través de los agentes policiales que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de la declaración referencial, la que no será válida cuando se disponga de testigo directo; y en segundo lugar, porque no se prestó ante el Juez sino ante los mismos que ahora declaran (STS 461/2011, de 25 de mayo).

Cuando a través de la ratificación personal o de los policías, la declaración accede al plenario, pasa a ser una prueba practicada en el juicio oral, atendiendo a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, por lo que será valorada como prueba de cargo (STC 53/2013, de 28 de febrero).

No existe la posibilidad de que las declaraciones del atestado se incorporase al acto del juicio oral por la vía del artículo 714 LECrim: “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial 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 se observe” ya que las declaraciones que se integran en un atestado policial, no tienen naturaleza sumarial. Esta naturaleza extra sumarial sitúa la declaración policial fuera del alcance y de las previsiones del art. 714 LECrim (STS 6 de noviembre de 2009).

B. DECLARACIÓN ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN.

En la fase de instrucción tienen lugar las diligencias sumariales, y entre ellas, las declaraciones testificales, que cuentan con una naturaleza “preparatoria”. No son pruebas y en consecuencia, no son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia (arts. 299 y 741 LECrim).

Sin embargo, tanto el TS y el TC han admitido que, excepcionalmente, las diligencias de instrucción puedan servir como verdaderos medios de prueba de cargo si éstas son practicadas con las formalidades de la CE y del ordenamiento procesal (STC 303/1993, de 25 de octubre). Esto sucede en los casos de prueba anticipada y preconstituida, supuestos explicados en el capítulo III de este Trabajo de Fin de Grado.

Además de estas diligencias de investigación que se formalizan como prueba preconstituida y anticipada ante el Juez de Instrucción y son “traídas”⁵¹ al juicio oral a través del artículo 730 LECrim, el artículo 714 LECrim establece que “cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes”.

La STC 155/2002, de 22 de julio dispone que “de acuerdo con el contenido del art. 714 LECrim, en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (pues a este último se han extendido jurisprudencialmente las previsiones legales que analizamos), modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Es este interrogatorio subsiguiente a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad (SSTC 82/1988, de 28 de abril; 51/1990, de 26 de marzo; 161/1990, de 19 de octubre; 51/1995, de 23 de febrero; 182/1995, de 11 de diciembre; 153/1997, de 29 de septiembre; y 49/1998, de 2 de marzo)”.

⁵¹ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...* cit. p. 665.

C DECLARACIÓN EN EL JUICIO ORAL.

Como regla general, la única prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia es la que se produce en el plenario, donde se observan las garantías de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación. De la observancia de estos principios vertebradores del proceso penal depende la legitimidad de la prueba.

En este apartado, estudiaré el papel de cada uno de estos principios en la declaración testifical y la valoración de las declaraciones por el Tribunal Sentenciador.

La inmediación supone que todas aquellas diligencias que se hayan producido ante el juez de instrucción, se practicarán ante el tribunal sentenciador en la fase de juicio oral (arts. 446 y 702 LECrim).

En esta fase el tribunal valorará la prueba conforme al principio de libre valoración, recogido en el artículo 741 LECrim. Este precepto establece que el Tribunal valorará las pruebas practicadas en el juicio según su conciencia.

Según CALVO CABELLO, el juez ha de ser libre para valorar las pruebas. Sin esa libertad apreciativa no hay valoración judicial.⁵²

El convencimiento del Juez se basa, no solo en las palabras que el testigo declara, sino también en su tono de voz, sus gestos y emociones.⁵³

No obstante, la inmediación no siempre es respetada. Tal y como he explicado a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado, hay que exceptuar de la regla general los supuestos de prueba sumarial anticipada y preconstruida.

Los artículos 436 y 708 de la LECrim, se refieren al principio de contradicción. La contradicción implica la igualdad de las partes en el proceso: igualdad de condiciones para actuar e igualdad de armas. Las partes y el Tribunal deben poder interrogar ampliamente al testigo.

⁵² SOTO NIETO, F., “Prueba de testigos y...”, cit.

⁵³ SOTO NIETO, F., “Prueba de testigos y...”, cit.

Los principios de oralidad y publicidad son base del control de lo que ocurre en el juicio oral. Según el artículo 120.2 CE, “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”. El interrogatorio de testigos tiene inherente el principio de oralidad.

La publicidad secunda a la oralidad. Las actuaciones judiciales son públicas (120.1 CE), con las salvedades legalmente previstas. Una excepción es el caso del testigo anónimo. Sin embargo, la jurisprudencia mantiene un criterio restrictivo respecto del anonimato de los testigos y le niegan la virtualidad probatoria en el caso de que se trate de la única prueba de cargo (STEDH, caso *Van Mechelen c. Holanda* de 23 de abril de 1997).

Señala que supone una restricción máxima del principio de publicidad, y parcialmente de la debida contradicción, con lo que se limita gravemente del derecho de defensa del acusado.⁵⁴

VII. CONCLUSIONES.

La elaboración de este Trabajo de Fin de Grado me ha permitido obtener diversas conclusiones del interrogatorio de testigos en el procedimiento penal.

El testigo es la persona física que declara acerca de la existencia de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, que ha podido haber presenciado a través de sus sentidos (testigo directo) o mediante otros medios (testigo de referencia). Será ajeno de la autoridad judicial que instruye y enjuicia el proceso, pero no de las partes. En el proceso penal, la víctima podrá entrar a formar parte de la relación jurídica procesal como parte acusadora, prestando declaración en calidad de testigo.

En muchas ocasiones, el Tribunal se encuentra en la tesitura de dictar sentencia con base al testimonio de la víctima o de un testigo de referencia.

⁵⁴ CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos...*, cit. p.455.

La jurisprudencia del TC y TS han admitido la declaración de la víctima como apta para desvirtuar la presunción de inocencia cuando se den los requisitos de verosimilitud del testimonio, ausencia de incredibilidad subjetiva y persistencia en la incriminación.

En cuanto a la declaración del testigo de referencia, esta tiene carácter subsidiario y únicamente será tomada en cuenta por el Tribunal cuando resulte imposible acceder a la declaración del testigo directo.

La declaración testifical comporta un deber de colaboración con la justicia (art. 118 CE). El artículo 410 LECrim señala los deberes que tienen los testigos en el proceso penal: deber de concurrir al llamamiento judicial, de declarar y de decir la verdad. El incumplimiento de dichas obligaciones podrá originar la exigencia de responsabilidad criminal a los testigos por delito de obstrucción a la justicia, desobediencia grave o falso testimonio. La responsabilidad se agrava si los deberes se incumplen en la fase de juicio oral ya que la primera incomparecencia constituye delito en ciertos casos y el falso testimonio en la fase de instrucción está amparada por la excusa absolutoria tipificada en el art. 462 CP.

La práctica del interrogatorio de testigos ha evolucionado en el proceso penal a partir de la introducción del uso de la videoconferencia por los órganos jurisdiccionales. Las ventajas de este medio audiovisual son indudables en la práctica del interrogatorio de testigos: evita la suspensión de juicios por los problemas que pudieran derivar de los largos desplazamientos, dilaciones indebidas en el proceso, y la “victimización secundaria” en los delitos contra la libertad sexual o en los delitos de violencia doméstica o de género.

Sin embargo, el uso de la videoconferencia está condicionado al respeto a los principios vertebradores del proceso penal y su utilización ha de fundarse en razones de utilidad, seguridad o de orden público, o cuando la comparecencia del testigo resulte gravosa o perjudicial.

El TS señala que el uso de la videoconferencia garantiza los principios de inmediación, oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, gracias a la

bidireccionalidad y la transmisión simultánea de imagen y sonido que este medio técnico audiovisual garantiza.

La práctica del interrogatorio de testigos y su valor como medio de prueba varía según la fase procesal en la que nos encontremos. Mientras que en la fase de sumario, los testigos declaran ante el Secretario y Juez Instructor, sin observarse los principios de contradicción e inmediación; en la fase de juicio oral, los testigos declaran en el plenario ante las partes y el Juez sentenciador. Por tanto, como regla general, únicamente las declaraciones testificales producidas en la fase de juicio oral son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia.

Como hemos visto a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado, esta norma general no se puede entender en un sentido radical que conduzca a negar la eficacia probatoria de las diligencias producidas en el sumario y en sede policial, siempre y cuando puedan ser reproducidas y ratificadas en el plenario.

La posibilidad de anticipación, y más todavía, de preconstitución probatoria, por los riesgos que esta implica ante la falta de jurisdiccionalidad cuando se efectúa ante las autoridades policiales, deben ser conformadas como supuestos absolutamente excepcionales. Únicamente, podrá el Tribunal considerarlas auténticos medios de prueba cuando, por causas independientes a la voluntad de las partes, el testigo no pueda comparecer en el plenario. Solo de esta manera se estará dando cumplimiento a las garantías del proceso penal y se protegerán el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ BUJÁN, M., “Reflexiones críticas en torno a la prueba en el proceso penal español referencia a la prueba preconstituida y a la prueba anticipada”. Boletín Ministerio de Justicia. Estudios Doctrinales. 2015.

BAÑERES SANTOS, F., “Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal”, en *La Prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada, n.º 12, CGPJ, 2000.

BARJA DE QUIROGA, J., “El juicio oral: la práctica de la prueba” en *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Grandes Tratados. Editorial Aranzadi, S.A.U., Pamplona, 2019.

CARREÑAS MARAÑA, J., “La proposición y admisión de la prueba, con especial referencia a la casuística en la forma de proponer la prueba testifical.” En *Diario la Ley*, Práctica de Tribunales, Nº 21, Sección Estudios, Madrid, 2005.

CHOZAS ALONSO, J., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal*. Editorial LA LEY, Madrid, 2010.

GARCÍA BORREGO, J., “Análisis de la regulación y jurisprudencia actual de las Diligencias de Investigación en el Proceso Penal y la actuación de la Policía Judicial, en particular, la intervención de las nuevas modalidades de comunicaciones personales”. Tesis UCAM, Murcia, 2017.

GARCÍA MOLINA, P., “El decano del Colegio de Abogados como garante del secreto profesional del abogado” en *La Ley Penal*, Nº 131, 2018.

DEL ALCÁZAR VILADOMIU, C., “El testigo de referencia: algunas consideraciones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo” en *La Ley Penal*, Nº 139, 2019,

GIMENO SENDRA, J., “Derecho Procesal Penal”, en *Los actos de investigación (III)*. Editorial Civitas, SA., Pamplona, 2020.

GOYENA HUERTA, J., “La policía judicial y el proceso penal” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2019, 2019.

GUZMAN FLUJIA, V.C “Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal” Monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MAGRO SERVET, V., *Guía de problemas y soluciones en el juicio oral* , Editorial LA LEY, Madrid, 2006.

MUÑOZ CUESTA, F.J. “Proposición, admisión y práctica de la prueba en los procesos ordinarios. Prueba anticipada y preconstruida”. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal. Núm 1, 2003.

ORTIZ HERNÁNDEZ, S., “La incomunicación de testigos: límites entre la práctica de la prueba testifical y la publicidad de las sesiones del juicio oral.” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, 2020.

QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al nuevo Código Penal*, Editores: Cizur Menor, Navarra : Thomson Reuters Aranzadi. 2016.

RIFÁ SOLER, J., “Actos de investigación, actos de instrucción y actos de prueba” en *Estudios sobre prueba penal. Volumen I. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2010.

RIFÁ SOLER, J., *Estudios sobre prueba penal. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: inspección ocular, declaraciones de inculcados y testigos, intervenciones corporales y prueba pericial* , Editorial LA LEY, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ MELGAR, J., “Forma de la celebración del juicio oral: incomunicación de los testigos” en *Diario la Ley*, Nº7742, 2011.

SOTO NIETO, F., “Prueba de testigos y su valoración procesal” en *Diario la Ley*, Sección Columna, nº 6462, 2006.

TOMÉ GARCÍA, J., *La condena en costas del proceso penal*, Aranzadi, Madrid, 2009

VELASCO NUÑEZ E., y PRESA CUESTA, E., “Aspectos procesales de la videoconferencia” En *La Ley Penal*, Nº 46, Sección Informe de Jurisprudencia, Madrid, 2008.

VILLAGOMEZ CEBRIÁN, M., “Anticipación, preconstitución y aseguramiento de la prueba en la instrucción del proceso penal”. Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, núm. 1, 2002.

YÁÑEZ VELASCO, R., “Pregunta sugestiva, pregunta denegada, ¿Saben interrogar fiscales y abogados?” en *Diario La Ley*, Nº 9403, 2019.