



## ANEXO DE LECTURAS

### TALLER "VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN APELACIÓN"

## UNIDAD I: LA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO IMPUGNATORIO DE APELACIÓN

1) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto "Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)".

# TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

## Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)<sup>1</sup>

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

### FORMACION DEL CONCEPTO

El caso tenía cierta complejidad en materia de hechos. Se trataba de una estafa importante, producida mediante una serie de acciones y con cierta sofisticación. La sala había escuchado el testimonio del imputado, naturalmente, exculpativo: no hubo defraudación, sólo había recibido dinero *negro* para blanquearlo. Depusieron numerosos testigos, y existía también una copiosa documental, reiteradamente evocada en las sesiones del juicio. Así las cosas, llegado el momento de los informes orales, el fiscal inició el suyo diciendo literalmente: "en cuanto a los hechos, puesto que el tribunal ha visto la prueba, me remito a la intermediación". Ni más ni menos.

Y ¿qué es la intermediación? ¿Admitiría tal clase de encargos, para actuar *por delegación*? ¿Trabaja por cuenta ajena? ¿Lo hace ella sola? ¿Cómo lo hace?

Históricamente, la intermediación, conforme ahora se la entiende, irrumpe en la escena como una implicación necesaria del proceso oral y público, intensamente reivindicado por los juristas y *philosophes* de la Ilustración, alternativa al inquisitivo, escrito y secreto. Esta actitud tiene un buen exponente en Voltaire, con su demanda de un proceso "noble y franco" como el de "los romanos [en el que] se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podría responderles, interrogarles él mismo u oponerles un abogado"<sup>2</sup>. Aunque la reivindicación desborda el mundo de los intelectuales, para extenderse a amplios sectores de opinión: lo demuestra el hecho de que en las quejas que la ciudadanía francesa hizo llegar a sus mandatarios en la Asamblea Constituyente, recogidas en los famosos *cahiers de doléances* de 1789, "espejo fiel del espíritu público", según Esmein, "lo primero que se reclama en materia de justicia es la publicidad de los procesos"<sup>3</sup>.

La implantación, por la legislación revolucionaria francesa, del modelo acusatorio fundado en el juicio

oral y público no fue nunca completa<sup>4</sup>, y, además, duró poco, puesto que el código termodoriano (1795), primero, y luego el napoleónico (1808), alumbraron el sistema mixto, que sí tendría una larga vida en Europa continental y en los países de su área de influencia<sup>5</sup>, y sigue aún hoy ofreciendo no pocos síntomas de preocupante supervivencia.

En cualquier caso, lo cierto es que el par oralidad-intermediación quedará definitivamente consagrado como seña de identidad y connotación básica del modelo ideal de enjuiciamiento en materia criminal. La publicidad, para Bentham, "el alma de la justicia"<sup>6</sup>, se representa como fundamental instrumento de garantía apto para prevenir atrocidades como las perpetradas con los justiciables al amparo del secreto, propio del proceso escrito. La transparencia que conlleva la realización de las actuaciones procesales en presencia de las partes y de terceros, es para este autor "un freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar"<sup>7</sup>. Y se considera también el medio más idóneo para asegurar una verdad procesal de superior calidad, propiciada por la concentración de los actos de prueba y, sobre todo, por el contacto directo del tribunal con las fuentes de ésta, en particular las de carácter personal.

La garantía implícita en la intermediación tiene que ver, pues, con el carácter in-mediató, es decir, no mediado o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa, que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento<sup>8</sup>. Así, para Calamandrei, poniendo el énfasis en la dimensión de la interactividad, "intermediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por

<sup>1</sup> Sobre tales vicisitudes, cfr. P. Ferrua, *Oralità del giudizio e lettura di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 1-66.

<sup>2</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero Andrés, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª ed. 201, págs. 566-567.

<sup>3</sup> J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio Florit, EJE, Buenos Aires, 1959, I, pág. 140.

<sup>4</sup> *Ibidem*, I, pág. 142.

<sup>5</sup> Se habla también de intermediación en sentido temporal, para referirse a la necesidad de que concorra una relación de proximidad cronológica entre los distintos momentos de adquisición de la prueba y entre ésta y la emisión de la sentencia (cfr. D. R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 53). En este sentido la intermediación sería una de las dimensiones —la temporal— del principio de concentración. La otra es la espacial, en la que, con palabras de Foschini, se realiza el "principio de localización" (en *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2ª ed. 1968, II, pág. 376).

<sup>1</sup> La idea de escribir este trabajo surgió, hace tiempo, al hilo de estimulantes conversaciones con Alberto Jorge Barreiro, sobre los temas que en él se abordan, en el marco de una rica —e inolvidable— experiencia jurisdiccional compartida. Adrián Varrillas Gómez fue el "tercero en concordia", paciente y amigo.

<sup>2</sup> En *Comentario sobre el libro 'De los delitos y de las penas' por un abogado de provincias*, en apéndice a C. De Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. De las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 154.

<sup>3</sup> A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Topos Verlag, Vaduz, Liechtenstein, 1978, pág. 404.

consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones<sup>9</sup>. Aunque es en el carácter de la relación del juez con las fuentes de prueba donde los autores harán mayor hincapié. Frente al proceso penal del antiguo régimen, en el que el enjuiciamiento se efectuaba sobre un material que el tribunal recibía por escrito y, por tanto, ya elaborado en otra sede (*muerto*, al decir de Pagano), se afirma ahora la superioridad del juicio presencial, en tiempo real, que, en expresivos términos del mismo autor, ofrece la ventaja de que “en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir, y tantas otras pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas<sup>10</sup>. Por tanto, inmediación como “observación inmediata” (Florian<sup>11</sup>); como forma de “*acortar las distancias*” (Carnelutti<sup>12</sup>); o de “integral y directa percepción por parte del juez de la prueba” (Silva Melero<sup>13</sup>).

## USO DE LA INMEDIACION

En la perspectiva apuntada, lo esencial del juicio se cifra en la relación directa del juez con las fuentes personales de prueba, que en la experiencia del proceso criminal son muchas veces las únicas y, en general, las de mayor rendimiento<sup>14</sup>. Y, además, vigente el principio de la libre convicción, no existiría otro *modus operandi* posible, puesto que el juzgador debe formar criterio con materiales *de primera mano*, en virtud de una apreciación personalísima. Es por lo que se ha dado por descontado que, a partir de tales presupuestos, “no cab[rá] más de una instancia, porque el juicio no puede repetirse dos veces<sup>15</sup>”.

Ahora bien, ocurre que la manera de entender la práctica de la intermediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el prin-

cipio de libre convicción<sup>16</sup>. En efecto, entendido éste como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos sólo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento, y la justificación de los resultados<sup>17</sup>.

La consecuencia es que —conforme a ese punto de vista— “lo visto y oído<sup>18</sup>” por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos en lo esencial) verbalizable y justificable<sup>19</sup>, sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en el mismo plano de proximidad, de la misma singular experiencia. Ni siquiera en el caso de una registración literal del interrogatorio, que nunca podría extenderse a aspectos gestuales de la comunicación —como los aludidos por Pagano y Bentham en los textos citados— de los que el juez o el tribunal habría sido espectador privilegiado y exclusivo.

Así las cosas, la intermediación, rectamente entendida, debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de ésta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho. Este imperativo, de una lógica irreprochable, se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la instrucción.

Ahora bien, tal prescripción ha sido universalmen-

<sup>9</sup> Sobre el particular, cfr. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 50-55.

<sup>10</sup> Un buen exponente de este punto de vista se halla en la sentencia 2039/2001, de 6 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que se afirma: “esta sala carece de la posibilidad de modificar una decisión sobre los hechos fundada en la impresión obtenida por el tribunal de instancia directamente de las declaraciones prestadas en el plenario” (cursiva mía). Donde, “impresión”, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, es “efecto o sensación que algo o alguien causa en el ánimo, opinión producida por dicha sensación”.

<sup>11</sup> El argumento de que no resulta posible abordar críticamente la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de instancia, porque el que conoce en vía de recurso “no ha oído con sus oídos ni visto con sus ojos la prueba testifical” es recurrente en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (así, sentencias de 13 de abril de 2002, y de 12 de noviembre de 1991). También, expresivamente, la de 2 de marzo de 2001, en la que se lee: “Cuando el tribunal de instancia afirma que el testimonio del perjudicado es claro, es preciso y es contundente y que no ha apreciado móviles espurios ni elementos que pongan en duda su credibilidad, lo hace desde la percepción sensorial en la práctica de la prueba, atento a lo que el testigo ha dicho, la seguridad transmitida en su deposición, las reacciones que esa declaración ha producido en cuantos intervienen en el enjuiciamiento, etc., es decir, el contenido propio de la intermediación de la que esta sala carece”. También resulta expresiva al respecto la sentencia del mismo tribunal, de 24 de mayo de 1996: “La oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo la intermediación representan las ventajas del proceso celebrado a presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después otros ojos y oídos no percibirán. Se trata de valorar en la vista los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquéllos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones”.

<sup>12</sup> “La convicción que, a través de la intermediación, forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación” (Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 12 de febrero de 1993).

<sup>9</sup> P. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1973, I, pag. 330. Así también M. Massa: “Oralidad significa intermediación, es la intermediación de la relación entre el juez y los testigos, en el sentido ‘espacial’ de la expresión” (en *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*), Giuffrè, Milano, 1976, pag. 278. De “presencia ininterrumpida de todos los sujetos procesales” habla J. B. J. Maier (*Derecho procesal penal. I Fundamentos*), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, pag. 585.

<sup>10</sup> F. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1749, pag. 106. También para Bentham, el objeto de conocimiento que propicia la intermediación está en esos “caractéres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisonomía, con el tono de voz, con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe...”, (en *Tratado, cit. I, pag. 192*). Como haciéndose eco de Pagano, Chiovenda entiende que “el juez debe conocer de las actividades procesales (...) no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida” (*Principios de derecho procesal civil*, trad. de J. Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1925, I, pag. 133).

<sup>11</sup> E. Florian, *De las pruebas penales. I De la prueba en general*, trad. de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 3ª ed. 1982, pag. 188.

<sup>12</sup> F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, pag. 173.

<sup>13</sup> V. Silva Melero, *Las pruebas en el proceso penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, I, pag. 28.

<sup>14</sup> “Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia”. (J. Bentham, *Tratado, cit., II, pag. 83*).

<sup>15</sup> Exposición de motivos de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870.

te desoida en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación. En efecto, el contenido de diligencias de la instrucción llevado al juicio mediante lectura, suele recibir en la jurisprudencia el tratamiento de material susceptible de rehabilitación como *prueba*, que se dice efectivamente *obtenido* en forma contradictoria, sólo porque las partes hayan podido pronunciarse sobre él. Por tanto, mediante una ficción insostenible, que consiste en pasar por alto el dato de la imposibilidad objetiva de confrontación de las partes y el juez con/sobre las fuentes de producción de los datos. Semejante expediente, reservado por la ley para las situaciones realmente excepcionales —por razón de imposibilidad material sobrevenida de traslado de aquéllas al juicio—, ha sido administrado con extraordinaria generosidad, hasta el punto de llegar a proyectarse incluso sobre el atestado policial, por el trámite de la ritual ratificación en la vista. Buen ejemplo de las pseudotestificales *per relationem*, consistentes en una monosilábica confirmación, de que habla Cordero<sup>20</sup>. O de “la farsa de la ‘confirmación’ de la declaración ya producida, que muchísimas veces es la confirmación de la confirmación hecha en la fase de instrucción, de las declaraciones realizadas en comisaría”, a que muy plásticamente se refiere Massa<sup>21</sup>.

Lo que acaba de apuntarse pone claramente de relieve el curioso uso diferencial del principio considerado, según el marco de aplicación. Pues, en efecto, mientras en el caso de los tribunales de segunda instancia, la falta de intermediación impediría un juicio sobre el juicio previamente realizado<sup>22</sup>; en el supuesto de la incorporación de materiales instructorios e incluso policiales al juicio oral, el hecho de haber sido elaborados unilateralmente por terceros y en otro ámbito, no impediría —según cierta jurisprudencia— una apreciación *inmediata* y genuina por parte del juzgador<sup>23</sup>. Como tampoco cuando se

atribuye auténtico valor probatorio a precedentes declaraciones sumariales, utilizadas para contrastar afirmaciones de imputados y testigos en la vista oral, a tenor de una interpretación habitual del artículo 714 de la Ley de E. Criminal<sup>24</sup>.

## QUE ES Y QUE PERMITE LA INMEDIACION

Como ha escrito Iacoviello, “la oralidad-inmediación es una *técnica* de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”<sup>25</sup>. Por tanto, y respondiendo a alguna de las preguntas formuladas al comienzo, tiene un valor instrumental y, en tal calidad de medio (al servicio de otros medios, los de prueba), puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, y es, precisamente, de la calidad del uso, de la que depende la calidad de la garantía<sup>26</sup>.

En efecto, la intermediación, la relación de proximidad temporo-espacial, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción *íntima* —*extrasensorial* casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones— de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la intermediación se convierte en una suerte de *blindaje* del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar *garantía* de irracionalidad del enjuiciamiento<sup>27</sup>.

---

cias del mismo tribunal de nº 577/2002, de 3 de abril y 1940/2002, de 21 de noviembre.

<sup>20</sup> En la interpretación habitual de este precepto por nuestra jurisprudencia, se reconoce al tribunal la facultad de *optar* entre las manifestaciones del testigo o del imputado producidas durante la fase de investigación y las del juicio. Al obrar así se pierde de vista que, como ha escrito Ferrua, (en casos como los del precepto citado) la declaración sumarial es “un medio que sirve al contradictorio, en cuanto constriñe al examinado a dar cuenta del cambio en la versión de los hechos (...) pero no ha sido *formada* en contradictorio”. Por lo que “ninguna acrobacia lógica logrará nunca acreditar como prueba ‘formada en contradictorio’ una declaración recibida unilateralmente” (...) Mientras no actúe la regla del contradictorio en la formación de la prueba, la puesta de manifiesto de una declaración sumarial vale lo que vale una pregunta, es decir, sirve para estimular una respuesta; y no se puede pensar en usar como prueba una pregunta” (en *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, en R. Kistoris (ed.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, pág. 12. Al respecto, puede verse asimismo F. Cordero, en op. cit., pág. 212

<sup>25</sup> F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, pág. 151

<sup>26</sup> A esta posibilidad me he referido en *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa, nº 12, 1992, pág. 297.

<sup>27</sup> De “estado anímico de certeza”, como factor psicológico escondido en lo más profundo de la mente humana, [que] ha de obtenerse en juicio de valor”, habla la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 1991, para referirse a la naturaleza de la convicción judicial en materia de hechos; por lo que no tiene nada de particular que en la de 24 de mayo de 1996 se llame a los jueces “dueños de la valoración”.

<sup>20</sup> F. Cordero, *Scrittura e oralità*, ahora en *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 213.

<sup>21</sup> En *Contributo*, cit., pág. 296

<sup>22</sup> Este criterio se ha llevado al límite en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que tiene su primera expresión en la sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, con continuidad en otras varias del mismo tenor. La doctrina sentada es que los principios de intermediación y contradicción representan un obstáculo insalvable para una nueva valoración de las pruebas de carácter personal realizado por el juzgador de instancia, por parte de otro tribunal que conozca en vía de recurso. Para que éste pudiera operar con plenitud de jurisdicción tendría que valorar por sí mismo aquellas pruebas, que, por tanto, deberían (re)producirse de nuevo directamente ante él.

<sup>23</sup> Es el caso de alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como la de 27 de marzo de 2002, en la que se lee: “...la declaración policial del coimputado se ha incorporado al juicio oral a través de las declaraciones testificales de los funcionarios ante quienes se prestó, sometiéndose a la debida contradicción en el juicio, en cuyo caso ya puede ser valorada como prueba de cargo por el tribunal sentenciador. La sala a quo ha dispuesto en directo de dichas declaraciones testificales de los agentes que valora con intermediación...”. Obsérvese que la contradicción y la intermediación se predicaban aquí —nada menos que— de la declaración del testigo-policia-instructor del atestado, que lo es, además, de referencia y de las manifestaciones inculpatorias de un coimputado que guardo silencio en el juzgado y en el juicio. Lo que no fue obstáculo para entender que la correspondiente prueba de cargo —con aquél como supuesta fuente— había sido percibida por la sala de forma *inmediata* y *contradictoria*. Un criterio distinto es el mantenido en las senten-

No existe duda de que, como señala Ferrua, "una de las principales ventajas del testimonio 'oral' es que agiliza el control del juez sobre la veracidad de las declaraciones; baste pensar en la posibilidad de contestar inmediatamente a cada antinomia o ambigüedad contenida en la deposición y, sobre todo, de observar la actitud (timbre de voz, expresión del rostro, etc.) del testigo durante el examen"<sup>28</sup>. Y tampoco es cuestionable que las partes del juicio están en las mejores condiciones "para encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para poner en claro olvidos e inexactitudes del testigo" (Cappelletti)<sup>29</sup>, pues en definitiva, "de la discusión [del interrogatorio cruzado, en este caso] sale la luz"<sup>30</sup>.

Ahora bien, en ese contexto, una cosa es la objetiva productividad de la confrontación y del diálogo directo y descarnado, con traducción discursiva en expresiones y argumentos articulados con propósito de justificación, de explicación, de rectificación, de evasión o de excusa, susceptible de registrarse fielmente por escrito y, con ello, también de un examen diferido, que permita reconsiderar eventuales conclusiones apresuradas fruto de la percepción original inmediata. Y otra cosa la *lectura* del lenguaje gestual, de la actitud del que declara, en el momento en que lo hace, conformada por rasgos esencialmente ambiguos, de imprecisa significación y, por ello, abiertos a todas las interpretaciones en cualquiera de las claves posibles. Pues, la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esa clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> P. Ferrua, en *Oralità*, cit., pág. 287.

<sup>29</sup> M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (1962), Milano, 1972 (reedición), I, pág. 15, cit. por Ferrua, en op. cit., pág. 288.

<sup>30</sup> Lo expresó bien plásticamente F. Pagano: "La verdad es como la luz, que brota de la colisión de dos cuerpos, al ser golpeados uno con otro", en *Logica de' probabili applicata a' giudizj criminali*, Angelo Nobile, libraio stampatore, Milano, 1806, pág. 29.

<sup>31</sup> Siguiendo a Watzlawick, Birkenbihl distingue en la comunicación humana las señales "analógicas" (un gesto, un grito) de las "digitales", las verbales, que son "simbólicas, abstractas y a menudo 'complicadas'". "Las señales analógicas del plano de la relación acompañan *siempre* a las palabras que el sujeto pronuncia y proporcionan *siempre* informaciones suplementarias respecto al sentido que él 'pretendía' darlas". Y —continúa— como indica el mismo autor antes citado, "señales como 'las lágrimas', 'la sonrisa' o 'apretar los puños' no se pueden hacer coincidir invariablemente con 'dolor', 'alegría' o 'agresividad/hostilidad', porque se pueden también verter lágrimas de alegría, se puede sonreír con presunción o en una situación embarazosa, y la acción de apretar los puños puede indicar un esfuerzo de autodisciplina, precisamente, para evitar un enfrentamiento. Y lo mismo vale para el silencio. Se puede callar porque se reflexiona, porque no se quiere dar una información, porque se espera que hable el otro, porque se quiere subrayar las palabras que se va a pronunciar o por inseguridad ¡Es así de fácil malinterpretar las señales del lenguaje corporal! Por eso no debe extrañar que tantos individuos inhibidos y tímidos sean tenidos por arrogantes. Una persona experta puede llegar a saber si ha entendido correctamente las señales del lenguaje corporal. Pero sin una verificación pueden cometerse errores graves, por ejemplo, interpretando como 'negativa' una señal

Con lo que resulta que elementos de indudable valor heurístico para el que interroga o el contradictor en la orientación del curso del interrogatorio o del debate<sup>32</sup>, pueden ser un importante y peligroso factor de inducción al error, y más si el juez pierde de vista los riesgos implícitos en observaciones de esa naturaleza, sobre todo cuando el observador (él, en este caso) no es un experto en la materia<sup>33</sup>. Salvo que se considere que las máximas de sentido común de empleo habitual en la experiencia corriente de las relaciones pueden ser usadas como pautas seguras en la valoración del testimonio<sup>34</sup>.

En esta materia sorprende comprobar hasta qué

---

solo porque en ese momento seamos *nosotros* los embargados por un estado de ánimo negativo. Incluso habiendo interpretado 'correctamente' al cien por cien determinadas señales, si no se efectúa un control pueden producirse errores estratégicos inauditos". (En *Segnali del corpo. Come interpretare el linguaggio corporeo*, trad. italiana de M. E. Tonin Gogana, Franco Angeli, Milano, págs 17, 22 y 23).

<sup>32</sup> Es aquí donde la observación de las actitudes de imputados y testigos puede ser más fructífera y sin particulares riesgos, es decir, en la conducción del interrogatorio, mediante la insistencia en una determinada línea, la solicitud de explicaciones sobre aquello en cuya exposición se ha advertido una vacilación, una respuesta evasiva, etc., lo que sin duda enriquecerá el discurso del interrogado con datos y referencias que, fielmente recogidos, permitirán un posterior análisis y la contrastación de la información así obtenida con la de otra procedencia, dentro del mismo cuadro probatorio.

<sup>33</sup> Un buen ejemplo de la falta de esa conciencia necesaria puede verse en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 813/1993, de 7 de abril, en la que se lee: "El ánimo homicida, o *animus necandi*, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para conocer el cual (...) los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis". Advuértase, aparte de la aparatosa confusión conceptual apreciable en el uso de categorías como "juicios de valor" o deducción, el riesgoso desplazamiento de la valoración judicial a un terreno en el que el juez, es obvio, carece de competencia técnica, por lo que la pretensión de legitimidad para moverse en él con autoridad sólo puede producir el efecto, peligrosísimo, de convertirle en un *oráculo*, sin conciencia de serlo.

De forma menos exuberante, pero igualmente expresiva de una actitud judicial de extraordinario riesgo, una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de octubre de 1999, reza: "Muchas veces se ha dicho y ahora hay que repetirlo, que la presencia del testigo o acusado en el juicio oral aporta, no sólo una declaración, coincidente o no con las verdades anteriormente, sino también unos signos —forma de decir lo que expresa, los silencios, las miradas, los gestos, que son manifestaciones elocuentes de unos sentimientos que a veces no se saben o no se quieren expresar con claridad, por piedad, por miedo, por vergüenza, etc.— y éstos son aspectos muy importantes de la función judicial, en la que ha de hacerse un gran esfuerzo intelectual por descubrir, conforme a las reglas científicas de la psicología del testimonio y a los criterios de experiencia, la realidad".

Un último exponente de la confusión que reina en nuestra cultura de la valoración de los aspectos internos de la conducta, puede verse en la siguiente cita de un informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo, emitido en 2002: "No sólo no es necesario que en los 'hechos probados' el tribunal haga constar los elementos subjetivos de los delitos, sino que su lugar adecuado es la fundamentación jurídica porque en tanto que pertenecen a la psique, ni son 'hechos' ni pueden ser probados". Es por lo que "la presunción de inocencia no afecta a los elementos subjetivos de los tipos penales, cuya existencia no puede ser probada, sino sólo 'inferida'...". En realidad, este desafortunado modo de discursar es mero eco de un punto de vista recurrente en nuestra jurisprudencia de casación.

<sup>34</sup> Como parece desprenderse de los términos de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996: "Se trata de valorar en la vista los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquéllos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones".

punto la cultura imperante en medios jurisdiccionales diverge de los criterios que prevalecen entre los especialistas en psicología del testimonio<sup>35</sup>. El testigo, pasa, entre jueces y fiscales, por un medio difano de obtención de conocimiento sobre hechos, del que cualquier profesional del ramo está en condiciones de servirse con eficacia a base sólo de buen sentido y de una intención limpia. Ello, unido a que el carácter personalísimo e intransferible de la percepción y apreciación del contenido de tal clase de declaraciones —se dice— veda el control externo, y también a que se da por cierto que las decisiones con este exclusivo fundamento tienen poco o nada que motivar<sup>36</sup>, lleva, al fin, a la consagración de un subjetivismo infiscalizable que se traduce en puro decisionismo.

Pero lo cierto es que no sólo la apreciación o valoración de los datos fácticos resultantes de declaraciones, sino, incluso, la propia percepción de los mismos, es un tipo de experiencia extraordinariamente abierto a la imprecisión y al error, en contra de lo que suele pensarse<sup>37</sup>.

Como señalan los autores que acabo de citar, conviene insistir, el problema está ya en la captación de los datos fácticos, esto es, antes aún de entrar en las cuestiones de valoración, en la medida en que cabe diferenciar ambos planos. Pues, mientras la literatura jurisprudencial, en el caso de las pruebas personales, habla de la percepción como un fenómeno lineal, que se produce casi *por contacto*, como efecto mecánico de la inmediatez<sup>38</sup>, los expertos en psicología del testimonio presentan un

universo problemático donde los haya, invirtiendo realmente el planteamiento. Así, Stern, uno de los primeros estudiosos de la materia, ya a primeros del siglo pasado, escribía que “el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla”<sup>39</sup>. Y si esto puede predicarse, en general, de cualquier espectador, como demuestra muy bien el caso del atizador, con mayor razón en lo que nos ocupa, pues, como escribiera Gorphe, “los testigos se hallan siempre en una condición negativa desfavorable, muy distinta de la de un observador”<sup>40</sup>. En efecto, quien presencia un hecho delictivo, más cuando consiste en una grave agresión, y, más aún, si se ve forzado a hacerlo desde la posición de víctima, por razón de la implicación emocional en el suceso<sup>41</sup>, que puede ser extrema, estará normalmente en la peor de las situaciones para crear respecto de él la distancia que le permitiría registrar con la objetividad necesaria las particularidades de la acción y de su autor<sup>42</sup>.

Dice De Cataldo Neuburger que “el recuerdo del hecho puro y simple no existe; un evento, por haber sido percibido resulta automáticamente alterado por el ‘valor añadido’ que le impone el perceptor”<sup>43</sup>. También parece acreditado que los repetidos intentos de recuperación del suceso, cuando se llevan a cabo en distintos momentos, separados por lapsos de tiempo relativamente largos, contribuyen a ejercer un efecto distorsionador de los contenidos mnésicos originales; que se verá acentuado cuando, además, se reciba información externa sobre el asunto, como sucede en los interrogatorios, en los que las preguntas suelen ir cargadas de sugerencias implícitas<sup>44</sup>. De lo que resulta que en el caso del testimonio judicial, si la posición inicial del observador no ayuda nada a la calidad de la observación, el procedimiento de introducción, examen y valoración del re-

<sup>35</sup> Una aproximación útil a las aportaciones de esta disciplina puede encontrarse en J. J. Mira y M. Diges, *Procesos intervinientes en la evidencia de testigos*, en F. Jiménez Burillo y M. Clemente (eds.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, 1986, págs. 159 y ss.

<sup>36</sup> “Tratándose de pruebas directas, basta con su indicación, sin que sea preciso, en principio, ningún especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando de pruebas indirectas se trata” (Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 25 de abril de 1996).

<sup>37</sup> Me parece útil al respecto dejar aquí constancia de un supuesto emblemático de lo que se dice. Aludo al famoso encuentro de Popper y Wittgenstein, producido en el King’s College, de Cambridge, el 25 de octubre de 1946, con ocasión de la conferencia organizada por la sociedad de Ciencias Morales de la Universidad. Popper, como conferenciante, sostenía la existencia de verdaderos problemas filosóficos. Wittgenstein —que tenía en la mano el atizador de la chimenea, encendida— negaba que fueran tales problemas y no enredos o meras cuestiones de lenguaje por aclarar. Pues bien, el estado y el uso de ese instrumento por el filósofo, en el calor de la discusión (si estaba o no al rojo, si gesticulaba con él, alzándolo amenazadoramente, o lo empleaba para recalcar sus palabras, jugueteando, si, al concluir su intervención, salió de la estancia de forma brusca o sosegada...), son cuestiones sobre las que no ha sido posible hacer la luz, a partir de las versiones de lo sucedido ofrecidas por los presentes, entre los que se encontraban observadores tan cualificados como Russell o Toulmin, por poner sólo dos ejemplos. Es lo que hace decir a J. Edmonds y a J. A. Eidinow: “Resultaba fascinante e irónico que los testimonios contradictorios entre sí, procedieran de personas que por profesión se ocupaban de teorías epistemológicas, acerca de las bases de conocimiento, de cómo se comprenden las cosas y de que es la verdad. Con todo, se trataba del desarrollo de unos sucesos sobre los que los testigos presenciales se mostraban en desacuerdo respecto a cuestiones cruciales relativas a los hechos en sí, no a su interpretación” (en *El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta*, trad. de M. Morrás, Península, Barcelona, 2001, pág. 15).

<sup>38</sup> Así, en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1423/2002, de 24 de julio: “...la inmediatez a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción” (cursiva mía).

<sup>39</sup> W. Stern, *Zur Psychologie der Aussage*, Berlín, 1902, citado por L. de Cataldo Neuburger, *Esame e controesame nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, pág. 36.

<sup>40</sup> F. Gorphe, *Apreciación judicial*, cit., pág. 294.

<sup>41</sup> “Se sabe desde hace tiempo que las emociones pueden influenciar el ‘aspecto de las cosas’”. (L. De Cataldo Neuburger, en op. cit., pág. 59). “La lógica respuesta de ansiedad producida en un observador no habituado a la exposición a estímulos de esa naturaleza, suele inhabilitar a un alto porcentaje de testigos a la hora de efectuar una recuperación de esa información. Parece hoy bien probado que las situaciones de alta ansiedad inhabilitan al perceptor para efectuar una codificación precisa de la información y, consecuentemente, para dar cuenta con exactitud de ella posteriormente. Todo parece indicar que la fuerte activación fisiológica en que consiste la respuesta de alerta provocada por las escenas en cuestión se acompaña de alteraciones sensoriales muy notables. Habrá pues que considerar muy cuidadosamente los testimonios y/o identificaciones efectuadas por testigos cuya codificación se haya producido en situaciones de alto potencial ansiógeno”. (J. Sobral Fernández, *La toma de decisiones judiciales: el impacto de los testimonios*, en P. Stangeland (ed.), *La criminología aplicada*, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 338).

<sup>42</sup> “Es claro que el carácter súbito del suceso, el estado de estrés. El flujo caótico de las circunstancias que acompañan a la ejecución de un crimen, son factores que condicionan negativamente las capacidades perceptivas del observador” (L. De Cataldo Neuburger, en op. cit., pág. 57).

<sup>43</sup> En op. cit., pág. 35. También Sobral Fernández hace hincapié en “la naturaleza esquemática y reconstructiva de la memoria” y en “la inadecuación de la metáfora de la cámara fotográfica” (en op. cit., pág. 337).

<sup>44</sup> M. Diges, en M. Diges (ed.), *Los falsos recuerdos, sugestión y memoria*, Paidós, Barcelona, 1997, págs. 32 y 45. También Sobral Fernández señala como el habitual sometimiento a una sucesión de interrogatorios, en el curso de la tramitación de una causa, puede inducir inconsistencias relevantes en los testimonios (en op. cit., pág. 343).

sultado de la misma en la causa, lo hace todavía menos.

Por otra parte, la incidencia de los aludidos factores negativos resulta potenciada en el caso de los reconocimientos de personas, en los que "el error es muy fácil" (Gorphe)<sup>45</sup>, y, además, la posibilidad de incurrir en él puede resultar agravada por el uso de fotografías<sup>46</sup>. En particular, habrá que decir, cuando éste se hace sin especial cuidado o incluso, lo que no es infrecuente en medios policiales, buscando más que la objetividad en la determinación de la identidad la confirmación rutinaria de la primera sospecha<sup>47</sup>.

Por último, vale la pena señalar que, en contra de lo que circula como tópico profundamente instalado en el sentido común de los profesionales de la jurisdicción, "el descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso únicamente a la clave verbal de la comunicación, es decir, cuando se prescinde de la clave visual"<sup>48</sup>. Lo que obliga a

<sup>45</sup> F. Gorphe, *La crítica del testimonio*, trad. de M. Ruiz Funes, Reus, Madrid, 1933, pag. 229. Señala este autor que el fenómeno tiene algo de "esencialmente afectivo", que responde a cierta tendencia a referir los datos objeto de percepción a algo "ya conocido" (*ibidem*, págs. 229-230). A esta circunstancia deben añadirse las de carácter ambiental (*ibidem*, págs. 232-233), ya aludidas, determinadas generalmente por el hecho de que los que cometen acciones delictivas buscan deliberadamente escenarios que hagan difícil la observación.

A su vez De Cataldo Neuburger ha escrito que "el acto de reconocimiento es más aleatorio y falible que el testifical", pues el que reconoce "en el momento culminante trabaja sobre materia alógica, en el cortocircuito de sensaciones racionalmente inexplorables". Así, "puede resultar conocido un rostro quizá observado en situaciones diversas de aquélla por la que se procede y que induce al reconocimiento por el sentido de familiaridad que comunica. Además, las puras impresiones visivas duran menos que la memoria históricamente elaborada: recordamos los acontecimientos cuando ya se ha desvanecido la memoria de los rostros". En fin, la autora llama la atención sobre el hecho de que "la investigación psicológica ha demostrado, desde los primeros años del pasado siglo, el alto porcentaje de falsos reconocimientos que se dan en este tipo de experimento". (En op. cit., págs. 310-311).

<sup>46</sup> "La presentación de la fotografía ante la persona es, por sí misma, una fuente de error, de la que nadie, hasta ahora, parece haberse dado cuenta. Cuando el recuerdo de la persona es ligero, y la impresión afectiva y global no se ha precisado en una imagen clara y concreta, este recuerdo puede fijarse en la imagen proporcionada por una fotografía que pueda relacionarse con él, pero que tal vez no sea verdadera. Una vez fijado, por así decir cristalizado, dará al testigo la precisión y la estabilidad mnésica que buscaba, y cuando, después de la fotografía, se le presente la persona misma, la reconocerá según la fotografía más que según su verdadero recuerdo: se afirmará en su certeza subjetiva, verdadera o falsa, y no abandonará ya su presa. Esto ocurre frecuentemente". (Gorphe, *La crítica*, cit., pag. 237) Informa Sobral Fernández de que "una revisión de 291 estudios publicados acerca de la capacidad de amplias muestras de sujetos para identificar correctamente rostros que previamente les habían sido presentados (bien en escenarios naturales, bien en fotografías, bien en proyecciones fílmicas) arrojó el resultado de porcentajes de identificaciones correctas que oscilaron entre el mínimo del 34,3% y el máximo del 44,2%" (en op. cit., pag. 337). También M. L. Alonso Quecuty ha hecho hincapié en el riesgo de transferencia inconsciente que produce la exhibición de fotografías (en *Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal*, en G. Alvarez Álvarez (ed.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1997, pag. 420).

Resulta ilustrativo al respecto el tipo de impresos de uso en la Unidad Orgánica de Policía Judicial, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, en los que, refiriéndose al sujeto de la diligencia, se lee: "...el cual a la vista de las mismas reconoce sin género de dudas al/los individuo/s numerado/s con el que se adjunta en folio aparte...".

<sup>47</sup> De Cataldo Neuburger, *Esame e controesame*, cit., pag. 13. Al respecto, señala Alonso Quecuty, "hoy se admite que el juicio de credibilidad del testimonio de un jurado es más eficaz si en lugar de ver y oír al testigo, sólo escuchan la grabación de su declaración. Últimamente se ha llegado a proponer la conve-

poner seriamente en cuestión el punto de vista tópico sobre la intermediación.

## RIESGOS EN LA VALORACION DEL TESTIMONIO

La testifical acostumbra a ser presentada, tópicamente, entre nosotros, y de manera harto impropia, como el paradigma de la prueba *directa*<sup>49</sup>, tomando este adjetivo en el sentido del primer Carnelutti, que lo refería a aquellos casos en los que "cae bajo la vista de un juez el mismo hecho a probar"<sup>50</sup>; a partir de "la idea de que cuando el testigo le cuenta al juez no hay otra cosa sino creerlo o no creerlo, mientras que cuando se vale de indicios él llega al hecho a probar a través de un razonamiento más o menos complicado"<sup>51</sup>.

El criterio, que, como explica Taruffo, "pone especialmente el acento en la *percepción* del juez en relación con el hecho a probar (...) es poco atendible porque no es verdad que el juez tenga la 'percepción directa' del hecho a probar escuchando una declaración testifical"<sup>52</sup>. En efecto, lo que el juez percibe directamente es la deposición testifical acerca de que los hechos han ocurrido de una determinada forma. Y, a partir de este discurso, que, obviamente, debe ser interpretado y valorado críticamente —tanto desde el punto de vista de la credibilidad que pueda merecer el emisor como de la calidad informativa de su contenido— y situado en el contexto de los demás elementos de juicio, debe llegar a un cierto referente fáctico, lo que sólo puede hacerse a través de un juego de inferencias, fundado en máximas de experiencia, que puede ser ciertamente complejo. Es por lo que el tratamiento de este medio de prueba requiere dos *enjuiciamientos*. Uno acerca de la credibilidad del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su adherencia a la realidad empírica<sup>53</sup>. Por

nencia de presentar a los jurados sólo las transcripciones de las declaraciones, como situación idónea para detectar si lo que un testigo declara es cierto o no" (en *Creencias erróneas*, cit. pag. 431).

<sup>49</sup> "El tribunal ha percibido directamente el contenido de cuanto expresa el testigo, esto es, *los hechos que vio personalmente*" (sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1423/2002, de 24 de julio, cursiva mía).

<sup>50</sup> F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, I, pag. 210 (Hay trad. española, de S. Sentis Melendo, EJE, Buenos Aires, 1950).

<sup>51</sup> F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentis Melendo, EJE, 1971, págs. 145-146.

<sup>52</sup> M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pag. 454.

<sup>53</sup> Cfr. al respecto, G. Chiavenda, op. cit., II, pag. 307. Asimismo, L. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 434. En la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo suele aludirse a la existencia de dos planos de valoración, uno primero "dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la intermediación", y, por tanto, no susceptible de control por quien no haya presenciado la prueba, y otro, del que se afirma que sólo "es necesario en ocasiones", ya no fundado "directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior..." (sentencia 2047/2002, de 10 de diciembre). Cuando lo cierto es que *los dos juicios* son siempre necesarios y se hallan estrechamente interimplicados. Y (como

lo que se refiere a esta segunda vertiente del asunto, es claro que impone el examen los elementos probatorios así obtenidos en el marco de los procedimientos de otras fuentes de prueba, para llegar a la conclusión que su concordancia o falta de concordancia sugiera.

Ahora bien, en lo relativo a la valoración de la credibilidad del testigo suele operarse con el tópico de que la materia pertenece básicamente al campo de la intuición; es función de un *sexto sentido*, que permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual que el juez percibe desde la privilegiada posición que la inmediatez propicia y que, por ello, sólo él podría apreciar.

Ocurre, sin embargo, que el modo de obtener información de uso en tales estimaciones no presenta ninguna particularidad estructural que le haga esencialmente diferente del seguido en la segunda de las vertientes de la valoración del testimonio, como en la de las demás pruebas. Los elementos integrantes de la puesta en escena adoptada por el testigo (la palidez, el rubor, la seguridad o las dudas, y tantos otros) son *procesados* de la misma manera que cualesquiera otros datos tomados de la realidad empírica. Esto es, tratados conforme a máximas de experiencia a las que se atribuye aptitud para asociar deductivamente a aquéllos alguna conclusión. La única diferencia es que al proceder así en este campo —sobre todo si falta conciencia clara del método y se piensa que la cuestión es más bien *de olfato*— se opera del mismo modo que en el curso habitual de la vida de relación, cuando se forma criterio sobre las personas. Esto es, mediante juicios implícitos, lo que Gorphe llama “síntesis automáticas”<sup>54</sup>; en las que, según el mismo autor, lo realmente producido es una “inferencia inconsciente”<sup>55</sup>, a partir de premisas que no se objetivan como tales, de manera que lo concluido se considera una suerte de percepción *directa*, a través de *impresiones*.

Nada más fácil que advertir la presencia de estos hábitos mentales en la cultura jurisprudencial al uso en tema de valoración del testimonio. Que es lo que explica la marcada propensión a confinar el asunto en el terreno de lo inefable, de lo inexpresable con palabras; a excluirlo, por tanto, del ámbito de lo justificable, de lo susceptible de motivación; y, en fin, da razón de la pretensión de cerrar el paso a la crítica externa en este campo<sup>56</sup>.

Hay un tipo de supuestos en los que el *modus operandi* descrito se hace presente de la forma más visible y con un exuberante desarrollo de todas sus implicaciones negativas. Me refiero a los casos de una única prueba, la de la víctima-testigo de cargo,

que, tratándose de agresiones sexuales, dista mucho de ser un ejemplo *de libro* en la experiencia jurisdiccional<sup>57</sup>.

Cuando, lo que es frecuente, no hay otros datos que los aportados por la afirmación del o de la testigo y la negación del acusado, la *ratio decidendi* suele reducirse en la práctica a cuestión de mera credibilidad, en la clave esencialmente *intuitiva* a la que se ha hecho mención<sup>58</sup>. Con la particularidad de que a los riesgos de una testifical de esa naturaleza (por lo dicho acerca del entorno de la observación que suele concurrir en tales casos, y por la bien conocida alta incidencia del error en los reconocimientos de personas) se uniría, para reforzarlos, la vigencia del tópico, tan implantado, sobre el carácter particularmente *íntimo* de la decisión en la materia, que la haría prácticamente inmotivada y, por ello, también, prácticamente irrecurrible.

A las inquietantes particularidades de este tipo de supuestos se suma otra, asimismo frecuente en la jurisprudencia al respecto. Y es que en las sentencias es recurrente una justificación de la legitimidad de la condena fundada en el *testis unus* que, aunque suele ir acompañada de una afirmación de rechazo del paradigma de la prueba legal, implícitamente lo recupera en cierto modo. Es así cuando se argumenta diciendo que, de no reconocerse valor al testigo de cargo único, delitos tan odiosos como los de referencia transcurrirían en la impunidad<sup>59</sup>. *Excusatio* que tiene algo de rehabilitación del *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici transgredi*<sup>60</sup>, pues lo cierto es que la única razón compatible con el principio de presunción de inocencia que puede invocar-

<sup>57</sup> Lo pone de manifiesto el detallado tratamiento de que hace objeto al asunto un autor como Frammarino dei Malatesta, en *Lógica de las pruebas en materia criminal*, trad. de S. Carrejo y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 4ª ed., 1988, II, págs. 135 y ss.

<sup>58</sup> Lo expresa muy bien F. Cordero, “cuando faltan elementos externos de corroboración, el resultado depende de factores emotivos” (en *Guía a la procedura penale*, UTET, Torino, 1986, pág. 323).

<sup>59</sup> Así en sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como las de 24 de enero y 11 de mayo de 1994, donde se dice que de no aceptarse esa atribución de valor incriminatorio al testimonio del testigo único quedaría impune un importante número de hechos delictivos, particularmente las agresiones a la libertad sexual y los robos con intimidación, llevados a cabo en parajes solitarios. En otras, como por ejemplo, las de nº 2047/2002, de 10 de diciembre y 1667/2002, de 16 de octubre se afirma que la atribución de valor al testimonio de la víctima se hace “atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos (...) impide generalmente disponer de otras pruebas”. Verdad es que se sugieren ciertas pautas de apreciación. “ausencia de incredibilidad subjetiva”, “verosimilitud” y “persistencia en la incriminación”. Pero el problema es que estos lábiles indicadores suelen acogerse, con tendencial automatismo, como *garantía legal* de calidad del testimonio, es decir, como si bastasen por sí mismos, cuando lo cierto es que su presencia sólo podría ser tomada como un mínimo para entrar en la valoración crítica del testimonio. Pues es obvio que quien mantiene en diferentes ocasiones una declaración verosímil, sin exteriorizar animosidad, puede muy bien equivocarse o incluso falsear conscientemente la realidad. Una buena prueba de esa inclinación a rehabilitar el *testis unus* en la aludida clave de *prueba legal* está en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de marzo de 2002, en la que se lee “Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo le concede valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.” (cursiva mía).

<sup>60</sup> “En los delitos más atroces bastan las más ligeras conjeturas, y es lícito al juez transgredir el derecho”. Axioma probatorio fuertemente cuestionado por Beccaria, en *De los delitos*, cit., pág. 46. Al respecto, puede verse también G. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, III, pág. 99.

el segundo) el primero tiene carácter inferencial y se produce mediante la aplicación de máximas de experiencia a la información probatoria del contenido empírico, recibida. Por lo que debe ser *rescatado* del oscuro reino de lo *intuitivo* y hacerse consciente, explícito, justificado y revisable.

<sup>54</sup> F. Gorphe, *Las resoluciones*, cit., pág. 22.

<sup>55</sup> F. Gorphe, *Apreciación judicial*, cit., pág. 135.

<sup>56</sup> Así, expresivamente en la sentencia 1626/2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando se dice de la testifical que es prueba “directa” por lo que no cabe “censurar la apreciación que de ella hizo el tribunal *a quo*, que es el único que puede realizarla en virtud del principio de inmediatez”.

se como fundamento de cualquier condena, para que sea legítima, es que la prueba ha llevado, con el necesario rigor inductivo, a través de un discurso racional y justificado, a la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

## LA SEGUNDA INSTANCIA: NECESIDAD Y POSIBILIDAD

El modo habitual de abordar la cuestión *segunda instancia, sí o no*, en materia penal tiene que ver no tanto con el principio de la libre convicción en sí mismo considerado como con un determinado modo de entenderlo, al que ya he aludido en lo que antecede. Me refiero a la tendencia a ver la valoración de la prueba en conciencia como una suerte de momento sublime, de acceso *quasi*-místico al conocimiento sobre *los hechos*. Pues si la abolición de las reglas de la prueba legal significa que la valoración probatoria que el juez realiza discurre sólo merced a su *convicción íntima*, entendida como vacío de reglas<sup>61</sup>, es que no es racionalizable, ni justificable, ni, por supuesto, susceptible de motivación y, menos aún, de fiscalización por terceros. Aquí, procesalmente hablando, la única garantía estaría en la rectitud y la imparcialidad del juez, ejercidas en régimen de inmediatez. Con lo que, asegurada ésta como forma de relación, y presumida la primera y no cuestionada la segunda, la calidad del juicio quedaría garantizada. Y diríase que *iuris et de iure*. Con el resultado, según lo ya dicho, de convertir la inmediatez —el *visto y oído*— en supuesto *método* infalible de conocimiento y valoración de la prueba<sup>62</sup>.

Así las cosas, es este modo de ver la inmediatez, que no la inmediatez misma *como medio*<sup>63</sup>, lo que resulta incompatible con el establecimiento de la segunda instancia, con plenitud de jurisdicción, en materia penal. Pues, si la convicción judicial entendida como *intime conviction* y la sentencia esencialmente inmotivada, que es su corolario, dejan pa-

so a la valoración racional de la prueba, según las reglas del método hipotético-deductivo, motivada de forma que resulte intersubjetivamente cognoscible y cuestionable; y todo a partir de lo acontecido en un juicio documentado con la fidelidad que hace posible la técnica actual, el problemático asunto adquiere un perfil muy distinto.

La apuesta rigurosa por un enjuiciamiento de calidad reclama, incuestionablemente, tanto un juicio de primera instancia llevado a cabo —en lo relativo a la *quaestio facti*— según las reglas de método que hoy rigen la adquisición de conocimiento empírico, en lo (mucho) que tienen de transferible al campo del proceso<sup>64</sup>; como la previsión de una segunda instancia que pueda resolverse en el enjuiciamiento pleno del anterior juicio. Lo que implica la posibilidad de un juicio tanto sobre lo que fue objeto del primero como sobre este juicio mismo y sobre la sentencia que lo decidió (obviamente, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria).

En este punto es preciso desterrar una falacia: la de que el juicio de primera instancia sería realmente *repetible* por el procedimiento de reiterar la totalidad de las actuaciones ante otro tribunal. Cuando lo cierto es que esas vicisitudes son realmente *irrepetibles*<sup>65</sup> en las condiciones en que se dieron, por el efecto gravemente condicionante que la primera experiencia procesal tendría en las representaciones y en las actitudes del imputado y de los testigos<sup>66</sup>, e, incluso, en las del mismo juzgador, que nunca lo sería ya de *primera instancia*. Por eso, el dato base que hay que tomar en consideración no es que el juez o tribunal de segunda instancia vaya a carecer de contacto directo con las fuentes personales de prueba. Es que este contacto, en condiciones de cierta genuinidad, sólo está al alcance, y por una vez, de un primer juzgador, cuya decisión no puede quedar blindada, por esto sólo, a la fiscalización jurisdiccional.

<sup>61</sup> "El principio de libre valoración de la prueba, con arreglo a conciencia, como ha declarado la jurisprudencia, supone una apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, formando su convicción en torno a los problemas fácticos y sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente..." (Tribunal Supremo, Sala Segunda, sentencia de 7 de mayo de 1993). Formulaciones como ésta del punto de vista que se cuestiona no son ahora frecuentes, pero muy otra cosa hay que decir del planteamiento cultural subyacente en materia de valoración de la prueba, como, por lo demás, resulta advertible a través de otras referencias contenidas en este trabajo.

<sup>62</sup> Al obrar así se olvida que, como ha escrito Taruffo, "cualquier juez, puede decirse, es un 'hombre medio' o un 'hombre común' cuando decide discrecionalmente en torno a la atendibilidad de una prueba. Aunque pueda tener alguna experiencia profesional en este campo, es recurriendo al sentido común como funda las propias valoraciones" (en *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ahora en *Sui confini Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002, págs. 229-230).

<sup>63</sup> Necesario, en el juicio de primera instancia, pero no *autosuficiente* en el sentido sugerido por el tópico de que *basta* el modo de relación que implica el principio para asegurar la calidad del resultado. Esta, como se ha expuesto, únicamente podría alcanzarse mediante un uso racional y prudente de las posibilidades de conocimiento, a sabiendas, también, de los riesgos que la inmediatez conlleva. Lo que implica romper con el tópico de que en el contacto que la misma permite se hace *autoevidente* el resultado genuino de los medios de prueba personales, y tomar conciencia de lo arriesgado de ciertos tópicos de *sentido común* en tema de valoración del *lenguaje corporal*.

<sup>64</sup> Cfr. al respecto L. Ferrajoli, op. cit., págs. 51 y ss.; M. Taruffo, *La prueba*, cit., págs. 422 y ss.; G. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, en G. Ubertis (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992; del mismo autor, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino, 1995. La bibliografía española en la materia se ha beneficiado recientemente de aportaciones de especial interés, procedentes del campo de la filosofía del derecho: J. Igartua Salaverria, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995; M. Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999; J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003; D. González Lagier, *Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)*, en esta misma revista.

<sup>65</sup> Ello no obstante, la constatación de un quebrantamiento relevante de garantías procesales, que normalmente inciden en el ámbito de la presunción de inocencia y repercuten de forma negativa en el ámbito de la prueba, puede justificar la *repetición* del juicio, como única salida de una situación en cierto modo aprórica.

<sup>66</sup> Pues si este efecto es consecuencia habitual de la sucesión de interrogatorios, con mayor razón tendrá que producirse bajo el influjo, ya no del mero contacto aislado con el investigador policial o judicial, sino de la inserción en la compleja dinámica, fuertemente interactiva, de un juicio; que lleva consigo, además de un nuevo interrogatorio, el conocimiento de lo dicho por los demás interrogados, el cruce de opiniones entre quienes forman parte del entorno de interesados en la causa, e incluso de sectores más o menos amplios de público, con efectos quizá ampliados por la incidencia de los *media*, posiblemente incluida la televisión, y, en fin, la constancia del sentido de la decisión de primera instancia.

Siendo así, y tomando como punto de partida de la segunda instancia una correcta y fiel documentación de lo acontecido en la primera y una sentencia motivada con el necesario rigor<sup>67</sup>, la falta de ese contacto original con una parte del material probatorio, no representaría un obstáculo insalvable para la racional valoración de su rendimiento por otro tribunal. Incluso permitiría —lo que es una ventaja— que ésta pudiera realizarse con el distanciamiento crítico preciso para detectar y subsanar eventuales desviaciones *intimistas* e irracionales de la apreciación probatoria. Por otro lado, es claro que el conocimiento por parte del juez de primera instancia de que su actuación podría ser eventualmente objeto de esta clase de control jurisdiccional, preactuaría sobre su conciencia profesional llevándole a extremar la racionalidad en la formación y la justificación de las decisiones. Evitándose con ello un riesgo sobreañadido, implícito en la cultura de la prueba objeto de examen. Que es el derivado de la tendencia a privilegiar —más allá de lo que objetivamente les corresponda en el caso— el papel de las fuentes personales de prueba, sólo por el hecho de que, en términos de decisión y, sobre todo de motivación, obrar así hace bastante *más fácil y más segura* (frente a la crítica) la tarea de sentenciar.

## UN APUNTE DE CONCLUSIONES

A través de las referencias a ciertas decisiones emblemáticas que se han ido haciendo a lo largo del texto, cabe advertir en la práctica y en la jurisprudencia de los tribunales de la justicia penal la presencia regular de ciertos tópicos sobre la intermediación, su uso, sus implicaciones y sus efectos en el ámbito de la decisión, que tendrían que ser afrontados críticamente y revisados a la luz de las aportaciones de diversas disciplinas, como la teoría del conocimiento, la filosofía de la ciencia y la psicología.

En razón de lo expuesto y en síntesis, el punto de vista aquí defendido puede esquematizarse en las siguientes afirmaciones:

1<sup>a</sup> La intermediación no es *un método* de adquisición de conocimiento, sino un medio de empleo en el juicio de instancia, necesario pero no suficiente a aquel efecto, que tiene sus reglas de uso y sus limitaciones. Y que conforme al empleo que se haga de las primeras y según se actúe con conocimiento o desconocimiento de las segundas, puede llevar a resultados positivos o a otros francamente negativos e incluso aberrantes.

2<sup>a</sup> Las aportaciones testificales, aun cuando procedan de quien actúa con el firme propósito de ser fiel transmisor de lo percibido, pueden experimentar sensibles desviaciones de la realidad.

3<sup>a</sup> La memoria pura no existe, los contenidos mnésicos son el fruto de un complejo proceso de selección, en función de una diversidad de factores. Y el propio proceso penal, a través de la habitual superposición de interrogatorios sucesivos, puede

tener efectos gravemente distorsionadores del resultado de la prueba.

4<sup>a</sup> El testigo de hechos que, por sus características de excepcionalidad y dramatismo, le hayan afectado ética o emocionalmente de forma intensa, nunca es un observador neutro ni, por tanto, buen observador, sobre todo si se trata de datos fisonómicos. Estas afirmaciones son todavía más pertinentes en el caso de la víctima.

5<sup>a</sup> La información que las personas pueden transmitir mediante el lenguaje gestual o corporal, que normalmente acompaña a sus palabras, está cargada de ambigüedades y es de muy difícil interpretación sin riesgo de error. Más aún en un solo contacto y por quien carece de recursos técnicos para ese fin.

6<sup>a</sup> La intención, el ánimo con que se realiza una acción, como todo lo que pertenece a la cara interna de la conducta, tiene existencia real, y en tal sentido es *un hecho*<sup>68</sup>, que, si acreditado, debe figurar entre los que el tribunal declare probados.

7<sup>a</sup> Estos componentes de la conducta son susceptibles de prueba y para tenerlos por realmente existentes deben ser probados más allá de toda duda razonable.

8<sup>a</sup> Como parte de la *quaestio facti*, todo lo relacionado con la prueba de tal clase de hechos cae bajo el radio de acción de la presunción de inocencia, como regla de juicio.

9<sup>a</sup> Afirmar que un sujeto ha obrado con intención, por ejemplo, de dar muerte no es, pues, formular un juicio *de valor*<sup>69</sup>, sino *de realidad*. Este, desde el punto de vista epistémico, es de igual naturaleza que el que conduce a la conclusión de que "fulano apretó el gatillo". Aunque, ciertamente, podrá presentar mayores dificultades de reconstrucción probatoria.

10<sup>a</sup> Inferir, en el contexto de la prueba, es realizar un proceso discursivo por el que se pasa de una información (que produce un estado de conocimiento), mediante el uso de reglas que son generalizaciones de saber empírico, a otro estado de conocimiento. Por eso, la inferencia no es una *alternativa* a la prueba, sino un medio de obtención de saber empírico, de utilización habitual e imprescindible en el desarrollo de la actividad probatoria.

<sup>67</sup> Muy en contra, pues, de lo que se dice en reiteradísima jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que se excluye a los "elementos anímicos" del ámbito de "lo fáctico" (entre tantas, las siguientes: 1612/1993, de 24 de junio, 935/1998, de 13 de julio, 859/2000, de 16 de junio, 2084/2001, 13 de diciembre). Es una "falacia argumental suponer que como los estados de conciencia tienen un modo de existencia ontológicamente subjetivo no pueden ser objeto de estudio de una ciencia epistémicamente objetiva. Pero esa no es la conclusión que se sigue. El dolor del dedo de mi pie es ontológicamente subjetivo, pero la proposición 'a J. R. S. le duele ahora un dedo del pie' no es epistémicamente subjetiva. Se trata de un simple hecho (epistémicamente) objetivo, no de una opinión (epistémicamente) subjetiva. Por tanto, el hecho de que la conciencia tenga un modo subjetivo de existencia no nos impide tener una ciencia objetiva de la conciencia" (J. R. Searle, *Mente, lenguaje y sociedad*, trad. de J. Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 2001, págs. 40-50).

<sup>68</sup> De "juicios de valor o juicios de inferencia" se habla regularmente en la jurisprudencia para referirse a aquellos mediante los que se llega a la conclusión de que se ha producido o no un hecho de conciencia. Este asunto fue abordado críticamente por L. Beneytez Merino en *Juicio de valor y jurisprudencia*, en Poder Judicial, nº 19 (septiembre de 1990). Yo me he ocupado también del tema en *Acerca de la motivación*, cit., pág. 266 y ss.

<sup>69</sup> Sobre el alcance de la motivación en materia de hechos, cfr. M. Taruffo, *La prueba*, cit., págs. 435 y ss.

11<sup>a</sup> El examen con intermediación de una fuente personal de prueba no pone en contacto —y menos directo— con *los hechos*. Permite percibir enunciados de contenido fáctico, que, de ser bien interpretados y tratados con corrección formal y mediante máximas de experiencia pertinentes y válidas, podrán aportar información veraz sobre aquellos.

12<sup>a</sup> No existen fuentes *directas* de prueba, en el sentido de que ninguna prueba pone al juez en contacto directo con *los hechos*.

13<sup>a</sup> La marcada tendencia jurisprudencial a dar al juez *carta blanca* en la valoración de la prueba, cuando se trata de la (mal) llamada directa, puede llevarle, por comodidad, a infravalorar los datos probatorios de otras procedencias y a prescindir del uso de éstos como elemento de contraste para, *cruzando información*, evaluar la calidad convictiva de los primeros.

14<sup>a</sup> En el proceso de adquisición de conocimiento mediante la prueba, el juez debe estar muy atento al propio discurso, sobre todo, a las inferencias mediante las que lo articula, para evitar saltos lógicos, conclusiones apresuradas, automatismos acríticos en la obtención de conclusiones. Debe también ser consciente de la calidad de las máximas de experiencia que emplea. Todo esto, muy en particular cuando las pruebas sean de carácter personal, pues su apreciación está sumamente abierta a la incidencia de los prejuicios.

15<sup>a</sup> La convicción judicial, correctamente entendida, no es “un estado anímico de certeza”, *un movimiento del alma*, ni un estado psicológico, sino el resultado de un estado de conocimiento, que debe alcanzarse mediante un proceso racional, contradictorio y autocontrolado de obtención y valoración de datos.

16<sup>a</sup> La motivación en materia de hechos no puede ser “una narración o descripción (...) del proceso psicológico que culmina en dar por probados o no los hechos cuestionados”<sup>70</sup>. Una cosa es lo que *acontece* en el psiquismo del juez y otra el modo como él mismo *conduce* el razonamiento que lleva a la decisión. Lo primero no debe (ni puede) justificarse, lo segundo debe ser racionalmente controlado y justificado.

17<sup>a</sup> La adecuada asunción del deber de motivar obliga al juez a operar en el discurso probatorio con conciencia de los pasos del propio razonamiento. Una buena manera de comprobar la calidad racional de éste es explicarlo por escrito, objetivando así el rendimiento de cada medio de prueba, para descartarse de todo lo que no sea susceptible de verbalización<sup>71</sup>.

18<sup>a</sup> En la jurisprudencia, a partir de la del Tribunal Constitucional (así, sentencia n.º 21/2000, de 31 de enero), suele afirmarse que no existe un derecho

fundamental a una determinada extensión de la motivación. Pues bien, sería mucho más correcto decir que existe un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales estén tan motivadas como sea necesario para que la decisión —en especial en materia de hechos— sea plenamente comprensible, en el *porqué* y en su alcance. En este punto, dado el margen de libertad con que opera, juega un papel de primer orden la honestidad intelectual del juez.

19<sup>a</sup> El examen de las fuentes de prueba personales en régimen de intermediación no puede reiterarse sino es al precio de una importante pérdida de autenticidad, y de fiabilidad, por tanto, de los datos que pudieran obtenerse. Ello debido a que el uso de los correspondientes medios probatorios y el conocimiento por los sometidos a ellos del resultado ya atribuido a sus aportaciones en una primera apreciación, condicionan —de forma no necesariamente consciente, aunque también— ulteriores comportamientos.

20<sup>a</sup> Por lo que acaba de decirse, es necesario que el desarrollo del juicio de instancia sea documentado con la máxima fidelidad —en su “clave verbal”, incluyendo la literalidad de las preguntas y respuestas<sup>72</sup>— para hacer posible su examen en vía de recurso.

21<sup>a</sup> La doble instancia es una garantía esencial para verificar la calidad del juicio anteriormente producido. Y tal *juicio sobre el juicio* puede llevarse a cabo con garantía de calidad en el resultado, siempre que se parta de una buena documentación de lo acontecido en el mismo y de una sentencia correctamente motivada.

22<sup>a</sup> En este segundo juicio, es verdad, se pierden —aunque no del todo, pues habrán servido para orientar el interrogatorio y hacerle rendir— aquellos aspectos (los gestuales) de la información sólo perceptibles merced al contacto directo con las fuentes personales de prueba. Pero lo cierto es que se trata de los datos menos fiables en su significación y más difíciles de interpretar con garantía de acierto. En cambio, la ausencia de implicación en el primer juicio, permite operar sobre sus aportaciones y valorar la racionalidad o falta de racionalidad de la valoración con la mayor objetividad que facilita el distanciamiento. Naturalmente —hay que insistir— contando con una buena documentación de la vista pública y con una sentencia rigurosamente motivada.

23<sup>a</sup> En la segunda instancia debe ejercerse plenitud de jurisdicción. Esta se extenderá, por tanto, también a la evaluación de la racionalidad de la estructura del juicio en materia de la habitualmente llamada prueba directa. El juzgador de segunda instancia no puede eludir el juicio ante una manifiesta incoherencia o una patente falta de justificación de aspectos centrales de la decisión sobre el hecho.

<sup>70</sup> Así se expresa la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 1 de febrero de 2000. Como dice, muy expresivamente, Igartua Salaverría, “ningún matemático confundiría la demostración de un teorema, o ningún científico la verificación de un aserto, con una página de su diario personal o con una historia de vida” (en *Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más*, en *Jueces para la Democracia*. Información y debate, n.º 30, julio/2000, pág. 63).

<sup>71</sup> Me he ocupado de este asunto en *Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción*, en *Revista del Poder Judicial*, n.º 57 (2000), págs. 155 y ss.

<sup>72</sup> Con la misma fidelidad y rigor, para facilitar la máxima autenticidad en la puesta de relieve de eventuales contradicciones con lo declarado durante la instrucción, deberían registrarse también las declaraciones producidas en esta fase y durante la investigación policial. Es decir, tomando en su literalidad las preguntas y respuestas. Con ello se evitarían tantos confrontaciones inútiles como se producen, al poner de relieve a acusados y testigos manifestaciones plasmadas en un lenguaje burocrático que denuncia la mediación, impertinente y perturbadora, del instructor (policial o judicial).

## UNIDAD II: PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

- 1) NIEVA FENOLL, Jordi "Oralidad e Inmediación en la prueba: Luces y sombras".



## Oralidad e Inmediación en la prueba: luces y sombras

(Orality and taking of evidence: lights and shadows)

**Jordi Nieva Fenoll**

Professor of Civil Procedure at the University of Barcelona, Spain.

Abstract: The article works the advantages and the inconveniences of orality in modern civil procedure.

Key words: Orality. Civil Procedure.

Sumario: 1.Introducción. 2. Ventajas e inconvenientes de la oralidad en la prueba. 3. La sobrevaloración de la intermediación. 4. Las carencias en la formación de los jueces. 5. La oralidad y la intermediación como herramientas de exclusión de la intuición en la valoración de la prueba. 6. Conclusiones.

### 1. Introducción.

Parece un dogma, y como tal dogma, incontestable, que la prueba debe ser practicada de forma oral. Sin embargo, esa conclusión no pasa de ser una sugerencia, aceptable en la mayoría de las ocasiones. Pero, desde luego, no es inobjetable que toda la prueba deba ser oral. La prueba documental, por su propia esencia, es escrita y, al menos en principio, debe ser escrita, sin perjuicio de que se ilustre al Juez sobre alguno de los extremos del documento en forma oral. Si se tiene en cuenta, además, que en la enorme mayoría de los procesos civiles la prueba es predominantemente documental<sup>1</sup> y que, en realidad, en los procesos penales la prueba más fiable es muchas veces esa misma prueba documental –o pericial, constando la pericia en un informe escrito que muchas veces no se objeta–, es obvio que quizás deba realizarse un alto en el camino

---

<sup>1</sup>Lo que llevó, acertadamente, al legislador español, a disponer la celebración escrita del proceso cuando la única prueba existente era la documental. Vid. art. 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “*Cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando se hayan presentado informes periciales, y ni las partes ni el tribunal solicitarán la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe, el tribunal procederá a dictar sentencia, sin previa celebración del juicio, dentro de los veinte días siguientes a aquel en que termine la audiencia.*”



para la reflexión en esta materia, centrando lo que realmente se quiere decir cuando se afirma que la prueba debe ser oral.

No voy a proponer en este trabajo que la prueba pase a ser escrita, o que los jueces vuelvan a “practicar” la prueba de forma escrita, o persistan en esa secular y rechazable corruptela<sup>2</sup>. Lo único que voy a intentar evidenciar, como idea base, es que el hecho de que la prueba sea oral no siempre hace de la misma una actividad más fiable, sino que, en malas manos, la oralidad puede conducir precisamente a que la prueba sea inútil, como veremos después. Y no hay que cerrar los ojos a esa realidad, sino ponerle los remedios que sean necesarios.

Cuando se exige la oralidad en la prueba, más que la forma oral lo que se está reivindicando es la intermediación en la práctica de la prueba, y justamente esa intermediación es la que, ciertamente, el juez no puede perder jamás. La intermediación es una conquista jurídica y social a la que no podemos renunciar, sobre todo observando cómo en muchos sitios todavía no se ha logrado alcanzar esa meta.

Sin embargo, hay que proveer las herramientas necesarias para que la oralidad y la intermediación puedan servir para algo, puesto que, de lo contrario, en algunos casos provocan todavía más arbitrariedades que las muchísimas que se producían y se producen con la práctica escrita de la prueba. No consiste en absoluto, y lo reafirmo, en volver a ese procedimiento escrito. Se trata de que aprendamos a utilizar debidamente algo tan complejo como el mecanismo de la intermediación. De nada le sirve a cualquier profesional, de cualquier oficio, disponer del más moderno instrumental si previamente no se le instruye en el uso de dicho instrumental.

## 2. Ventajas e inconvenientes de la oralidad en la prueba

Hasta la fecha se puede constatar, todavía, una especial, y extendida, fascinación por la oralidad entre la Doctrina<sup>3</sup>, aún con discrepancias<sup>4</sup>. La misma proviene, en muy buena medida, de

---

<sup>2</sup>Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro XII, Título XXXII, Leyes X, XVI y XVII, datando de 1500 (Ley XVI) la prohibición más antigua de que los jueces encomendaran las pruebas al personal de su juzgado.

<sup>3</sup>La misma se pudo constatar en el congreso de la Asociación Internacional de Derecho Procesal celebrado en Gandia del 6 al 8 de noviembre de 2008, cuyas ponencias y comunicaciones fueron publicadas en AAVV (Carpi / Ortells ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia 2008.

<sup>4</sup>Que se pudieron observar en ese mismo congreso en las ponencias de Jorge W. PEYRANO (t. I, pp. 149 y ss), Michele TARUFFO (t. I, pp. 185 y ss) y Eduardo OTEIZA (t. I, pp. 413 y ss), entre otros. Personalmente manifesté también discrepancias en el mismo congreso a través de una comunicación (t. II, pp. 471 y ss, así como en mi trabajo *Los problemas de la oralidad*, La Ley, nº 6701 y Justicia 2007, n. 1-2, pp. 101 y ss.



la lectura de autores ya bastante antiguos, como CHIOVENDA<sup>5</sup>, que intentaron que se superara de una vez por todas la secular vigencia de la escritura en los procesos, siguiendo el ejemplo alemán<sup>6</sup>. A principios del siglo XX, y aún mucho después, era perfectamente normal que desde el procesalismo se intentara impulsar la oralidad<sup>7</sup>. Ciertamente, la situación no era ideal en aquellos momentos. En muchos países de Europa, los jueces simplemente no estaban en sus despachos. En la mayoría de las ocasiones acudían al juzgado solamente a firmar las providencias de todo tipo que había realizado, con frecuencia al margen de toda norma legal, el personal de la oficina judicial. Y entre esas providencias estaba, para vergüenza de todos –hasta del mismo juez– la práctica de pruebas de declaración de personas, que requerían inexcusablemente su presencia por mandato legal<sup>8</sup>.

Al contrario, el juez no acudía a esas pruebas. Las celebraba cualquier trabajador del juzgado a quien se le hubiere encomendado. Dicho trabajador leía salmódicamente las preguntas que formulaban las partes, salvo las que el Juez había decidido suprimir, casi siempre de forma inmotivada. Incluso algunos jueces invitaban a esos teóricos subalternos a improvisar en la realización de preguntas adicionales, lo que ya resultaba, no solamente impresentable, sino claramente delictivo. Ese estado de cosas, vigente en tantos sitios, debía acabarse de inmediato. Y de ahí la lucha encarnizada por la obtención de la oralidad, y de ahí también la lógica fascinación por la misma.

Se imaginó que si los jueces observaban declarar a las personas, fueran partes, testigos o peritos, por fin podrían construir debidamente su convicción, llevando a cabo de forma adecuada la valoración de la prueba, tras haber tenido contacto directo con dicho material probatorio. Y no les faltaba razón a quienes lo imaginaron. Desde luego, es mucho más adecuado valorar la credibilidad de una persona viéndola que leyéndola. Y resulta inadmisibles valorar esa credibilidad, no leyendo lo que esa persona ha escrito, sino lo que escribió el subalterno que habría dicho ese declarante en su presencia, que no en la del Juez. Si se tiene en cuenta, además, que en las actas de esas “pseudoprácticas” de la prueba solían recogerse, no las palabras exactas que se habían

---

<sup>5</sup>CHIOVENDA, Giuseppe, *Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno*, en: “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires 1949, p. 155.

<sup>6</sup>WACH, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. T. I, Leipzig 1885, p. 138.

<sup>7</sup>Por todos, CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972.

<sup>8</sup>Art. 254 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: “Los jueces y magistrados ponentes, en su caso, recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de prueba. (...) Ninguno de ellos podrá cometerlas a los secretarios o escribanos, sino en los casos autorizados por la ley.”



dicho, sino un simple resumen de lo acontecido, se comprenderá que el sistema, ciertamente, era impresentable, por mucho que se juzgara a través de él durante siglos a muchísimos sujetos.

Con todo, con la decisión de introducir la oralidad en la prueba se despreció la principal ventaja de la escritura que, de hecho, había propiciado su incorporación al proceso en 1215<sup>9</sup>: la fijeza que otorgaba a lo actuado en el proceso. Se intentaba con la escritura que el recuerdo de lo acaecido en presencia judicial no dependiera solamente de la memoria del juez y, a renglón seguido, de sus recuerdos y apreciaciones, que podían ser, por desgracia, arbitrariamente contruidos. Al contrario, cuando figuraba en un escrito lo que realmente había sucedido, el margen de discrecionalidad del juez evidentemente se reducía. Y ello era, y es, muy positivo.

Pero como he dicho, esta ventaja fue completamente despreciada con algunas de las reformas que introdujeron la oralidad. Se prefirió que el juez volviera a basar sus sentencias simplemente en sus recuerdos de lo actuado y, lo que es más grave, en sus primeras impresiones ante lo visto, con el único apoyo de un acta que siempre y sistemáticamente fue –y continúa siendo– incompleta en la apreciación de los detalles concretos que permiten al juez valorar la prueba. Ese inconveniente sólo ha podido ser paliado a través de la grabación de las vistas<sup>10</sup>, siempre que la grabación posea la calidad suficiente, lo que no siempre sucede. Pero pese a la grabación, es posible que la oralidad favorezca una cierta precipitación en el momento de juzgar. El juez no quiere olvidar lo que ha visto, y por ello en ocasiones decide resolver lo antes posible, lo que es posible que le conduzca a la superficialidad, dando al traste con todas las ventajas que la oralidad trae a la práctica de la prueba. Dicha superficialidad, por desgracia, se aprecia en muchas motivaciones, y aunque no siempre es consecuencia de la oralidad, sino de la acumulación de asuntos, lo cierto es que se constituye en uno de los principales peligros del mal uso de la forma oral.

Además, por otra parte y como veremos seguidamente, se pasó por alto otra cuestión importante: se encargó esa nueva manera de practicar las pruebas a los mismos jueces que durante toda su trayectoria profesional no habían observado prácticamente prueba alguna, lo cual evidenciaba que no podían estar debidamente preparados para esa labor. Se descuidó algo que tendría que haber sido esencial antes de proceder a ningún cambio del sistema: la capacitación de

---

<sup>9</sup>Concilio Lateranense IV, Innocentius P.III, Cap. XXXVIII, anno Christi 1215, en: "MANSI, Joannes Dominicus, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*", Vol 22, Graz 1961, pp. 1023-1026.

<sup>10</sup>Obligada por los arts. 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



los jueces. Nadie habló de la misma, sino que se dio por descontado que los juzgadores, con la ayuda de su formación simplemente jurídica, y a través de su “íntima convicción”, su “sana crítica” o, aún peor, su “conciencia”, ya sabrían cómo proceder. Es decir, se quiera reconocer o no, se acabó confiando toda la actividad de valoración probatoria a la simple intuición de los jueces.

### 3. La sobrevaloración de la intermediación

Como correlato de lo anterior, e insisto en que desconociendo absolutamente la falta de la debida preparación de los jueces para valorar algunas pruebas, se dio un paso más. Y si el difícil paso de introducir la oralidad era peligroso, aunque también audaz y sobre todo bienintencionado, lo que voy a describir a continuación tiene muchísimo de pernicioso, nada de audaz y mucho menos de bienintencionado.

Una vez que se le obligó realmente al Juez a presenciar la práctica de la prueba –haciendo compulsiva una obligación que, como se dijo, databa de mucho antes pero que había sido ampliamente ignorada– se cayó en una situación que probablemente tiene su sentido en otros contextos, pero desde luego no en el probatorio. Se propició, paulatinamente, una desmedida confianza de las ulteriores instancias en el criterio probatorio del juez que había presenciado la prueba en primera instancia.

De hecho, nunca había sucedido, propiamente, nada parecido con anterioridad. Se venía de sistemas que no conocían la casación, ni nada parecido, antes del siglo XIX<sup>11</sup>. Y por ello, todos sus grados de jurisdicción, ni legal ni doctrinalmente habían sido sometidos a ninguna clase de restricciones. En cada instancia se podía criticar todo lo acaecido en la anterior, y por supuesto también el razonamiento probatorio, pudiendo incluso volver a practicarse prueba en esa ulterior instancia<sup>12</sup>.

Pero todo ello fue desapareciendo. En España, si bien se había consentido en casación la existencia como motivo de la misma del llamado “error de hecho en la apreciación de la prueba”<sup>13</sup>, el mismo acabó por ser marginado por la jurisprudencia a través de una indebida –

---

<sup>11</sup>La propia casación se introduce en Francia a través del Decreto 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, y sólo se difunde en Europa a través, o bien después, de las invasiones napoleónicas.

<sup>12</sup>Vid. la regulación de los recursos en el Tomo VI de la Novísima Recopilación.

<sup>13</sup>Aunque sólo a través del art. 1692.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. En las leyes de casación o de nulidad anteriores no se encuentra dicho motivo.



imposible— interpretación de lo que debía ser un “documento auténtico”<sup>14</sup>, hasta acabar finalmente suprimida toda posibilidad legal de denunciar dichos errores en casación con la reforma de 1992<sup>15</sup>, salvo a través de hábiles argumentaciones que les recordaban a los tribunales de casación que la actividad de valoración de la prueba también es jurídica.

Por otra parte, también se fue restringiendo el ámbito de la apelación. Comenzaron a surgir en el proceso penal recursos de apelación “con motivos”<sup>16</sup>, como si fueran recursos de casación, con el ánimo evidente de restringir las posibilidades de impugnación de las sentencias de primera instancia y, ya de paso, el trabajo de los órganos de segunda instancia.

Y paralelamente fue encontrando acomodo una habilidosa argumentación jurídica en virtud de la cual, dado que el tribunal de apelación no había presenciado la prueba, dicho tribunal no podía revisar esa actividad probatoria por respeto a la inmediación de dicho tribunal de primera instancia, que sí que había presenciado la práctica de la prueba<sup>17</sup>. Tanto se extendió dicha doctrina que hasta el Tribunal Constitucional<sup>18</sup> y el Tribunal Supremo<sup>19</sup> la hicieron suya,

---

<sup>14</sup>La jurisprudencia jamás localizó, en cien años, uno solo de esos documentos.

<sup>15</sup>Curiosamente, desde 1984 sí que se pudo denunciar aquellos defectos a través del motivo de casación creado ese año, y que tenía el siguiente tenor: “*Error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que consten en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.*” (art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 tras la reforma de la Ley 34/1984 de 6 de agosto.

<sup>16</sup>Por ejemplo, desde la reforma operada a través de la Ley 7/1988 de 28-12, en el procedimiento penal abreviado existe un recurso de apelación contra sentencias fundado en motivos (actual art. 790.2 LECrim, antiguo art. 795.2). Dicha reforma influyó posteriormente en el recurso de apelación en el procedimiento de jurado, que también cuenta con motivos (vid. art. 846 bis.c LECrim).

<sup>17</sup>HENKE, Host-Eberhard, *Rechtsfrage oder Tatfrage - eine Frage ohne Antwort?* ZZP, 81, 3-4, 1968, p. 323 y ss, y en España sobre todo por el magistrado BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación*, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1988, pp. 29 y ss, influyendo así a la jurisprudencia. Vid. también MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, *El recurso de casación penal. Control de la presunción de inocencia*. Granada 1996, pp. 29.

<sup>18</sup>Ni siquiera mediante el visionado de la grabación de la prueba. Vid. STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 3: “*cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal ha declarado también en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu c. Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59. (...) Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovici c. Moldavia (§ 71); 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31); y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37), se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el Tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio.*”



desestimando cuantos recursos se les interponían por recurrentes que intentaban denunciar una de las peores injusticias que se puede sufrir en un proceso: la errónea valoración de la prueba. Y fue completamente indiferente que dicha errónea valoración se manifestara en una inexistente motivación en los puntos probatorios, o bien que dicha motivación fuera coherente internamente, pero contrastase completamente con lo que se había presenciado realmente en la prueba. Esos errores, en su mayoría inferenciales, no fueron considerados como causantes de una defectuosa motivación de las sentencias y, en consecuencia, de una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Al contrario, se permitió, amplia aunque solapadamente, que los jueces no motivaran las razones de su convicción probatoria<sup>20</sup>. Bastaba, para pasar el examen de constitucionalidad, que hubieran manifestado lo que habían dicho los declarantes, pero sin dar razón alguna, salvo excepciones, de aquello que les hubiera llevado a atribuirles credibilidad<sup>21</sup>. Se dijo, no sin razón, que lógicamente el juez no podía decir en la motivación que no creyó en el testigo porque le vió titubear, o sudar cuando se le hacían determinadas preguntas, o bien que miraba a los ojos del interrogador cuando respondía. Se argumentaba que la apreciación de todos esos aspectos pertenecía al fuero interno judicial y que, en esencia, era inmotivable. Y todo ello cuando al mismo tiempo, ya desde las leyes, se permitía dar por buena la credibilidad de un testigo cuando este declaraba “*clara y determinantemente*”<sup>22</sup>, es decir, cuando era la propia ley la que obligaba al juez a motivar que una persona había declarado con firmeza, a fin de fundamentar su convicción...

Con todo ello, se dejó al margen del juicio probatorio las razones auténticas de la convicción judicial. Es decir, las llamadas “máximas de experiencia”<sup>23</sup> o “reglas de la sana crítica”. Nunca se concretó cuáles eran dichas máximas, sino que las leyes se contentaban con remitirse a las mismas. Y la jurisprudencia también, sin concretarlas salvo en supuestos algo excepcionales<sup>24</sup>.

De ese modo, la posibilidad de revisar un juicio de primera instancia quedó prácticamente

---

<sup>19</sup>Vid. STS (Sala 2ª), 12-7-2009, (nº rec. 2049/2008), FD 1: “*Pero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en principio, a la soberanía del Tribunal “a quo”. Habiéndose afirmado reiteradamente en este sentido que la prueba practicada en el juicio oral es inmune a la revisión en lo que depende de la inmediatez.*”

<sup>20</sup>Vid. las reflexiones en este punto que contiene la citada STC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6.

<sup>21</sup>Lo que contradecía lo que exigía una parte la doctrina. Vid. IGARTÚA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación, y control en el proceso penal*, Valencia 1994. pp. 113 y ss. PFITZNER, Thomas, *Bindung der Revisionsgerichte an vorinstanzliche Feststellungen im Strafverfahren*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 119-120. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 602 y ss.

<sup>22</sup>Art. 369 LECrim.

<sup>23</sup>STEIN, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893, p. 15.

<sup>24</sup>Lo que hizo hablar a TARUFFO, Michele, *Liberio convincimento del giudice. (I Diritto processuale civile)*, Enc. giur. Treccani, vol. XVIII, Roma 1990, p. 4, del “*insieme caotico e indeterminato*” que constiuyen las máximas de experiencia.



limitada a la crítica de la aplicación del Derecho positivo. O se buscaba una infracción procedimental o de Derecho sustantivo o, con seguridad, no habría nada que hacer. Con ello, aunque no fuéramos demasiado conscientes de ello, los tribunales de apelación se acabaron asemejando cada vez más a tribunales de casación, estando limitados simplemente al análisis de la aplicación del Derecho positivo o, en el mejor de los casos, de la jurisprudencia. Por fortuna, ese proceso, en muchos tribunales y gracias a la tenacidad de algunos magistrados, no se culminó, aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada, evidentemente, en nada ayudaba.

En conclusión, se elevó el valor de la intermediación hasta niveles que, probablemente, no conoció jamás ninguna otra institución jurídica, ni siquiera la propia Norma constitucional. Se confió en el buen criterio de los jueces, sin más, aunque pasando por alto que dichos jueces no tenían la debida instrucción para realizar esa labor, ni probablemente podían tenerla en el estado de circunstancias en el que trabajaban. Desde luego, no la habían tenido los antiguos jueces. Pero los actuales tampoco podían poseerla, teniendo en cuenta los temarios de sus oposiciones y las limitaciones temporales de su instrucción en la Escuela Judicial.

#### 4. Las carencias en la formación de los jueces

La valoración de la prueba es una actividad compleja. Muy compleja, podría llegar a decirse. Y no puede confiarse para su ejecución en lo mismo que confiaron los legisladores de hace 4.000 años: en el simple buen criterio de los jueces<sup>25</sup>. Es hermoso pensar que todos los seres humanos estamos dotados de un especial buen criterio que nos hace tener un sentido de lo justo en la mayoría de ocasiones, o que nos permite adivinar la realidad de lo ocurrido acudiendo a nuestra experiencia vital, a falta de cualquier otro conocimiento innato para ejecutar esa labor.

Es falso que ello sea así. Nadie tiene un sentido de lo que es justo en nuestro sistema jurídico si no ha sido, de algún modo, instruido para ello. Por otra parte, nadie tiene tanta experiencia como para saber perfectamente quién miente y quién dice la verdad cuando habla. La sinceridad de las personas es algo que todos hubiéramos querido conocer con facilidad y

---

<sup>25</sup>Vid. El § 9 del Código de Hammurabi: *"Si uno que perdió algo lo encuentra en manos de otro, si aquel en cuya mano se encontró la cosa perdida dice: "Un vendedor me lo vendió y lo compré ante testigos"; y si el dueño del objeto perdido dice: "Traeré testigos que reconozcan mi cosa perdida", el comprador llevará al vendedor que le vendió y los testigos de la venta; y el dueño de la cosa perdida llevará los testigos que conozcan su objeto perdido; los jueces examinarán sus palabras."* Vid. también LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid 1997, p. 8.



precisión, pero que simplemente no es posible averiguar mirando a la cara de una persona, o incluso recurriendo a “patrones de mentirosos” que hayamos conocido en el pasado, y que nos parezca que cuadren con la “actuación” del declarante. Además, la experiencia de cada observador es distinta, y pese a que hay reacciones físicas muy comunes entre todos los seres humanos, lo cierto es que cada persona puede reaccionar de forma distinta ante un mismo hecho, por lo que puede ser tremendamente injusto que quien haga de juez se fíe de esa experiencia vital, que no pasa de ser pura intuición<sup>26</sup>.

Podría pensarse que no pueden explicarse las razones por las que una persona nos resulta convincente. Pero bien al contrario, dichas razones existen y son, en gran medida, explicables. Como igualmente explicables son los motivos por los que una declaración puede resultar creíble. Y además, si bien el hecho de que una persona se muestre convincente sí puede depender de su forma de expresarse –por ejemplo, como se dijo, de la firmeza con que lo haga–, la credibilidad no debe depender de algo que es tan claramente manipulable, como bien sabe cualquier actor.

La credibilidad depende, en realidad, de ese conjunto de conocimientos que se ha solido designar con el nombre de “máximas de experiencia”. Y cada medio de prueba posee las suyas, habida cuenta de que cada uno de esos medios depende de una ciencia indiscutiblemente experimental que suministra esas máximas. Y lo que hay que hacer es recurrir a dicha ciencia a la hora de comprender el significado de cada medio de prueba.

En el caso de las declaraciones de personas (partes, testigos y peritos), esa ciencia se ha venido conociendo con la denominación de “Psicología del testimonio”<sup>27</sup>, aunque lo que analiza no son solamente las declaraciones de un testigo, sino también de cualquier persona. Esa ciencia, en cuyo detalle ahora no puedo entrar, se dirige a examinar no tanto la persona del declarante como aquello que declara, que sí que puede ser sometido a una valoración claramente objetiva. Vistas las afirmaciones de una persona, puede comprobarse si las mismas son coherentes internamente, así como si están contextualizadas en una situación que explica el propio declarante, y que es asimismo coherente, o bien se trata de un relato aislado de dicha contextualización, que no es

---

<sup>26</sup>Vid. MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, p. 177 y 196 y ss. Vid. también MUÑOZ SABATÉ, Lluís, *Técnica probatoria*, 3ª ed., Barcelona 1993, p. 345.

<sup>27</sup>Seguiré a continuación cuanto dicen los profesionales de esta materia, aparte del ya citado MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, vid. también IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000. MASIP, Jaume / GERNÁN, Alonso / HERRERO, Carmen, *Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal*, en: “AAVV (coord. Garrido / Masip / Herrero), *Psicología jurídica*”, Madrid 2008, pp. 475 y ss.



capaz de recordar. O incluso resulta artificiosa al no estar confirmada por ningún dato objetivo tan simple como el tiempo o la temperatura aproximada que hacía en el lugar en que sucedieron los hechos en el momento de su acaecimiento. Además, el relato del declarante debe estar corroborado por datos que avalen lo que dice, para que no parezca que son producto de su imaginación. Ello no son más que algunos de los extremos, sorprendentemente objetivos, que cabe valorar en una declaración para evaluar su credibilidad. Y no puede decirse que los jueces no los tengan en cuenta, porque muchas veces fundan en ellos sus convicciones. Pero lo que resulta totalmente necesario es que expliquen las razones de esa convicción siguiendo como guía, entre otros puntos, los citados, porque son los que utilizan y, probablemente, los únicos que pueden motivar sin hacer de su convicción algo arcano o incomprensible.

Además, a fin de practicar una declaración eficaz, existen técnicas para realizar el interrogatorio, que varían según sea la persona del declarante. Todo ello también debería ser tenido en cuenta en la práctica de esta prueba. Sin embargo, lo que sucede con frecuencia –salvo en el caso de menores, sujetos de muy avanzada edad, incapaces o personas que han padecido un shock postraumático– es que se practica el mismo tipo de interrogatorio a todo el mundo, sin adaptarlo a la persona del declarante. Por ejemplo, suele preferirse la forma interrogativa a la narrativa a la hora de tomar declaración, cuando resulta claramente preferible esta última desde cualquier punto de vista.

Pues bien, todo ello debería cambiar. Es mucho más preciso decir que una declaración es creíble porque es coherente, que no “deducir” la convicción de las muecas o de las posturas del declarante, sin hacer mención de ello en la motivación, simplemente porque ni siquiera es realmente decoroso hacerlo en muchos casos. Pero para valorar todos los puntos objetivos anteriores es preciso tener una mínima formación en materia de interrogatorios. Formación que no concurre en la mayoría de jueces.

Exactamente igual sucede con la prueba pericial<sup>28</sup>. Desde luego, no puede pretenderse que el juez posea la formación que tienen los peritos, pero tampoco es en absoluto admisible que desconozca absolutamente su ciencia. Bien al contrario, el juez debe conocer, aunque sea someramente, los objetos más frecuentes de pericia en los juzgados, pudiendo así acceder siquiera a los datos más preliminares que le permitan seguir la declaración de un perito, puesto

---

<sup>28</sup>Vid. NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Madrid 2010, sobre este punto y acerca de los anteriores referidos a la declaración de personas.



que de lo contrario es difícil que pueda percibir su credibilidad en la declaración empleando la técnica antes expuesta. Para obtener esa formación, es imprescindible que tenga una mínima instrucción de esos contenidos, al menos durante su periodo de prácticas en la Escuela Judicial.

No queda al margen de estas consideraciones la prueba documental. Estamos acostumbrados a leer un escrito e interpretar su contenido casi literalmente. Pues bien, los documentos deben ser puestos en su preciso contexto, y además debe analizarse el lenguaje que emplean para no cometer errores de apreciación. Todo ello lo enseña la argumentación y, sobre todo la semiótica textual<sup>29</sup>, acerca de la que los juzgadores, y creo que en general todo jurista, debería tener formación especializada, habida cuenta de la enorme frecuencia con la que trabajamos con escritos.

Por último, el reconocimiento judicial emplea la mayoría de las técnicas que han sido referidas, de un modo u otro, dependiendo del objeto de lo observado. Con dicho reconocimiento se trata de que el juez vea la realidad de aquello que se le ha sometido como prueba. Pero no solamente es necesario que lo vea, sino también que lo perciba. Y para percibirlo, precisa entenderlo. Para ello, las ciencias antes citadas le pueden ser, dependiendo de cada caso, de gran utilidad.

Todos los anteriores son conocimientos extrajurídicos, ciertamente. Pero nadie ha dicho que una ciencia agote sus fronteras en su exclusivo ámbito de conocimiento, y mucho menos una ciencia como el Derecho, que se nutre de lo que paulatinamente va construyendo nuestro tejido social y natural. Por ello, cualquier jurista debe poseer conocimientos extrajurídicos, pero especialmente debe cumplir esta máxima un juez, ya que tiene que comprender y juzgar casos de la vida real. Y en esa vida real son precisos dichos conocimientos, siquiera a un nivel básico.

5. La oralidad y la intermediación como herramientas de exclusión de la intuición en la valoración de la prueba.

Ha sido explicado anteriormente cómo la introducción de la oralidad propició, de hecho, que se abriera una puerta a la arbitrariedad a través del predominio de un respeto exacerbado a la

---

<sup>29</sup>PLANTIN, Christian, *La argumentación*, (trad. Tusón Valls), Barcelona 2008. LO CASCIO, Vincenzo, *Gramática de la argumentación*, (trad. Casacuberta), Madrid 1998. VAN EEMEREN, F. H. / GROOTENDORST, R. / SNOECK HENKEMANS, F., *Argumentación: análisis, evaluación, presentación*, Buenos Aires 2006. LOZANO, Jorge / PEÑA-MARÍN, Cristina / ABRIL, Gonzalo, *Análisis del discurso*, Madrid 2007. CASSANY, Daniel, *Tras las líneas*, Barcelona 2006.



inmediación del juzgador de primera instancia.

Pues bien, justamente esas mismas herramientas son las que deberían hacer cambiar el esquema, y acabar con esa auténtica irracionalidad. La intuición dice que la oralidad y la intermediación no deben desaparecer de la prueba, pero es necesario explicar las razones de dicha intuición.

La oralidad es imprescindible para que el juez pueda percibir por sí mismo los resultados de la prueba, sin ninguna clase de intermediarios. En primer lugar, tiene que ver al declarante, pero no porque así podrá observar mejor sus reacciones, puesto que no está formado para ello y difícilmente podría estarlo, si los propios profesionales de la psicología del testimonio ponen muy en duda que las reacciones somáticas sirvan para interpretar la credibilidad de un declarante<sup>30</sup>.

La utilidad de que el juez tenga delante al declarante es que podrá controlar que el interrogatorio se realice de la debida forma, admitiendo o rechazando las preguntas que se le formulen, o incluso formulando sus propias preguntas. Por supuesto, también debe garantizar que el declarante sea respetado en su interrogatorio, no haciéndole pasar por situaciones límite que tienen el único objetivo de ponerle entre la espada y la pared haciéndole declarar lo que quiere el interrogador. En suma, se trata de evitar algo parecido a lo que ocurre con la tortura: que el interrogado acabe diciendo lo que desea el interrogador para acabar con el padecimiento. Todo interrogador sabe que si insiste mucho y desarma emocionalmente al interrogado, éste dirá lo que él quiera. El juez debe evitar que eso llegue a ocurrir, porque por más que lo hayamos visto mil veces en el cine, ello no es en absoluto necesario para comprobar la credibilidad de una declaración. Es muy espectacular, pero sirve de muy poco en realidad, porque el interrogado que ha perdido la calma, finalmente puede no saber ni lo que está diciendo.

Con lo anterior se explica la utilidad de la intermediación en las pruebas de declaraciones de personas, incluida la prueba pericial con la declaración del perito. Pero la intermediación que proporciona la oralidad también es útil en la prueba documental, aunque en otro sentido. En la prueba documental no está declarando nadie oralmente, pero sí que se producirá la circunstancia, casi siempre, de que los abogados realizarán sus interpretaciones del documento en la fase de conclusiones del proceso. Pues bien, es el momento para que el juez debata con los abogados sobre dichas interpretaciones, sin perjuicio, por supuesto, de utilizar el resto de medios de prueba

---

<sup>30</sup>MANZANERO, *Psicología del testimonio*, cit. p. 177.



a esos mismos fines. Pero lo que deseo destacar es que la oralidad también es útil en la prueba documental. En la tantas veces despreciada fase de conclusiones, el juez tendría que ser el que tuviera un papel más activo. Ha presenciado toda la prueba, y con seguridad ya tendrá una serie de conclusiones y algunas –o muchas– dudas. Es el momento en que el juez abandone su posición de silente observador<sup>31</sup> y debata con los abogados de las partes sobre dichas dudas, para evitar aplicar el siempre discutible mecanismo de la carga de la prueba<sup>32</sup>.

En la prueba documental ello puede ser muy útil. No tiene sentido confiar en que el juez ya leerá en privado el documento e interpretará lo más justo, si el documento no tiene una fácil interpretación y lo mejor es que se discuta oralmente en el proceso, con iguales oportunidades para todos, sobre dicha interpretación.

Con todo ello, el margen de la intuición ya es, finalmente, estrechísimo. Todas las posibles conclusiones del juez y de las partes habrán sido debidamente debatidas en el proceso. Y, además, el juzgador habrá podido examinar directamente a los declarantes de la manera ya indicada. Y basándose en ello, podrá motivar debidamente su sentencia.

Si, finalmente, el juez explica todo ello en su motivación, carece de toda razón de ser que su juicio probatorio no sea criticable en una ulterior instancia, porque el juez *ad quem* podrá examinar dichas razones, comprobando si las inferencias están debidamente construidas. Es decir, controlando el uso de las máximas de experiencia. Si además de ello se grabaron las vistas en las que se practicó la prueba, el tribunal superior ya no tendrá excusa<sup>33</sup> para decir que no puede inmiscuirse en lo que convenció al juzgador de primera instancia, puesto que sabe perfectamente lo que le llevó a esa convicción, porque lo habrá explicado el juez, y hasta puede ver la filmación de lo ocurrido durante la vista. Y si el juzgador no explicó esas razones en su motivación, la resolución estará carente de la misma y, por tanto, deberá ser revocada. Y que no pueda practicar prueba el juez *ad quem*, o que sólo pueda hacerlo de forma limitada, no es óbice a todo lo que se está diciendo. Modernamente se ha asumido que los recursos asumen una función de *revisio prioris instantiae*, y no de *novum iudicium*, como había sido antiguamente. Pues bien, para que esa

---

<sup>31</sup>Que de hecho no debiera tener en absoluto, puesto que la imparcialidad se mantiene y defiende de otras muchas formas, entre ellas resolviendo el caso con objetividad y plena información, y no manteniéndose pasivo. Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, I, Barcelona 2008, p. 632.

<sup>32</sup>Dicho debate está previsto en la legislación alemana. Vid. §279.III ZPO: “*Im Anschluss an die Beweisaufnahme hat das Gericht erneut den Sach- und Streitstand und, soweit bereits möglich, das Ergebnis der Beweisaufnahme mit den Parteien zu erörtern.*”

<sup>33</sup>Pese a lo que declara la jurisprudencia citada anteriormente.



revisión se haga realmente es precisa, no sólo la oralidad, sino la inmediación y la motivación de todas las razones de la convicción del juez, y que la inmediación le permitió adquirir.

De esta forma, la inmediación ya no será una barrera para los recurrentes, o para los tribunales *ad quem*, sino que pasará a ser lo que nunca debió dejar de ser: una garantía para el mejor juicio del justiciable. El proceso en el que el juez ha mediado realmente, y no sólo formalmente, es un proceso en el que el juez cumplió su función. Si la inmediación lo único que consigue es que el juez esté en la sala de justicia observándolo todo, pero silente por completo, la inmediación carece de toda razón de ser.

Cierto es que con esta forma de entender la inmediación pueden producirse abusos intervencionistas del juez, que quiebren su imparcialidad<sup>34</sup>. No importa, si dichos abusos han sido recogidos, como indiqué, en la grabación del juicio, y pueden ser denunciados en la ulterior instancia. Ello constituye una nueva garantía de que el juez, o participa debidamente en el proceso y aprovecha realmente la actividad probatoria, o podrá ser revocado su juicio si lo único que hizo fue conducir la prueba hacia el resultado que él quería.

Precisamente ese desastre es muy sencillo de perpetrar si la superior instancia expresa un reverencial respeto por una mal entendida inmediación, porque de esa forma sí que se rompe definitivamente la imparcialidad judicial. Pero si, bien al contrario, se controla debidamente su uso, será mucho menos probable que se observen algunos abusos en esta materia que, por desgracia, actualmente acaecen ante algunos órganos de primera instancia. Y con el beneplácito de los tribunales superiores, a consecuencia de la jurisprudencia sobre la inmediación antes referida. Ello propicia, nuevamente en la historia, una situación en la que se hace caer a la prueba en una irracionalidad, exactamente igual que acaeció en su día con la llamada “prueba legal”<sup>35</sup>. Se permite de ese modo que una conclusión arbitraria pueda devenir inatacable. Y se puede llegar al extremo de que ni siquiera se pueda poner en cuestión la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, al no poder discutir las conclusiones probatorias de dicho juez que, junto con su

---

<sup>34</sup>Vid. TARUFFO, Michele, *La semplice verità*, Bari 2009, pp. 121-122. NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, cit. pp. 174 y ss.

<sup>35</sup>BENTHAM, Jérémie, *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, p. 9. “...on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puérides qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets.”



actuación durante el proceso, evidencian dicha parcialidad.

La única forma de evitarlo es el debido funcionamiento de los recursos establecidos legalmente. Cuantas más barreras se dispongan a la cognición de dichos recursos, más sencillo resultará que se produzcan toda clase de injusticias derivadas, precisamente, de esa ausencia de imparcialidad.

## 6. Conclusiones

- La oralidad no es la solución a todos los problemas del proceso. En materia probatoria en concreto, si bien sus bondades son innegables, puede convertirse en una herramienta que favorezca la precipitación en la convicción del juez.

- Por ello, la oralidad no puede convertirse en un mecanismo para resolver rápido, sino en una útil herramienta a fin de que el juez aproveche sus ventajas implicándose en la práctica de la prueba, resolviendo las dudas que le surjan, cuidando al mismo tiempo de no perder su imparcialidad.

- La principal ventaja de la inmediatez es la ya referida participación activa del juez durante la práctica de la prueba, que permite que la motivación de las sentencias sea perfectamente explicable, al haber adquirido el juez, previo debate con las partes, razones verdaderamente tangibles en las que basar sus inferencias.

- La inmediatez no puede convertirse en un mecanismo para evitar la recurribilidad de las sentencias. Bien al contrario, debe ser la clave para favorecer dicha recurribilidad, con la mejor adquisición de la convicción por parte del juez en la forma referida, y con su mejor motivación.

- Es imprescindible mejorar la instrucción de los jueces en materia probatoria, saliendo de lo estrictamente procedimental y avanzando en el camino de las ciencias que suministran las máximas de experiencia que precisa el juzgador, como la psicología del testimonio o la semiótica textual.

**UNIDAD III: LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA DESDE LA ÓPTICA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE  
DERECHOS HUMANOS**

1) Muñoz Conde, Francisco (2007). La búsqueda de la verdad en el proceso penal.

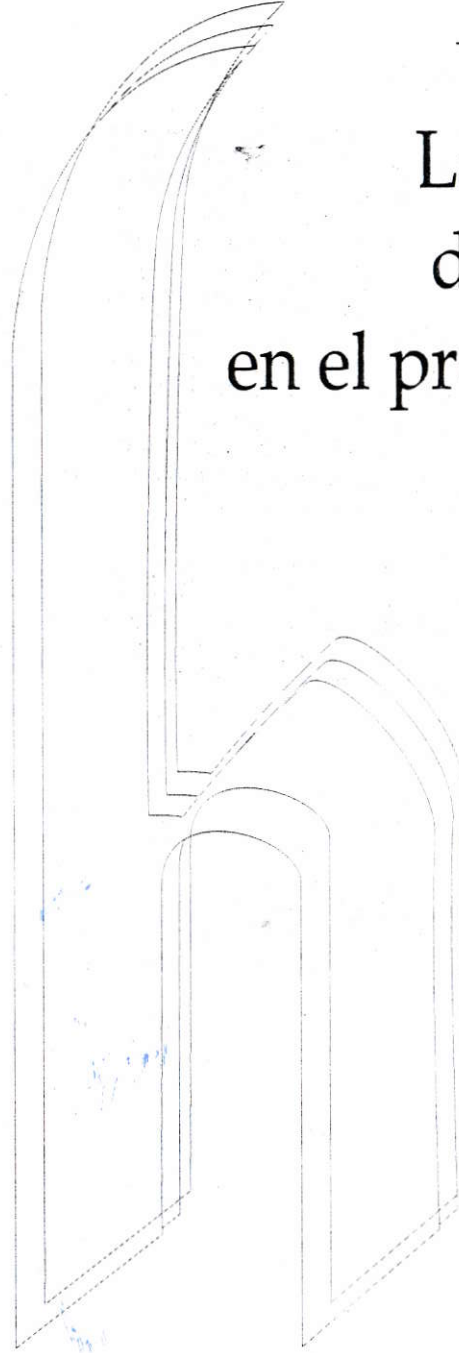


[www.hammurabi.com.ar](http://www.hammurabi.com.ar)

Búsqueda de la verdad en el proceso penal

Muñoz

Claves del derecho penal | 1 Francisco Muñoz Conde - Eugenio Raúl Zaffaroni (dirección)



Francisco Muñoz Conde

# La Búsqueda de la verdad en el proceso penal

3ª edición



**hammurabi**

JOSE LUIS DEPALMA + EDITOR



© Copyright by  
editorial hammurabi s.r.l.

Taicanuano 481 - 4º piso  
C1013AAI - Buenos Aires - Argentina  
Tel.: (54-11) 4382-3586 (líneas rotativas)  
E-mail: info@hammurabi.com.ar  
www.hammurabi.com.ar

Producción integral



concept design

de Fernando Lucas Depalma  
Tel.: 4382-2080 (líneas rotativas)  
E-mail: info@cdesign.com.ar  
www.cdesign.com.ar

Esta edición de 1000 ejemplares,  
más sobrante para reposición  
se terminó de imprimir  
en el mes de marzo de 2007  
en los talleres gráficos - *Si Gráfico* -  
San Antonio 834, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723  
Derechos reservados  
Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / *Printed in Argentina*

ISBN: 978-950-741-292-9

Muñoz Conde, Francisco

*La búsqueda de la verdad en el proceso penal*

3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2007

128 ps., 19,5 x 12 cm.

[claves del derecho penal], 1 / dir. por Francisco Muñoz Conde y Eugenio Raúl Zaffaroni

ISBN:

CDD 347.05

Fecha de catalogación: 27/2/2007

1ª edición: mayo de 2000  
2ª edición: noviembre de 2003  
3ª edición: marzo de 2007

Para ANTONIO GIL MERINO,  
excelente jurista y gran amigo,  
que me enseñó los vericuetos de la praxis judicial

del ADN, las de balística, las toxicológicas, las psiquiátricas, etcétera, más o menos concluyentes, cuyo valor probatorio puede depender incluso del prestigio y autoridad del científico que haga la pericia. No sucede lo mismo con la prueba testifical y mucho menos con la declaración inculpatoria de uno de los acusados contra otro u otros acusados.

Aquí la valoración del tribunal puede ser mucho más subjetiva y basarse en criterios puramente intuitivos, en la simpatía o antipatía que le despierte el testigo, y, en última instancia, en la credibilidad del mismo a los ojos de cada uno de los miembros del tribunal que valora su testimonio.

Por todo ello, y para una mejor comprensión de las dificultades que tienen los tribunales en la libre valoración de la prueba, procedo a analizar por separado cuatro casos en los que, por una u otra razón, esas dificultades produjeron decisiones discutibles o, por lo menos, no totalmente exentas de objeciones.

— A —

LA VALORACION DE LA PRUEBA DE TESTIGOS  
EN EL RECURSO DE APELACION

La primera prueba de cuya valoración vamos a tratar es la testifical, y concretamente, en relación con ella, vamos a ocuparnos de la distinta valoración que de la misma puede hacer el juez de instancia y el tribunal de apelación. Los hechos son los siguientes: con fecha 11 de marzo de 1998, el juez de lo Penal de Algeciras nº 1, dicta la sentencia absolviendo al acusado *M.A.D.G.*, de los delitos de alteración del orden público y daños de que lo

acusaba el Ministerio Fiscal, estimando, tras la valoración de la prueba testifical, que "cabe albergar cuando menos una duda razonable" sobre si el acusado participó en los delitos de que fue acusado. Presentado recurso de apelación por el Ministerio Fiscal contra dicha sentencia ante la Audiencia Provincial de Cádiz, ésta, sin celebración de nueva vista y sin volver, por tanto, a escuchar a los testigos, dicta con fecha 10 de junio del mismo año, una sentencia estimatoria en parte del citado recurso, revocando íntegramente la sentencia recurrida y condenando al acusado, como autor criminalmente responsable de un delito contra el orden público, a la pena de un año de prisión, accesorias y costas.

Dado que en este caso no cabe más recurso que el de amparo ante el Tribunal Constitucional, se plantea si la citada sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Cádiz ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia, consagrados como derechos fundamentales en el art. 24 de la Constitución.

a — Argumentos a favor del recurso de amparo  
y procedencia y viabilidad del mismo

En primer lugar, y como cuestión previa a la respuesta al fondo de esta cuestión, conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la vulneración de la presunción de inocencia como base para apreciar un recurso de amparo.

Si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional español, desde tempranas sentencias (cfr., por ejemplo, la STC 31/81, antes citada), ha establecido que el recurso de amparo por vulneración del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE) sólo procederá cuan-

do se dé una carencia total de actividad probatoria, es evidente que de existir dicha actividad, aunque sea mínima, ni siquiera admita a trámite el citado recurso, por más que éste se base en una errónea apreciación de la prueba, que en todo caso estaría dentro del margen de libertad que para su valoración ofrece al juzgador el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con arreglo a esta reiterada doctrina, no cabe, pues, afirmar que el derecho a la presunción de inocencia quede vulnerado cuando un tribunal de apelación proceda a una nueva valoración de la prueba, sustitutiva de la realizada por el juez *a quo* (cfr., por ej., la STC 171/97, *Fundamento Jurídico* 4°).

A este respecto son numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional español (cfr. las SSTC 124/83, 23/85, 54/85, 145/87, 194/90 y 323/93, *Fundamento Jurídico* 4°, que cita a las anteriores) que declaran que:

*"El juez o tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen."*

También tiene declarado el citado Tribunal que:

*"El hecho de que no se practicaran nuevas pruebas, para las que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción, no impide que el Tribunal haga suya la solución en condena. El problema sería distinto si las posiciones fueran inversas"*.

Respetando la opinión vertida por el magistrado citado en este voto particular, considero, sin embargo, que

con este proceder el tribunal de apelación, en este caso, la Audiencia Provincial de Cádiz, más que la presunción de inocencia, ha vulnerado otro derecho fundamental igualmente reconocido en el art. 24.2 de la Constitución española y que, por supuesto, también afecta, aunque indirectamente, a la presunción de inocencia, el *derecho a un proceso con todas las garantías*, que, por las razones que se exponen seguidamente, creo que puede servir mejor para articular y fundamentar el correspondiente recurso de amparo.

*b — El principio de inmediación de la prueba testifical como garantía procesal constitucional*

Es un hecho admitido que la esencia de la *prueba testifical* consiste en su *inmediación*.

La prueba testifical (tanto si es de cargo, como de descargo) requiere que el juez (o tribunal) examine con especial atención las características de la persona que declara y las circunstancias que permiten fijar su credibilidad. Esta es, sin duda, la prueba que más requiere de inmediación ante el juzgador, e incluso la contradicción entre los testigos, la posibilidad de careo, y de que éstos sean interrogados por las partes, tanto acusadora, como defensora, etcétera, es precisamente lo que permite al juez valorar cuál de las versiones es más creíble. Todos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relacionados con la práctica de esta prueba (cfr., por ejemplo, art. 701 y ss.) pretenden asegurar esta inmediación e incluso en los tres supuestos en que es admisible la no presencia (fallecimiento, ignorado paradero y residencia en el extranjero), se procura cuando ello sea posible,

oírle en presencia del fiscal, acusador y defensa, y si existen medios, grabarlo en video<sup>10</sup>.

Particularmente, es muy gráfico Winfried Hassemer, cuando al hablar en sus *Fundamentos del derecho penal*<sup>11</sup> de racionalidad del derecho de prueba, considera que cada prueba tiene su particularidad, una especificidad que condiciona su valoración. Por ejemplo, la valoración de una prueba pericial sobre balística o de análisis de sangre viene condicionada por unas reglas empíricas absolutamente vinculantes para el juez, que no puede sustituirlas por sus creencias particulares o por la revelación divina. La prueba testifical, en cambio, se caracteriza por su inmediación, oralidad y contradicción.

Los principios de inmediación y oralidad en el juicio oral son, como dice Hassemer<sup>12</sup> un modelo conforme al cual la Ordenanza Procesal Penal establece y organiza con el mayor énfasis la *comprensión escénica*, que, en definitiva, es la esencia del juicio oral. Esto quiere decir que si la convicción del tribunal, tanto para ordenar, como para absolver, se basa en la prueba testifical, más cuando como sucede en este caso, es la prueba única, el tribunal tiene que oír a los testigos y tener con ellos una relación visual inmediata. Sólo a partir de esta inme-

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, la STS del 15/5/91; la STC 10/92, y, en general, sobre la prueba en el proceso penal y, en particular, la prueba testifical, los trabajos de Hernández Gil y del mismo Ruiz Vadillo, en: *La prueba en el proceso penal*, "Cursos del Centro de Estudios Judiciales", n.º 12, ps. 95 y 128 y ss.; y los trabajos de Martín Pallín, López Ortega, García Quesada, De Vega Ruiz y Granados Pérez, en el monográfico sobre *La prueba en el proceso penal*, en "Cuadernos de Derecho Judicial", 1992.

<sup>11</sup> Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, p. 179 y siguientes.

<sup>12</sup> Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, p. 192.

diación, puede el tribunal apreciar en conciencia dicha prueba, tal como dispone el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por inmediación se entiende, pues, que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso (especialmente con los testigos). Su exigencia, como destaca la mayoría de los procesalistas, es, por consiguiente, especialmente importante en la práctica de la prueba, más todavía cuando ésta es testifical. Si no se cumple con esta exigencia antes de proceder a la valoración de la prueba, realmente hay una carencia total de actividad probatoria y, por tanto, una vulneración de la presunción de inocencia, por infracción grave de una de las garantías básicas del proceso penal.

c — *La inmediación de la prueba testifical en el recurso de apelación*

Es verdad que, como se indica en la reiterada jurisprudencia constitucional antes citada, "el juez o tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*", pero ello no puede hacerse, como indica el magistrado Ruiz Vadillo en su voto particular, a costa de los principios fundamentales de carácter constitucional que inspiran el proceso penal.

Ciertamente, la omisión de la vista, práctica habitual en los recursos de apelación y ya elevada a regla general, lleva consigo paralelamente la degradación de la oralidad y la de su, en palabras del profesor Fairén, inseparable compañera: la inmediación.

Es curioso y digno de resaltar que en el art. 11 de la Ley Orgánica 10/80, del 11 noviembre, se exigía en todo

caso la celebración de una vista, oral y pública, en la resolución de los recursos de apelación contra sentencias dictadas en el procedimiento oral por delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

Pero, sobre todo, lo más importante es que ésta es la exigencia que claramente se deduce del art. 120.2º de la Constitución española, que establece que "el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal". No deja, por tanto, de ser bastante sorprendente que a pesar de ello, por ejemplo, en la reforma de 1987 se le dé tramitación escrita a los recursos de apelación contra autos, contra el criterio general del art. 229 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé una vista oral para la discusión de estos recursos ante el órgano de apelación.

No encontramos ahora las razones de carácter económico procesal que hayan podido justificar esta tendencia restrictiva a admitir, en materia de apelación, la vista y todo lo que ella lleva consigo de restricción de la oralidad e inmediación, pero, en todo caso, es evidente que, al ser una inversión del principio de oralidad que recomienda preferentemente el art. 120.2 de la Constitución, debe admitirse que en los casos en que realmente sea necesaria, para la correcta formación de una convicción fundada del juez o tribunal de apelación, éste debe admitirla, tanto más cuando se trate de la valoración de una prueba testifical. El carácter potestativo de la vista, que indudablemente reconoce la Ley Orgánica 7/88<sup>13</sup>, no debe, pues, ser óbice para su celebración, cuando sea

<sup>13</sup> Véanse al respecto los excelentes trabajos de Fernández Entralgo y Conde Pumpido Touron, en *La reforma del proceso penal*.

necesario para la formación de la convicción del tribunal de apelación, tanto más cuando ésta le va a llevar nada más y nada menos que a una condena en lugar de la absolución a que llegó en el juicio anterior el juez *a quo*.

Esto es especialmente evidente en el caso que nos ocupa. Si se lee la sentencia absolutoria del juez de lo Penal de Algeciras y luego la condenatoria de la Audiencia Provincial, inmediatamente se observa que la diferencia fundamental entre una y otra y lo que da motivo a decisiones tan opuestas, es que en la primera ha habido inmediación y en la segunda no. Así, por ejemplo, el juez de lo Penal analiza exhaustivamente la credibilidad que le merecen las declaraciones de los testigos de descargo presentados por la defensa del acusado: descarta algunos porque su testimonio, al reconocerse amigos y compañeros del acusado, puede estar teñido de parcialidad.

Valora como testimonio imparcial el de dos fotógrafos, *sin ninguna relación con el acusado*, que reconocen las fotografías aportadas por la defensa, así como las publicadas en sus respectivos diarios, en las que se ve al menos a dos personas causando daños en la parte delantera de un camión, *ninguna de las cuales es el acusado*.

Otro grupo de descargo lo integran aquellas personas, también presentes en el lugar de los hechos, que, por su condición de representantes y cargos públicos de diversas esferas (Alcalde de Algeciras, Diputada autonómica, funcionario de la Consejería de Pesca), y su falta de vinculación personal, no son para el juez sospechosas de faltar a la verdad para proteger al acusado; todas ellas reiteran que no vieron al acusado golpeando al camión o insultando a los guardias civiles, y sí, en cambio, procurando calmar los tensos ánimos de los allí congregados.

Fronte a estas declaraciones de descargo, el juez de lo Penal pasa a valorar las de los guardias civiles que estuvieron también presentes en el lugar de los hechos. Uno de ellos, a cuya declaración se refieren otros compañeros ratificando lo dicho por él, no fue propuesto por las partes, de modo que sus manifestaciones carecen de valor probatorio; otro afirma que los incidentes en los que participó el acusado se produjeron a una hora anterior a la que los otros testigos, incluyendo sus otros compañeros, señalan, de modo que para el juez su versión es sumamente imprecisa; otros dicen que no vieron prácticamente nada o entran en contradicción con sus declaraciones sumariales. Todas estas imprecisiones y contradicciones de los testigos de cargo restan a su versión, a juicio del juez de lo Penal, la contundencia exigible en la prueba de cargo. Tampoco los jefes o superiores de los Guardias Civiles, Teniente Coronel, Capitán y Teniente, tuvieron una versión clara de lo ocurrido a partir de las distintas declaraciones e informes de sus subordinados, y en todo caso no estuvieron presentes en el lugar de los hechos, denegándosele, conforme al art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el rango de valor probatorio a sus manifestaciones.

Y además, existe un hecho objetivo que apoya la versión del acusado y contradice la de quienes lo acusan: según la versión de los testigos de cargo, el acusado golpeó la parte trasera del camión con un adoquín, sin embargo, el presupuesto de la reparación de los daños presentado por el propietario del camión, no impugnado por las partes, indica que los mismos sólo se produjeron en la parte delantera y la cabina.

Todo ello sería, a mi juicio, suficiente para considerar no probada la participación del acusado en los hechos

que se le imputan; pero el juez de lo Penal, en un impecable estilo argumentativo, de forma totalmente lógica, ponderada y prudente, llega a la conclusión, perfectamente motivada y articulada, tras valorar en conciencia, como requiere el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prueba testifical practicada, de que "cabe albergar cuando menos una duda razonable sobre si el acusado efectivamente dañó el camión o incitó a otros a hacerlo y a enfrentarse a las fuerzas del orden", absolviendo en consecuencia al acusado de los delitos en cuestión (*in dubio pro reo*).

En la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial, ésta, sin haber tenido la percepción visual y directa de las declaraciones de los testigos y las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración —lo que se dice, lo que se calla, las contradicciones al declarar, los titubeos, y todo eso que se ha dado en llamar *psicología del testimonio*—, llega a la *firme convicción* —que el juez de lo Penal, actuando en conciencia y habiendo percibido directamente las declaraciones, no pudo tener— de que efectivamente el acusado es responsable en concepto de autor de un delito de alteración del orden, convirtiéndose en un problema puramente especulativo de lógica formal, lo que es un acto emocional lógico material de valoración de algo que se ha percibido directamente por otra persona. Y sin mayor fundamentación, o con una fundamentación muy poco convincente y, en todo caso, de valor argumentativo y motivador inferior a la que hace el juez de lo Penal, deniega importancia a las declaraciones de los testigos de descargo, no porque no tengan credibilidad, sino porque del hecho que no observaran al acusado, no se deduce que otros no lo hicieran, y que es a éstos a quienes hay que creer, sin contraargumentar el

parecer del juez de lo Penal y las contradicciones que éste había apreciado en las declaraciones de los testigos de cargo.

Uno tiene la impresión, leyendo esta segunda sentencia, de que en el ánimo del tribunal de apelación, a la hora de pronunciar la condena, han pesado más razones extraprocesales o, en todo caso, carentes de significación jurídica, como el hecho de que se trataran los testigos de cargo de guardias civiles, o que el acusado fuera un significado dirigente sindical que, como tal, tenía ascendiente sobre los manifestantes, de los que era, según señala con énfasis la sentencia, su portavoz, como si eso ya implicara la atribución de una responsabilidad, basándose en criterios de responsabilidad objetiva, claramente contrarios, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, al principio de culpabilidad y de presunción de inocencia.

No se puede decir, por tanto, que en la sentencia absoluta del juez de lo Penal haya un inequívoco error en la apreciación de la prueba, ni deficiente motivación, ni irracionalidad, ni falta de lógica o una arbitrariedad en el razonamiento.

Constituye, por tanto, una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías, que dicha valoración haya sido sustituida por otra parte que no tuvo el grado de inmediación y relación directa con la prueba testifical que sí tuvo la primera. Esta sustitución de valoraciones, sin haberse practicado nuevas pruebas e infringiendo la esencia de la única que se tiene en cuenta para condenar, es decir, la inmediatividad de la prueba testifical, nos conduce a considerar que se ha producido además una indefensión en el acusado que no tuvo ninguna oportunidad de exponer de nuevo sus argumentos más allá

del escrito presentado por su defensor para rechazar el recurso de apelación del fiscal.

No parece, pues, respetuoso con el derecho a un proceso con todas las garantías, el que se pueda llegar a una sentencia condenatoria basándose en una tan formalista e incorrecta valoración de una prueba que, como tal prueba testifical, nunca se practicó en presencia del tribunal que condena.

*d — La diferente posición de acusador y acusado en el proceso penal y su repercusión en la salvaguarda de las garantías procesales y la libre valoración de la prueba*

Es un hecho evidente que las posiciones del acusador y del acusado son diferentes en el proceso penal. Aquél no tiene, por ejemplo, derecho a ser informado de la posición del acusado, y éste sí lo tiene a ser informado de la del acusador. Pero es sobre todo en materia de recursos donde mejor se ve este desequilibrio que siempre se resuelve en beneficio del acusado.

Así, por ejemplo, en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el recurso de apelación sólo se establece en beneficio del acusado, cuando ha sido condenado en primera instancia; en ningún caso se habla de ese derecho para la acusación:

*" Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley".*

El art. 2º del Protocolo nº 7, adicional al Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, establece:

"1. — Toda persona declarada culpable (si es declarada inocente tal posibilidad ni se plantea) de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de la culpabilidad o la condena sea examinada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercido, será regulado por ley".

Este Protocolo aún no ha sido ratificado por España; pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido ya este derecho, como un derecho del acusado, en el caso "Ekbatani" (STEDH del 26/5/88), en cuya sentencia declara, entre otras cosas:

"El nuevo examen por el Tribunal de apelación... exige, por tanto, una nueva y total audiencia en presencia de los interesados".

Es decir, en palabras de López Barja de Quiroga<sup>14</sup>, "para el Tribunal Europeo, si la apelación permite el reexamen de los hechos, y existe polémica sobre la determinación de los que se consideran probados, dicho recurso no sólo debe ser conocido de forma oral y pública, sino que, además, es preciso que el recurso suponga una nueva y total audiencia".

El mismo criterio se mantiene en otros países más avanzados que el nuestro en materia procesal. Así, por ejemplo, en el sistema de jurado norteamericano, frente a la sentencia del Jurado sólo cabe recurso de apelación en favor del acusado si éste es condenado; por lo tanto, no cabe cuando la sentencia es absolutoria. Es decir, el fiscal, en caso de sentencia absolutoria no puede recu-

<sup>14</sup> López Barja de Quiroga, *El convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, p. 129.

rrir en apelación, y ello a pesar de que en el sistema de *Jury* americano, el jurado no tiene que motivar sus decisiones y cabe mucha mayor arbitrariedad en las mismas que en el sistema de jurado español y mucha más que en el sistema judicial<sup>15</sup>.

También en el Derecho alemán, en el juicio de apelación es preceptiva la vista y, por tanto, en su caso la nueva declaración de los testigos, si así lo solicita el apelante, o incluso de oficio si el tribunal así lo considera conveniente en el marco de su deber de averiguación de la verdad<sup>16</sup>.

Y es que, como dice Vives Antón<sup>17</sup>, "sin un reflejo exacto de lo ocurrido en el juicio, la doble instancia es absurda: y eso vale tanto para los juicios de faltas cuanto (más aún) para los juicios por delitos"<sup>18</sup>.

Hay otros muchos signos del desequilibrio en favor del acusado frente al acusador, y a ellos alude el magistrado Ruiz Vadillo en su voto particular. El reproche a los jueces por parcialidad objetiva alcanza una distinta significación en uno y otro; no existe a favor del acusado una especie de presunción invertida alegable en recurso de casación basándose en que hubo, a juicio del acusador, prueba de cargo, etcétera (véase la STC 41/97). En consecuencia, en lo que se refiere a este supuesto en el que un tribunal de apelación revisa la sentencia absolutoria

<sup>15</sup> Véase sobre el sistema americano Fletcher, *En defensa propia*; ídem, *Las víctimas ante el Jurado*; ídem, *El Jurado en Estados Unidos*, en "Justicia y Democracia".

<sup>16</sup> Arts. 325.1 y 244 StPO, y Roxin, *Strafverfahrensrecht*, p. 326.

<sup>17</sup> Vives Antón, *La reforma del proceso penal*, p. 221.

<sup>18</sup> Reivindica también la doble instancia con todas sus consecuencias, Igartúa, *Valoración de la prueba. Motivación y control en el proceso penal*, p. 125 y siguientes.

del juez *a quo* para imponer una condena, se subvierten principios elementales de justicia inherentes a las garantías del proceso penal.

En el orden penal, el juez de apelación está situado en una posición diferente según sea la naturaleza absoluta o condenatoria de la parte dispositiva de la sentencia recurrida. El problema, como indica Ruiz Vadillo, sería distinto si las posiciones fueran inversas.

— *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la prueba de testigos en el recurso de apelación*

Recientemente, el Tribunal Constitucional español ha dado un giro copernicano en relación con el tema del que nos hemos ocupado en este epígrafe y ha acogido la tesis que aquí se mantiene, dando un paso muy importante en la confirmación del principio procesal penal más importante en el Estado de Derecho: la presunción de inocencia.

Efectivamente, el pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, con ponencia de D. Vicente Conde Martín de Hijas, se enfrenta con un caso en el que en primera instancia se había producido una sentencia absolutoria que luego fue revocada en apelación y sustituida por una sentencia condenatoria. Tras mencionar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la cuestión que aquí se plantea, el Tribunal Constitucional acoge el recurso de amparo por estimar vulnerados "los principios de inmediación y contradicción".

El argumento que emplea para ello es el siguiente:

*"El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado tal y como aparece configurado en nuestro Orde-*

*namiento otorga plenas facultades a plena jurisdicción al tribunal 'ad quem' para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de 'novum iudicium', con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador 'ad quem' asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez 'a quo', no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez 'a quo'... Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECrim. otorga al Tribunal 'ad quem' deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2, Constitución española... De acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, era exigible que el Tribunal de Apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación".*

Y en una sentencia de 28 de octubre del 2002, con el mismo ponente, el Tribunal Constitucional ha reiterado la misma doctrina en un caso en el que el Tribunal de Apelación (Audiencia Provincial) modificó el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, sobre la base de una nueva valoración de la prueba testifical practicada en el acto del juicio, y condenó al acusado que había sido absuelto en la primera sentencia, modificando los hechos probados de la sentencia absolutoria sobre la base de una nueva valoración de la prueba testifical en relación a un dato fáctico (la ingesta de bebidas alcohólicas de un conductor), sin haber oído de nuevo a los testigos.

Naturalmente, estas sentencias han provocado una cierta conmoción en los Tribunales de Apelación que han tenido que modificar urgentemente su praxis en el sentido marcado de forma vinculante por el Tribunal Constitucional. E incluso se habla de la necesidad de una urgente reforma legal, para adaptar la legislación que permitía esa praxis a la nueva jurisprudencia constitucional. Pero si se interpreta y aplica correctamente el espíritu de los derechos fundamentales que constituyen garantías del imputado en el proceso penal, y, por tanto, de la presunción de inocencia, no me parece que esa reforma sea necesaria. La necesidad de una nueva vista y de la práctica de las pruebas que el Tribunal o las partes estimen necesarias para determinar la inocencia o culpabilidad del acusado en el juicio de apelación, pertenece a la propia esencia de este juicio que, a diferencia de la casación, es un nuevo juicio, con posibilidad de nueva valoración de las pruebas, siempre claro está que esas pruebas se practiquen de nuevo ante el nuevo Tribunal. *Quod erat demonstrandum.*

— B —

LA DECLARACION DEL COIMPUTADO  
COMO PRUEBA

Analicemos ahora el problema que plantea la valoración de la declaración del coimputado de la mano de una sentencia del Tribunal Supremo<sup>19</sup>. El problema proba-

<sup>19</sup> STS del 29/7/93.

torio más importante que se ha planteado en este caso es el de la participación en el secuestro de Segundo Marey del ex Ministro del Interior, José Barrionuevo, y del ex Secretario de Estado para la Seguridad, Rafael Vera, quienes, a diferencia de los otros acusados, han negado en todo momento, tanto en la fase instructora, como en el juicio oral, dicha participación. La mayoría de los magistrados del Tribunal Superior español estima, sin embargo, que esa participación ha quedado probada, sin calificar, por cierto, de manera expresa el título de imputación (coautoría, autoría mediata, inducción o cooperación necesaria) por el que los considera responsables. Se basan para ello, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en las declaraciones de los coacusados Sancristobal, Damborenea, Alvarez y Planchuelo, quienes, una vez que vieron que contra ellos sí había pruebas abrumadoras de su participación en el secuestro, decidieron implicar a los más altos cargos.

Las otras pruebas, también valoradas por la mayoría de los magistrados (la decisión tomada dos meses antes, con la que sí parece que estaban de acuerdo Barrionuevo y Vera, de secuestrar a un miembro de ETA para contrarrestar el secuestro del Capitán Barrios, posteriormente asesinado por ETA; los documentos desclasificados del CESID en los que se hablaba de llevar a cabo este tipo de acciones en el sur de Francia; el hecho de que hubiera habido la noche del secuestro de Segundo Marey una conversación telefónica entre Vera y Sancristobal, cuyo contenido no ha podido comprobarse; las buenas relaciones existentes en aquel momento entre todos los acusados y el apoyo que tuvieron posteriormente algunos por parte de Barrionuevo y Vera), son pruebas indirectas y hubieran sido insuficientes por sí solas para