Sobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)[1]

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, exculpatorio: 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 inmediación". Ni más ni menos.

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

Históricamente, la inmediación, 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"[2]. 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"[3].

La implantación, por la legislación revolucionaria francesa, del modelo acusatorio fundado en el juicio oral y público no fue nunca completa[4], y, además, duró poco, puesto que el código termidoriano (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[5], y sigue aún hoy ofreciendo no pocos síntomas de preocupante supervivencia.

En cualquier caso, lo cierto es que el par oralidad-inmediación 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"[6], 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"[7]. 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 inmediación tiene que ver, pues, con el carácter in-mediato, 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[8]. Así, para Calamandrei, poniendo el énfasis en la dimensión de la interactividad, "inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por

[1] 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 Varillas Gómez fue el "tercero en concordia", paciente y amigo.

[2] 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.

[3] A. Esmein, *Histoire de la procedure criminelle en France*, Topos Verlag, Vaduz, Liechtenstein, 1978, pág. 404.

[4] Sobre tales vicisitudes, cfr. P. Ferrua, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 1-66.

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

[6] J.Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M Ossorio Florit, EJEA, Buenos Aires, 1959, I, pág. 140.

[7] *Ibidem*, I, pág 142.

[8] Se habla también de inmediación en sentido temporal, para referirse a la necesidad de que concurra una relación de proximidad cronologica 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 inmediación 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*, Giuffre, Milano, 2ª ed. 1968, II, pág. 376)

consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones"[9]. 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"[10]. Por tanto, inmediación como "observación inmediata" (Florian[11]); como forma de "*acortar las distancias*" (Carnelutti)[12]; o de "integral y directa percepción por parte del juez de la prueba" (Silva Melero[13]).

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[14]. 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"[15].

Ahora bien, ocurre que la manera de entender la práctica de la inmediación en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción[16]. 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[17].

La consecuencia es que —conforme a ese punto de vista— "lo visto y oído"[18] 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[19], 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 inmediación, 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-

[9] P. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1973, I, pag 330. Así también M Massa: "Oralidad significa inmediación, es la inmediación 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, pág. 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, pág. 585.

[10] F Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1749, pág. 106. También para Bentham, el objeto de conocimiento que propicia la inmediación 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, pág 192)*. Como haciendose 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, pág. 133).

[11] E. Florian, *De las pruebas penales. I De la prueba en general*, trad. de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 3ª ed. 1982, pág. 188

[12] F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad de s. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, pág. 173

[13] V. Silva Melero, *Las pruebas en el proceso penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, I, pag. 28.

[14] "Los testigos son los ojos y los oidos de la justicia". (J. Bentham, *Tratado*, cit., II, pág. 83).

[15] Exposición de motivos de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870.

[16] Sobre el particular, cfr. M. Nobili, *Il principio del libero convincimiento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, págs 50-55.

[17] 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".

[18] 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 inmediación 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 inmediación 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".

[19] "La convicción que, a través de la inmediación, 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).

te desoída 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[20]. 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[21].

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 inmediación impediría un juicio sobre el juicio previamente realizado[22]; 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[23]. 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[24].

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"[25]. 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[26].

En efecto, la inmediación, 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 inmediación 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[27].

---

[20] F. Cordero, *Scrittura e oralità*, ahora en *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 213.

[21] En *Contributo*, cit , pág 296

[22] Este criterio se ha llevado al límite en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que tiene su primera expresion 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 inmediación y contradiccion 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.

[23] 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 inmediación...". Obsérvese que la contradicción y la inmediación se predican aquí —nada menos que— de la declaración del testigo-policía-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 sentencias del mismo tribunal de nº 577/2002, de 3 de abril y 1940/2002, de 21 de noviembre.

[24] 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'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, en R. Kostoris (ed), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappchelli, Torino, 2002, pág. 12. Al respecto, puede verse asimismo F. Cordero, en op. cit., pág. 212

[25] F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, pág. 151

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

[27] 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".

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"[28]. 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)[29], pues en definitiva, "de la discusión [del interrogatorio cruzado, en este caso] sale la luz"[30].

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[31].

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[32], 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[33]. 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[34].

En esta materia sorprende comprobar hasta qué

---

[28] P. Ferrua, en *Oralità*, cit , pág. 287.

[29] 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.

[30] 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.

[31] Siguiendo a Watzlawick, Birkenbihl distingue en la comunicación humana las señales "analogicas" (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 sonreir con presunción o en una situación embarazosa, y la acción de apretar los puños puede indicar un esfuerzo de autodisciplina, precisamente, para envitar 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 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).

[32] 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.

[33] 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". Adviértase, aparte de la aparatosa confusión conceptual apreciable en el uso de categorías como "juicios de valor" o deducción, el arriesgado 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 vertidas 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 confusion que reina en nuestra cultura de la valoracion 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 discurrir es mero eco de un punto de vista recurrente en nuestra jurisprudencia de casacion

[34] 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[35]. El testigo, pasa, entre jueces y fiscales, por un medio diáfano 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[36], 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[37].

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 inmediación[38], 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"[39]. 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"[40]. 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[41], 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[42].

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"[43]. 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 sugestiones implícitas[44]. 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-

[35] 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. Jimenez Burillo y M. Clemente (eds.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, 1986, págs. 159 y ss.

[36] "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).

[37] 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 ocasion 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 el, 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).

[38] Así, en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1423/2002, de 24 de julio: " ..la inmediación *a través de la cual* el tribunal de instancia forma su convicción" (cursiva mia).

[39] W. Stern, *Zur Psycologie der Aussage*, Berlín, 1902, citado por L. de Cataldo Neuburger, *Esame e controesame nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, pág. 36.

[40] F. Gorphe, *Apreciación judicial*, cit., pág 294

[41] "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).

[42] "Es claro que el carácter súbito del suceso, el estado de estrés. El flujo caótico de las circunstancias que acompañan a la ejecucion de un crimen, son factores que condicionan negativamente las capacidades perceptivas del observador" (L. De Cataldo Neuburger, en op. cit., pág. 57).

[43] 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., pasg. 337).

[44] M. Diges, en M. Diges (ed.), *Los falsos recuerdos, sugestión y memoria*, Paidos, Barcelona, 1997, pags 32 y 45. Tambien 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)[45], y, además, la posibilidad de incurrir en él puede resultar agravada por el uso de fotografías[46]. 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[47].

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"[48]. Lo que obliga a poner seriamente en cuestión el punto de vista tópico sobre la inmediación.

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*[49], 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"[50]; 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"[51].

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"[52]. 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[53]. Por

---

[45] F. Gorphe, *La crítica del testimonio*, trad. de M. Ruiz Funes, Reus, Madrid, 1933, pag. 229. Señala este autor que el fenomeno tiene algo de "esencialmente *afectivo*", que responde a cierta tendencia 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).

[46] "La presentación de la fotografía ante la persona es, por si 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., pág 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) arrojo el resultado de porcentajes de identificaciones correctas que oscilaron entre el mínimo del 34,3% y el máximo del 44,2%" (en op. cit., pág. 337). También M. L. Alonso Quecuty ha hecho hincapie en el riesgo de transferencia inconsciente que produce la exhibición de fotografías (en *Creencias erroneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal*, en G. Alvarez Alvarez (ed.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1997, pag. 420.

[47] 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, refiriendose 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...".

[48] De Cataldo Neuburger, *Esame e controesame*, cit., pág 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 oir al testigo, sólo escuchan la grabación de su declaración. Ultimamente se ha llegado a proponer la conveniencia 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. pág. 431

[49] "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 mia).

[50] F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*. Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, I, pág. 210 (Hay trad. española, de S. Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1950).

[51] F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentis Melendo, EJEA, 1971, pags. 145-146.

[52] M Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pág. 454.

[53] Cfr. al respecto, G. Chiovenda, op. cit., II, pág. 307. Asimismo, L. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 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 inmediación", 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 inmediación, sino en una elaboracion 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 procedentes 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 inmediación 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"[54]; en las que, según el mismo autor, lo realmente producido es una "*inferencia inconsciente*"[55], 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[56].

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[57].

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[58]. 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 afimación 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[59]. *Excusatio* que tiene algo de rehabilitación del *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici transgredi*[60], pues lo cierto es que la única razón compatible con el principio de presunción de inocencia que puede invocar-

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.

[54] F. Gorphe, *Las resoluciones*, cit., pág. 22.

[55] F. Gorphe, *Apreciación judicial*, cit., pág. 135.

[56] 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 inmediación".

[57] 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.

[58] Lo expresa muy bien F. Cordero. "cuando faltan elementos externos de corroboración, el resultado depende de factores emotivos" (en *Guida alla procedura penale*, UTET, Torino, 1986, pág. 323).

[59] 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 sí* 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).

[60] "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

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[61], 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 inmediación. 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 inmediación —el *visto y oído*— en supuesto *método* infalible de conocimiento y valoración de la prueba[62].

Así las cosas, es este modo de ver la inmediación, que no la inmediación misma *como medio*[63], 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 paso 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[64]; 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[65] 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[66], 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.

---

[61] "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 conviccion 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

[62] 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.

[63] 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 inmediacion conlleva. Lo que implica romper con el topico 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*.

[64] 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 Salaverría, *Valoracion 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.

[65] 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 aporética

[66] Pues si este efecto es consecuencia habitual de la sucesión de interrogatorios, con mayor razon 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[67], 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 inmediación, 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:

1ª La inmediación 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.

2ª 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.

3ª 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.

4ª 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.

5ª 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.

6ª 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*[68], que, si acreditado, debe figurar entre los que el tribunal declare probados.

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

8ª 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.

9ª Afirmar que un sujeto ha obrado con intención, por ejemplo, de dar muerte no es, pues, formular un juicio *de valor*[69], 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.

10ª 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.

---

[67] Sobre el alcance de la motivacion en materia de hechos, cfr. M. Taruffo, *La prueba*, cit , págs. 435 y ss.

[68] 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 ambito de "lo factico" (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 conclusion 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 (epistemicamente) objetivo, no de una opinión (epistemicamente) 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)

[69] 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 criticamente 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 motivacion*, cit., pág. 266 y ss.

11ª El examen con inmediación 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.

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

13ª 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.

14ª 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.

15ª 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.

16ª 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"[70]. 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.

17ª 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[71].

18ª En la jurisprudencia, a partir de la del Tribunal Constitucional (así, sentencia nº 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.

19ª El examen de las fuentes de prueba personales en régimen de inmediación 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.

20ª 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[72]— para hacer posible su examen en vía de recurso.

21ª 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.

22ª 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.

23ª 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.

---

[70] 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, nº 30, julio/2000, pág. 63.

[71] 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, nº 57 (2000), págs. 155 y ss.

[72] 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)