

LA VALORACIÓN DE PRUEBAS PERSONALES Y EL ESTÁNDAR DE LA DUDA RAZONABLE

Mercedes Fernández López
Dpto. de Derecho Procesal
Universidad de Alicante

I. El estándar de prueba penal para la valoración de pruebas personales.

1. ¿Qué significa que la condena penal ha de ir precedida de prueba *más allá de toda duda razonable*?¹ La primera idea que se extrae cuando se estudia el tema de los estándares de prueba es que existe una importante diferencia entre el grado de convicción judicial exigible para condenar en el proceso penal y el necesario para estimar la pretensión en el proceso civil. En efecto, cabe distinguir hasta tres estándares o grados de prueba distintos. En el sistema judicial anglosajón, del cual hemos importado la regla, la declaración de culpabilidad penal exige la prueba *más allá de toda duda razonable* (*beyond a reasonable doubt*), si bien no existe una delimitación clara de su alcance. Únicamente hay acuerdo acerca de que *más allá de toda duda razonable* no puede entenderse equivalente a “más allá de toda sombra de duda”, pues en ese caso sería necesario descartar por completo cualquier otra versión de los hechos distinta a la inculpatoria, mientras que se admite comúnmente que esta fórmula permite la existencia de otras hipótesis posibles aunque improbables. Frente a este rígido estándar, en el proceso civil se impone un grado de prueba sensiblemente inferior, pues resulta suficiente que la pretensión sea acreditada mediante *prueba preponderante* (*preponderance evidence*), esto es, se exige que la existencia del hecho quede más acreditada que su inexistencia². Existe en el ámbito anglosajón un tercer nivel probatorio (que no se ha importado –todavía- a nuestro país) que se sitúa entre los dos anteriores y al que se alude con la denominación *prueba clara y convincente* (*clear and convincing evidence*), exigido para la prueba de determinados hechos en el proceso

¹ Expresión ésta que en los últimos años se utiliza constantemente por nuestros tribunales. Como muestra vid. las SsTC 43/2003, de 3 de marzo, 246/2004, de 20 de diciembre y 209/2002, de 11 de noviembre.

² Respecto de estos dos niveles principales de prueba, vid. DENNIS, I.H., *The law of evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2ª ed., 2002, pp. 392 y ss; BOJCZUK, W., *Evidence textbook*, 5ª ed., HLT Publications, London, 1993, pp. 72 y ss; COOPER, S., MURPHY, P. y BEAUMONT, J., *Case and materials on evidence*, 2ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1994, pp. 58 y ss y MURPHY, P., *A practical approach to evidence*, 4ª ed., Blackstone Press Limited, London, 1992, pp. 104 y ss. En España, los tribunales civiles no hacen referencia alguna al grado de prueba necesario en este ámbito, pero creo que implícitamente asumen la existencia de un grado de prueba menor que en el proceso penal. DE PAUL VELASCO, J. M., “Instrucciones al Jurado. Observaciones prácticas con alguna incursión teórica”, en *Problemas del juicio oral con Jurado*, Manuales de Formación Continuada, CGPJ, Madrid, 1999, p. 255.

civil, tales como la negligencia profesional, la impugnación de un matrimonio cuya validez se presume o el fraude³.

El problema fundamental radica, una vez reconocido el diferente grado de prueba exigido en cada orden jurisdiccional, en determinar cuál es el significado de cada uno de tales grados de prueba y, en particular, el alcance de la regla *más allá de toda duda razonable* (en el que se centra este trabajo). Aunque ello plantea problemas en todo caso, las mayores dificultades se presentan en relación con la aplicación de esta regla por parte de jueces legos, lo que supone una importante responsabilidad para el Magistrado-Presidente, que deberá instruirles acerca de su significado, informándoles de la necesidad de que el resultado probatorio sea de tal claridad que no quepa una hipótesis diferente más favorable al acusado que sea plausible⁴. Precisamente, uno de los aspectos de la regla de la duda razonable que ha suscitado mayores polémicas en el ámbito anglosajón es el relativo a si es conveniente que los jurados sean instruidos acerca de su significado o si, por el contrario, es preferible confiar en su prudencia –y en el conocimiento del sentido habitual de la expresión *duda razonable*– a la hora de valorar la prueba⁵.

³ Respecto de este último, vid. CROSS, R. y TAPPER, C., *On Evidence*, 9ª ed., Butterworths, London, Edimburg, Dublin, 1999, pp. 153-154 y BARTELS, R.D., “Punishment and the burden of proof in criminal cases: a modest proposal”, en *Iowa Law Review*, núm. 66, 1981, p. 899.

⁴ En el ámbito anglosajón se han realizado, a modo ejemplificativo (y sin la intención de realizar estudio científico alguno al respecto), aproximaciones numéricas a la certeza que exige el grado de prueba *más allá de toda duda razonable*. Es el caso de FLETCHER, quien afirma que la prueba *más allá de toda duda razonable* exigiría el 99% de posibilidades de que los hechos sucedieran de una determinada forma, mientras que el grado de prueba exigido en el proceso civil (*preponderance of evidence*) sería del 51%. FLETCHER, G.P., *Conceptos básicos de Derecho Penal* (Trad. por Muñoz Conde, F.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 36-37.

⁵ Se han realizado estudios sociológicos en torno al conocimiento del significado de la expresión por parte de los jurados, arrojando resultados que aconsejan que éstos sean instruidos acerca del alcance de la *duda razonable*. Vid. en este sentido, y proclive a instruir a los jurados acerca de esta cuestión, DIAMOND, H.A., “Reasonable doubt: to define or not to define”, en *Columbia Law Review*, 1990, pp. 1721 y ss. En el mismo sentido, COHEN, J.N., “The reasonable doubt jury instruction: giving meaning to a critical concept”, en *American Journal of Criminal Law*, núm. 22, 1995, pp. 688 y ss y DENNIS, I.H., *The law of evidence...*, cit., p. 394. Por el contrario, considera que el sentido de la expresión *duda razonable* ha entrado a formar parte del común conocimiento de los jurados y, por tanto, no induce a confusión, MURPHY, P., *A practical approach...*, cit., p. 107. En nuestro sistema, esta problemática se ha convertido en una realidad tras la entrada en vigor de la LOTJ, pues a tenor de su art. 54.3, el Magistrado-Presidente deberá informar a los jurados acerca de que cualquier duda sobre la prueba surgida tras la deliberación ha de resolverse de la forma más favorable al acusado. Puesto que debe tratarse de dudas *razonables*, el Magistrado-Presidente puede verse en la obligación de explicar a los jurados el significado y la importancia de las mismas. Muestra de los intentos habidos en este sentido son las reglas de deliberación y votación elaboradas por los Magistrados-Presidentes de la AP de Sevilla y que distribuyen a los jurados: “El Jurado ha de considerar si está racionalmente convencido de que los hechos desfavorables atribuidos han sucedido en la realidad. Siempre es posible alguna duda. Pero solamente se considerará que éstas anulan aquel convencimiento cuando sean razonables. Es decir, cuando la consideración de que aquellos hechos no han ocurrido se muestre como algo razonable. En este caso, aunque se esté más convencido de la verdad de la acusación que de la alternativa razonable, deberá

2. La segunda conclusión que cabe enunciar es que, tratándose de un concepto indeterminado, la regla *más allá de toda duda razonable* no puede concretarse con carácter general sin riesgo de caer en generalidades que poco o nada aportan a su estudio (que no haya hipótesis alternativas *plausibles, razonables*, que se esté *seguro* de la culpabilidad...siempre persiste un reducto de indeterminación que impide alcanzar una idea clara acerca de cuál ha de ser su alcance).

3. Las dificultades para su concreción no impiden, sin embargo, que pueda intentarse una aproximación a su significado a partir de una mayor concreción en los requisitos que han de exigirse a cada uno de los medios de prueba en los que el juez ha de basar su convicción para que ésta, valorados aquéllos, pueda considerarse *más allá de toda duda razonable*. Es decir, aunque creo inviable una concreción de la regla con validez para todos los casos, sí es posible concretar su alcance poniéndola en relación con los medios de prueba que ha de valorar el juez indicando en cada caso cuáles han de ser los requisitos que éstos han de reunir para constituir prueba de cargo suficiente para condenar.

4. Como es sabido, el art. 741 LECrim no puede interpretarse en la actualidad como un permiso a jueces y magistrados para valorar la prueba sin sometimiento a regla alguna. Valoración libre no puede equipararse a valoración basada en la intuición, los sentimientos o los presentimientos del órgano judicial, pues ello convertiría a esta actividad en un acto de mero voluntarismo. Por ello, encuentran pleno sentido las reglas que la jurisprudencia (fundamentalmente el TS, pero también el TC, por cuanto es una materia que afecta directamente al derecho a la presunción de inocencia) ha ido enunciando y exigiendo a la hora de valorar ciertos medios probatorios considerados especialmente *peligrosos* por lo que respecta a su credibilidad.

Claro ejemplo de lo que acabo de señalar es el caso de la prueba indiciaria, para cuya valoración se exige la presencia de determinados requisitos: así, mientras los indicios han de estar plenamente probados (o ser fiables), ser plurales y pertinentes, la conclusión ha de alcanzarse a partir de las premisas, gracias a la aplicación de una máxima de experiencia –común o especializada- bien fundada, no ha de entrar en competencia con conclusiones incompatibles que el tribunal considere igualmente fundadas ni con hechos considerados probados que tengan la suficiente fuerza para

considerar el hecho como no probado. Cuando la duda sobre la verdad no sea razonable, aun teniéndola, deberá declarar el hecho probado (...)". Tomo la cita de DE PAUL VELASCO, J. M., "Instrucciones al Jurado...", cit., p. 254. Como puede apreciarse, no termina de quedar claro el sentido de la regla desde el momento en que la expresión a definir –*duda razonable*- aparece hasta 4 veces en la definición.

derrotarla⁶. Estos requisitos no son más que una explicitación de reglas de la racionalidad inductiva que han de presidir también la valoración de cualquier otro tipo de prueba y, por tanto, se encuentran también en la base de los requisitos que han de reunir las pruebas personales para ser consideradas pruebas de cargo suficientes para condenar.

Como bien es sabido, estas reglas no tienen que verse necesariamente como reglas de prueba tasada (porque no implican que el resultado probatorio sea independiente de la convicción judicial), sino que sólo se trata de criterios que el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta para dotar de fiabilidad a la fuente de prueba y a su declaración⁷.

Desgraciadamente, la Jurisprudencia no ha abordado este tema de forma unitaria, sino que se ha limitado a enunciar reglas de valoración en relación con determinados medios probatorios; en particular, además del caso de la prueba indiciaria, se ha centrado en las pruebas de carácter personal y, en especial, en la declaración del coimputado⁸ y de la víctima⁹. Aunque ambas declaraciones y su problemática han sido

⁶ Sobre ello vid. González Lagier, D., “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)” (I) y (II), en *Jueces para la Democracia*, núms. 46 y 47, marzo y julio 2003 y las SsTC 180/2002, de 14 de octubre, 17/2002, de 28 de febrero, 171/2000, de 26 de junio y 178/2002, de 14 de octubre.

⁷ El TS ha tratado de dejar claro en diversas ocasiones que no se trata de reglas obligatorias “Estos criterios –afirma el Tribunal Supremo– no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741) y ha de ser racional (art. 717). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción” (STS 872/2003, de 13 de junio). En la STS 1710/2002, de 18 de octubre, se habla de “pautas útiles o reglas de experiencia, como parámetros de contraste para fundamentar una sentencia condenatoria”.

⁸ La declaración del coimputado que resulta ser inculpativa para otro imputado ha de ser exhaustivamente analizada antes de ser tomada en consideración como prueba de cargo, pues el declarante, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir verdad y le asiste, además, el derecho a guardar silencio; junto con ello, y dada su condición de imputado, la declaración que presta puede estar motivada por una finalidad autoexculpatoria u otra igualmente espuria (STS 1099/2002, de 13 de junio), todo lo cual ha llevado a considerarla una declaración *sospechosa* (STS 1168/2002, de 19 de junio y GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2004, pp. 94-95).

⁹ Aunque la jurisprudencia ha señalado que puede considerarse un tipo de declaración testifical (STS 1582/2002, de 30 de septiembre), presenta unas peculiaridades que es necesario tener en cuenta a la hora de su apreciación. Así, el Tribunal Supremo ha señalado en multitud de ocasiones que, debido a la búsqueda de impunidad del autor del delito –piénsese, sobre todo, en los delitos contra la libertad sexual– en muchos casos la única prueba con la que se cuenta para condenar al acusado es la declaración de la víctima, considerando por ello que puede por sí misma constituir prueba de cargo suficiente, pues lo contrario supondría avalar la impunidad de muchos delincuentes: “la declaración de la víctima puede ser habilitante para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, teniendo en cuenta el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, especialmente los de índole sexual”. (STS 1490/2002, de 17 de septiembre; en el mismo sentido, STS 1582/2002, de 30 de septiembre). Al respecto, vid. FUENTES SORIANO, O., “Valoración de la prueba indiciaria y declaración de la víctima en los delitos sexuales”, en *Problemas actuales de la administración de justicia en los delitos sexuales*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2000, pp. 174 y ss. Sin embargo, también ha puesto de manifiesto los peligros que puede conllevar la valoración de ésta como única prueba de cargo: “Un grave riesgo para el

analizadas individualizadamente, las conclusiones a las que se ha llegado en relación con una y otra han sido prácticamente idénticas¹⁰, por lo que me referiré a ellas de forma conjunta.

En concreto, los requisitos que han de reunir para que constituyan prueba de cargo se refieren tanto a la persona del declarante (ausencia de incredibilidad subjetiva) como a la propia declaración (credibilidad, firmeza a lo largo del procedimiento y corroboración mediante datos objetivos).

A) *El declarante: la ausencia de incredibilidad subjetiva.* Esta primera exigencia se refiere a la necesidad de que se constate que no existen razones de peso para pensar que el coimputado o la víctima prestan su declaración inculpatoria movidos por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza, la obediencia (en ambos casos) o, en el caso concreto del coimputado, la autoexculpación o la obtención de beneficios procesales o penitenciarios¹¹. Para ello habrá que atender también a las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental¹².

derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo viene constituida por la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se incrementa si es la víctima quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose más acentuado si se constituye en parte ejercitando la acusación particular, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla en el juicio para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa” (STS 578/2001, de 6 de abril; en el mismo sentido, vid. las SsTS 1246/2003, de 3 de octubre y 1494/2002, de 20 de septiembre.)

¹⁰ El Tribunal Supremo ha reconocido que a la declaración de la víctima les son aplicables “las consideraciones desarrolladas en relación con las inculpaciones procedentes de coimputados, según las que se requiere la cuidadosa constatación de corroboraciones externas de las manifestaciones que el Tribunal tomó como base de su convicción” (STS 1582/2003, de 19 de diciembre).

¹¹ Esta última circunstancia no excluye, por sí sola, la veracidad de la declaración, sino que, el deseo de obtener, por ejemplo, la aplicación de una atenuante, sólo es una circunstancia más a tener en cuenta para valorar la credibilidad del coimputado. Vid. por todas las STS 2181/2002, de 2 de enero, 658/2002, de 12 de abril y 312/2002, de 21 de febrero.

¹² SsTS 1246/2003, de 3 de octubre, 906/2003, de 18 de junio, 872/2003, de 13 de junio, 283/2003, de 24 de febrero y 1773/2002, de 28 de octubre. En especial, cuando se trata de un menor o incapaz, pues la inmadurez psicológica que presentan puede considerarse un serio obstáculo para dotarles de credibilidad: “la dificultad es aún mayor cuando la víctima del delito es un menor, pues su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral en que la prueba se practica ante el Tribunal, máxime cuando, como no es anormal, ha transcurrido un período dilatado de tiempo entre los hechos, su denuncia y su enjuiciamiento” (STS 1582/2002, de 30 de septiembre). A pesar de ello, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el proceso penal no se establece un régimen de incapacidades que impida declarar a determinados testigos o, como en estos casos, a las víctimas menores o incapaces. Además, como señala el Tribunal Supremo, en el proceso penal no es necesario que el testigo o la víctima presenten el grado de madurez de un adulto normal, sino que es suficiente que sean capaces de transmitir sus percepciones, aunque sea de manera lineal. Cuestión distinta es que la inmadurez de la víctima haya de tener su reflejo en el interrogatorio al que sea sometida pues, lógicamente, su comprensión de determinados términos y expresiones se ve muy limitada y, por

La exigencia de *ausencia de incredibilidad subjetiva* se diferencia de la *credibilidad subjetiva* en que, de requerirse ésta, se estaría exigiendo que la declaración fuera creíble, anticipándose así el juicio final que le ha de merecer al órgano jurisdiccional. Por el contrario, al exigir la *ausencia de incredibilidad subjetiva*, el TC se limita a garantizar que el órgano de instancia evaluará la posible existencia de razones que hagan dudar de la fiabilidad de la declaración del coimputado. Ello, junto con el examen de los restantes requisitos será lo que conduzca finalmente a dotar de credibilidad a dicha declaración. En definitiva, se trata de garantizar así la fiabilidad que ha de presidir las premisas de todo razonamiento probatorio (y no sólo de la prueba indiciaria).

B) *La declaración: en especial, su corroboración mediante datos objetivos.* Por lo que respecta a los requisitos que ha de reunir la declaración para que sea verosímil, cabe reconducirlos a tres: En primer lugar, que la declaración prestada no resulte fantástica o increíble por no ajustarse a las reglas de la lógica o de la experiencia. En segundo lugar, es necesario también que la declaración inculpatória se mantenga firme a lo largo de todo el proceso¹³, lo que implica que no ha de modificarse sustancialmente en las sucesivas ocasiones en las que se ha de prestar testimonio, que la declaración no presente ambigüedades o vaguedades y, por último, que sea coherente, esto es, que no presente contradicciones entre sus distintas partes. Por último, la declaración ha de estar corroborada por datos periféricos de carácter objetivo. Este requisito merece un poco más de detenimiento, pues resulta un tanto compleja la determinación de lo que ha de entenderse por *corroboración* de la declaración del coimputado y de la víctima para que puedan considerarse prueba de cargo suficiente para condenar. Como señala el TS en la sentencia 23/2003, de 21 de enero, la *corroboración* venía siendo entendida en la práctica como la exigencia de que, junto con la declaración, existiese una prueba adicional de la que también se derivase la culpabilidad del acusado, pero en resoluciones posteriores, el TC ha tratado de delimitar el significado de *corroboración*, circunscribiendo esta exigencia a dos ideas¹⁴: En primer lugar, que la corroboración no

tanto, será necesario adecuar dicho interrogatorio a sus capacidades (STS 872/2003, de 13 de junio). En cualquier caso, la jurisprudencia ha considerado que, particularmente en estos casos, y ante la posibilidad de que el testimonio de la víctima no se ajuste exactamente a la realidad, son de especial utilidad los dictámenes e informes periciales psicológicos relativos a la existencia o no de una tendencia del menor o incapaz a la fabulación (STS 1773/2002, de 28 de octubre).

¹³ A similar conclusión llega el Tribunal Supremo respecto de la declaración inculpatória del coimputado, al señalar la necesidad de que sea corroborada por lo que llama “datos periféricos”. Vid. por todas la STS 57/2002, de 28 de enero (FJ 3º).

¹⁴ Vid., por todas, las STC 233/2002, de 9 de diciembre y 63/2001, de 17 de marzo.

ha de ser plena, sino *mínima*. Entiende el TC que exigir una corroboración plena supondría entrar en el terreno de la valoración de la prueba, fuera de su competencia, por lo que se limita a exigir que la declaración esté mínimamente corroborada (no queda demasiado claro cuál ha de ser el sentido que se dé a esa distinción entre *plena* y *mínima* corroboración si no es la relativa a que los datos externos a ella sean de la suficiente entidad, por sí mismos, para condenar al acusado, en cuyo caso, ¿qué sentido tendría seguir hablando de los requisitos de esta prueba?). En segundo lugar, señala el TC que no es posible establecer *a priori* cuándo la declaración está corroborada o de qué modo ha de corroborarse, pero la corroboración implica en todo caso que, al menos, la declaración esté avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa e independiente a la propia declaración¹⁵ o, como ha señalado el TS, que cuente “con el aval representado por la confirmación mediante datos de otra procedencia”¹⁶. Más expresiva, si cabe, es la definición de *corroboración* que nos ofrece la STS 944/2003, de 23 de junio, en la que se afirma que “corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluidos en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide con el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente, pero que interfiere con él por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente”. En algunas ocasiones, el TS ha concretado en qué pueden consistir los “datos periféricos” que corroboran la declaración, refiriéndose, por ejemplo, a las lesiones provocadas por el delito, a los testimonios de otras personas que, sin referirse directamente al hecho delictivo, confirman o refuerzan la credibilidad de la víctima o a los informes periciales que evalúan el estado físico o mental de la víctima¹⁷.

¹⁵ Doctrina ésta ampliamente secundada por el Tribunal Supremo, como puede comprobarse en las SSTS 23/2003, de 21 de enero, 32/2003 de 16 de enero, 25/2003, de 16 de enero, 504/2003, de 2 de abril, 870/2003, de 11 de junio, 873/2003, de 13 de junio, 1330/2002, de 16 de julio, y 1282/2002, de 8 de julio, entre las más recientes. En la STS 57/2002, de 28 de enero se hace esta misma interpretación del término “corroboración”: “no puede definirse con precisión qué ha de entenderse por corroboración, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, dejando a la casuística la determinación de lo que deba ser valorado como corroboración. Lo relevante es que la declaración del coimputado no constituya un dato probatorio aislado que comprometa al acusado en un hecho, sin que existan otros elementos probatorios ajenos al coimputado que también relacionen al acusado con el mismo hecho delictivo”.

¹⁶ STS 1416/2003, de 30 de octubre.

¹⁷ Vid por todas la STS 1773/2002, de 28 de octubre.

Por tanto, a la vista de esta doctrina jurisprudencial, se evidencia la necesidad de examinar caso por caso para determinar cuándo se halla corroborada la declaración¹⁸. No se entiende muy bien el porqué, pero lo cierto es que parece evitarse en todo momento la mención de la necesidad de que este medio de prueba vaya acompañado de otros que apunten en el mismo sentido, tal y como se desprende constantemente de esta necesaria corroboración. Además, lo cierto es que ésta es la lectura más plausible de esta exigencia, pues entronca con la necesidad de que la valoración de la prueba –al igual que la prueba indiciaria- se funde en una pluralidad de datos probatorios, de modo tal que, cuantos más sean éstos, con mayores garantías cabe enunciar la conclusión condenatoria (es decir, cuantos más datos corroboren la declaración, habrá mayores garantías de corrección de la hipótesis acusatoria)¹⁹.

En relación con la exigencia de corroboración, cabe concluir, pues, que ésta supone una prohibición de condenar sobre la única base de la declaración del coimputado o de la víctima, ya que tal declaración ha de estar avalada por otros datos probatorios externos a la propia declaración y que –como en la prueba indiciaria-, en su conjunto, conduzcan a la conclusión incriminatoria.

5. No cabe duda de que las anteriores reglas tienden a minimizar el riesgo de equivocaciones judiciales a la hora de valorar la prueba y, en definitiva, a estrechar los márgenes de discrecionalidad judicial al llevar a cabo esta actividad, lo que las hace acreedoras de un especial valor y, sobre todo, nos permite formularnos algunas preguntas acerca de las razones por las que la declaración testifical, todavía hoy, y a diferencia de las anteriores, goza de una posición “privilegiada” que impide, en cualquier circunstancia, que le sean aplicadas las reglas antes comentadas y, en definitiva, que su valoración pueda ser sometida a control alguno bajo el influjo del principio de inmediación, en virtud del cual parece que el juez ha de poder percibir

¹⁸ Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha señalado que la declaración de un coimputado no puede servir como elemento de corroboración de la declaración de otro coimputado. Vid. la STS 1850/2002, de 3 de diciembre.

¹⁹ Sin embargo, en los últimos años el TS ha rebajado sus exigencias de corroboración por lo que respecta a la prueba practicada en el juicio oral, reservándolas para los casos en los que la declaración se ha prestado en la fase de instrucción o ante la policía y no se ha ratificado en fase de juicio: “si la declaración del coimputado se efectúa en el Plenario, y por tanto con pleno sometimiento a los principios de publicidad y contradicción, no serían precisas otras corroboraciones” (SSTS 1948/2002, de 20 de noviembre, 1168/2002, de 19 de junio y 630/2002, de 16 de abril). No obstante, parece confundir el Tribunal Supremo los requisitos para considerar suficiente prueba de cargo la declaración del coimputado con los requisitos para dotar de valor probatorio a las actuaciones sumariales. En cualquier caso, ha de tenerse presente, aunque la jurisprudencia no lo exija expresamente, que si el coimputado persiste en su declaración a lo largo de todo el procedimiento (es decir, sostiene la misma declaración sin contradicciones y sin retractaciones relevantes), estaremos ante un dato más que dota de credibilidad a su declaración.

señales emitidas por el testigo que le indican –a él, y sólo a él- si su declaración es veraz o no²⁰.

Por ello, considero que las mismas razones que nos llevan a considerar *sospechosas* las declaraciones de coimputados y víctimas deben conducirnos a extremar también las cautelas respecto de la declaración testifical. Además, a dichas razones hay que sumar que, aunque el testigo tenga la intención de declarar con honestidad, puede cometer errores motivados por razones tales como los efectos de hechos acaecidos con posterioridad al suceso o un deficiente interrogatorio²¹, lo que pone en duda su credibilidad y aconseja que sean tomadas en consideración las mismas reglas que se aplican para la valoración de las declaraciones de víctimas y coimputados.

II. El control en apelación de la valoración de pruebas personales: la supuesta falta de inmediación.

6. Es indiscutible que la valoración de la prueba es una actividad judicial que ha de ser susceptible de ser sometida a examen en vía de recurso, garantía ésta que permite constatar que se han cumplido las exigencias a las que antes me he referido y que vienen a dar cumplimiento al derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, derecho éste al que, a su vez, da cumplimiento el estándar de prueba *más allá de toda duda razonable*.

7. Sin embargo, si ya era difícil que el tribunal de apelación entrase a revisar la valoración de la prueba practicada en primera instancia (amparándose en una interpretación prácticamente mágica del principio de inmediación²²), si sale adelante la reforma del recurso de apelación que actualmente se está tramitando en el Parlamento, ya no será difícil, sino imposible llevar a cabo ese control. En efecto, La principal

²⁰ Sin duda, éste es uno de los lugares comunes en la doctrina procesal y en la jurisprudencia, mientras que estudios realizados sobre psicología del testimonio arrojan un resultado claro: la valoración de este tipo de comunicación no verbal (sonrojo, nerviosismo, tartamudeo, etc.) está sometida a dos grandes fuentes de error. En primer lugar, un testimonio veraz puede parecer falso porque el declarante esté sometido a estrés (error de Otelo) y, en segundo lugar, puede suceder que esas mismas reacciones, presentes en declaraciones falsas, se den también en el marco de declaraciones veraces (error de idiosincrasia). ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología del testimonio: evaluación de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal”, en *Psicología del testimonio y prueba pericial*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. VII-2005, p. 81 y DIGES, M. Y ALONSO-QUECUTY, M. L., *Psicología forense experimental*, Valencia, 1993, pp. 103 a 106.

²¹ A los que habría que añadir, además, como en toda prueba personal, los problemas que un interrogatorio inadecuado puede conllevar para la recuperación de la información (interrupciones, secuencia inapropiada de preguntas o formulación de excesivas preguntas de respuesta corta). ARCE, R. y FARIÑA, F., “Psicología del testimonio...”, cit., p. 41.

²² Sobre la lectura que debe hacerse de este *principio* es de especial interés el trabajo de ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003.

novedad que cabe destacar de la reforma de la apelación es la que afecta a los motivos a través de los cuales puede canalizarse el recurso: el proyecto de ley suprime el error en la valoración de la prueba y lo sustituye por una referencia a la más genérica infracción del derecho a la presunción de inocencia. Este cambio conlleva la imposibilidad de revisar las pruebas practicadas en primera instancia cuando la sentencia haya sido absoluta, pues la acusación no puede invocar un derecho a la presunción de inocencia *invertida*. Pero, además, si TC y TS siguen manteniendo la tesis de que la valoración de la prueba queda extramuros de la presunción de inocencia, tampoco será posible revisar la valoración realizada en una sentencia condenatoria.

La decisión de suprimir el recurso de apelación frente a las sentencias absolutas ha venido motivada por la doctrina del TC sobre la falta de inmediación en apelación mantenida a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre. El TC alude al principio de inmediación judicial como fundamento de su nueva doctrina y veta a los órganos de segunda instancia la posibilidad de dictar una sentencia condenatoria cuando la sentencia recurrida es absoluta o sólo parcialmente condenatoria en aquellos casos en los que la decisión dependa de la valoración de pruebas personales²³. Ciertamente, considera que en estos casos el órgano *ad quem* no está en condiciones de valorar una prueba que no ha presenciado directamente y, por tanto, no puede sustituir una sentencia absoluta por una condenatoria cuando así se desprenda de una nueva valoración de pruebas de naturaleza personal.

Sin embargo, frente a la jurisprudencia constitucional y a la reforma del recurso que ahora se analiza, cabe afirmar que la falta de inmediación no es un problema insoslayable ni de tal entidad que deba impedir el control de la valoración de la prueba (sea ésta de cargo o de descargo), pues puede solventarse complementado el acta con la grabación de las sesiones del juicio oral, de modo que el órgano *ad quem* pueda visionarlas posteriormente para resolver el recurso (y, paradójicamente, así lo prevé el art. 743 LECrim en el texto que actualmente se está debatiendo). Así se desprende, por ejemplo, de la previsión establecida en el art. 777.2 LECrim., según el cual serán objeto de grabación las pruebas que no puedan practicarse ante el tribunal sentenciador para su

²³ Y ello a pesar de que en el caso de autos realmente no se produce un desacuerdo entre la valoración del órgano *a quo* y la del órgano *ad quem*, sino que el primero no llegó siquiera a valorar las pruebas personales por considerar que se habían obtenido violentando indirectamente derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ). Sobre este particular *vid.* IGARTUA SALAVERRIA, J., “En nombre de la inmediación en vano”, en *La Ley*, núm. 5768, 25 de abril de 2003.

posterior visionado por éste en el juicio oral. En este caso, la falta de inmediación se ha solucionado con la grabación de las actuaciones, que gozan de pleno valor probatorio.

No se entiende tampoco que la inmediación se lleve ahora al extremo de impedir la revisión de resoluciones judiciales (incluso de las condenatorias, dada la estricta interpretación jurisprudencial de la presunción de inocencia, que impide la revisión de la valoración de la prueba), con lo que ello tiene de interdicción de la arbitrariedad y, sin embargo, que las actuaciones llevadas a cabo en la fase de investigación, con manifiesta falta de inmediación -entre otras muchas garantías- puedan llegar en determinadas circunstancias a tener valor probatorio y a fundar una sentencia condenatoria²⁴. En ambos casos se produce una importante merma de garantías: en el primero, porque la sentencia de instancia deviene inatacable incluso en aquellos casos en los que la valoración de la prueba resulte abiertamente irracional, de modo que el relato fáctico se convierte en incuestionable; en el segundo, porque se dota de valor probatorio a actuaciones llevadas a cabo con una sustancial atenuación de garantías como la contradicción sin que, en muchos casos, las causas de la anticipación o preconstitución probatoria respondan a estrictas razones de irrepetibilidad en el juicio oral. Esta atenuación de garantías se hace descansar, precisamente, en la necesidad de buscar la verdad material²⁵, finalidad ésta que, con la reforma en curso hay que poner en entredicho.

8. En definitiva, la imposibilidad de revisar la sentencia de instancia, motivada por una sobredimensión del principio de inmediación, otorga al órgano de instancia un poder prácticamente omnímodo en materia de valoración fáctica que, hoy por hoy, resulta inadmisibile. Este principio no puede constituir un obstáculo que dificulte la revisión de la sentencia penal por lo que se refiere al pronunciamiento acerca de la existencia o inexistencia de prueba de cargo²⁶. Hay que tener presente que, como ha señalado ANDRÉS IBÁÑEZ, la inmediación no es un método para el conocimiento, sino que tiene valor instrumental y, desde este punto de vista, un mal uso de la misma – si es entendida como sistema de “percepción íntima” de datos que no pueden ser expresados mediante el lenguaje, como sucede, por ejemplo, con el lenguaje gestual

²⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 46, marzo 2003, págs. 58-59 e IGARTUA SALAVERRIA, “En nombre de la inmediación...”, cit.

²⁵ STC 92/2006, de 27 de marzo.

²⁶ La inmediación no puede consistir, pues, en una “zona opaca al control racional”. GASCÓN ABELLÁN, M., “La racionalidad en la prueba”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, núm. 45, 2000, p. 626.

cuando se utiliza como indicio para establecer la credibilidad de un testigo- puede convertir a esta garantía jurisdiccional (y así está sucediendo en la práctica, con un claro influjo sobre la reforma del recurso de apelación) en un mecanismo que impida el control de la racionalidad de la decisión judicial²⁷.

²⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Sobre el valor de la intermediación...”, cit., pp. 59 y ss. En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, A., “Las sentencias absolutorias y los límites del control del razonamiento probatorio en apelación y casación (STC 167/2002)”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 48, noviembre 2003, pp. 79-80.