

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

The testimony of a single witness in Roman law and the case-law of the Spanish Supreme Court

ANA I. CLEMENTE FERNÁNDEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: En este trabajo pretendemos analizar la realidad de la regla *unus testis nullus testis* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, estableciendo una relación con la evolución de la citada máxima en el Derecho romano.

Palabras clave: *unius testimonium*, Derecho Romano, Tribunal Supremo español.

Abstract: In this paper we intend to analyze the reality of the principle *unus testis nullus testis* in the case-law of the Spanish Supreme Court, making a comparison with the evolution of this rule in Roman law.

Keywords: *unius testimonium*, Roman law, Spanish Supreme Court.

SUMARIO: I.–Premisa. II.–La valoración del testimonio único en los textos romanos. III.–La prueba de testigos y las reglas de la sana crítica en los precedentes normativos más próximos a nuestro derecho actual. IV.–La valoración del testimonio único en la jurisprudencia del tribunal supremo español. V.–Conclusiones comparativas.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

I. PREMISA

La figura del testigo en un procedimiento judicial es un instrumento probatorio de gran calado, pues a través de este medio de prueba se trata de transmitir al órgano juzgador el conocimiento de un hecho y el carácter verdadero de este hecho. El testigo declara en un juicio, en calidad de tercero, sobre hechos controvertidos que han caído bajo sus sentidos y a cuyas consecuencias no se halla vinculado. La valoración de la prueba testifical, por tanto, posee una gran trascendencia en el ámbito jurídico, máxime cuando en el proceso judicial nos encontramos únicamente con el testimonio de un solo testigo. La fuerza probatoria que pueda tener esta declaración singular constituye una cuestión peliaguda para el juzgador en su tarea de apreciación de la prueba. Por ende, nos cuestionamos qué eficacia probatoria le otorga el juez a este único testimonio en el proceso.

Al respecto es conocida la regla *unus testis nullus testis*, máxima que, en principio, implicaba la eliminación, *a priori*, del testimonio de una sola persona en el curso del proceso, y que rigió en periodos en los que predominaba el sistema procesal de prueba tasada. Así, este canon se principia en el Derecho romano postclásico, siguiendo la tradición bíblica, para después ser desarrollado y elaborado por la doctrina de los doctores de la Edad Media¹.

El germen de este axioma se ha ubicado, en ocasiones, en el ámbito del Derecho histórico y, más concretamente, en el cuerpo normativo de las Siete Partidas². Empero, no es esta obra jurídica la que alumbró el mencionado principio. Si queremos buscar su origen, debemos retrotraernos en el tiempo, pues es el Derecho romano el ordenamiento jurídico que sirve de embrión a esta regla procesal³.

¹ La citada regla encuentra proyección en las fuentes visigodas, también en los fueros municipales del Derecho medieval español, en los que no se formula expresamente, sino indirectamente, al exigir pluralidad de testigos en la prueba testifical. Una teoría completa del principio, con sus excepciones y ampliaciones, vendrá de la mano del Derecho común, a la que contribuyeron especialmente las escuelas italianas, y tomará como base textos procedentes del *Corpus Iuris*, de las Decretales de Gregorio IX, de la Biblia y de las Partidas. En detalle, *vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *El principio «Testis unus testis nullus» en el derecho procesal español*, 2.ª ed., Granada, 2005. Una síntesis sobre el periplo histórico que sigue el citado principio en Italia a partir de finales del «Settecento» puede verse en PADOA SCHIOPPA, A., «*Unus testis nullus testis*, note sulla scomparsa di una regola processuale», en *Studia Ghisleriana, Studi giuridici*, Pavia, 1967, pp. 334-357.

² Referencias que encontramos, por ejemplo, en Sentencia núm. 277/1997 de 27 febrero. RJ 1997\1459, Sentencia núm. 697/1995 de 23 mayo. RJ 1995\3909 y Sentencia núm. 499/1995 de 4 abril. RJ 1995\2810, resoluciones que remontan la prevención contenida en el citado principio al legado jurídico de Alfonso X.

³ Así lo hacemos constar en un trabajo precedente donde analizamos con detalle el tratamiento que se otorga, en relación con la valoración de la prueba, a la deposición de un único testigo y a su evolución

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

II. LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO ÚNICO EN LOS TEXTOS ROMANOS

El primer texto romano en que se manifiesta este principio –sin distinguir entre causas civiles y penales– parece ser una constitución de Constantino del año 334⁴, contenida después en el *Codex Theodosianus* y, con posterioridad, recogida en el *Corpus* justiniano⁵. En el mencionado pasaje el emperador contempla la obligación de que los testigos presten juramento antes de depone y que se conceda crédito a los testigos más honrados, norma que parece haber sido promulgada anteriormente, y a la que consideramos que se refiere cuando exhorta al juez a que no consienta fácilmente el testimonio de uno solo⁶. En este último caso, hemos de entender que, ante el testigo único, el juez tiene el deber de cautela, y solo debería admitir su testimonio cuando fuese digno de crédito. Además, Constantino ordena que no se oiga el testimonio de un solo testigo, aunque brille con el honor de la preclara curia, por lo que inferimos que el testigo único no podría haber prestado testimonio ante el juez al no concurrir otros testimonios u otras pruebas⁷.

La disposición del emperador tiene su origen en textos bíblicos, fruto del influjo cristiano y helénico que domina su personalidad⁸.

Esta regulación sobre el testimonio único que preceptúa el emperador, en la etapa postclásica, evidencia la necesidad de abordar un asunto tan espinoso

en el Derecho romano. Vid. CLEMENTE, A. I., «El problema del testigo único en el Derecho romano», en *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 21-22/dicembre, 2009, pp. 99-124.

⁴ C.4.20.9.1 (*Imp. Constantinus A. ad Iulianum, Praesidem*): *Simili modo sanximus, ut unius testimonium nemo iudicum in quacunq[ue] causa facile patiat[ur] admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore praeferat[ur].* En relación con este precepto, téngase en cuenta C. 4.20.9pr.: *Iurisiurandi religione testes, priusquam perhibeant testimonium, iamdudum arctari praecepimus, et ut honestioribus potius fides testibus habeatur.*

⁵ CTh. 11.39.3; C.4.20.9 y 4.20.4.

⁶ Como consecuencia de una evolución en el tema en cuestión, posiblemente la disposición constantiniana está revocando la norma contenida en C. Sirm. 1 (*Imp. Constantinus A. ad Ablatium praefectum praetorio*): (...) *Testimonium etiam ab uno licet episcopo perhibitum omnis iudex indubitanter accipiat nec alius audiatur testis, cum testimonium episcopi a qualibet parte fuerit repromissum. Illud est enim veritatis auctoritate firmatum, illud incorruptum, quod a sacrosancto homine conscientia mentis inlibatae protulerit. Data III nonas maias Constantinopoli Dalmatio et Zenofilo cons. (a. 333).*

⁷ En torno a las diversas interpretaciones doctrinales sobre esta norma, vid. CLEMENTE, «El problema del testigo único», *cit.*, pp. 100 ss.

⁸ Su fuente de inspiración radica en la *Epístola de San Pablo a los Corintios*, II, 16, 1, en un fragmento del *Evangelio de San Mateo*, XVIII, 16, así como en *Deuteronomio*, XIX, 15, *Deuteronomio*, XVII, 6 y *Números*, XXXV, 30, a tenor del análisis de FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 15 ss. Y esto no es de extrañar, dada la gran atracción que siente el emperador cristiano por el libro bíblico del Deuteronomio. Vid. DIETER, *Untersuchungen zum Iustinianis chen zivilprozess*, München, 1969, p. 251.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

en el marco del proceso y de encaminar el sistema probatorio en este periodo del Derecho romano hacia un sistema de prueba reglada⁹.

En efecto, el enfoque y tratamiento que el Derecho romano clásico otorgaba a la prueba testimonial refleja la ausencia de un sistema de prueba tasada. Ahora bien, conviene precisar que, en este periodo, tampoco imperaba una libre y absoluta discrecionalidad del juez en relación con la apreciación de la prueba testifical, ya que este debía atenerse a las consideraciones juiciosas y razonables que aportaban los jurisconsultos romanos. En este sentido, encontramos pasajes muy significativos en el Digesto que proporcionan orientaciones al juez a la hora de valorar la prueba testimonial.

Así, según el jurisconsulto Arcadio¹⁰, si todos los testigos fueran de la misma honestidad y reputación, y coincide con ellos la cualidad del negocio y la opinión del juez, entonces todos deberán ser tenidos en cuenta por el juez. En caso de que los testimonios sean diversos, se dará crédito al número desigual, siempre teniendo en cuenta la naturaleza del negocio y en tanto no existan sospechas de enemistad o de favor. De manera que el juez tendrá que considerar aquellos argumentos y testimonios que más se aproximen a la verdad y no debe tomar en consideración la multitud de testimonios, sino aquellos testimonios a los cuales asiste la luz de la mejor verdad. Luego lo relevante no es el número de testimonios en un mismo sentido, sino qué testimonios se aproximan más a la verdad a tenor del asunto.

En otro fragmento, atribuido a Paulo¹¹, no se da crédito al testimonio de uno solo. En ningún caso se afirma que sea nulo, sino que, a nuestro entender, no se admitiría esta deposición como prueba concluyente, es decir, sería insuficiente para motivar la sentencia.

⁹ Con más detalle, sobre la naturaleza, estilo e influencias en la legislación constantiniana, *vid.* CLEMENTE, «El problema del testigo único», *cit.*, pp. 102 ss.

¹⁰ D. 22.5.21.3 (*Aurelius Arcadius Charisius magister libellorum libro singulari de testibus*): *Si testes omnes eiusdem honestatis et existimationis sint et negotii qualitas ac iudicis motus cum his concurrerit, sequenda sunt omnia testimonia: si vero ex his quidam eorum aliud dixerint, licet inpari numero, credendum est id quod naturae negotii convenit et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret, confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis et quae rei aptiora et vero proximiora esse compererit: non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.*

¹¹ D.48.18.20 (*Paulus libro tertio decretorum*): *Maritus quidam heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem unum testem liberti sui filium produxerat apud procuratorem: desideraverat et quaestionem haberi de ancilla. Suro negabat se accepisse et testimonium non oportere unius hominis admitti nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla. Procurator quaestionem de ancilla habuerat. Cum ex appellatione cognovisset imperator, pronuntiavit quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum ideoque recte provocatum.*

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

También se afirma, en palabras del jurisprudente Pomponio¹², que nadie puede ser testigo idóneo en su propia causa. Consideramos, por nuestra parte, que resultaría inadecuado o inconveniente que un sujeto sea testigo en su propia causa, lo que no significa que no se pueda atender a dicho testimonio.

En otros casos, que dan cuenta de las intervenciones adrianeas en materia de testimonios –recogidas por el jurista Calístrato–, se establece la obligación de llevar a cabo un análisis esmerado sobre la veracidad de los testigos, para lo cual se han de investigar los siguientes aspectos que pueden convertir el testimonio en sospechoso: la condición de cada uno, si fuera decurión o plebeyo y si de vida honesta o irreprochable, o si alguno tuviera nota y fuera reprehensible, si fuera rico o necesitado, o sea enemigo de aquel contra el que testifica, o amigo de aquel a cuyo favor da la declaración¹³.

Siguiendo esta misma orientación, Adriano establece que la *fides* de los testigos debe ser estimada por el juez a tenor de quienes sean, de la dignidad y la reputación de estos, además de tener presente, en el interrogatorio, si la declaración fue prestada de manera inmediata, espontánea y coherente¹⁴.

En otras directivas del mencionado emperador se insiste en la distinción entre los testigos (*testes*), a los que se debe dar crédito, y los testimonios (*testimonia*), que resultan inadmisibles ante el Tribunal imperial¹⁵. La preferencia reside, atendiendo al principio de oralidad en el proceso, en aquellas pruebas obtenidas de forma directa e inmediata. Ciertamente que la libertad de valoración del juez se ve limitada, pero a la vez se asegura una reciente formación de su convicción.

Otra disposición adrianea, que constituye una llamada al principio de libre valoración de la prueba, viene a afirmar que el convencimiento del juez no

¹² D.22.5.10 (*Pomponius libro primo ad Sabinum*): *Nullus idoneus testis in re sua intellegitur.*

¹³ D.22.5.3pr. (*Callistratus libro quarto de cognitionibus*): *Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium vel propter personam a qua fertur (quod honesta sit) vel propter causam (quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa fit), admittendus est.*

¹⁴ D.22.5.3.1: *Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. Verba epistolae haec sunt: «Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint».*

¹⁵ D.22.5.3.3: *Idem divus Hadrianus Iunio Rufino proconsuli Macedoniae rescripsit testibus se, non testimoniis crediturum. Verba epistolae ad hanc partem pertinentia haec sunt: «Quod crimina obiecerit apud me Alexander Apro et quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat, quibus apud me locus non est (nam ipsos interrogare soleo), quem remisi ad provinciae praesidem, ut is de fide testium quaereret et nisi impleret quod intenderat, relegaretur».*

D.22.5.3.4: *Gabinio quoque Maximo idem princeps in haec verba rescripsit: «Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent: tecum ergo delibera, ut, si retinere eos velis, des eis impendia».*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

puede acogerse a un solo tipo de prueba, pues es el juzgador quien ha de considerar aquello que cree o le parece poco probado, prevalece su discernimiento: unas veces se confirmará la verdad sin documentos públicos, otras en base al número de testigos, a su dignidad, etcétera ¹⁶.

En suma, de lo referido en estos pasajes se puede deducir la exigencia de cautela, dentro del marco de la lógica jurídica, cuando el juez tiene ante sí el testimonio de un único testigo. Ya simplemente porque un único medio de prueba es inidóneo o insuficiente para servir de fundamento a una sentencia. Distinto es si ese único testimonio concurre con otros medios de prueba que permitan integrar y confirmar dicha declaración. Por consiguiente, no se estableció la exclusión del *testimonium unius*, ahora bien, sí que se proporcionaron pautas y orientaciones a los jueces en su labor. Todo ello parece negar un carácter absoluto al principio de libre valoración de la prueba en esta etapa clásica del Derecho romano, ya que el juez, en la apreciación de la prueba, se movería dentro de ciertos límites, especialmente en aquellos asuntos más complejos como es el caso del testigo único.

Queda claro, por tanto, que el sistema de libre valoración de la prueba es anterior en el tiempo al sistema de prueba tasada que, como ya hemos afirmado, tiene su origen en el Derecho romano postclásico. Además, la libertad en la apreciación de la prueba que se da en época clásica no tiene carácter absoluto, pues es necesario que el juez desempeñe este cometido de forma razonada. Y es precisamente en este punto donde consideramos que existe una interesante aproximación al marco jurídico actual que remite a las reglas de la sana crítica a fin de valorar la fuerza probatoria de los testimonios.

Avanzando en el tiempo, el cuadro evolutivo histórico-jurídico ¹⁷ nos sitúa ante las fuentes visigodas, que darán cuenta del principio de nulidad de la declaración de un solo testigo, bien a través de una prohibición manifiesta del testimonio singular, bien requiriendo un mínimo de dos testigos. Asimismo, la regla dejará su huella en nuestro derecho medieval sin una formulación expresa, ya que, según lo previsto en prácticamente la totalidad de textos normativos correspondientes a las legislaciones forales, se exigen varios testigos –tres o

¹⁶ D.22.5.3.2: *Eiusdem quoque principis exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: «Quae argumenta ad quem modum probandae cuique rei sufficient, nullo certo modo satis definitur potest. Sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis cuiusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei de qua quaeritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris».*

¹⁷ En relación con la evolución del mencionado principio en Derecho visigodo, Derecho medieval y Derecho común, véase con detalle FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

dos— para producir prueba en el marco de una variada casuística¹⁸. Más tarde, la citada máxima será objeto de desarrollo como materia de Derecho común; así, los doctores defenderán que el testimonio de una sola persona es nulo, determinando el alcance del principio, el ámbito de aplicación, las excepciones, la posibilidad de derogación, las limitaciones, etc., y esta doctrina recalará en los autores españoles¹⁹.

III. LA PRUEBA DE TESTIGOS Y LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA EN LOS PRECEDENTES NORMATIVOS MÁS PRÓXIMOS A NUESTRO DERECHO ACTUAL

Llegados a este punto, si recordamos ahora los antecedentes más próximos de nuestro Derecho actual sobre este tema, por mor de las influencias derivadas de las doctrinas del s. XVIII, que defendían la separación de los dogmas tendiendo hacia una concepción humanista y racional, debido también al influjo derivado de las reformas legales en Francia y en otros países del entorno europeo, y haciéndose eco de las críticas imperantes al sistema de prueba tasada, la legislación española del s. XIX reforma el criterio de valoración de la prueba de testigos introduciendo un principio de naturaleza racional y filosófica, las ya mencionadas «reglas de la sana crítica»²⁰.

Sirvan como ejemplo las siguientes disposiciones normativas:

– El art. 148 del Reglamento sobre el modo de proceder del Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administración, de 30 de diciembre

¹⁸ Con carácter excepcional, un enunciado explícito del citado principio puede verse en el Privilegio de *amejoramiento* del Fuero de Cuenca, llevado a cabo por Sancho IV: «Otro si mando que de aquí adelante que non vala testimonio de un omne solo».

¹⁹ Téngase en cuenta en este punto que la cultura jurídica formalista, analista y categorizante de la *opinio doctorum*, y no la ley, fue esencial en la conformación del sistema de la prueba legal. *Vid.* TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002, p. 389.

²⁰ FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 115 y ss.; BARRIOS GONZÁLEZ, B., «Teoría de la sana crítica», en *Opinión jurídica*, vol. 2, n.º 3, pp. 103 y ss. En este sentido hemos de tener en cuenta que la idea de la «sana crítica» viene de la «crítica racional» que se utilizaba en la Ilustración aplicada a la Literatura, la Historia, la Filosofía o el Derecho; y lógicamente supone problemas con el espíritu religioso que anteriormente impregnaba todo. Un curioso intento de conciliar ambas cosas en aquel entonces encontramos en *Apéndice a la obra de doctrinas prácticas del venerable Padre Pedro de Calatayud*, Madrid, 1800, pp. 1 y ss.: «Crítica racional es aquella que estriba en razon, autoridad y principios propios de cada ciencia, arte ó facultad, y á la que acompaña la sincera, prudente y modesta voluntad de hallar la verdad; y así es propio del verdadero crítico discurrir y fundarse sobria y modestamente segun las reglas de la razon, de la fe, ciencia, arte, tradicion, consentimiento común, y autoridad mas ó ménos recibidas, á que defiere, y entónces el crítico es como boca del Señor: *Quasi os Domini separans pretiosum à vili*, que separa lo precioso de lo vil (...).» En síntesis, el método de la sana crítica encuentra su fundamento ideológico en el renacimiento y en el iusnaturalismo, y será dotado de contenido por la escuela racionalista de Kant.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de 1846, estableció que el Consejo debía apreciar «según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de las declaraciones».

– La regla 45 de la Ley provisional dictada para la aplicación del Código Penal de 1848, remitía a las reglas ordinarias de la «crítica racional» a la hora de examinar y graduar el valor de las penas.

– El art. 82 del Real Decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de Hacienda y represión, apelaba a «las reglas ordinarias de la crítica racional», a la hora de establecer la certeza de los hechos, teniendo en cuenta los indicios, datos y comprobantes de toda especie que existieran en la causa.

– Y especialmente representativa resulta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en cuyo art. 317 se dispuso que: «Los Jueces y Tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos». Esta norma permaneció en la LEC de 1881, tanto respecto al interrogatorio de testigos (art. 659 LEC 1881) como, recogida por vez primera, en relación con la prueba pericial (art. 632 LEC 1881).

– Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en su art. 741, determinó lo siguiente: «El Tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley». El vigente proceso criminal español invoca, por tanto, a la «conciencia» del órgano juzgador, y remite a «las reglas del criterio racional», en este último caso en relación con la declaración de Autoridades y funcionarios de policía (arts. 741 y 717 LECrim, respectivamente).

– A raíz de la expansión de los sistemas de libre valoración, la norma de la sana crítica se intensifica, y será contemplada en distintos preceptos de la LEC actualmente en vigor: (1/2000 de 7 de enero) para el interrogatorio de las partes (art. 316.2 LEC); los documentos privados no adverbados (art. 326.2 LEC); las copias reprográficas (art. 334.1 LEC); la prueba pericial (art. 348 LEC); el interrogatorio de testigos (art. 376 LEC); la prueba por instrumentos de filmación, grabación y semejantes (art. 382.3); y la prueba por instrumentos informáticos (art. 384.3 LEC)²¹.

²¹ También han tenido proyección los cánones de la sana crítica en casi todos los países iberoamericanos mediante el Código Procesal Modelo para Iberoamérica de 1988, a saber: «Art. 130. (*Valoración de la prueba*). Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, racionalmente y con las reglas de la sana crítica salvo texto legal que establezca una regla de apreciación diversa; ello sin perjuicio del análisis que el Tribunal deberá realizar de todos los medios de prueba, indicando expresamente cuáles de ellos fundan principalmente su decisión. Art. 131. (*Regla de experiencia*). A falta de reglas legales expresas, para deducir del hecho percibido el hecho a probar, el Tribunal aplicará las reglas de la experiencia común, extraídas de la observación de lo que normalmente acaece».

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

En las leyes anteriormente referidas observamos que no existe una mención expresa que disponga la nulidad de la declaración de un solo testigo y que, por consiguiente, permita eliminar su eficacia y fuerza probatoria en el proceso. El principio del «testigo único, testigo nulo» parece haber desaparecido del Derecho procesal español, pero sin una prohibición específica que lo vede.

IV. LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO ÚNICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Enfocando la cuestión hacia la práctica del Tribunal Supremo de Justicia, en diversas resoluciones encuadradas en la segunda mitad del s. XIX, en ocasiones se niega validez al principio, pero también en otros casos se reconoce su existencia, lo que denota una praxis un tanto vacilante²².

Sin embargo, si atendemos a la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, observaremos que el principio jurídico *testis unus testis nullus* ya no tiene significado jurídico alguno en el proceso y que la apreciación de la prueba por parte del juez se fundamenta en las reglas del correcto entendimiento humano –reglas de la sana crítica–. Parece ser ésta la tónica general.

De esta suerte, en el ámbito de la jurisdicción civil, la máxima en análisis parece estar desterrada del proceso. Así lo manifiesta, por ejemplo, la resolución emanada del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en el Caso Heat Mode, SL. Sentencia núm. 207/2013 de 8 abril. RJ 2013\4355²³:

«I. Entre otras, en la sentencia 29/2005, de 14 de febrero (RTC 2005, 29), y 211/2009, de 26 de noviembre (RTC 2009, 211), el Tribunal Constitucional,

²² Las mencionadas sentencias son recogidas por FERNÁNDEZ ESPINAR, *op. cit.*, pp. 123 s.

²³ Con anterioridad, la Sentencia de 13 mayo 1985. RJ 1985\2270, apelando primeramente a las reglas de la sana crítica, según lo regulado por la LEC, consideraba que «la doctrina legal contenida, entre otras, en la ya citada sentencia de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro y cuatro de enero de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\180), ha establecido que había quedado sin efecto el antiguo aforismo «unus testis, nullus testis» y en general todos los preceptos del antiguo derecho tasando la repetida prueba, a lo que es de añadir que la atribución dominical de lo vendido, que el recurrente hace a favor de don Aquilino P., en su contestación a la demanda, ofrecía como medio más hábil para desvirtuarla el de la declaración del expresado señor y que, también, existen otros elementos probatorios a conjugar al efecto de sentar que la propiedad de lo enajenado era del actor, cuales son la confesión judicial del demandado al contestar la posición cuarta de las que le fueron formuladas y la circunstancia de que el inventario valorado de lo enajenado, confeccionado por una cuñada del demandado, fue entregado al actor, todo lo que conlleva la desestimación del motivo».

A tenor de Sentencia de 4 enero 1982. RJ 1982\180, «(...) ni infringió el art. 1248 del propio código al sancionar el valor de la prueba testifical en combinación con otros elementos probatorios, habida cuenta, además, que el últimamente citado artículo «es admonitivo y no preceptivo, y que contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales «a quo» en uso de la facultad que tanto dicho artículo como el 659 de la L. E. Civ. los confiere, no se da el recurso de casación, pues ambos artículos dejan al arbitrio

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

en su labor de interpretación del artículo 24 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), destacó que “concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración”. En la sentencia 55/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 55) –tras referir el error a un “dato fáctico indebidamente declarado como cierto”–, señaló los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de la vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos. En particular, destacó que el error ha de ser determinante de la resolución adoptada –en el sentido de que, “constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo”– y patente –“o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia”–. (...).

II. En aplicación de esa doctrina procede desestimar el motivo, que, al fin, está referido al valor de la declaración de un testigo.

La fuerza probatoria de las declaraciones testificales se determina, en cada caso, según las reglas de la sana crítica –esto es, conforme a normas empíricas de

del Juzgador de instancia, conforme a las reglas de la sana crítica, la graduación de la fuerza de aquella prueba, ya que ha quedado sin efecto el antiguo aforismo «unus testis, nullus testis» y, en general, todos los preceptos del antiguo derecho tasando la repetida prueba» –SS. de esta Sala de 11 marzo 1961 (RJ 1961\954), 19 junio 1964 (RJ 1964\3287), 25 noviembre 1966 (RJ 1966\5546), 7 febrero 1972 (RJ 1972\475) y 17 diciembre 1974 (RJ 1974\4682), entre otras muy numerosas-, procediendo por lo argumentado la desestimación del tercer motivo del recurso».

En Sentencia núm. 292/1997 de 4 abril. RJ 1997\2639, se pone en tela de juicio el testimonio único, no tanto por tratarse de una sola declaración, a pesar de la incertidumbre que pueda generar, sino por no haber sido valorado dicho testimonio con arreglo a la sana crítica, es decir, teniendo en cuenta el contenido del testimonio, incluso la forma en que ha sido prestado, pero dentro del conjunto de elementos probatorios que existan en la causa, y no primando tal testimonio y obviando otras pruebas que además lo contradicen: «(...) suponiendo como cierto lo afirmado por el único testigo que ha declarado. Testigo al que la Sala de la Audiencia ha dado toda credibilidad a pesar no tan sólo de lo incierto que resulta resolver un pleito por la sola declaración de un testigo («testis unus, testis nullus»), sino por la forma en que se presta su declaración: sólo sabe decir que sí es cierto a lo que son las preguntas y que no es cierto a lo que son las repreguntas, prueba evidente de que fue bien aleccionado previamente, –Sabemos que la apreciación de las pruebas es de la soberanía del juzgador (aquí difieren en su interpretación las dos sentencias pronunciadas) quien la valora conforme a las reglas de la sana crítica sin que pueda oponerse a ello sino como en el presente caso, la vulneración de aquellas reglas de la sana crítica o la contradicción con documentos u otros medios de prueba obrantes en Autos que evidencien la equivocación patente del Juzgador a quien el artículo 1248 del Código Civil, que aquí se invoca, impone el deber de cuidar que por la simple coincidencia de algunos testimonios –y aún más, lógicamente, si se trata de un solo testimonio-, se resuelvan aquellos asuntos en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos o algún principio de prueba por escrito, –La sentencia dictada por la Audiencia, que obvia las pruebas documentales aportadas por esta representación y que refutan la relación de los hechos según vienen planteados en la demanda (como así se reconoce en el escrito de resumen de pruebas de la contraparte), olvida también la testifical incluida en nuestra pieza de pruebas para dar plena credibilidad a un único testimonio que, acreditado queda en autos, falta a la verdad al contestar a las repreguntas 4.^a, 5.^a y 8.^a, donde niego incluso aquello que ha quedado evidenciado documentalmente».

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

buen sentido– y en consideración a la razón de ciencia que hubieren dado, así como a las circunstancias en ellos concurrentes –artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, con independencia de su número y aunque fuera uno sólo el que hubiera declarado –la regla clásica «testis unus testis nullus», referida en Digesto 48.18.20, no rige en nuestro proceso–.

En todo caso, no se advierte el error patente que denuncian las recurrentes, ya que el testigo a que se refiere el motivo afirmó, sustancialmente, lo que el Tribunal de apelación consideró probado.

Lo que pretenden aquellas, por la vía del artículo 469, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es que el recurso extraordinario se convierta en la llave que abra una nueva instancia y permita revisar la valoración de la prueba practicada en la primera. Lo que no cabe.»

Tal y como recoge la anterior resolución, el análisis de la prueba por el juzgador debe ser realizado con arreglo a los principios elementales de la lógica²⁴ y de la experiencia, es decir, las reglas de la sana crítica, o lo que es lo mismo, conforme a normas empíricas de buen sentido. También es llamativa la remisión que se realiza al fragmento del jurista romano Paulo, Digesto 48.18.20, que, como anteriormente hemos analizado, no declara la nulidad del testimonio de un solo hombre, sino que no sea admitida esta deposición por no tratarse de prueba concluyente.

Las reglas de la sana crítica constituyen un canon de valoración de la prueba. Han sido definidas como «reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia que sirven para fundar una valoración razonada de la prueba y permiten su control posterior por otro órgano de enjuiciamiento superior»²⁵.

En lo que atañe a la valoración de la declaración de testigos, en virtud del art. 376 LEC, esa sana crítica que debe regir la actividad evaluadora del juez viene establecida conforme a los parámetros de «la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado»²⁶.

²⁴ Sobre los modelos de lógica factual y de lógica no monotónica en relación con las razones que emplean los jueces a través del sistema de valoración de la prueba basado en la sana crítica, véase LASO CORDERO, J., «Lógica y sana crítica», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 1, 2009, pp. 143-164.

²⁵ ABEL LLUCH, X., «Configuración de las reglas de la sana crítica en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XXV, 2013-2, pp. 139-140. En palabras de GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, vol.1.º, 2.ª parte, M. Aguilar ed., Madrid, 1947, p. 647, «reglas de la sana crítica» «son los criterios normativos (<reglas>, pero no jurídicas) que sirven al hombre normal, en una actitud prudente y objetiva (<sana>) para emitir juicios de valor (estimar, apreciar: <crítica> acerca de una cierta realidad)».

²⁶ Esta regulación ha sido objeto de examen crítico por parte de DE MIRANDA VÁQUEZ, C., «La valoración de la prueba testifical civil a examen» (una revisión crítica del art. 376 LEC), en *Revista General de Derecho Procesal*, 39, 2016, pp. 1-37. En síntesis, señalamos algunos aspectos enjuiciados por el citado autor. Primero, pone en tela de juicio el carácter admonitivo de lo preceptuado en el art. 376 LEC, de-

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Se tendrán en cuenta, por tanto, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo, y la ocurrencia del mismo hecho, también el cómo, cuándo y dónde se percibió lo declarado, la fuente de la noticia, su conservación, retención y deposición. Asimismo, se tomarán en consideración las circunstancias concurrentes, es decir, las relaciones del testigo con las partes y con los hechos sobre los que declara, las tachas presentadas (parentesco, interés, amistad, enemistad, dependencia, etc.), que no hacen inidóneo al testigo, pero que sí obliga al juez a actuar con especial cautela²⁷.

En lo atinente a la jurisdicción penal, el derecho a la presunción de inocencia exige para dictar una sentencia condenatoria un *mínimo* de actividad probatoria de cargo, que podría ser considerada como suficiente, y esta prueba podría estimarse como tal, aunque estuviera constituida por un solo testimonio. Derogado el sistema de prueba tasada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo relevante es que exista prueba y que ésta se produzca en el acto del juicio oral; en virtud de esta situación, el principio *testis unus testis nullus* ha perdido toda su vigencia. Es factible, por tanto, que la prueba esté formada por un solo testigo, en el que concurra también la condición de víctima, y no se desestima o rechaza el testimonio único –proceda o no de la víctima–, en tanto en cuanto no existan razones objetivas que invaliden su declaración o que susciten una duda en el Tribunal que no le permita formar su convicción²⁸.

Desde esta perspectiva, encontramos también una significativa sentencia de la Sala de lo Penal, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, 584/2014 de 17 de junio. RJ 2014\3773, donde, el ponente de la misma, el magistrado Antonio

fendiendo su sentido imperativo a tenor de su redacción por el legislador. Después tacha de ambigüedad semántica la expresión «fuerza probatoria», y califica la expresión «reglas de la sana crítica» como un concepto ajurídico indeterminado, que no se encuentran recogidas de forma expresa en la LEC, norma que se limita a realizar una remisión insuficiente y vaga a dichos cánones, sin precisar de qué forma y dónde se hallan. También discute la locución «razón de ciencia», a la que define como un dato, una información determinada que hay que tener en consideración y que no especifica nada más, pero que no constituye una regla. Sigue con su análisis crítico respecto de «las circunstancias concurrentes», que remite a las cualidades del art. 367 LEC, aunque denuncia que el legislador no señala su trascendencia en caso de concurrir. Lo mismo sucede en cuanto a las tachas, que las considera pura información y no reglas que permiten llegar a una conclusión en relación con la fiabilidad del testimonio. En definitiva, reputa de nula utilidad el citado precepto, aportando también una propuesta de reformulación, en la que otorga un valor preponderante a la denominada Psicología del Testimonio, redactando el artículo en los siguientes términos: «Los juzgadores reputarán fiables, o no fiables, a los testigos, en relación con cada hecho sobre el que testimonien, con arreglo a las leyes en materia de Psicología del Testimonio, generalmente aceptadas, en cada momento, por su comunidad científica correspondiente, y aplicarán éstas con sujeción a las pautas que haya fijado dicha disciplina científica, sobre la base de la información que el propio testigo y las restantes pruebas proporcionen sobre la credibilidad del propio deponente».

²⁷ ABEL LLUCH, X., «Los medios de prueba a la luz de las reglas de la sana crítica», en *Diario La ley*, n.º 8658, 3 de diciembre de 2015, pp. 4 ss. A decir del autor, se trata de criterios no tasados, de contenido heterogéneo, orientativos de la valoración judicial, eventualmente concurrentes y de contrastada utilidad.

²⁸ Sentencia de 8 octubre 1990. RJ 1990\7821; Sentencia núm. 672/2013 de 21 junio. RJ 2013\6721.

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

del Moral García, fundamenta de manera muy prolija la citada resolución en relación con la actividad probatoria a fin de resolver el recurso de casación 2263/2013, interpuesto contra la sentencia 21-10-2013 dictada por la Sección Vigésimo Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid²⁹.

En su primer fundamento de derecho el supuesto en cuestión es subsumido en la categoría de «caso difícil» (*hard case*) desde el punto de vista de la valoración probatoria. A partir de la comparación de la sentencia mayoritaria con el voto particular, así como de la contraposición entre los escritos de recurso y de impugnación, emerge un contexto muy complejo, hipótesis contrapuestas y multiplicidad de aristas y recovecos.

Se determina también la competencia de esta instancia judicial (TS), para la que no es posible «revisar el poder convictivo otorgado al acervo probatorio», sino únicamente «testar si ese material era suficiente y concluyente y está racionalmente valorado». O lo que es lo mismo, «si existe alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es concluyente». Fundamentalmente porque este Tribunal no ha presenciado la prueba, y por esta razón no debe interrogarse si ha logrado llegar al estándar de *certeza más allá de toda duda razonable*. Su tarea se centra en analizar la certeza que emana de la sentencia de la AP, si está libre de toda vacilación y si se construye sobre un conjunto probatorio suficiente para haberse formado razonada y razonablemente esa convicción. Además de comprobar que este órgano judicial obtuvo la prueba de forma legalmente adecuada y respetando el derecho a la presunción de inocencia.

La misma naturaleza extraordinaria que se atribuye al recurso de casación, frente a la clásica apelación, obliga a esta instancia judicial a mantener un equilibrio, sin duda complicado, entre el menester de otorgar tutela judicial efectiva a quien la solicita al TS y la obligación de no invadir las competencias que radican, según el legislador, en el Tribunal de Instancia en relación con la valoración de la prueba.

²⁹ En esta misma línea discursiva que adopta la mencionada resolución en relación con el axioma en análisis, se sitúan, entre otras, las siguientes decisiones del TS: Sentencia núm. 99/2018 de 28 febrero. RJ 2018\859; Sentencia núm. 217/2018 de 8 mayo. RJ 2018\2256; Sentencia núm. 337/2018 de 5 julio. RJ 2018\2941; Sentencia núm. 410/2018 de 19 septiembre. RJ 2018\4019; Sentencia núm. 29/2017 de 25 enero. RJ 2017\289; Sentencia núm. 255/2017 de 6 abril. RJ 2017\1668; Sentencia núm. 255/2017 de 6 abril. RJ 2017\1809; Sentencia núm. 764/2017 de 27 noviembre. RJ 2017\5315; Sentencia núm. 653/2016 de 15 julio. RJ 2016\3410; Sentencia núm. 870/2016 de 18 noviembre. RJ 2016\5609; Sentencia núm. 88/2015 de 17 febrero. RJ 2015\571; Sentencia núm. 734/2015 de 3 noviembre. RJ 2015\5265; Sentencia núm. 803/2015 de 9 diciembre. RJ 2015\6231; Sentencia núm. 794/2014 de 4 diciembre. RJ 2014\6264.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

En el segundo fundamento de derecho se señalan como violación del derecho a la presunción de inocencia los casos en que no existan «pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo». Una misma actividad probatoria puede dar lugar a discrepancias en jueces igualmente imparciales, y esto no resulta incompatible con la presunción de inocencia. Y una sentencia condenatoria debe apoyarse en la prueba concluyente y en la certeza personal del juez, que «no es seguridad matemática ni se contrapone a dudas concebibles en abstracto».

Asimismo, primeramente, corresponde en casación al Alto Tribunal filtrar los elementos probatorios a fin extraer y dejar fuera de los mismos la prueba que resulte ilícita o no utilizable al haber sido practicada fuera del marco de las garantías necesarias de contradicción y publicidad. Después será valorado el restante material probatorio con el objetivo de comprobar «si en abstracto era razonablemente suficiente para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad». Y, por último, «testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica (juicio de *racionalidad*)».

A la posibilidad de que la prueba testifical desactive la presunción de inocencia, aunque aquella sea única y emane de la víctima, se alude en el tercer fundamento. Es en este punto donde la resolución se refiere expresamente al antiguo principio *testis unus testis nullus*, axioma que ha sido «felizmente» abandonado en el moderno proceso penal, fruto de una evolución que ha puesto de manifiesto los inconvenientes derivados de una valoración de la prueba condicionada por rígidos moldes legales que se alejan de las reglas de la experiencia y de la lógica, es decir, del sistema de valoración racional. Se consideran ya superados los tiempos en que se afirmaba que *testimonium unius non valet*, rechazando la prueba única, en la medida en que era concebida insuficiente según la ley y no por la valoración del órgano judicial. De manera que si la prueba esencial es básicamente un testimonio –el de la víctima–, esta situación se corresponde bien con la presunción de inocencia, es decir, no resulta incompatible.

Especialmente interesantes resultan los siguientes párrafos del citado fundamento que transcribimos a continuación:

«La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo», a modo de un acto de fe ciego.

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

– En los casos de “declaración contra declaración” (aunque normalmente no aparecen supuestos de esa forma pura y desnuda, ayuna de otros elementos), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda, respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa, en lo esencial, en una declaración testimonial ha de redoblarse el esfuerzo de motivación fáctica cuyas exigencias se acrecientan. Así lo sostiene la jurisprudencia a semejanza de otros Tribunales de nuestro entorno. (por todos, doctrina del BGH).

– No sería de recibo un argumento que basase la necesidad de aceptar esa prueba única en el riesgo de impunidad. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la máxima: “*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudice iura transgredi*”, (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado “ninguna prueba”, la menor conjetura basta para penar al acusado) contra la cual lanzaron severas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La añeja Sentencia del TS americano que a finales del siglo XIX habló, por primera vez en aquel Tribunal de la presunción de inocencia –caso *Coffin v. United States* –, evocaba un suceso tomado del Derecho romano que es pertinente recordar. Cuando el acusador se dirigió al Emperador diciendo “... *si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?*”, recibió esta réplica “*Y si fuese suficiente con acusar, qué le sobrevendría a los inocentes?*”».

Se exige, según el fundamento cuarto de la resolución, una motivación fáctica reforzada para que la testifical de la víctima resulte prueba suficiente para condenar. En este escenario juega un papel fundamental el así llamado triple test establecido por la jurisprudencia a la hora de evaluar la verosimilitud de la atestación del testigo víctima, a saber: persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores y ausencia de motivos de incredibilidad diferentes a la propia acción delictiva³⁰. Ahora bien, esto no quiere decir que se tenga que dar crédito al testimonio por imperativo legal cuando se cumplan las tres condiciones mencionadas. Como tampoco equivale a decir que en ausencia de una o varias, la prueba no pueda ser objeto de valoración y, *ex lege*, se considere insuficiente para fundar una condena. Asimismo, cabe también la posibilidad de una sentencia de condena que tenga como prueba esencial la única declaración de la víctima. Y todos estos supuestos son posibles siempre y cuando el Tribunal juzgador analice cada uno de los datos de que dispone y justifique por qué no tiene dudas sobre los hechos y la autoría.

En esta línea argumental jurídica, según Sentencia núm. 451/2015 de 14 julio. RJ 2015\3594, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal del TS, es inadmisibile la idea de que la convicción íntima formada con intermediación baste

³⁰ Téngase en cuenta en este punto una reciente sentencia que explica muy prolijamente los presupuestos que ha de tener en cuenta el Tribunal en el análisis de la valoración de la declaración de la víctima, Sentencia núm. 119/2019 de 6 marzo. RJ 2019\868.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

para condenar. El Alto Tribunal pone en tela de juicio las afirmaciones derivadas del Tribunal de Instancia cuando éste afirma que «la testifical de la víctima basta para enervar la presunción de inocencia, que puede ser destruida por la sola declaración de la persona perjudicada, pues ya no rige el viejo axioma *testis unus testis nullus*». El hecho de que los miembros del Tribunal estén íntimamente convencidos de que los hechos sucedieron de un determinado modo, a partir de una única fuente probatoria, en este caso el testimonio de la víctima, descartando el resultado de cualquier otra prueba, no les dispensa de expresar el porqué de su resolución. Pues, no se puede afirmar que la declaración de la víctima tenga el carácter de prueba privilegiada, prevaleciendo sobre cualquier otra.

Como se desprende de esta resolución del TS, la declaración de la víctima podrá funcionar como prueba, pero solo según resulte de la evaluación de la calidad de los datos que proporcione, siendo estos contrastados en el contexto del resto de informaciones obtenidas de otras fuentes. La valoración de la prueba por parte del Tribunal ha de formularse explícitamente y ha de dar cuenta expresamente del hilo argumental que ha guiado la decisión, además, por supuesto, de estar dotada de la imprescindible racionalidad. Se trata de un discurso motivado, basado en elementos probatorios racionalmente obtenidos, dejando de lado los frutos de la intuición o de procesos psicológicos que no se han formado de modo razonado. Luego, cada aserto tendrá un sustento claro en elementos de prueba, para de este modo conocer de dónde viene y por qué. En definitiva, los datos probatorios deberán cruzarse con el objetivo de obtener hechos probados, razonando el porqué de la conclusión alcanzada.

Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 noviembre 1989. RJ 1989\7999, también señala la no vigencia en nuestro derecho del brocardo *testis unus testis nullus* y, poniendo en relación el artículo 1248 CC con el artículo 659 LEC, deduce que el juzgador apreciará las declaraciones testificales de acuerdo con las reglas de la sana crítica, al mismo tiempo que recuerda que al magistrado se le encomienda, según el artículo 89 LPL, la redacción de hechos probados, apreciando los elementos de convicción³¹.

³¹ En el ámbito de la jurisdicción social del Tribunal Supremo, la ineffectividad del citado aforismo, como la de todos los preceptos del antiguo Derecho tasando el valor de la prueba testifical, la atribución a los Jueces y Tribunales de la facultad de apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones testificales conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellos concurren, se contemplan también en diversas resoluciones: Sentencia de 26 septiembre 1988. RJ 1988\7109; Sentencia de 15 julio 1987. RJ 1987\5388; Sentencia de 13 mayo 1986. RJ 1986\2538; Sentencia de 31 enero 1985. RJ 1985\137.

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

En el ámbito contencioso-administrativo, tal y como asevera el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 diciembre 1990. RJ 1990\9651, refiriéndose a la deposición de un solo testigo en el supuesto enjuiciado, carece de total virtualidad, no por el hecho de tratarse de un único testigo, pues la doctrina de *unus testis nullus testis* no se encuentra vigente en nuestro derecho procesal, sino por presunción de parcialidad e interés³².

En las resoluciones judiciales anteriormente referidas, que proceden de diversos órdenes jurisdiccionales bajo la competencia del TS, advertimos que la regla en análisis no se aplica. Al mismo tiempo, en estas sentencias, relativas a litigios donde la prueba pivota en torno al testimonio único, son numerosas las llamadas del Alto Tribunal a las reglas de la sana crítica en relación con la función de valoración de la prueba atribuida al juzgador. Esto significa que el juez no puede actuar discrecional o arbitrariamente, antes bien su convicción ha de conformarse atendiendo a los parámetros de la lógica y de la experiencia. Esta fórmula se ubica fuera de la excesiva rigidez del sistema de prueba tasada y se aleja al mismo tiempo de la desmedida incertidumbre a la que puede conducir la libre convicción, adoptando una posición intermedia.

Al juez, por tanto, se le exige un mayor grado de ponderación o apreciación de conciencia respecto a la prueba testimonial que puede aportar el testigo único, pero esto no entraña su descalificación procedimental. El canon de la sana crítica implica atender a la exactitud y credibilidad de la declaración, no al número de testigos presentados, y la razón estriba en que «todo enjuiciamiento es esencialmente valorativo, y por ello la admisión de una u otra versión no debe resolverse por el número de testimonios a favor o en contra, porque los testimonios se pesan, no se cuentan»³³. En ocasiones podrá suceder que testimonios vacilantes, dubitativos u opuestos de varios testigos sean menos convincentes que la firme declaración de un solo testigo.

En todo caso, reiteramos que las resoluciones judiciales deben ser siempre motivadas, observándose además de las reglas jurídicas, también las derivadas de la lógica y de la razón, incidiendo tanto en los elementos fácticos como jurídicos del pleito³⁴. Así, se exige al órgano juzgador un grado de expli-

³² Vid. asimismo, Sentencia de 2 diciembre 1988. RJ 1988\9311.

³³ A tenor de lo preceptuado por la Sala de lo Penal (Sección 1.ª) en STS núm. 436/2018 de 28 septiembre. RJ 2018\5401, que remite a la doctrina fijada por esta misma sala en Sentencia núm. 1179/2001 de 20 julio. RJ 2001\4945.

³⁴ Art. 218. 2 LEC en conexión con el art. 120.3. CE. Asimismo, la STS de 12 de noviembre de 2010. RJ 2010\8051, en el ámbito civil, dice: «porque la exigencia del art. 218.2 «in fine», de la LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del Tribunal y no a si es lógica la interpretación jurídica». En la esfera penal, resulta ilustrativo lo declarado en STS de 29 de enero de 1988. RJ 1988\506, «la estimación en conciencia a que se refiere el precepto

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

cación y motivación suficiente del proceso deductivo que ha llevado a cabo al valorar las declaraciones testificales, siguiendo los dictados de la razón y la lógica, con base a su intermediación material –principio de intermediación–³⁵.

Efectivamente, la motivación es un requisito jurídico de las decisiones judiciales que desemboca en la racionalización de la convicción judicial³⁶. Cumple además una función de garantía³⁷, pues se basa en el conocimiento

penal [741 LECrim.] no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque a una historicación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso».

El deber de motivar las sentencias está también en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional. Sirva como ejemplo lo señalado en Sentencia núm. 122/1991 de 3 junio. RTC 1991\122: «es también oportuno considerar que la mayor efectividad que merecen los derechos fundamentales obliga, a utilizar en esa indagación de la suficiencia de la motivación, criterios materiales que impidan aceptar como válidas meras apariencias de motivación, que, por su significado puramente formalista frustren la real efectividad del derecho a la motivación, para cuya satisfacción se requiere que la resolución recurrida, contemplada en el conjunto procesal del que forma parte, permita identificar cuáles son las normas que se aplican y cuál ha sido el juicio lógico que, fundado en criterios jurídicos razonables, ha presidido la articulación o subsunción del hecho concreto en el precepto normativo de que se trate, interpretado siempre en el sentido más favorable a la especial fuerza vinculante que caracteriza a los derechos fundamentales, lo cual supone, de otro lado, que deba descartarse la validez de aquellas motivaciones en las que no se contenga el más mínimo razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que al mismo se aplica, impidiendo toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido en que lo ha hecho, pues en tales supuestos no existirá garantía alguna de que la resolución judicial haya sido adoptada conforme a criterios objetivos razonables y fundados en Derecho, tal y como requiere el derecho a la tutela judicial efectiva, que no consiente decisiones que merezcan la calificación de arbitrarias, por carecer de explicación alguna o venir fundadas en explicaciones irrazonables».

³⁵ STS núm. 436/2018 de 28 septiembre. RJ 2018\5401, mencionada *supra*.

³⁶ Desde el plano de la filosofía del derecho, se han realizado relevantes aportaciones, relativamente recientes, al enfoque racionalista de la prueba, cuyo análisis se ha centrado en las nociones jurídicas de los hechos en el proceso, de la prueba, de la decisión judicial y de la verdad, realizando una nueva lectura de las categorías epistemológicas, lógicas, de la teoría de la argumentación, etc., reflexiones teóricas que pueden encaminar y orientar la práctica de los Tribunales en lo que a la actividad probatoria se refiere. *Vid.* por ejemplo, FERRER BELTRÁN, J., *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima, 2016; id., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007; id., *Prueba y verdad en el derecho*, 2.º ed., Madrid, 2005; ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, 2009; GONZÁLEZ LAGIER, D., «La prueba de la intención y la explicación de la acción», en *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, n.º 35, 2006, pp. 173-192; id., «La prueba de la intención y el principio de racionalidad mínimas», en *Nuevo Foro Penal*, n.º 68, 2005, pp. 31-61; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2.º ed., Madrid, 2004; IGARTUA SALAVERRÍA, J., *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima, 2009; id., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, 2003; id., *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «La valoración de las pruebas personales y el estándar de duda razonable», en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 15, 2007, pp. 1-12; ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de argumentación jurídica*, 1.º ed., 4.ª reimp., Madrid, 2016; id., *El derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, 1.ª ed., 2.ª imp., Barcelona, 2015; GÓMEZ GARCÍA, J. A., *La argumentación jurídica teórica y práctica*, Madrid, 2017.

³⁷ A juicio de FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4.ª ed., Madrid, 2000, pp. 622 y 623, la motivación es una «garantía procesal de segundo grado, que tiene el valor de una garantía de cierre del sistema SG», lo que en definitiva sirve como aval y legitimidad de las decisiones

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

probatorio inferencial que, a su vez, está dotado de un discurso justificativo en el cual se explican las premisas fácticas y jurídicas en las que se sustenta el fallo. Según Ferrajoli, encontramos vestigios del principio *reddere rationem* de las sentencias en los magistrados romanos, en las jurisdicciones estatutarias y en la eclesiástica de la Santa Inquisición, y será sancionado legalmente en el antiguo Derecho francés³⁸.

V. CONCLUSIONES COMPARATIVAS

Si volvemos de nuevo la mirada al Derecho romano clásico, constatamos que en la valoración de la prueba por parte del juez gobierna el principio de libre apreciación, pero no de forma categórica o rotunda, ya que el juez no está constreñido por reglas rígidas que determinen el valor que se deba otorgar a la prueba testimonial, como tampoco decide únicamente apoyándose en su fuero interno. Ello se deduce de los textos analizados al inicio de este trabajo, cargados de razonables apreciaciones, indicaciones y reflexiones de los antiguos jurisconsultos romanos a fin de orientar al juzgador en la valoración de los testimonios e impedir que caiga en una absoluta arbitrariedad, en una especie de poder omnímodo. Este sistema ecléctico se aproxima al método de la sana crítica presente en nuestro derecho actual, como corrobora la jurisprudencia consultada del Alto Tribunal, y transita entre la prueba legal y la libre convicción.

judiciales, en tanto estas se encuentran formadas por asertos susceptibles de ser verificables y refutables, aunque sea de forma aproximativa. Según el mencionado autor, la motivación asegura el control de legalidad y el nexo entre convicción y pruebas, y constituye una garantía de defensa («valor endo-procesal») y una garantía de publicidad (valor «extra-procesal»). Se apoya, además, en la «convicción razonada», frente a la «convicción autocrática» que encuentra su fundamento en la mera «inspiración del sentimiento». Es, en definitiva, el más importante «parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial». Para GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el Derecho*, cit., p. 199, la exigencia de motivación constituye indirectamente una garantía epistemológica al facilitar un control sobre el irreductible ámbito de discrecionalidad de la libre valoración, se trata, por tanto, de una «garantía de cierre del sistema cognoscitivista». Y, como declara TARUFFO, *La prueba*, cit., p. 435, a través de la motivación puede ejercerse un control *ex post* sobre la racionalidad de la decisión judicial.

³⁸ FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, cit., p. 622. Como explica el eminente jurista italiano, la obligación fue sancionada por primera vez en la Pragmática de Fernando IV de 27 de septiembre de 1774; después por el artículo 3 de la «Ordonnance criminelle» de Luis XVI de 1 de mayo de 1788; posteriormente, por las leyes revolucionarias de 24 de agosto y de 27 de noviembre de 1790 y por el art. 208 de la Constitución Francesa de 1795, y por fin recibida a través de la codificación napoleónica por casi todos los códigos decimonónicos europeos.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

De la comparativa realizada se pueden extraer algunas conclusiones especialmente clarificadoras:

– Al igual que sucede en la praxis jurídica actual, y así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus distintas jurisdicciones, en el Derecho romano clásico no se descalifica el testimonio único, tampoco se considera nulo, pero se tiene más cautela ante el mismo y, además, se ha de valorar en concurrencia con las demás fuentes probatorias, exigiéndose una motivación reforzada en su apreciación por parte del juez.

– Los fragmentos estudiados del Digesto ponen de relieve cómo el juez ha de valorar la prueba testifical, apreciando, no la cantidad de la prueba, sino la calidad de ésta, es decir, tendrá que considerar los testimonios más aptos, aquellos que cuenten con la luz de la mejor verdad, y no primará el número de testimonios. Esta directriz está presente, como hemos visto, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando este afirma el carácter valorativo de todo enjuiciamiento en el sentido de estimar los testimonios en atención a su peso y no a su número, prevaleciendo la calidad frente a la cantidad de prueba practicada.

– Según los textos clásicos, se debe examinar escrupulosamente la veracidad de los testigos con el objetivo de determinar que la deposición no sea sospechosa, *o por la persona por la que se hace, porque sea honrada, o por la causa, porque no sea causa ni lucro, ni de favor, ni de enemistad*, puesto que en caso de ser así, *el testigo ha de ser admitido*. Estos factores de indagación, muy próximos en su contenido a los parámetros actuales establecidos a tal fin, sirven de guía al juzgador, de la misma forma que los órganos judiciales actuales se rigen por lo preceptuado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de apreciar la idoneidad del testigo y, por ende, la fuerza probatoria de su declaración. Pensemos especialmente en el art. 367 LEC³⁹ que versa sobre las preguntas generales a través de las cuales, en todo caso, el Tribunal interpelará al testigo antes de iniciar su deposición y que recaen sobre extremos fundamentalmente enfocados en averiguar su imparcialidad, y que asimismo resultan ser similares a los establecidos en los textos romanos, como por ejemplo, el vínculo familiar o de otro tipo que pudiera tener el testigo con los litigantes (también con sus respectivos abogados y procuradores), si tiene algún interés en el asunto, si media amistad o enemistad con las partes y sus respectivas representaciones en el juicio, si ha sido condenado por falso testimonio, etc.

³⁹ En relación con el art. 376. Valoración de las declaraciones de testigos, y con el art. 377. Tachas de los testigos.

EL TESTIMONIO ÚNICO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA JURISPRUDENCIA... ■

– También los jurisconsultos romanos tuvieron en cuenta la relevancia del contacto directo en audiencia del juez con los elementos probatorios, en este caso con los testigos, para así poder tener un conocimiento cabal de lo actuado en este tipo de audiencias. Por ello, el juez, además de tener en cuenta quienes son los testigos, su dignidad y reputación, tendrá que prestar atención a quienes testificaron con un modo de hablar sencillo, ausente de contradicciones y aportando de forma inmediata respuestas verosímiles, pues estas circunstancias contribuyen a dilucidar la veracidad de sus declaraciones. Esto conecta con el principio de inmediación procesal –elemento integrante del debido proceso en nuestro Derecho vigente– que supone la percepción directa de la práctica de la prueba por parte del órgano judicial para poder tener un total conocimiento y formar su convicción.

– Asimismo, la preeminencia que se otorga a los testigos, que parecen ser los únicos dignos de crédito, frente a los testimonios escritos, según las instrucciones adrianeas, evidencia el relevante papel que desempeñaban las pruebas obtenidas de manera directa e inmediata, al asegurar una reciente formación del convencimiento del juez, en consonancia con el principio de oralidad que, además, en nuestro derecho procesal se erige como una exigencia constitucional (art. 120.2 CE) que debe darse en todos los procedimientos judiciales, especialmente en la justicia penal, y que afecta en gran medida a las pruebas personales, donde la fuente probatoria es una persona que interviene en el proceso, normalmente, a través del mecanismo de la palabra hablada, y a la que le serán formuladas oralmente las preguntas que procedan.

– Del mismo modo, según otro mandato de Adriano, el conocimiento del juez no puede limitarse a una sola especie de prueba, sino que atenderá al dictamen de su conciencia a la hora de estimar qué es lo que cree o le parece poco probado, ya que, según el emperador, no se puede definir suficientemente con ninguna regla qué argumentos bastan para probar una cosa cualquiera. Ciertamente, este precepto conecta con la práctica jurídica vigente, según la cual la fuerza probatoria de los distintos medios de prueba aportados la confiere el juez en función de un *iter* razonado. En consecuencia, el juez delimita el conjunto probatorio y después valora lo que de él se pueda racionalmente inferir.

Para finalizar, rememorando las palabras de Bentham, si es verdad que los testigos son los ojos y los oídos de la justicia, entonces podemos concluir que probablemente la prueba testifical es, y ha sido, para los sistemas jurídicos la más controvertida en cuanto a su valoración por el órgano jurisdiccional y, sin duda, la más frágil cuando ésta depende del testimonio de un solo testigo.

