

**GUÍA DE TRABAJO PARA
LOS TEXTOS DE APOYO DEL CURSO:
“VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL”**

Presidenta

Licda. Silvia Lizette Kuri de Mendoza

Consejales Propietarios

Dra. Mirna Ruth Castaneda de Alvarez

Dr. Carlos Mauricio Molina Fonseca

Dr. René Mauricio Castillo Panameño

Dra. María Hortensia Cruz de López

Licda. Marta Alicia Aguirre de Pérez

Lic. José Ricardo Reyes Escoto

**Proyecto de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos.
AECI - CNJ**

Escuela de Capacitación Judicial

Dr. José Ernesto Criollo - Director

Licda. Berta Díaz Zelaya - Sub-Directora

Oficina Técnica de Cooperación de la Embajada de España

Dr. Francisco Sancho López - Coordinador de la Oficina Técnica de Cooperación

Dra. Beatriz González - Directora del Proyecto de Capacitación

Autor:

Perfecto Andrés Ibañez

Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, CNJ - ECJ

Jefe de la Unidad: Licda. Karen de Sermeño

Diseño de Portada y diagramación: Licda. Patricia Martínez

Diagramación: Licda. Erika Ortiz

Los artículos publicados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador

Tels. 245-2449, 245-2450 y 245-2451.

INDICE

Presentación

Introducción	1
Objetivos Generales.....	2
Como trabajar los textos	3
Contenidos Generales	5

Textos de apoyo:

La función de las garantías en la actividad probatoria.....	59
Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal.....	84
“Carpintería” de la sentencia penal (en materia de “hechos”)	120
La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia	150
Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción	170
Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)	197
Sobre prueba y proceso penal	217

PRESENTACIÓN

La prueba es uno de los temas fundamentales en el trabajo de los jueces. Los derechos de las personas sometidas a una decisión judicial dependen de que el juez realice un uso solvente de aquélla. La aceptabilidad de la decisión por todos los demás miembros de la sociedad también está sujeta a que los hechos que la sostienen hayan sido efectivamente “probados”. Es, por tanto, una forma de proteger la actividad jurisdiccional del riesgo omnipresente de la arbitrariedad.

Los aspectos a tratar en un material de capacitación sobre la prueba pueden ser diversos. Tradicionalmente, se han distinguido tres momentos en la actividad probatoria: adquisición, práctica y valoración. Puede afirmarse que la atención de la doctrina, la jurisprudencia y la propia formación profesional del juez han insistido más en los dos primeros que en el tercero. Es curioso. Las primeras etapas llegan al conocimiento de los destinatarios de las decisiones judiciales precisamente gracias a la labor que el juez realice en la tercera de dichas fases. Pero aun así ésta ha recibido menos atención. Incluso cuando se menciona el tema “valoración de la prueba”, las expectativas se concentran en los objetos de esa valoración (en reglas sobre “medios”: las declaraciones de coimputados, la declaración de la víctima, etc.) más que en el procedimiento intelectual y expresivo que el juez debe cumplir al realizarla.

Es clara la necesidad de superar esa situación. Dadas esas condiciones –la importancia de la prueba y la usual desatención del tema de su valoración–, el Consejo Nacional de la Judicatura incluyó dentro de las actividades del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Judiciales y Jurídicos –que ejecuta con la asistencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional– varias capacitaciones relacionadas con ese aspecto de la prueba. Una de ellas se ejecutó en octubre de 2003 y los funcionarios judiciales participantes expresaron su amplia satisfacción por el tratamiento del tema.

Tal como lo ha hecho en anteriores ocasiones para ampliar el acceso a los beneficios de la capacitación, el Consejo asume la responsabilidad de replicar, con su equipo docente nacional, estas valiosas experiencias de aprendizaje sobre la práctica diaria de los Tribunales. Para facilitar esta labor, el Proyecto en mención incluye la obtención de tres productos complementarios –adicionales a la capacitación servida– respecto de cada actividad temática: un vídeo de las principales exposiciones orales del curso; una guía para su servicio docente posterior y un texto de apoyo para la capacitación futura.

El material que el lector tiene en sus manos corresponde al tercero de estos productos. Se aclara que los textos aquí reunidos no formaron parte del convenio de trabajo de la actividad aludida, sino que han sido generosamente facilitados por su autor, sin vínculo directo con el proyecto en referencia, pero con el abnegado designio de compartir con los operadores judiciales y jurídicos salvadoreños sus propuestas sobre el tema. La colaboración de Don Perfecto Andrés Ibáñez, Ilustrísimo Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, ha sido gestionada por la Dirección del Proyecto a iniciativa de la Sección Académica de la Escuela de Capacitación Judicial. Las razones de ello están ampliamente demostradas en el contenido de esta obra y convergen con el propósito del Consejo al organizar y ejecutar las capacitaciones sobre este tema: proponer orientaciones para mejorar el trabajo de los jueces en el ámbito de la valoración probatoria. La obra de Don Perfecto Andrés Ibáñez desborda por supuesto el tema de la valoración probatoria, pero los trabajos aquí reunidos demuestran que sí es una de las líneas más importantes de trabajo del Magistrado, en el plano de la producción científica dentro del Derecho. Tanto, que su nombre aparece como cita obligada en cualquier reflexión seria sobre el tema en la doctrina española y su participación es un privilegio del que se benefician los asistentes a cualificados congresos o encuentros académicos relativos a la materia.

Seguramente, una de las principales razones del aprecio que merecen las opiniones del Profesor Ibáñez en este asunto es que surgen desde la práctica como juzgador, como actor cotidiano de las delicadas responsabilidades que su obra esclarece. También hay que destacar, en sus propuestas sobre la valoración de la prueba, el admirable dominio de enfoques que trascienden no sólo las perspectivas del Derecho Procesal, sino las del Derecho mismo, guiando a sus lectores hacia las fronteras con otras disciplinas, penosamente olvidadas en la formación de los jueces y abogados: la Psicología, la Teoría del Conocimiento y la Filosofía del Lenguaje.

Puesto que sus trabajos proyectan fielmente esas ilustradas características –y muchas otras virtudes académicas y prácticas que no alcanzamos a expresar– el Consejo Nacional de la Judicatura agradece profundamente al Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez su altruista cesión del derecho a publicar los artículos que en esta obra se recogen. Sólo uniéndonos en el propósito de elevar la calidad de las decisiones judiciales en materia de hechos –e incrementar con ello la dignidad de nuestra justicia– podemos compensar tan apreciable gesto. Y efectivamente, al presentar este documento a los operadores jurídicos salvadoreños el Consejo rubrica plenamente la inspiradora reflexión de su autor, cuando en uno de estos textos escribe: “En tema de cultura de la motivación hay un amplísimo trecho por recorrer. Mirando hacia

adelante, es patente que se está en los primeros pasos. Pero, si se compara lo que de esta materia comienza a hacerse presente en el ambiente jurídico y jurisdiccional con lo que había hace sólo algunos años, cabría ese mínimo de optimismo de la voluntad que hace falta para tratar de empujar la realidad hacia adelante.”

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
Diciembre, 2003

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este documento es facilitar el trabajo personal que los operadores jurídicos realizarán al prepararse para el servicio presencial del curso a que se refiere esta obra. Es decir, proponer una guía para el estudio y la investigación de los aspectos planteados en los distintos artículos que este libro recoge.

La estrategia del Consejo Nacional de la Judicatura, con la valiosa asistencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional, pretende mejorar la calidad de las experiencias de capacitación judicial mediante la entrega anticipada de lecturas o textos de apoyo que los capacitandos “trabajen” antes de asistir a las capacitaciones. Para ello se acompaña a los materiales de estudio con una guía como la presente, que intenta orientar sobre los aspectos a los que, en el esfuerzo de auto gestión del aprendizaje, el capacitando deberá prestar mayor atención, criticando, cotejando con la práctica cercana a sus labores, o enriqueciendo con sus propias reflexiones.

En esta oportunidad el material de base consiste en una serie de artículos elaborados por el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, y publicados en distintas obras colectivas de la doctrina española. Tal como se especifica más abajo, los trabajos aquí reunidos tienen un “tronco común”: las ilustradas reflexiones de su autor sobre las exigencias de la valoración de la prueba en la fundamentación o motivación de la sentencia penal. Específicamente, de esa valoración considerada desde una perspectiva que conjuga áreas de conocimiento adicionales a la exclusivamente procesal. Tener acceso a esta colección y utilizarla como base para el desarrollo de las capacitaciones presenciales del curso antes mencionado es una valiosa oportunidad para estimular el tratamiento local del tema desde esos otros enfoques. Seguro que con ello se logrará –pues así lo pretende el Consejo- elevar los niveles de compromiso de los funcionarios judiciales salvadoreños y demás operadores jurídicos, con el deber constitucional de fundamentar sus decisiones. Precisamente, al dimensionar de mejor manera las delicadas implicaciones que dicha obligación tiene en materia de hechos.

II. OBJETIVOS GENERALES

* Identificar las implicaciones del deber de fundamentación de la sentencia penal en cuanto a la valoración de la prueba, sobre la base de la calidad del conocimiento que el juez obtiene dentro del proceso.

* Revisar la definición más generalizada, en el ámbito judicial salvadoreño, de las máximas de experiencia como elementos integrantes de la sana crítica.

* Cotejar las prácticas jurisprudenciales salvadoreñas en la estructura de la argumentación probatoria de la sentencia con las propuestas de construcción del razonamiento judicial de los hechos que presentan los textos de apoyo.

* Evaluar críticamente los alcances del principio de inmediación frente a la posibilidad de control sobre la justificación de la valoración de la prueba en instancias recursivas posteriores.

III. ¿CÓMO TRABAJAR LOS TEXTOS?

Respecto de cada uno de los textos se presenta una guía de trabajo para realizar su estudio y aprovechamiento. Los principales pasos que se recomiendan son:

A) La ejecución de actividades iniciales sobre cada tema: su finalidad es que el propio operador explice su visión actual frente a las propuestas de cada artículo y se disponga de mejor modo a explorarlas. En todo momento, utilizando como referencia su propia práctica y la identificación de los aspectos en que ésta puede mejorarse con la aplicación de las ideas presentadas en la obra. Es conveniente que estas actividades iniciales se cumplan antes de comenzar a leer el material respectivo.

B) El desarrollo de actividades, preguntas o ejercicios vinculados al texto de los artículos. Como ya se mencionó, con estas propuestas de trabajo se persigue: resaltar los contenidos más relevantes para la valoración de la prueba por los operadores jurídicos salvadoreños; asistir al capacitando en su proceso mental de análisis crítico de los insumos que la obra contiene; y sugerirle cauces de aplicación inmediata.

C) Actividades de cierre: con éstas el operador efectuará, al final de cada texto, una auto evaluación del aprovechamiento conseguido y de la utilidad del material estudiado.

Además de seguir esta sucesión de pasos propuestos al lector, las guías específicas de cada texto contienen otros elementos facilitadores del mejor aprovechamiento de material. Así, comienzan con un sumario del texto a que se refieren. Esto no forma parte de las versiones originales del autor y para no alterar los trabajos de éste se ha preferido incorporarlos a las guías específicas. En estos sumarios se han numerado todos los subtítulos principales del texto, para ilustrar el orden en que aparecen, pero se aclara que esos números no están dentro del contenido de los textos aquí publicados. Se espera que al leer previamente el sumario, el capacitando se “disponga mentalmente” al descubrimiento y la exploración de los contenidos que cada epígrafe advierte. Que libere de inmediato sus cuestiones, dudas, conocimientos previos, “certezas” actuales, etc. sobre dichos contenidos. De este modo estará facilitando, el lector mismo, su aprendizaje de los temas. Anote todas esas “ideas emergentes” al inicio del estudio de un texto y cotéjelas con lo que aprenda después de haber “trabajado” estos materiales.

Como una guía sobre lo que se espera que logre después del estudio, se han incluido objetivos específicos para cada texto. Se recomienda pensar en ellos detenidamente antes de pasar al texto, para

evaluarlos, en su claridad y posibilidad de alcanzarlos. Si el resultado de este análisis es positivo, comprométase con esos objetivos y utilícelos como faros que orienten su exploración del material.

Para quienes deseen profundizar o ampliar contenidos, algunas actividades sugeridas hacen referencia a otros materiales complementarios que están a disposición de los capacitandos en la Biblioteca de la Escuela de Capacitación Judicial.

Todas estas labores de estudio auto dirigido colocarán a los operadores en óptimas condiciones para participar en las actividades presenciales de capacitación, propiciando que éstas se concentren en un diálogo auténtico con los capacitadores sobre las cuestiones que hayan surgido al trabajar los textos, la viabilidad de aplicar las propuestas del autor o la ejercitación de las mismas mediante la redacción de resoluciones o el análisis de casos jurisprudenciales.

IV. CONTENIDOS GENERALES

Orden	Tema	Publicado originalmente en:
Texto 1	La función de las garantías en la actividad probatoria.	Cuadernos de Derecho Judicial. La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Madrid: CGPJ*, 1993.
Texto 2	Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal.	Cuadernos de Derecho Judicial. La sentencia penal. Madrid: CGPJ, 1992; y en: DOXA, N°.12, 1992.
Texto 3	“Carpintería” de la sentencia penal (en materia de “hechos”).	Revista del Poder Judicial N°. 49, 1998.
Texto 4	La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia.	Estudios de Derecho Judicial, N°. 32. Lenguaje Forense. Madrid: CGPJ, 2000.
Texto 5	Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción.	Revista del Poder Judicial N°. 57, 2000.
Texto 6	Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica).	Revista Jueces para la Democracia N°. 46, marzo 2003.
Texto 7	Sobre prueba y proceso penal.	Revista Discusiones N°. 3, disponible en: www.cervantesvirtual.com/port al/DOXA .

*CGPJ = Consejo General del Poder Judicial.

V. GUÍAS ESPECÍFICAS

Texto 1

LA FUNCION DE LAS GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

a. Sumario

I. Introducción. II. Saber y poder en el proceso penal. III. Acerca de la verdad procesal. IV. Principio de contradicción y garantías procesales. V. Desarrollo cognoscitivo de la actividad probatoria. VI. La motivación de la convicción como garantía de la actividad probatoria. VII. Algunos aspectos de la actividad probatoria en alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. VIII. Valoración crítica. IX. Una función implícita de las garantías probatorias.

b. Objetivos específicos.

Después de estudiar este texto, estará en capacidad de:

§ Exponer su opinión sobre la utilidad de las garantías procesales para mejorar la calidad del conocimiento en que se funda la sentencia del juez penal.

§ Reconocer en la jurisprudencia salvadoreña algunas expresiones, formas de resolver o tesis incompatibles con las características de la “verdad” que es posible obtener mediante el proceso penal.

§ Opinar sobre los efectos que debe tener en la fundamentación de las sentencias, la clase y las condiciones del conocimiento obtenido mediante el proceso.

c. Actividad inicial

Lea los fragmentos siguientes de unas líneas jurisprudenciales sobre prueba indiciaria y el principio in dubio pro reo (las cursivas no son del original):

“La convicción judicial en un proceso penal, se puede formar sobre la base de una prueba indiciaria. Es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría en ocasiones a la impunidad de ciertos delitos y especialmente de los perpetrados con mucha astucia, lo que provocaría una grave indefensión social.

Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certeza sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delitos.

El indicio o indicios acreditados y el que se trata de probar halla un enlace preciso y directo según la regla del criterio humano. Ello significa que el indicio o indicios nos llevan inequívocamente a una sola y exclusiva conclusión y que no exista probabilidad de alguna otra u otras hipótesis. Lo ordinario y deseable es que no haya un único indicio, sino varios, con el fin de que resulte reforzada la conclusión probatoria, porque parece razonable pensar que si varios indicios convergen hacia un mismo hecho presunto, mayor fuerza probatoria tendrá la conclusión que se obtenga por vía presuntiva". (Sentencia de las 11:05 del 09/01/02, Cámara de la Tercera Sección de Occidente).

"Sólo el estado de certeza puede fundamentar una decisión condenatoria del imputado; ni la duda ni la probabilidad son suficientes para emitir un juicio de culpabilidad, esto es lo que se conoce como el Principio In dubio pro reo, y su aplicación se refiere a elementos de convicción positivos o negativos, pero de hecho, no de derecho". (Sentencia del 03/11/99, T 2° S. San Salvador)

A continuación responda las siguientes preguntas:

§ En cuanto a la primera de las líneas jurisprudenciales citadas:

1. ¿Está de acuerdo con que hay casos en los que sí es posible obtener "prueba directa" sobre los "hechos" sometidos al juez penal?

2. ¿Podría decirse que cuando se obtenga "prueba directa" disminuirá la exigencia del "proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano (que lleve) a considerar probados los hechos constitutivos de delitos"?

3. ¿Acepta Ud. la idea que la prueba indiciaria debe producir "certeza", de modo que lleve "a una sola y exclusiva conclusión y que no exista probabilidad de alguna otra u otras hipótesis"?

§ En cuanto al segundo de los fragmentos transcritos:

1. ¿Le parece aceptable la idea que el principio in dubio pro reo implica rechazar la probabilidad como sustento de una condena

penal?

2. ¿Es posible obtener “certeza” de la culpabilidad de una persona mediante el proceso penal?

d. Actividades, preguntas y ejercicios propuestos

En la introducción (I) del texto:

§ ¿Cuál es la definición de “garantías” que utiliza el autor? Notará que está ampliada en el primer párrafo del apartado IV. Coteje esa definición con la que Ud. ya conocía. ¿Es compatible? ¿Permite diferenciarlas con los llamados “principios del proceso y del procedimiento”?

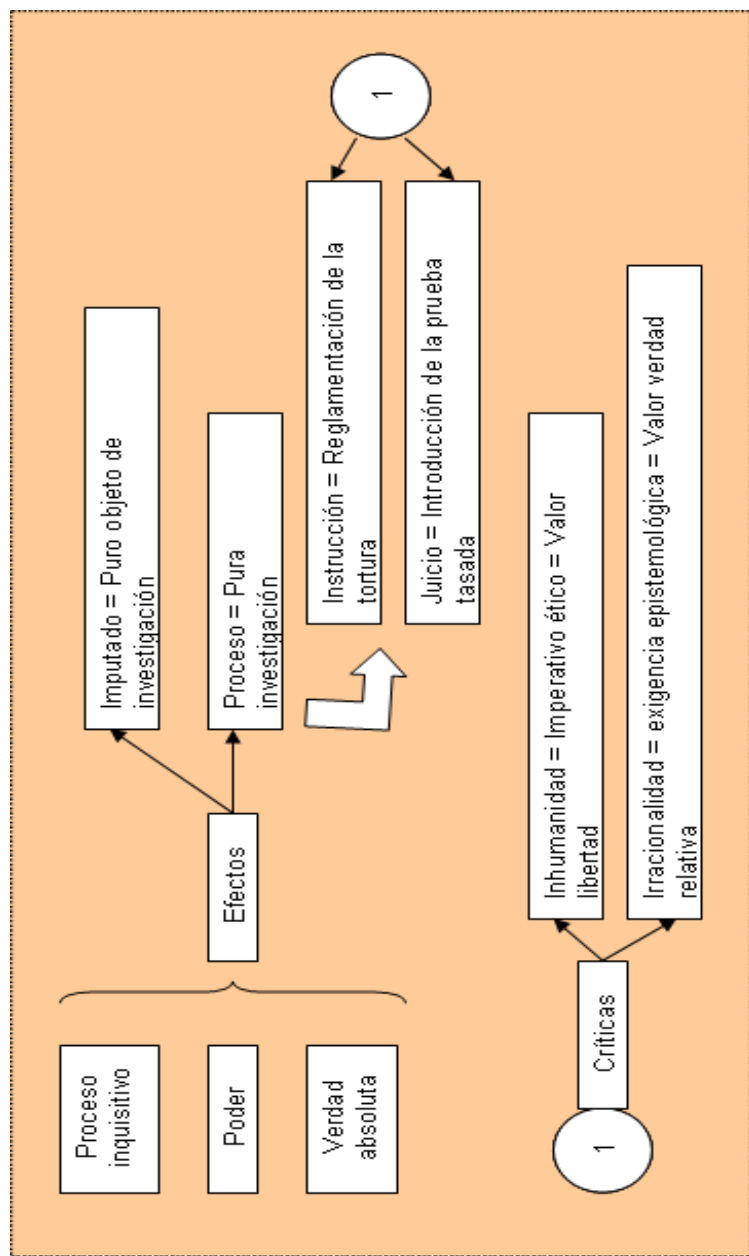
Para una propuesta de distinción, puede consultar: González Bonilla, Rodolfo: “Garantías del Debido Proceso”, en: González Bonilla y otros: Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. San Salvador: UTE-UPARSJ, 2000. pp. 53-89.

§ ¿En qué consiste la “visión reductiva del papel de las garantías” que el autor propone superar?

Lea el trabajo. “Los principios procesales penales. Primera aproximación crítica” (San Salvador: FUSADES. Boletín de estudios legales N°. 24, diciembre de 2002). ¿Podría considerarse una manifestación fundamentada de la “visión reductiva” a que se refiere el autor del texto?

En el apartado (II) Saber y poder en el proceso penal

§ Explique con sus propias palabras el siguiente esquema:



§ Conteste las preguntas siguientes:

1. ¿Cuáles son las críticas que merece la propuesta ilustrada del proceso penal?

Observe que el autor vuelve a mencionarlas en el primer párrafo del apartado III.

Un planteamiento más extendido de estas críticas puede verse en: Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997. pp. 38 y 39. “Apartado 4. Garantismo y utopía liberal: cuatro dimensiones del poder judicial”

2. ¿Estaría Ud. de acuerdo con la afirmación que la prueba tasada es irracional, no tiene eficacia probatoria o no conduce a la verdad?

Note que el autor destaca que ese sistema pretendía acomodar el juicio a reglas de experiencia de supuesta validez universal.

Para ampliar la consideración crítica de las reglas de la prueba tasada, lea la opinión que sobre las “máximas de experiencia” contiene el texto: Taruffo, Michelle: “Función de la prueba: la función demostrativa”, en: Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003. pp. 176-183

En el apartado (III) Acerca de la verdad procesal

§ Verifique si el cuadro que aparece abajo corresponde a las ideas expuestas en el texto.

Juez e Historiador como buscadores de verdad	
Semejanzas	Diferencias
<p>§ La verdad que ambos pretenden se refiere a hechos pasados.</p> <p>§ Por tanto, esos hechos no pueden ser conocidos en sí mismos.</p> <p>Sólo se puede acceder a ellos en forma mediata (gracias a vestigios conservados o rastreados en la experiencia actual).</p>	<p>§ Los hechos que interesan al juez ocurrieron más recientemente.</p> <p>§ El juez tiene acceso a fuentes más vivas de conocimiento.</p> <p>§ La verdad que busca el juez es “reglada”, tanto en el procedimiento (manera o forma de alcanzarla), como en el objeto (los hechos sobre los que ella se afirma sólo pueden ser los que tengan relevancia legal).</p>

En los apartados (IV) Principio de contradicción y garantías procesales y (V) Desarrollo cognoscitivo de la actividad probatoria.

§ Exponga su opinión sobre la relación entre la significación política y gnoseológica (epistemológica o cognoscitiva) de las “garantías” mencionadas en el texto. Organice sus ideas según el cuadro siguiente:

“Garantía”	Significación política	Significación epistemológica
1. Formulación de la acusación		
2. Derecho de defensa del imputado		
3. Oralidad (inmediación y concentración)		

§ El autor propone que el significado original de estas “garantías” fue de orden cognoscitivo. Según el texto, ¿por qué adquirieron además una connotación política?

§ Investigue si en la jurisprudencia nacional de los Tribunales de Sentencia hay algún caso en que se haya fundamentado la nulidad de la acusación (cuando no ha cumplido los requisitos del Art. 314 CPP) en los problemas que ella implica en el plano epistemológico.

§ ¿Qué similitud puede establecerse entre las consideraciones del autor sobre la inferencia judicial como “inferencia inductiva” y el fragmento jurisprudencial siguiente?:

“Siempre que se realiza valoración de elementos de prueba, sean estas, de la clase testimonial pericial o documental; no se podría dejar de lado el tener presente la finalidad de la prueba, pues como primera finalidad, no única como veremos después, pretende lograr la convicción judicial a cerca de la afirmación de un hecho, convicción que no gira en torno a la veracidad o falsedad del hecho base de la afirmación, ni tiene como apoyo el dato de la existencia o no de tales hechos, por el contrario, la convicción es respecto de la exactitud de la afirmación fáctica, no convicción

en términos de certeza absoluta sino únicamente de probabilidad. O sea que la convicción judicial sobre la prueba, es un juicio de verosimilitud, de probabilidad, entre la afirmación del hecho y el hecho acaecido” (Sentencia del 13/III/01, T 4° S. San Salvador)

§ Investigue si hay algún caso en que el que la decisión judicial utilice una “inferencia deductiva”. Exprese su propia opinión sobre el particular.

Puede consultar, entre otros, los textos siguientes: Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin: “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en: De los mismos autores: Análisis Lógico y Derecho. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. pp. 303-309; Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997. pp. 54-55. Apartado 2. “La deducción jurídica y la verdad opinable de las premisas”; Gascón Abellán, Marina: Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. pp. 98-101; y Climent Durán, Carlos: La prueba penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. pp. 47-48; 85-92; y 101-108

§ El autor caracteriza la valoración judicial de la prueba como “siempre subjetiva y en términos de probabilidad”. ¿Qué consecuencias tiene esto en el significado del principio in dubio pro reo? Lea nuevamente el segundo de los fragmentos jurisprudenciales expuestos en la actividad inicial. Luego responda: ¿Está de acuerdo el Tribunal del que procede esa jurisprudencia con el planteamiento del autor? ¿Cuál es su propia opinión sobre esto?

En el apartado (VI) La motivación de la convicción como garantía de la actividad probatoria.

§ Conteste las preguntas siguientes:

1. El autor sostiene que “la intensidad y el alcance de la motivación están dados por las características mismas del acto decisorio”. ¿Qué consecuencias tiene –en el plano de los fundamentos fácticos de la sentencia- el aceptar esa afirmación?

2. Comparte Ud. la idea que el deber de motivación funciona como “auto control” para el juez. ¿En qué sentido puede considerarse esto como una garantía epistemológica (o en qué mejora la calidad del conocimiento judicial)?

Se recomienda consultar los textos: Gascón Abellán, Marina: Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba.

Madrid: Marcial Pons, 1999. pp. 200-202; y Aguiló Regla, Josep: "Independencia, imparcialidad y argumentación jurídica", en: Isonomía N°. 6, abril 1997. pp. 71-79 (disponible en www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA); y la nota a pie de página N°. 26 del texto en estudio.

En los apartados (VII) La motivación de la convicción como garantía de la actividad probatoria y (VIII) Valoración crítica.

§ Sobre la base de las críticas que el autor expone ante la separación tajante entre "pruebas directas" y "pruebas indirectas", ¿considera apropiada la terminología utilizada en el fragmento jurisprudencial siguiente?:

"La información acreditada no determina la existencia de algún elemento probatorio directo que establezca la autoría de MONTERROSA. No obstante lo anterior estos jueces advierten que la inexistencia de prueba directa no constituye base para una conclusión absolutoria si indicios fuertes coherentes y concordantes permiten colegir la intervención delictiva. En el marco de la última idea, la prueba indiciaria implica la demostración de un hecho a través del cual se puede inferir, mediante una operación lógica, la existencia de otro; en el sentido expuesto el hecho probado debe conducir inequívocamente a tener por establecido el hecho desconocido en razón de no existir la prueba directa" (Sentencia del 13/IX/01, T 6° S. San Salvador).

§ Lea los párrafos siguientes de dos sentencias locales:

"[...] la diferencia entre el "animus vulnerandi" y el "animus necandi", se obtiene de un riguroso análisis y subsiguiente valoración de los datos aportados como prueba en la vista pública y apreciados en su conjunto para así advertir ese hecho psicológico llamado intención que como bien sabemos en el accionar de una persona es netamente de carácter interno, por lo que dicha voluntad se ha establecido en el presente caso con los datos siguientes: la idoneidad del arma empleada, no obstante ser una arma artesanal o hechiza, se encuentra en buen estado de funcionamiento, apta para disparar cartuchos de calibre 12 y causar daños como cualquier arma de fuego, y por la ubicación de la lesión al haber impactado a nivel de tórax y además por la misma profundidad lesionó el pulmón derecho, poniendo en peligro la vida de dicha víctima según lo manifestado por el perito Juan Carlos Cuellar Zepeda. Asimismo, la exteriorización por parte del acusado del deseo de matar a la víctima, por dicha razón no hay ninguna duda para calificar en

forma definitiva este injusto como delito de HOMICIDIO SIMPLE IMPERFECTO O TENTADO, previsto y sancionado en el Art. 128 en relación a los artículos 24 y 68 del Código Penal, en virtud de que los actos tanto subjetivos como objetivos del tipo penal realizados por el encausado iban encaminados a la plena realización del delito tipo de Homicidio, es decir a la consumación del mismo” (Sentencia del 22/I/03, T S. Cojutepeque).

“Como última consideración debe estimarse: si el imputado ha actuado dolosamente en su obrar. El dolo de sobra es conocido, que es un hecho psicológico que en virtud de esa naturaleza pertenece al arcano del sujeto, dada esa característica especial es importante desentrañar de qué manera conviene acreditar el dolo. Sobre ello, mi opinión –siguiendo al grueso de la doctrina– es que el dolo se acredita mediante inferencias hominis que tengan como base el concurso de medios de prueba autónomos. De ese conocimiento de los hechos que informen los medios de prueba respectivo, será plausible deducir cuál era la intención y la voluntad del agente al momento de ejecutar su acción; ello es, en definitiva, el ejercicio del razonamiento como forma de apreciación de la prueba que permite el sistema de la libre convicción probatoria –o sana crítica–. [...] En el presente caso es inobjetable que la exterioridad de los actos que realizó el imputado están mostrando una indeclinable y reiterativa voluntad y conocimiento de matar, el imputado ha disparado dieciocho veces en contra de la víctima, ello demuestra que hay un dolo directo y reiterado de querer la muerte del ahora fallecido, por lo que el elemento subjetivo del delito queda plenamente demostrado merced a los actos que el imputado desplegó. Si el acusado ha disparado en contra del fallecido en dieciocho ocasiones, se tiene por probado que su intención es privarlo de la vida y en tal sentido queda firmemente establecido el animus occidendi del sujeto que se infiere de los actos externos que ha desplegado. Cuando se ha disparado en tantas ocasiones contra una persona el dolo que se aprecia es directo en el sentido que el imputado ha querido matar con previo conocimiento de que está realizando esa actividad. (Sentencia del 13/V/02, T 3° S. San Salvador).

Según su opinión, ¿se ha utilizado una caracterización de los “hechos psicológicos” orientada a evadir en algún grado la motivación fáctica de la sentencia?

§ En cuanto a la relativización de la exigencia de prueba, el autor concluye que “todo lo que constituya el objeto de una afirmación de contenido inculpatario tendrá que acreditarse probatoriamente y ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica, con criterios racionales explícitos”. Lea los fragmentos jurisprudenciales siguientes:

“De la lectura del artículo 116 del Código Penal, se deduce el principio de accesoriadad de la acción civil en relación con la acción penal, lógico es concluir que la imposición de una carga de carácter de responsabilidad civil ha de surgir de manera legítima toda vez que se haya declarado con certeza la existencia de una responsabilidad penal; caso contrario, ha de absolverse al imputado en responsabilidad civil” (Sentencia del 22/III/00, T 1° S. Santa Ana)

“Si la Fiscalía General de la República en su acusación no ofreció pruebas ni manifestó nada en el juicio oral y público, pero sí la solicitó en los alegatos relativos a determinar la pena imponible (...) el Juez considera procedente condenar al culpable en responsabilidad civil” (Sentencia del 08/IV/99, T 1° S. San Miguel)

“Habiéndose ejercido la acción civil conjuntamente con la Acción Penal y en legal forma, conforme al Inc. 2° del Art. 43 e inciso último del Art. 314 CPP., que, aunque en la vista pública no se alegó ni probó lo relacionado a la misma, este Tribunal considera de oficio, y tomando en cuenta lo solicitado por la víctima, por haber incurrido en gastos de curación por la lesión sufrida, procedente condenar a pagar la cantidad de DOS MIL COLONES, en concepto de reparación por el daño causado por el delito cometido. Respecto a las Costas Procesales conforme al artículo 181 Cn., se debe absolver al referido procesado” (Sentencia del 22/I/03, T S. Cojutepeque).

¿Percibe Ud. alguna “relativización de la exigencia de prueba”? ¿Podría sostenerse que ella es válida y que lo planteado por el autor sólo se refiere a la fundamentación de la responsabilidad penal?

Para ampliar las ideas sobre los conceptos: “prueba directa e indirecta”; “juicios de valor”; y “hechos psicológicos”, consulte: Gascón Abellán, Marina: Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. pp. 73-92.

e. Actividad final

§ Exponga con sus propias palabras las ideas principales del texto con relación a los temas siguientes:

* Tipo de verdad que el juez puede alcanzar en el proceso

- * Función epistemológica de las garantías: formulación de la acusación; derecho de defensa del imputado y motivación.

* Relación entre la calidad del conocimiento judicial dentro del proceso y su deber de fundamentación en materia de hechos

* Vicios que se cometen en la jurisprudencia relacionados con el alcance del deber de motivar los hechos en la sentencia

§ Escriba un párrafo breve (máximo diez renglones) con su opinión sobre la utilidad de estas ideas como herramienta para mejorar la jurisprudencia salvadoreña en materia de valoración de la prueba.

Texto 2

ACERCA DE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA PENAL.

a. Sumario.

I. Introducción. II. Hechos. III. Reconstrucción judicial de los hechos: modelos de referencia. 1. El historiador. 2. El detective. IV. Convicción libre del juez: de inspiración a inducción. 1. 'Intime conviction'. 2. La inferencia inductiva del juez. 3. El papel de las máximas de experiencia. V. La motivación de los hechos en serio. VI. Casación: juzgar el juicio de hecho.

b. Objetivos específicos.

Después de la lectura del artículo podrá:

- Reconocer la necesidad de, cuando se invoque una máxima de experiencia, argumentar específicamente sobre su fiabilidad en el caso concreto.

- Opinar razonadamente sobre el alcance que debería tener el control casacional sobre la fundamentación de la sentencia en materia de hechos.

c. Actividad inicial.

Reflexiona sobre lo siguiente: ¿cuál es el criterio, que existe en nuestro sistema judicial, sobre la valoración de los hechos en casación. ¿Es revisable la valoración sobre los hechos?

d. Actividades, preguntas y ejercicios propuestos.

Lea el siguiente párrafo tomado del artículo “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)” de Daniel González Lagier.

La interrelación percepción-interpretación: la percepción y la interpretación de un hecho no son procesos totalmente independientes, sino que se condicionan mutuamente. Por un lado, las interpretaciones se basan en los datos sensoriales que recibimos de los hechos pero, por otro lado, nuestra red de conceptos, categorías, teorías, máximas de experiencia, recuerdos, etc. (que constituyen un trasfondo necesario para interpretar los hechos)

dirigen de alguna manera nuestras percepciones y actúan como criterio de selección de los datos sensoriales que recibimos. Por decirlo adaptando una imagen de Jesús Mosterín, el Transfondo es una malla con la que aprehendemos una parte de la realidad, pero otra parte se nos escurre como el agua entre las redes.

Esta dependencia de la percepción respecto de factores socio-culturales ha sido señalada por los psicólogos a partir de las investigaciones de la corriente conocida como new look o “teoría de los estados directivos”, que han demostrado que la “percepción no depende solo de la naturaleza de las estímulos, sino que sobre ella influyen los estados y disposiciones del organismo. Percibir no es recibir pasivamente estimulación; es seleccionar, formular hipótesis, decidir, procesar la estimulación eliminando, aumentando o disminuyendo aspectos de la estimulación. Al igual que todo proceso, la percepción resulta afectada por el aprendizaje, la motivación, la emoción y todo el resto de características permanentes o momentáneas de los sujetos”. Así, por ejemplo, el tamaño con el que vemos un objeto y la velocidad con la que lo recorremos viene influido por el valor que le atribuimos.

-¿Cuál es la relación existente entre hecho y conocimiento; hecho y derecho, planteada en el apartado II (Hechos), del texto y el párrafo anterior?

-¿Qué entiende por proposiciones normativas y proposiciones asertivas?

-Enumere las diferencias entre el juez detective y el juez historiador.

Juez Detective	Juez Historiador

e. Actividad Final.

En el supuesto que tuviera que controlar la valoración de los hechos acreditados por un tribunal de sentencia, es decir el razonamiento, por medio del cual llegó a tener por probados unos hechos, de que forma lo haría.

Texto 3

CARPINTERÍA DE LA SENTENCIA PENAL (EN MATERIA DE 'HECHOS').

a. Sumario.

I. Introducción. II. La sentencia como acto de poder: particularidades. III. Estatuto del 'hecho'. IV. Apunte sobre la verdad procesal. V. Contextos de la jurisdicción. VI. La obtención de los datos probatorios. VII. De los datos probatorios a los hechos probados. VIII. La motivación en materia de hechos. IX. La expresión de la motivación en materia de hechos en la sentencia. X. S e n t e n c i a estándar y modelo que se propone.

b. Objetivos específicos.

Después de la lectura podrá:

- Diferenciar en el contenido de una sentencia los juicios de valor de los juicios de hecho.

- Estructurar las sentencias en base al valor de las proposiciones emitidas en el juicio.

c. Actividad Inicial.

Reflexiona sobre lo siguiente:

-¿ Será posible llegar a la verdad real dentro del proceso penal?

-¿Qué nivel de conocimiento crees que sea posible alcanzar en un proceso penal?

-¿Cómo garantizar que el conocimiento alcanzado dentro del proceso es suficiente para fundar en él una decisión judicial?

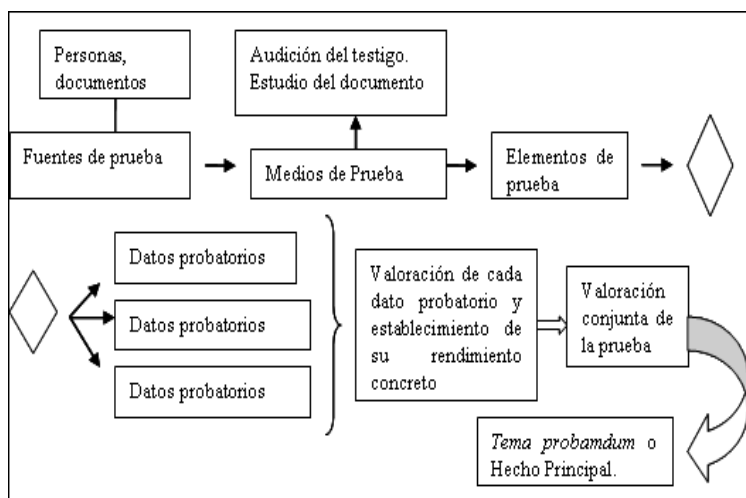
d. Actividades, preguntas y ejercicios propuestos.

Elabora un glosario de los 10 términos más difíciles de comprender en la separata.

No.	Término	Significado
1		
2		
3		
4		
5		
6		
7		
8		
9		
10		

-¿Cuál es el iter que sigue el juez en el proceso cognoscitivo para la apreciación de la *questio facti*?

-A continuación se esquematiza el sistema analítico de apreciación de las pruebas. Haga un diagrama sobre el sistema holístico. Luego enuncie las diferencias entre uno y otro.



Lea el texto siguiente tomado de la obra “Valoración de la Prueba” de Casimiro A. Varela (Ed. Astrea, 1ª reimpresión 1999, Buenos Aires, p. 107):

“Pone de relieve Sentís Melendo que el concepto de conjunto es el que aquí domina por su trascendencia: el examen concienzudo debe ser de cada prueba separadamente y de todas las pruebas juntas, así como del resultado del procedimiento en su totalidad.

No obstante lo dicho, cabe manifestar que en el análisis de la prueba ofrecida y producida, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones.”.

- ¿Comparte éste último autor las afirmaciones contenidas en el texto objeto de análisis?

- Expone tus argumentos.

- Explique con sus palabras las afirmaciones siguientes y luego exponga cuál es la relación que existe entre ellas:

Afirmación 1: En materia probatoria se trabaja no con hechos sino con proposiciones.	Afirmación 2: Lo fáctico en el proceso está lingüísticamente mediado.
Explicación 1:	Explicación 2:
Relación 1 y 2:	

-¿Cuál es la importancia que tiene para la valoración probatoria la diferenciación entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación? Lea el párrafo que se transcribe del artículo de Josep Aguiló Regla.

Contexto de descubrimiento de una decisión y contexto de justificación. En la teoría de la ciencia suele distinguirse entre “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación” de una teoría o hallazgo científico. La primera expresión se utiliza para referirse al contexto en el que se desenvuelve la ciencia, esto es, al proceso en el que se descubre algo o se formula una teoría. En el contexto de descubrimiento están particularmente interesadas la historia y la sociología de la ciencia y en él se pueden incluir y considerar relevantes cosas tan heterogéneas como las fuentes de inspiración (Newton y la manzana), el azar o la buena fortuna (Fleming y la penicilina), las peripecias de los investigadores (J. Watson y F. Crack y el modelo de la doble hélice del DNA), las decisiones de política científica (el papel de los presupuestos y los programas de investigación), las decisiones políticas generales (el papel de la guerra en el desarrollo científico), etc. Pero lo importante, para quienes aceptan esta distinción, es que no existiría una “lógica del descubrimiento”. Frente a ésta noción, la de “contexto de justificación” alude al proceso o actividad de validar, justificar, una teoría o descubrimiento científico. A diferencia del caso anterior, sí habría una “lógica de justificación” que vendría dada por lo que se conoce como el método científico. Para quienes aceptan la distinción, lo segundo es independiente de lo primero. Por decirlo de manera breve, la famosa manzana de Newton tal vez explicase muchas cosas pero no quitaría ni pondría nada a la validez o no de la teoría de la gravitación universal.

Esta distinción ha sido utilizada en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. En particular, en el caso de las decisiones judiciales, la transposición se ha hecho para distinguir entre lo que puedan ser los móviles psicológicos, el contexto social, las circunstancias ideológicas, etc. que puedan haber llevado a un juez a dictar una determinada resolución, por un lado; y, por otro, las razones que el juez alega para tratar de mostrar que su decisión es correcta o válida. Mientras que respecto de lo primero cabrían estudios de tipo empírico, lo segundo vendría gobernado por lo que se llama el método jurídico. Del mismo modo, aquí se produciría también una independencia entre unas cuestiones y otras: la corrección de una decisión judicial vendría dada por la corrección de las razones dadas por el juez en su resolución y sería, en este sentido, lógicamente independiente del contexto de descubrimiento en que se ha producido.

Pongamos un ejemplo para mostrar en qué pueda consistir esa independencia entre unas cuestiones y otras. Considérese estas dos afirmaciones: primero, “la tendencia a la benevolencia que exhiben algunos jueces hacia el delito de insumisión es debida a (se explica como consecuencia de) la proximidad social (afinidad de clase, cultural, vecinal, biográfica, etc.) entre jueces e insumisos”; y, segunda, “esas mismas ‘decisiones benevolentes’ están bien fundadas y son conformes a Derecho. La independencia entre ellas se muestra en que caben todas las combinaciones posibles en la aceptación y el rechazo de las mismas.

- Identifique al menos tres aspectos en los que la distinción anterior se manifiesta.

b. Actividad Final.

Elabore dos propuestas:

- Una que trate de asegurar una valoración de prueba, en materia de hechos, que posibilite su control.

- Una, que tomando en cuenta que en el proceso penal se trabaja en base a proposiciones, intente cotejar el grado de probabilidad de cada una de ellas.

Tomando en cuenta lo expresado por el autor en el apartado: Sentencia estándar y modelo que se propone:

- Examine la estructura de sentencia penal propuesta y exponga si existe diferencia con la actual estructura usada por nuestros tribunales

Texto 4

LA ARGUMENTACIÓN PROBATORIA Y SU EXPRESIÓN EN LA SENTENCIA.

a. Sumario.

I. Introducción. II. Los hechos en el proceso. III. Operar con “hechos”. IV. Por qué ha de justificarse la decisión. V. ¿En qué consiste la justificación? VI. Dinámica de la justificación. VII. Conclusión

b. Objetivos específicos.

Al concluir el estudio de este artículo y luego de realizar las actividades previstas, se espera que esté en capacidad de:

§ Formular con sus propias palabras un concepto de jurisdicción.

§ Enunciar y explicar los pasos que deben seguirse en la actividad jurisdiccional para la valoración y justificación de las decisiones.

§ Identificar la importancia de la motivación de las resoluciones judiciales y las consecuencias que puede ocasionar su ausencia en el proceso penal.

c. Actividad inicial.

Lea el siguiente fragmento de una línea jurisprudencial sobre “Fundamentación de las Resoluciones”:

Todo juzgador con jurisdicción, al emitir alguna resolución o tomar decisiones que afecten derechos o disuelvan situaciones jurídicas existentes, deberá fundamentar esas resoluciones o decisiones que haya emitido por cuanto la ley así lo ha prescrito tal como podría observarse en el artículo 130 del Código Procesal Penal, que éste obliga al juzgador o Tribunal a fundamentar bajo pena de nulidad las sentencias, los autos, y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba. La simple relación de los documentos en el procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirá en ningún caso a la fundamentación.

De acuerdo al artículo 16 del Código Procesal Penal, la

inobservancia de reglas de garantía establecidas en este Código, no se harán valer en perjuicio de aquel a quien ampara; precisamente porque al no fundamentarse las resoluciones se estaría generando: primero, inseguridad jurídica, pues el imputado tiene derecho a saber la razón legal y de hecho por la que sus derechos han sido afectados, ya que no podría haber justicia sin seguridad jurídica; segundo, violación al Derecho de defensa, pues el imputado, al no especificarse plenamente sobre que aspectos el juez está tomando decisiones, y al no especificarse el o los delitos que han sido objeto de una decisión judicial, estaría en la incertidumbre de no saber de que defenderse; tercero, violación a una Tutela judicial efectiva, puesto que el Estado para asegurar un debido proceso, está sujeto a garantizar que los hechos delictivos estén descritos en la ley; que existan los procedimientos adecuados para resolver el conflicto; que los jueces tengan los conocimientos jurídicos suficientes y que además al resolver deben fundamentar plenamente los motivos que determinan sus decisiones, artículos 2, 11, 182 número 5 de la Constitución; 2 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; cuarto, violación al Principio de legalidad, debido que al incumplirse el artículo 130 del Código Procesal Penal, toda decisión tomada sin fundamentación es ilegal. (Sentencia del 19/V/99, 15:00, TS. Mejicanos).

A continuación responda la pregunta siguiente:

1. En su opinión ¿Cuáles son las implicaciones de deber de fundamentación de las resoluciones judiciales?

d. Actividades, preguntas y ejercicios propuestos

En la introducción (I) del texto:

-¿Cuál es la definición de “jurisdicción” que utiliza el autor?

- Establezca la trascendencia del principio de contradicción en la averiguación de la verdad dentro del proceso penal.

Para ampliar lo expuesto sobre el “Principio de Contradicción”, puede consultar: Montecino Giral, Manuel Arturo y otros: Ensayos Doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal. San Salvador: UTE-UPARSJ, 1999. pp. 59 y ss.

En el apartado (II) Los hechos en el proceso.

1. El siguiente cuadro está diseñado para que usted realice la

clasificación de los hechos por diferentes autores según lo que expresa el texto.

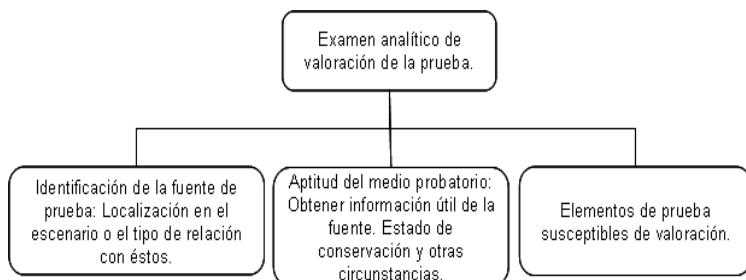
AUTOR	HECHOS	DEFINICIÓN
Bentham	Hecho Principal	
	Hecho Probatorio	
Ubertis	Jurídicos Sustanciales	
	Jurídicos Procesales	
Taruffo	Hecho Principal	
	Hecho Primario	

2. Explique si está o no de acuerdo con el autor sobre la definición que establece de los “Hechos en el proceso”

Como ideas adicionales sobre este aspecto, puede consultar: Miranda Estrampes, Manuel: La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, Bosch, 1997. pp. 31-34. “Apartado II.4. Objeto de la prueba: Hechos o afirmaciones”.

En el apartado (III) Operar con hechos:

1. Con sus propias palabras explique el esquema siguiente:



2. A continuación se le presentan dos resoluciones: una de la jurisprudencia salvadoreña y la otra de España. Después de su lectura responda las preguntas que se le formulan.

Según el contenido del artículo 376 del Código Procesal Penal, el veredicto que emita el Tribunal del Jurado es vinculante para el Juez Sentenciador, ello hará derivar una modificación a la estructura de la sentencia, pues la deliberación y la votación sobre la existencia del delito y la culpabilidad no son atribución del Juez de Derecho. De ello se deriva que las situaciones fácticas y normativas, sobre la derivación quedan cubiertas por el ámbito de la conciencia, pues al Jurado le compete apreciar las pruebas vertidas bajo el sistema de la íntima convicción, artículo 371 inciso 4 del Código Procesal Penal, y por ser una apreciación interna, sin proceso objetivo de motivación, el requisito segundo del Artículo 357 del Código Procesal Penal queda cubierto por la íntima convicción. (Sentencia del 16/1/99, T 3° S. San Salvador).

“El jurado debe consignar los “elementos de convicción”, es decir los elementos probatorios. No basta, por tanto, señalar la fuente o el medio de prueba considerado. Debe también incorporar “una sucinta explicación de las razones” de la decisión. Esto es dar cuenta del porqué de la misma. Sin tecnicismos pero con claridad suficiente para que no exista duda de que la declaración de ciertos hechos como probados goza de fundamento racional. Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal. Recurso de Casación No. 459/2002.

Respecto a la primera resolución:

a) Según sus conocimientos prácticos ¿Cuál es la diferencia en la estructura de la sentencia del Juicio celebrado por Tribunal de Sentencia y la del Tribunal de Jurado?

Respecto a la segunda:

b) ¿Considera aplicable en nuestro medio la estructura de la sentencia establecida por el Tribunal Supremo de España para los casos en que conoce el Tribunal de Jurado?

c) Según su opinión ¿Existe alguna disposición en nuestra legislación que prohíba que el Tribunal de Jurado exprese las razones de su decisión?

En el apartado (IV) Por qué ha de justificarse la decisión.

Las resoluciones judiciales deben ser lógicas y claras, no sólo para establecer la credibilidad de la sociedad civil en la jurisdicción, sino además, para que los justiciables puedan fundamentar sus recursos. La motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; es decir, la ratio decidendi que ha determinado la resolución. Debe comprender la fundamentación o motivación, los requerimientos jurisprudenciales que son cumplimentados por la sentencia de instancia, con independencia de lo acertado o equivocado de sus aseveraciones, en razonamientos que aunque no sean extensos, resulten provistos de argumentación bastante para conocer el discurso lógico-jurídico que conduce al fallo. (Sentencia de las 10:05 del 27/07/01, Cámara de la Tercera Sección del Centro).

Después de la lectura del apartado “Por qué ha de justificarse la decisión” y de la resolución antes referida, exponga por lo menos

Respecto de la Sociedad	Respecto de las Partes

Para ampliar la temática expuesta por el autor en este apartado, se le recomienda consultar: Miranda Estrampes, Manuel., en “La mínima actividad probatoria en el proceso penal”. Barcelona, 1997. pp. 164-175. “Apartado: Libre valoración de la prueba y motivación de las sentencias penales”.

En el apartado (V) ¿En qué consiste la justificación?

Realice las actividades siguientes:

1. ¿Cómo se puede evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales?

2. Explique con sus propias palabras las diferencias de los dos planos de la justificación que establece Wróblewsky.

PLANO	SIGNIFICADO
Interno	
Externo	

En el apartado (VI) Dinámica de la justificación.

1. Complete el esquema siguiente en el cual se transcriben los contenidos que el autor estima indispensables en la justificación de los hechos. Explique cada uno de ellos.

PASO	DESARROLLO
Identificación de hipótesis.	

Expresión de Fuentes de prueba	
Relación de los elementos de prueba obtenidos (incluyendo las máximas de experiencia empleadas para establecerlas).	
Indicación del aporte de cada medio al resultado final de la valoración.	

2. Defina con sus propias palabras las características que según Copi debe cumplir una hipótesis para ser aceptada como la más probable dentro del conocimiento fáctico.

PASO	DESARROLLO
Relevancia	

Susceptibilidad de control	
Aptitud para explicar	
Simplicidad.	

Texto 5

SENTENCIA PENAL: FORMACIÓN DE LOS HECHOS, ANÁLISIS DE UN CASO E INDICACIONES PRÁCTICAS DE REDACCIÓN.

a. Sumario

I. Introducción. II. Exposición y análisis de un supuesto III. Valoración de la prueba. IV. Sobre la valoración de la prueba y su expresión en la sentencia. V. Indicaciones prácticas en materia de redacción de la sentencia penal (notas complementarias).

b. Objetivos específicos

Al finalizar el trabajo de este documento, podrá:

§ Argumentar sobre la complejidad del trabajo que corresponde al juez en la valoración de la prueba y su fundamentación en la sentencia.

§ Identificar, en las resoluciones judiciales que contengan valoración de la prueba, aspectos de redacción que deben ser mejorados para incrementar la claridad de los textos jurisprudenciales.

c. Actividad inicial

§Conteste las preguntas siguientes (sería de mucha utilidad de compare su opinión con la de otros operadores jurídicos):

1. ¿Acepta Ud. la idea que la valoración de la prueba es una de las responsabilidades judiciales más complicadas?

() Sí, porque:

() No, porque:

2. ¿Ha tenido la experiencia de leer resoluciones judiciales en las que su texto –parcial o totalmente- es incomprensible o tedioso? Explique por favor cuáles, según su opinión, son las causas de esos problemas en la redacción judicial.

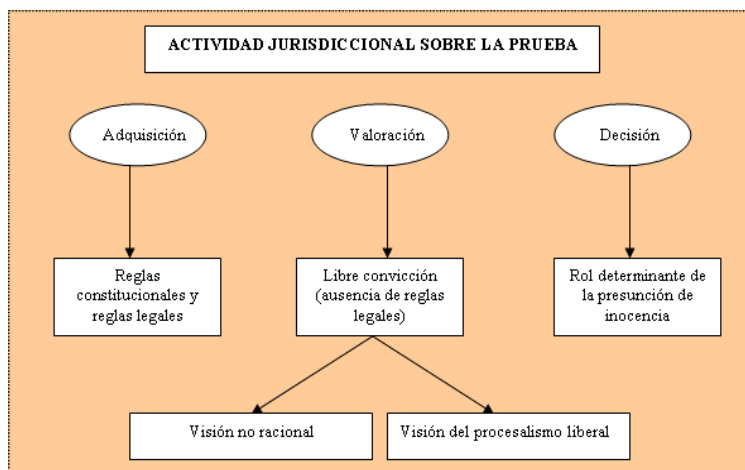
d. Actividades, preguntas y ejercicios propuestos.

Como podrá notar al leer el texto, los primeros tres apartados de su contenido corresponden a un ejemplo o ilustración que el autor propone para aclarar sus ideas en cuanto a lo que implica la valoración judicial de la prueba. Por ello, las actividades, preguntas y ejercicios que aquí se incluyen están referidos a los apartados IV y V.

En el apartado (IV) Sobre la valoración de la prueba y su expresión en la sentencia.

Sub-tema 1: Momentos de la actividad jurisdiccional y libre convicción.

Explique con sus propias palabras el esquema siguiente:



§ Lea el fragmento siguiente de una resolución de casación penal:

“[...] se aduce infracción al Artículo 362 N° 4 Pr.Pn., por insuficiencia en la fundamentación de la sentencia al haberse utilizado en ella afirmaciones dogmáticas, manifestando que la prueba fue valorada teniendo por sí y ante sí, estableciendo más dogmáticamente que por un juicio racional el análisis de la prueba testimonial, agregando que las afirmaciones judiciales de calificación y evaluación de prueba realizado en la sentencia es un sistema que más pertenece al de la íntima convicción que al de la sana crítica,

dejando ver que el A-quo tomó de las deposiciones de los testigos los párrafos que se acomodaban a esa valoración pronunciando con ello el fallo condenatorio. Esta Sala considera que el deber de motivar no exige del juzgador una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, pero sí le exige la utilización de criterios auténticos de razonabilidad que han de medirse caso por caso, sobre la base del juzgamiento o valoración de los hechos objetiva y legalmente ingresados, por supuesto sobre la base de los mínimos niveles de intelecto judicial que el momento procesal esta demandando. En el presente caso, a criterio de la Sala dichos niveles se han cumplido y son suficientes para mantener el proveído pues aún y cuando se llegue a considerar que el Tribunal haya empleado frases rutinarias, las mismas no han sido en sustitución de la fundamentación por lo que no obstante la parte defensora haya señalado puntos de la sentencia que según lo expresado en el motivo las contienen, este Tribunal considera que tal situación no es un vicio que conlleve el efecto de la nulidad, pues la falta de motivación debe ser de tal entidad que el fallo resulte privado de razones suficientes aptas para justificar el dispositivo lo cual no es el caso de autos porque al analizar la sentencia en su conjunto y conforme al "Principio de Unidad Lógica de la Sentencia" se advierte en ella el principio de razón suficiente en el que descansa la estructura del fallo" (Casación, 23-05-03).

"En materia de casación, no basta la simple mención de un vicio, diciendo que se inobservó el principio de razón suficiente, o las leyes fundamentales de coherencia y derivación, sino todo lo contrario, es indispensable aplicar el enunciado teórico al texto mismo de la sentencia, prescindiendo de cuestionar los hechos que se tuvo por acreditados, así como las conclusiones y valoraciones obtenidas por el sentenciador, ya que en el ámbito meramente psicológico, la labor del juzgador es incensurable. Cabe señalar, lo deficiente que resulta el planteamiento del impugnante, toda vez que la casación discurre en torno a sus propias apreciaciones, en lugar de señalar concretamente las partes de la sentencia donde se habrían infringido los principios alegados. A mayor abundamiento, cuando se arguye la falta de coherencia, el casacionista debe señalar textualmente los enunciados contenidos en el propio texto de la sentencia, de donde resulte que las afirmaciones, deducciones y conclusiones, no guardan correlación entre sí, o indicando los juicios contradictorios contenidos en ella; de tal manera, que el análisis de la motivación sentencial, es propiamente un ejercicio crítico del silogismo sobre cuya base se construye el fallo, y nunca ha de pretenderse modificar las conclusiones obtenidas por el

juzgador exclusivamente a nivel de los hechos, o las convicciones psicológicas generadas en el ánimo del sentenciador en razón de los elementos fácticos” (Casación, 10-03-03).

§ Ahora, responda:

1. ¿Corresponden las consideraciones de la Sala de lo Penal a una visión “racional” de la valoración de la prueba?

2. ¿A qué puede estarse refiriendo la Sala cuando expresa que los vicios en la fundamentación se pueden controlar “al analizar la sentencia en su conjunto y conforme al “Principio de Unidad Lógica de la Sentencia”?

3. ¿Puede afirmarse que para la jurisprudencia de casación penal salvadoreña, la valoración de la prueba pertenece al “ámbito meramente psicológico” de los jueces? ¿Es esta una visión “racional” de la valoración de la prueba?

§ Exponga las circunstancias que el autor plantea como integrantes de los problemas que presenta la “quaestio facti” (cuestión de hecho, aspectos sobre los hechos en la decisión judicial). Luego, dé su opinión en cuanto a si tales circunstancias son aplicables a la práctica jurídica salvadoreña.

Sub-tema 2: No reglas legales, pero reglas

§ Explique con sus propias palabras por qué se justifica que el tratamiento de la valoración y motivación de la prueba trascienda el enfoque exclusivamente jurídico (del Derecho Procesal).

§ Conteste las preguntas siguientes:

1. ¿Por qué el uso de las máximas de experiencia determina que el conocimiento judicial sobre los hechos sea siempre “probable”?

2. ¿Cuáles son las “precauciones de método” que contiene el proceso acusatorio para disminuir los riesgos del conocimiento judicial “probable”?

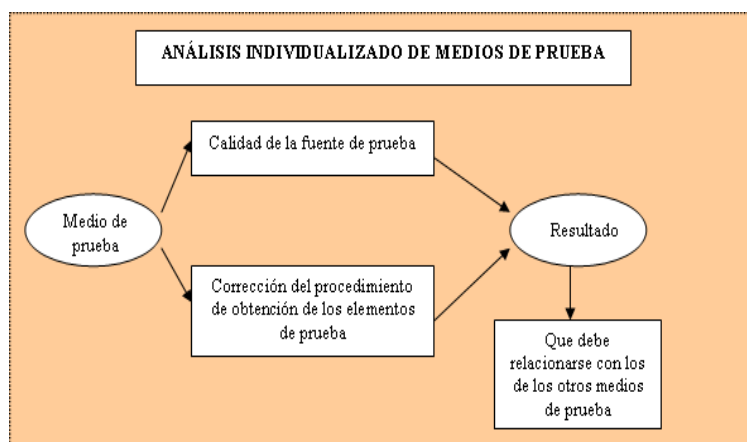
Tome en cuenta que el autor desarrolla este aspecto en el sub-tema 4: Duda metódica y método. Además, puede consultar: Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1997. pp. 147-155. Apartado 7. “Las garantías procesales: necesidad de la prueba, posibilidad de la refutación y convicción justificada”

Sub-tema 3: Trabajar con hipótesis

§ El autor sostiene que para llegar a la hipótesis “que pudiera considerarse plausible y susceptible de prueba” eventualmente hay que descartar algunas hipótesis mediante la evaluación de su “capacidad explicativa”. ¿Qué significa esta expresión? Construya un ejemplo desde la práctica judicial salvadoreña.

Una definición aparece en el mismo sub-tema, en el penúltimo párrafo. Consulte además: Gascón Abellán, Marina: Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. pp. 185-187

§ En el texto se sugieren los planos de análisis de los medios de prueba siguientes:



§ Determine la diferencia entre los conceptos: fuente, medio y elemento de prueba.

Puede consultar, entre otros: Gascón Abellán, Marina: Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 1999. pp. 83-86; Escribano Mora, Fernando: La prueba en el proceso civil. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura. Talleres Gráficos UCA, 2002. pp. 62-63; Casado Pérez, José María: La prueba en el proceso penal salvadoreño. San Salvador: Corte Suprema de Justicia-AECI, 2000. pp. 19-20

Sub-tema 4: Duda metódica y método

§ Exponga con sus propias palabras en qué consiste el “presupuesto cultural” de una adecuada valoración y motivación de la prueba, a que se refiere el autor en el texto.

§ Según su opinión, ¿qué significa la idea que “la inmediación no es en sí misma un método, sino una forma de relación con las fuentes de prueba y con el material probatorio”?

Tome en cuenta que esta idea es ampliada por el autor en los trabajos: “Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)”; y “Sobre prueba y proceso penal”.

En el apartado (V) Indicaciones prácticas en materia de redacción de la sentencia penal (notas complementarias).

§ Exprese su opinión sobre el grado de aplicación práctica de las observaciones indicadas en el texto, en la redacción judicial salvadoreña. Las ideas transcritas del texto pueden ser ampliadas con su propio análisis de las indicaciones que el texto contiene.

Contenido de la sentencia	Indicación	Aplicación práctica
Encabezamiento	El encabezamiento no tiene por qué ser un bloque compactado, que comience a hacer ya desde ese punto tediosa e incómoda la lectura. Puede descomponerse en varios párrafos y así resultar más fácilmente abordable.	
Resultados de las fuentes de prueba.	Las impresiones que no son expresables, es decir, transmisible e intersubjetivamente contrastables, no deben formar parte del contexto de la decisión. Tendrán que ser conscientemente eliminadas. Un sistema regido por el principio de presunción de inocencia como regla de juicio no puede tolerar condenas que no aparezcan racional y explícitamente fundadas.	

Hechos probados.	<p>§ Evitar el uso abusivo del gerundio.</p> <p>§ Hacer uso de períodos cortos, siempre y sólo de contenido descriptivo.</p> <p>§ Hay que atribuir al autor de la conducta típica el carácter de protagonista.</p> <p>§ Los hechos deben redactarse en positivo, afirmando acerca de lo que se ha probado como efectivamente sucedido.</p> <p>§ Son inútiles, por innecesarias, algunas fórmulas rituales del tipo “valorada la prueba en conciencia y con intermediación”. Esto no necesita declararse, se trata de hacerlo realmente y que sea bien observado a través del discurso probatorio.</p> <p>§ Los datos deben introducirse siguiendo un criterio impuesto por la propia dinámica de la acción que se describe.</p> <p>§ La acción debe desnudarse de referencias inútiles en el plano de la descripción.</p> <p>§ Es aconsejable jugar con los sinónimos, siempre que ello sea posible sin pérdida de precisión conceptual.</p> <p>§ De los hechos forma parte también la cara interna de la conducta, por lo que tendrá que constar en el relato la existencia del ánimo o intención que corresponda.</p>	
Motivación sobre los hechos	<p>§ Lo correcto será tratar primero cada fuente de prueba.</p> <p>§ A partir de ahí se podrá realizar la necesaria valoración conjunta de la prueba, que, obviamente, presupone que antes se haya constatado el rendimiento de cada medio en particular.</p>	

Fundamentos de derecho.	<p>§ Es aconsejable seguir en el análisis jurídico el esquema de la teoría jurídica del delito.</p> <p>§ En este ámbito se ha de evitar el exceso de erudición.</p> <p>§ La cita deberá ser viva, operativa y no simplemente acumulativa.</p>	
Fallo.	<p>§ Han de evitarse pronunciamientos confusos y farragosos. El fallo no tiene por qué expresarse en un torturado y torturador único párrafo.</p> <p>§ No deben citarse en él disposiciones legales.</p>	

e. Actividad final

§ Escriba unas breves conclusiones (dos párrafos, de cinco reglones cada uno) sobre los aportes que contiene este texto, para elevar la calidad de la fundamentación de la valoración de la prueba en la jurisprudencia salvadoreña.

Texto 6

SOBRE EL VALOR DE LA INMEDIACIÓN (UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA).

a. Sumario

I. Formación del concepto. II. Uso de la intermediación. III. Qué es y qué permite la intermediación. IV. Riesgos en la valoración del testimonio. V. La segunda instancia: necesidad y posibilidad. VI. Un apunte de conclusiones.

b. Objetivos específicos.

Después de estudiar este texto, estará en capacidad de:

§ Elaborar con sus propias palabras un concepto de “intermediación”.

§ Enumerar y distinguir por lo menos dos riesgos que se pueden enfrentar en la valoración del testimonio.

§ Exponer el uso diferenciado del principio de intermediación en la primera y segunda instancia.

c. Actividad inicial

Las declaraciones de testigos que se encuentren plagadas de contradicciones y aquellas en las que se observe que los testigos presentan un marcado nerviosismo no merecen fe, ya que denotan un guión preelaborado a seguir, concluyéndose en una falta de naturalidad en sus manifestaciones. Sentencia de fecha 18/05/00. T S de Ahuachapán.

1. ¿Comparte la opinión planteada por el Tribunal de Sentencia respecto a que se puede inferir que un testigo ha preelaborado su testimonio, cuando demuestre nerviosismo y cometa contradicciones en su declaración?

d. Actividades, preguntas y ejercicios propuestos.

En el apartado (I) Formación del concepto

1. Con sus palabras formule un concepto de “intermediación”.

2. Escriba por lo menos tres ventajas de la intermediación en la producción de la prueba.

En el apartado (II) Uso de la intermediación:

1. Establezca el uso diferenciado del principio de libre convicción, según el ámbito de aplicación:

MARCO DE APLICACIÓN	DIFERENCIA
Primera instancia	
Segunda instancia	

En los apartados (III) Qué es y qué permite la intermediación

§ Conteste las preguntas siguientes:

1. ¿Cuál es la relación que existe entre la oralidad y el principio de intermediación?

Se le presenta parte de una resolución, léala y exprese su opinión sobre lo que se le pregunta a continuación de ella:

Hay ciertos testigos que, por el interés que puedan tener, son considerados testigos sospechosos, por lo que con mayor cautela que otro testigo deben examinarse si sus dichos están o no apegados a la verdad real sobre los hechos. No obstante lo expuesto, el evidente interés no debe conducir a que de una manera apriorística sean testimonios que deban ser desechados, pero tal circunstancia obliga a que sean valorados con mayor cautela.

Esa clase de testimonios son los que la doctrina denomina como "testigos sospechosos", por lo que sus dichos deben ser complementados por medio de otros elementos de carácter objetivo

que conduzcan a establecer la credibilidad o no de los mismos.
(Sentencia de fecha 16/08/02, T S 6º de San Salvador).

2. ¿Qué otros factores se pueden tomar en consideración al momento de valorar la prueba testimonial, que son perceptibles por el juzgador gracias a la intermediación?

En el apartado (IV) Riesgos en la valoración del testimonio:

Explique con sus palabras los dos enjuiciamientos que requiere el tratamiento de la declaración testifical:

Credibilidad	
C a l i d a d informática de los datos	

1. Expresé su opinión sobre las afirmaciones contenidas en el fragmento de una resolución de Cámara, siguiente:

Si bien es cierto la víctima, dentro de la amplitud de la capacidad testifical que de acuerdo al principio de libertad probatoria prescribe nuestra legislación procesal penal en el artículo 162, adquiere dentro del mismo la calidad de testigo, es preciso puntualizar, que tal información por sí sola, únicamente constituye un indicio de Antijuridicidad, que si bien es cierto da lugar a ser investigado, no es suficiente como para dar del todo por establecidos los extremos acerca de la imputación delictiva. (Resolución de la Cámara Segunda Sección de Occidente del 15-07-01.)

En el apartado (V) La segunda instancia: necesidad y posibilidad

§ Conteste las preguntas siguientes:

1. ¿Considera que la inmediación puede tener lugar en segunda instancia?

Para ampliar sus conocimientos puede consultar: Sánchez Arjona, Mercedes Llorente: La segunda instancia en el proceso penal: Editorial Comares. Granada, España, 2000. Apartado 2. El control en apelación de la prueba testifical: “Especial consideración del importante papel de la inmediación en la apreciación de la prueba testifical” pp. 58-60.

d. Actividad final

2. Ordene las conclusiones del autor, separándolas de acuerdo con los temas que aquí se proponen. Si usted identifica otro eje temático, añádalo con las ideas respectivas.

TEMA	CONCLUSIONES
Inmediación	
Testimonio	
Convicción Judicial	
Motivación Judicial	
Varios	

Texto 7

SOBRE PRUEBA Y PROCESO PENAL.

a. Sumario.

I. Excusatio non petita pero necesaria. II. Cambios en la cultura judicial sobre la prueba. III. Inmediación y juicio oral. IV. La presunción de inocencia, regla de juicio. V. La formación y la justificación de la convicción judicial.

b. Objetivos específicos.

Después de estudiar el texto estará en capacidad de:

- Explicar con sus propias palabras cómo se manifiesta la importancia de la inmediación en la motivación del apartado fáctico de la sentencia.

- Diferenciar entre datos verbalizables y no verbalizables como resultados de las pruebas practicadas en el juicio oral.

c. Actividad inicial.

De su experiencia profesional señale 3 de las ventajas que se le atribuyen a la inmediación del juez con las pruebas dentro del proceso penal.

d. Actividades, preguntas y ejercicios propuestos.

Da dos ejemplos de datos verbalizados y no verbalizados, de tu experiencia en la realidad jurídica salvadoreña, acorde a la definición que el autor maneja en el artículo de ella.

1.

2.

-¿Cómo podría explicar la afirmación: La inmediación es condición necesaria pero no suficiente para la formación de un juicio (en el sentido de raciocinio) de cierta calidad?

- A continuación se transcribe una sentencia, léala y determine si en ella los juzgadores colocan la inmediación en el centro de la decisión. Resalte los párrafos que pongan de manifiesto lo anterior y redacte uno similar con esos mismos datos, pero verbalizando los elementos derivados de las pruebas inmediatas.

TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA: San Miguel , a las catorce horas con quince minutos del día ocho de marzo del dos mil uno.

Este día se conoció en Juicio Oral y Vista Pública, en la Sala de Audiencias del Centro Judicial "Dr. David Rosales P." de esta ciudad, la causa seguida contra JOSE DIGNO VENTURA ó JOSE ADAN REYES, de cuarenta y un años de edad, soltero, albañil, originario de Yamabal departamento de Morazán, residente en Barrio La Cruz Lotificación Argentina, jurisdicción de San Juan Opico departamento de La Libertad, hijo de Cecilio Ventura y de Rosenda García; a quien se le atribuye la comisión del ilícito Penal calificado provisionalmente como APROPIACION O RETENCION INDEBIDAS, tipificado y sancionado en el artículo 217 del Código Penal, en perjuicio de SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO .

La presente Vista Pública fue del conocimiento en pleno por el Tribunal Segundo de Sentencia de esta Ciudad, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 53.No 4 del Código Procesal Penal, e integrado por los Jueces: CARLOS ROBERTO CRUZ UMANZOR, JOSE LUCIANO LOVATO SANTOS, y el Juez Suplente JORGE GONZALEZ GUZMAN, presidida por el Juez CARLOS ROBERTO CRUZ.

Intervinieron: en Representación de la Fiscalía General de la República la Licenciada NORMA GLADIS OCHOA DE BENITEZ y, como defensor particular del acusado intervino el abogado LUIS SANTIAGO ESCOBAR ROSA.

DESCRIPCION DE LOS HECHOS.

El hecho planteado por la Fiscalía en su escrito de Acusación ocurrió en el mes de abril del año dos mil, no especificándose fecha exacta pero fue en ocasión que el señor SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO, se encontraba en su vivienda ubicada en Ciudad Barrios, cuando llegó el señor JOSE DIGNO VENTURA

ó JOSE ADAN REYES, entregándole el señor Centeno Medrano al señor Digno Ventura, un automóvil de su propiedad, placas particulares 30678, año ochenta y cinco, marca Dodge, tipo Caraban, del cual posee Escritura Pública de Compraventa de dicho automotor, para que el señor José Digno, lo vendiera en la cantidad de veinte a veinticinco mil colones, pues el acusado supuestamente se dedicaba a tal negocio, o sea, a la compraventa de vehículos comprometiéndose el señor Adán Reyes a vendersele y además a hablarle por teléfono cuando ya tuviera un cliente seguro para hacer la venta, ya que el referido vehículo se lo llevo para la Ciudad de San Juan Opico departamento de la Libertad, pero sucedió que el señor José Digno no le entregó ningún dinero y el vehículo fue encontrado desmantelado en un Taller Mecánico, y se recuperó mediante un allanamiento realizado en el referido Taller en la Ciudad de San Juan Opico.

I- PUNTOS SOMETIDOS A DELIBERACION Y VOTACION.

a-) RELATIVOS A LA COMPETENCIA. Se ha actuado con competencia en razón de la materia y territorio para conocer el presente caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 217 del Código Penal; 53 N° 4, 57 y 59, del Código Procesal Penal.

b-) PROCEDENCIA DE LA ACCION PENAL Y CIVIL . En cuanto a este punto se tiene que el ejercicio de la Acción Penal por parte de la Fiscalía General de la República, fue conforme a derecho con base a lo dispuesto en el Art. 19, No. 1, e inciso Segundo del Código Procesal Penal. La acción Civil fue ejercida por la Representación Fiscal en el Requerimiento y acusación fiscal.

c-) No quedó diferida ninguna cuestión incidental para resolver al momento de pronunciar la presente sentencia. Las decisiones fueron tomadas por unanimidad.

II- CUESTIONES RELATIVAS A LA EXISTENCIA DEL DELITO, LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD.

a-) Sobre la existencia del delito. En cuanto a este punto determinamos que en la presente Vista Pública se ha conocido el ilícito denominado " APROPIACION O RETENCION INDEBIDAS", tipificado y sancionado en el artículo doscientos diecisiete del Código Penal en perjuicio del señor SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO.

El bien jurídico protegido en este caso concreto resulta ser el derecho de propiedad, sujeto pasivo puede ser en este caso cualquier persona con tal que sea el titular del bien jurídico protegido. En cuanto

al sujeto activo se sostiene necesario que concurren dos aspectos en dicha persona, uno es que tenga el objeto material bajo su poder o custodia y otra que lo tenga bajo alguno de los título o modos de adquirir establecidos por la ley; es necesario en consecuencia que el objeto se encuentre bajo la capacidad de actuación o conservación del sujeto activo y además que esa tenencia produzca la obligación de entregarla o devolverla, es decir tenga la mera posesión de la cosa pero no la propiedad. El objeto material en este delito es la cosa ajena mueble; y la conducta típica consiste en apropiarse del objeto material, no entregarlo o restituirlo a su debido tiempo; en cuanto al tipo subjetivo se requiere de una conducta eminentemente dolosa, que conlleve el ánimo de apropiación o de disposición de la cosa, consumándose tal conducta cuando el sujeto activo realiza un acto de disposición que produce en algún sentido perjuicio para el sujeto pasivo.

En el presente caso se acusa al señor José Digno Ventura, de haberse apropiado de un vehículo propiedad del señor Samuel Antonio Centeno Medrano, y no habérselo devuelto cuando le fue requerido por su legítimo propietario; por lo que luego de haberse recibido el desfile probatorio y valorado en forma individual y en su conjunto la prueba recibida y después de escuchar los alegatos de las partes en la Vista Pública; el Tribunal considera que el señor José Digno Ventura, es responsable del ilícito atribuido por las razones que a continuación se expondrán: La Fiscalía presentó para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, prueba testimonial y documental consistiendo la prueba testimonial en la declaración de los señores SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO, JOSE REMBERTO REYES REYES, LUIS ALONSO REYES y YOLANDA ESMERALDA GARCIA; manifestando la víctima en su declaración como testigo que en el mes de abril del año recién pasado no recordando la fecha exacta pero si que fue un domingo, en su casa de habitación ubicada en el Barrio el Centro de Ciudad Barrios, le entrego un vehículo de su propiedad al acusado para que este se lo vendiera en la cantidad de veinticinco mil colones, ya que este le dijo que se dedicaba a la compraventa de vehículos, habiéndole entregado el referido vehículo y la tarjeta de circulación solamente de palabra sin hacer ningún tipo de documento y sin haber establecido fecha para que fuera vendido; por lo que al transcurrir cuatro meses y sin que el imputado vendiera dicho vehículo, el ofendido le pidió tres o cuatro veces que se lo entregara, incluso hasta le dio la cantidad de doscientos colones para que le echara gasolina y se lo llevara de nuevo a ciudad Barrios, ya que se lo había llevado para San Juan Opico, pero no se lo devolvió, habiéndose dado cuenta que el vehículo estaba en un taller mecánico en la ciudad antes mencionada mediante una llamada telefónica que le hicieron, por lo que fue al lugar indicado y lo encontró desmantelado. Manifestó asimismo el testigo que cuando le entrego el vehículo al

acusado, estaban en su casa de habitación el señor Remberto y Luis Alonso Reyes y con el acusado andaba un señor chelito de nombre Alfredo, a este último le compró un carro marca Toyota color amarillo tipo Pick Up.

El testigo José Remberto Reyes Reyes, manifestó en su declaración que no recuerda fecha pero que el día del trato estaba en casa de Don Samuel Antonio Centeno Medrano, ya que lo visita frecuentemente pues es amigo de él, además se encontraban en esa ocasión Don Luis Alonso Reyes; sabe que el señor Centeno tiene una camioneta en mal estado y que antes esa camioneta estaba buena pero que no sabe como se arruina; supo además que Don Adán se llevó una camioneta para San Juan Opico, porque se la iba a vender pero supuestamente no se la vendió ni le entrego el dinero, vio y escuchó como a cinco metros de distancia todo el trato y cuando el señor Centeno le entregó la camioneta a Don Adán, este último se hizo cargo de negociar la pero no escuchó en cuanto se vendería dicho vehículo, recuerda que el trato fue hecho afuera de la casa en la entrada del zaguán, como a las cuatro de la tarde; ese día se fue en su vehículo para su casa de habitación la cual está como a una hora de camino en vehículo, no se quedo a dormir donde el señor Centeno, ya que en ocasiones lo hace, Don Adán había llegado un día antes juntamente con un muchacho al que no le sabe su nombre pero le dicen el Chelito y se fue para San Juan Opico, como a las cinco de la tarde de ese mismo día.

El testigo Luis Alonso Reyes manifestó que conoce al señor Samuel Centeno, este vive en Ciudad Barrios y tiene dos vehículos uno color negro y otro color amarillo; sobre los hechos dijo que en el mes de abril del año dos mil llegó a casa de Don Samuel Centeno, y ahí se encontraba el señor Adán Reyes, a quien el Señor Centeno le entrego un vehículo para que se lo vendiera ya que este le dijo que se lo podía negociar, no supo en que cantidad lo negociaría pero sabe que el vehículo se lo llevo de ese lugar, escucho que el trato lo hicieron en la calle frente a la puerta de la casa, no recuerda la hora pero fue en la mañana como a las diez, con Adán Reyes andaba otro señor al que no le sabe el nombre.

La testigo Yolanda Esmeralda García, manifestó que vive en san Juan Opico, conoce al señor Samuel Centeno y que su compañero de vida le vendió a este señor Centeno un carro Toyota 4x4, habiéndole pagado en efectivo, pero le quedo debiendo la cantidad de cinco mil colones los cuales le cancelo solamente cuatro mil cuatrocientos colones porque los otros seiscientos colones el señor Centeno se los mando con Don José pero este no se los entregó, para realizar esa venta su compañero de vida visito a don Samuel Centeno y con el fue Don José, quien había

hecho amistad con su compañero de vida; Don José llegaba muy seguido a su casa a veces hasta tres veces al día en una camioneta que no era de su propiedad sino de Don Samuel Centeno, aunque decía que era de él; esa camioneta ya no se la vio hasta que la dejó aventada en un taller mecánico en el cual también vivía el acusado; su compañero de vida también le dio el pick up 4x4, al acusado para que se lo vendiera pero se lo quitó de nuevo porque no lo vendía; como sabía que la camioneta era de Don Samuel le llamó para que fuera a verla, recordando que Don Samuel se decepciono cuando la vio como estaba.

En cuanto a la prueba documental incorporada mediante lectura, se tiene el acta de valuó del vehículo practicada por el señor José Luis Rodríguez, conforme lo establecido en el Artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Penal, quien valuó los daños que presento el vehículo propiedad del señor Samuel Centeno en la cantidad de quince mil colones. Se incorporo además acta de fecha veintidós de agosto del año recién pasado, (fs. 43) en la cual el señor Samuel Centeno denuncia al acusado en Fiscalía General de la República por no quererle devolver el vehículo que le entrego para que se lo vendiera. Consta en acta de folios 16, que el acusado fue detenido por elementos policiales a las diecisiete horas del día veintiocho de septiembre del año recién pasado, mediante orden administrativa girada por el Ministerio Publico Fiscal, por el delito de Apropiación o Retención Indebidas. Consta de folios sesenta y seis al sesenta y nueve, fotocopia certificada por el Juez y Secretario del Juzgado Tercero de Instrucción de esta Ciudad, del testimonio de la Escritura Matriz de compraventa del vehículo en cuestión hecha por el señor Samuel Antonio Centeno Medrano, con lo que demuestra ser el propietario del referido vehículo, dicho testimonio fue incorporado mediante su lectura. Se incorporo además el acta de allanamiento practicado a las quince horas con veinte minutos del día veintiocho de septiembre del año recién pasado, agregada a folios cinco, en la cual consta que el vehículo fue encontrado semidesmantelado en un taller de estructuras metálicas ubicado en la calle Principal de la colonia Michel San Juan Opico departamento de La Libertad. Se incorporo asimismo una fotocopia simple expedida por el Jefe del Registro del Estado familiar de la Alcaldía Municipal de Yamabal, del asiento de Cédula de Identidad personal del acusado José Digno Ventura García, o José Adán Reyes.

La defensa presento como prueba de descargo la declaración testimonial de los señores Miguel Angel Jurado y María Francisca Sánchez, confirmando el primer testigo que efectivamente los señores Adán Reyes y Samuel Centeno, hicieron un negocio aunque no supo que tipo de negocio fue el que hicieron, vio además que un carro se lo llevo Don Adán juntamente con el señor Alfredo, quien también estuvo presente cuando hicieron el negocio.

La testigo María Francisca Sánchez, manifestó ser la compañera de vida del señor Alfredo N., y que conoce a Samuel Centeno y a Don José Digno, que el año pasado su compañero de vida fue a Ciudad Barrios a vender un vehículo de su propiedad juntamente con Don José, ya que este ultimo le había dicho que ahí le podrían conseguir cliente y así fue, pues ya no regresaron con el vehículo, Alfredo le contó que le habían quedado debiendo cinco mil colones; y que a Don José Digno le habían dado un microbús, el cual se arruino el día doce de mayo habiéndolo llevado al taller un motorista de nombre Melvin.

Con la prueba incorporada y valorada en su conjunto el tribunal considera que el señor José Digno Ventura o José Adán Reyes, ha cometido el ilícito denominado Apropiación o Retención Indebidas, pues tanto la prueba testimonial y documental lo incriminan como la persona que en el mes de abril del año recién pasado, recibió de manos del señor Samuel Antonio Centeno Medrano un vehículo de su propiedad según se comprobó con el testimonio de la escritura matriz de compraventa del referido vehículo, para que se lo vendiera en la cantidad de veinticinco mil colones, habiéndoselo llevado para ese efecto hacia la ciudad de San Juan Opico departamento de La Libertad, pero al transcurrir cuatro meses de habérselo llevado sin que hubieran señales de que se vendiera dicho vehículo, fue requerido al acusado por su propietario pero este se negó a devolverlo, a tal grado que lo denunció a la Fiscalía, y por medio de esta institución se logro realizar allanamiento en un taller mecánico donde se encontraba dicho vehículo, habiéndose recuperado el mismo pero ya en muy mal estado, ascendiendo los daños a la cantidad de quince mil colones, tal como lo dejo establecido el perito José Luis Rodríguez.

Toda la prueba antes relacionada es merecedora de fe para el tribunal en razón de haberse obtenido respetando el debido procedimiento de ley, excepto la prueba documental consistente en fotocopia de Cédula de Identidad Personal del Acusado, la que no se entra a valorar por constituir una simple fotocopia que no proporciona certeza en su contenido, pero que al dejarla fuera de valoración no exime de responsabilidad penal al señor José Digno Ventura. Por otra parte la prueba testimonial de descargo presentada por la defensa del acusado, no lo deja fuera de la escena de los hechos sino por contrario proporciona mayores elementos que dan certeza al tribunal para establecer que el señor José Digno Ventura García, es responsable del ilícito atribuido. Por todo lo anterior es procedente entrar a valorar la antijuridicidad de la acción realizada por el acusado.

b-) EN RELACION A LA ANTIJURIDICIDAD . La acción realizada por el señor JOSE DIGNO VENTURA ó JOSE ADAN REYES; es contraria al ordenamiento jurídico ya que violentó

la prohibición contenida en el artículo doscientos diecisiete del Código Penal, perjudicando de ese modo el derecho de propiedad del señor SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO. Asimismo no se demostró que su acción hubiese estado amparada en alguna causa de justificación de las reguladas en el artículo veintisiete del Código Penal. Por lo que ha quedado demostrado que el acusado cometió el ilícito penal tipificado en el artículo doscientos diecisiete del Código Penal, que lo regula como APROPIACION ó RETENCIÓN INDEBIDAS.

c-) CUESTIONES RELATIVAS A LA CULPABILIDAD. El señor JOSE DIGNO VENTURA ó JOSE ADAN REYES; actuó con capacidad de culpabilidad ya que al resultar su acción típica y antijurídica, pudo actuar con un comportamiento distinto, es decir haber entregado el vehículo cuando se lo pedía el señor Samuel Centeno y no haber esperado a que lo recuperara mediante un allanamiento judicial. Asimismo su acción fue con conocimiento de antijuridicidad, pues es de considerar que toda persona con sentido común y dentro de una capacidad mental normal sabe que en este tiempo y en nuestra sociedad apropiarse de algo ajeno es prohibido por la Ley. Al mismo tiempo no se estableció que el señor JOSÉ DIGNO VENTURA ó JOSE ADAN REYES, haya actuado bajo alguna causa de inculpabilidad de las reguladas en artículo veintisiete del Código Penal, que lo excluya de responsabilidad en los hechos atribuidos. Por tales razones es procedente condenar al acusado.

III- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA APLICABLE .

En lo relativo a la individualización de la pena a imponer, es necesario tomar en consideración lo dispuesto en el inciso segundo del artículo sesenta y dos del Código Penal, el cual obliga al Juez a imponer una sanción comprendida entre el mínimo y el máximo del ilícito penal en concreto infringido; en el presente caso, el artículo doscientos diecisiete del Código Penal señala una pena mínima de dos años y una pena máxima de cuatro años de prisión; por lo que tomando en cuenta lo anterior y con fundamento en lo que dispone el artículo sesenta y tres en relación con el Artículo cinco ambos del Código Penal, los cuales exigen proporcionalidad en la aplicación de la pena entre la gravedad del hecho y su culpabilidad; se tiene que la extensión del daño y el peligro efectivo provocado ha sido mínimo puesto que únicamente le ha ocasionado daños económicos al señor Centeno Medrano. En cuanto a la calidad de los motivos que impulsaron el hecho cometido, se estableció que los mismos fueron esencialmente de carácter económico. En cuanto a la mayor o menor comprensión del carácter ilícito de su acción, se concluye que el señor JOSE DIGNO VENTURA ó JOSE ADAN REYES, tenía conocimiento pleno del

carácter ilícito de su acción pues por la edad con la que cuenta y por la experiencia común de su vida, no puede ignorar que perjudicar a otra persona en su derecho de propiedad es prohibido por la ley. En cuanto a las circunstancias que rodearon el hecho, especialmente las económicas, sociales y culturales del autor, se tiene que el señor JOSE DIGNO VENTURA GARCIA ó JOSE ADAN REYES; en conclusión es una persona de recursos económicos muy bajos pues es albañil, gana entre cuatrocientos y quinientos colones semanales, de un nivel educativo muy pobre ya que únicamente ha estudiado primer grado y de un círculo social muy reducido; pero todo ello no le impide comprender lo ilícito de su acción. En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no se estableció ninguna de ellas al realizar su acción.

Con lo antes expuesto este Tribunal considera adecuado y proporcional a la culpabilidad del acusado, condenarlo a sufrir la pena de TRES AÑOS DE PRISION , y a la pena accesoria de pérdida de los derechos de ciudadano.

IV-REEMPLAZO DE LA PENA DE PRISION.

El tribunal, con fundamento en el artículo setenta y cuatro del Código Penal, considera procedente reemplazar la pena de tres años de prisión impuesta al señor JOSE DIGNO VENTURA GARCIA o JOSE ADAN REYES, por igual tiempo de trabajo de utilidad pública, en jornadas de doce horas semanales de trabajo, tomando en consideración para ello que el bien jurídico protegido por la ley y puesto en peligro, en el presente caso fue mínimo y por tanto se considera que la pena a aplicar debe ser proporcional al mismo.

V-RESPONSABILIDAD CIVIL .

En cuanto a la Responsabilidad Civil, al respecto se tiene que fue ejercida por la Fiscalía General de la República en el respectivo requerimiento y acusación fiscal y se pronunció sobre la misma en vista pública, asimismo tomando en consideración la prueba vertida, principalmente el peritaje realizado por el señor José Luis Rodríguez, y tomando como base lo dispuesto en el artículo trescientos sesenta y uno del Código Procesal Penal, el Tribunal estima procedente condenar al señor JOSE DIGNO VENTURA ó JOSE ADAN REYES a pagar al señor Samuel Antonio Centeno Medrano, en concepto de Responsabilidad Civil, por la comisión del delito de Apropriación o Retención Indevidas, la cantidad de DOCE MIL COLONES.

VI- HECHOS ACREDITADOS .

Se tiene como hecho acreditado que en el mes de abril del año dos mil no especificándose fecha exacta, el señor SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO, entrego un vehículo de su propiedad al señor JOSE DIGNO VENTURA GARCIA ó JOSE ADAN REYES, placas particulares 30678, año ochenta y cinco, marca Dodge, tipo Caraban, para que el señor José Digno lo vendiera en la cantidad de veinticinco mil colones, pues el acusado supuestamente se dedicaba a tal negocio, comprometiéndose el señor Adán Reyes a, Vendérselo y además a hablarle por teléfono cuando ya tuviera un cliente seguro para hacer la venta, ya que el referido vehículo se lo llevo para la Ciudad de San Juan Opico departamento de la Libertad, pero el señor José Digno no le entrego el dinero ni el vehículo, habiéndose encontrado este ultimo, desmantelado en un Taller Mecánico, el cual se recupero mediante un allanamiento realizado en el referido Taller en la Ciudad e San Juan Opico.

POR TANTO: Con base a las razones antes expuestas y con fundamento en los artículos 11, 12, 72, 75 No. 2° y 172 de la Constitución de la República; 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 1,2,3, 4, 5, 6, 44, 45 N° 1, 46, 47, 57, 58, 62, 63, 114, 115 y 217 del Código Penal; 1, 2, 3, 4, 14, 15, 17, 18, 19, 42, 43, 53, 57, 59, 130, 162, 184, 354, 356, 357, 358, 359, 361 y, 444 del Código Procesal Penal, en Nombre de la REPUBLICA DE EL SALVADOR FALLAMOS: a) Declarase al señor JOSE DIGNO VENTURA GARCIA ó JOSE ADAN REYES, de generales expresadas en el preámbulo de esta sentencia, responsable del delito de APROPIACIÓN O RETENCIÓN INDEBIDAS, en perjuicio del señor SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO; y se condena a sufrir la pena de TRES AÑOS DE PRISION , b) Condenase a sufrir la pena accesoria de Perdidas de los Derechos de Ciudadano, pena que se impone por el tiempo que dure la pena principal; c) Reemplazase la pena de prisión por igual tiempo de Trabajo de Utilidad Pública, que deberá cumplir mediante jornadas de doce horas semanales en el lugar y forma que determine el Juez de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución de la Pena; c) Condénase al sentenciado a pagar la cantidad de DOCE MIL COLONES en concepto de responsabilidad civil, a la víctima señor SAMUEL ANTONIO CENTENO MEDRANO. Absuélvese de costas procesales; d) Continúe en la Libertad en que se encuentra; y e) En su oportunidad devuélvase la Fianza Hipoteca otorgada por el señor VIRGILIO MARTINEZ VASQUEZ a favor del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Barrios.

Al quedar firme la presente sentencia, Librense los oficios y certificaciones respectivas a donde corresponda.

Esta sentencia queda notificada a las partes mediante su lectura y copia que se les entrega el día de su lectura íntegra.

e- Actividad Final.

-Seleccione del texto el párrafo que, según su opinión, contenga la(s) idea(s) central(es) del artículo. Transcribalo por separado y añada un comentario en el que justifique su elección.

TEXTOS DE APOYO

C o n s e j o N a c i o n a l d e I a J u d i c a l u r a

T e x t o s d e A p o y o

LA FUNCIÓN DE LAS GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado)

I. INTRODUCCIÓN

El tema de las garantías ha pasado entre nosotros, de apenas existir más que como un lejano punto de referencia cultural, a constituir un topos central del discurso de quienes se ocupan del proceso penal, tanto si lo hacen en una perspectiva doctrinal como cuando su dedicación es preferentemente práctica.

Y en el plano empírico, es ya una obviedad decir que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como la de amparo del Tribunal Constitucional relativa al derecho punitivo, versa esencialmente sobre cuestiones procesales que guardan relación precisamente con eventuales quebrantamientos de los límites legales impuestos al ejercicio de la acción penal.

Mientras tanto, resulta curioso observar que si los textos sobre el proceso penal producidos en estos años se han hecho eco de la nueva problemática, con el resultado de enriquecer el tratamiento de las exigencias que la disciplina constitucional del proceso proyecta sobre los distintos medios de prueba, suelen ser menos frecuente, o faltar sin más, los intentos de aproximación al significado global de las garantías. Al papel que están llamadas a desempeñar, no sólo como límite (ético-político) frente a eventuales excesos del poder, sino, y diría que sobre todo, como elementos estructurales del proceso penal de inspiración liberal-democrática, en tanto que medio de adquisición de conocimiento sobre hechos.

La ausencia, o al menos limitado alcance, de esa clase de reflexión, lleva consigo, además, consecuencias seriamente negativas para la comprensión de toda la trascendencia práctica de una disciplina del proceso con fundamentación constitucional y exigente y coherentemente garantista.

Lo ha puesto muy bien de relieve Ferrua, al destacar el equívoco a que se presta la idea, tan común “de concebir el principio de contradicción como mera garantía individual que tutela eficazmente al imputado, pero que entra en conflicto con las exigencias de reconstrucción de los hechos. Principio de contradicción versus búsqueda de la verdad”¹.

¹ P. Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, en *Studi sul processo penale*. II. *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli Editore, Torino, 1992, pág. 47.

Es malo que este punto de vista pueda ser moneda corriente en la cultura procesal del hombre de la calle. Pero es todavía peor que, con frecuencia, impregne también argumentos y posiciones de los profesionales de la justicia, con marcada predisposición a hacer prevalecer datos inculpatorios de cuestionable relevancia –generalmente de procedencia policial–, en virtud de una convicción íntima no procesalmente motivable, o que lo sería sólo al precio de una evidente distorsión de las reglas constitucionales de producción y valoración de la prueba.

En esta clase de supuestos se da una visión reductiva del papel de las garantías, implícitamente tributaria de la concepción del proceso acusatorio como una suerte de renuncia a la eficacia en la persecución de los delitos, como una especie de concesión a la delincuencia.

II. 'SABER' Y 'PODER' EN EL PROCESO PENAL

“El juicio penal –como por lo demás toda actividad judicial–, ha escrito Ferrajoli, es un “saber-poder”, es decir, una combinación de conocimiento (veritas) y de decisión (auctoritas). En esa trama, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa. En el modelo ideal de la jurisdicción, tal como lo concibió MONTESQUIEU, el poder es “nulo”: en la práctica sucede a menudo que sea nulo el “saber”².

En efecto, el proceso, en la experiencia histórica ha encontrado la justificación racional de su existencia en la condición de medio idóneo para alcanzar la verdad. Hoy diríamos un cierto tipo de verdad, porque es precisamente –cuando menos en teoría– en la diferencia específica que implica la relativización del concepto de verdad, donde radica el principal criterio de discernimiento de lo que podría llamarse un proceso penal moderno.

Esto, en contraste con el proceso inquisitivo, que representa la máxima concentración de poder que cabe en el marco procesal, supuestamente en garantía de la verdad. De una verdad en sentido fuerte, que por su relevancia, por su carácter absoluto, justifica y reclama la utilización de cualquier medio preciso para su obtención, incluida la tortura.

De aquí la constitución del reo en puro objeto de indagación y la reducción del proceso a pura investigación, con reconocimiento al juez de plena soberanía en la administración de los instrumentos disponibles para tal fin. El proceso como monólogo, puesto que tiene

² L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel, J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5º ed. 2001, págs. 45-45.

un único sujeto: el sujeto activo.

Como es sabido, los abusos a que dio lugar este régimen, condujeron, por un lado, en la instrucción, a una reglamentación de la tortura; y, por otro, en el enjuiciamiento propiamente dicho, al sistema de valoración legal de la prueba.

En ambos supuestos es advertible un apunte de atenuación del principio inspirador del sistema: por razones de humanidad, en el primer caso; y por motivos de eficacia probatoria en el segundo, que buscaba la acomodación del juicio a reglas de experiencia de supuesta validez universal.

Tales temperamentos no consiguieron eliminar la profunda inhumanidad e irracionalidad del modelo, reiterada y eficazmente puesta de manifiesto por el pensamiento ilustrado. A este respecto es significativo que las críticas se centren, desde luego, en el primer aspecto. Pero también, de manera bien patente, en el segundo: el proceso inquisitivo, además de ser cruel, no conduce a la verdad. Ni siquiera con la introducción de la prueba tasada.

Así, es evidente que la propuesta ilustrada –no obstante la ingenuidad de su concepción de la ley y del papel del juez– responde, no sólo a imperativos de carácter ético, sino también de forma clara a exigencias de naturaleza epistemológica.

En ella se hace ostensible la necesidad de que el proceso penal, en cuanto instrumento complejo, que implica ejercicio de “poder” que se concreta en un tipo de actividad orientada hacia un “saber” sobre determinados acontecimientos de la experiencia, resulte simultáneamente funcional a dos valores: libertad y verdad.

III. ACERCA DE LA VERDAD PROCESAL

Descartado el supuesto de que sea posible aspirar a alguna categoría de verdad absoluta, como ya preconstituida fuera del proceso y que pudiera alumbrarse en éste, y descartado ya hoy también el ideal ilustrado de una mecánica aplicación de la ley según al modelo silogístico, no cabe duda de que la verdad procesal es una verdad necesariamente relativa. Una verdad probable.

En este sentido los autores la han asimilado a la verdad histórica, buscando con frecuencia un cierto parangón entre la actividad del juez y la del historiador.

La verdad procesal acerca de los hechos tiene indudable parentesco con el género de verdad que es objeto del conocimiento

histórico, en tanto que versa sobre hechos pasados, que no son susceptibles de ser conocidos en sí mismos, puesto que sólo cabe acceder a ellos de forma mediata; es decir, a través de los vestigios que pudieran conservarse y ser rastreados en la experiencia actual.

Sin embargo, la actividad del juez suele diferenciarse de la del historiador en que versa sobre hechos recientemente acaecidos; lo que hace posible el acceso a fuentes más vivas de conocimiento.

Hay también otra diferencia entre la verdad procesal y la verdad histórica: es que la producción de la primera está sujeta a ciertas reglas y consiste básicamente en la verificación de si han llegado a acontecer ciertos hechos tenidos por legalmente relevantes. En ese sentido es también una verdad formal.

Sólo teniendo en cuenta estas particularidades puede aceptarse la afirmación de uso habitual de que el proceso tiene como objeto la averiguación de la verdad. Y ello siempre que a las consideraciones antes expuestas se añada otra, ya puesta de manifiesto por CARRARA; lo que se trata de verificar en el proceso es “la verdad de una proposición”³. O sea, de un conjunto de proposiciones, relativas a actos humanos ya acontecidos, articuladas en forma de hipótesis por la acusación.

IV. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y GARANTIAS PROCESALES

Como es sabido, con el término garantías se hace referencia a un conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas en los modernos ordenamientos bajo la forma de límites al ejercicio del poder estatal, que se traducen para el ciudadano en el derecho a no ser interferido en el ejercicio de su libertad más que si se dan algunas circunstancias predeterminadas; y también en el derecho a que la acción del Estado, cuando la constitución y la ley le habiliten para penetrar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas.

Desde tal punto de vista, el proceso penal, en tanto que cauce –constitucional y legalmente reglado– para el ejercicio de la potestad punitiva a través del enjuiciamiento, está informado por la misma idea de límite que alienta, en general, en la categoría de que se trata.

Pero en este caso, la garantía lleva implícita la preordenación a un fin. Al decir de Carrara, “el de procurar que el juicio intelectual resulte conforme a la verdad”⁴.

³ F. Carrara, Programa de derecho criminal, trad. de J.J. Ortega y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, II, pág. 381.

⁴ F. Carrara, op. cit., pág. 282.

A tal punto es esto importante, que la concepción del Estado constitucional del derecho y, precisamente, en virtud de esa exigencia, ha reservado al juez un particular estatuto de independencia, rodeando el ejercicio de su función de determinadas garantías orgánicas funcionales a aquel objetivo. Tales garantías, en cuyo análisis no cabe entrar aquí, representan el presupuesto o antecedente institucional de las garantías procesales en sentido propio, en la medida en que son condiciones de posibilidad de estas últimas. Y tienen como finalidad poner al juez al reparo de influencias que pudieran separar su actividad de aquel objetivo. En general, puede decirse que las garantías procesales son los elementos configuradores del modelo teórico identificado como proceso acusatorio.

Ferrajoli⁵ las ha sistematizado del modo siguiente:

A) Garantías primarias (o epistemológicas):

- a) Formulación de la acusación.
- b) Carga de la prueba para el acusador.
- c) Derecho de defensa del imputado.

B) Garantías secundarias:

- a) Publicidad.
- b) Oralidad (inmediación y concentración).
- c) Legalidad del proceso (nulidad).
- d) Motivación.

Las particularidades de las garantías del primer nivel es que se traducen en actividades de carácter cognoscitivo. Las del segundo grupo tienen como finalidad facilitar el juego de las primeras y evitar posibles desviaciones en la prestación de las mismas. En ese sentido, dice el autor citado, son “garantías de garantías”.

Cuando la acusación formula su hipótesis acerca de los hechos, se da el primer paso de la confrontación dialéctica, que es el desarrollo de la contradicción procesal.

La acusación, recuerda Carrara, presenta su propuesta –de dar como acontecidos y de cierta manera unos hechos– “en forma de teorema, (y) aunque para el reo lo sea, siempre será un problema para los demás”⁶. Precisamente en eso consiste el papel de la defensa: la problematización de lo que se presenta como tesis, pero que constituye sólo una hipótesis de trabajo.

⁵L. Ferrajoli, op. cit., págs. 606 y ss., que se han seguido en la redacción de este apartado.

⁶F. Carrara, op. cit., pág. 290.

Es evidente que, como tal hipótesis, que se propone con una pretensión de eficacia descriptiva, y con la de ser acogida como efectivamente explicativa de lo sucedido, tendrá que estar formulada de manera rigurosa, rica en datos, y éstos a su vez habrán de contar con presumible suficiente apoyo probatorio.

La máxima garantía del proceso acusatorio consiste, a partir de aquí, en la abierta exposición de la acusación a la discusión y eventual refutación por la defensa, en el uso de las mismas posibilidades argumentales y probatorias.

En este punto, no hace falta llamar la atención sobre la importancia del medio oral para la controversia, y también sobre lo relevante de la circunstancia de que ésta se produzca en presencia y contacto directo con el tribunal llamado a resolverla (inmediación). Tanto es así, que la doctrina procesal ha ido evolucionando de una consideración básicamente política del principio, a la hoy prevaeciente, que incide sobre todo en la significación gnoseológica del mismo⁷.

A este respecto, es cierto que la definitiva revalorización y recuperación en sentido moderno de la oralidad y la publicidad de los juicios correspondió históricamente a la Asamblea Constituyente francesa de 1789. Pero la asociación de esos principios a la tarea jurisdiccional tiene antecedentes mucho más remotos, que hay que situar en la Grecia clásica. Donde, de manera puramente empírica, tuvo lugar el nacimiento de la retórica, ligado, como recuerda Giuliani, “al arte judicial”⁸.

La fórmula del contradictorio incorpora valores de indudable carga política, incluso en sus antecedentes más remotos: “la retórica, como expresión de la libertad de palabra, se opone al ejercicio autoritario del poder”⁹; pero también, desde siempre, se ha advertido en ella una dimensión epistemológica, sobre la que ahora interesa especialmente llamar la atención.

En efecto, las reglas de la confrontación procesal tienen la dimensión de garantías que constitucionalmente se les atribuye, precisamente porque se orientan a asegurar la limpieza del procedimiento que se estima más adecuado para evaluar la consistencia de una hipótesis. Si la trascendencia y el valor de esas garantías no se limitan al ámbito cognoscitivo, sino que se revisten de significación política, es porque la hipótesis a confirmar o refutar en este caso es una hipótesis acusatoria, de cuyas vicisitudes se derivan consecuencias extraordinariamente relevantes para la libertad personal.

⁷Cfr. al respecto M. Menna, *Lógica e femonenologia della prova*, Jovene, Napoli, 1992, págs. 141 y ss.

⁸A. Giuliani, *Il concetto di prova*. Contributo alla logica giuridica, Giuffrè, Milano, 1971, pág. 10.

⁹B. Mortara Garavelli, *Manual de retórica*, trad. M. J. Vega, Cátedra, Madrid, 1991, pág. 19.

Pero, por lo demás, el método acusatorio, fundado en el principio de contradicción es en su esencia el que se sigue en la investigación científica. El más adecuado, desde un punto de vista epistemológico, para la reconstrucción fiel de los hechos a que tiende como objetivo el proceso penal.

Naturalmente, la búsqueda de la verdad que tiene lugar en el proceso no es una búsqueda cooperativa, porque es evidente que el imputado (en el caso de ser efectivamente culpable) carecerá del mínimo interés en contribuir al éxito de semejante empresa. Pero el modelo funciona objetivamente, al margen y por encima de la intención de las partes, en la medida en que pueden interrogar y debatir con libertad, y el tribunal forma su convicción en la percepción directa de los argumentos¹⁰.

De ahí la importancia del juicio oral; y lo importante que resulta, en consecuencia, que el desarrollo de éste no resulte interferido o contaminado por actuaciones precedentes ajenas a él.

V. DESARROLLO COGNOSCITIVO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.

La concepción de la actividad probatoria en el proceso acusatorio tiene en su punto de partida una falacia, en la que prevalece sobre el aspecto epistemológico del juicio, la pretensión de garantía frente al ejercicio del poder.

Se trata de la falacia conocida como *argumentum ad ignorantiam* (o argumento por la ignorancia), que se comete “cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad”¹¹. Es un argumento que, insostenible en cualquier otro ámbito, constituye el punto de partida del discurso judicial penal, que, como es notorio, se funda en una afirmación: la de inocencia que, no sólo no ha sido demostrada, sino que incluso no se admite que haya de serlo.

La asunción de tal principio como premisa de razonamiento probatorio hace que la imputación se convierta, como se ha anticipado, en mera hipótesis de trabajo. Es decir, una afirmación de algo cuya existencia debe ser probada, cuando todavía no se ha iniciado el proceso de comprobación.

De este modo si la hipótesis no puede ser confirmada en la actividad probatoria de cargo, tanto por razón del no acaecimiento

¹⁰Cfr. P. Ferrua, op. cit., págs. 75 y ss.

¹¹Cfr. I.M. Copi, Introducción a la lógica, trad. de N. MIGUEZ, Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 65.

objetivo del hecho afirmado en ella, como por ser la misma insuficientemente explicativa de todo lo realmente acontecido, prevalece la presunción. En lo que hace que el principio *in dubio pro reo* no pueda ser considera más que como mera implicación del principio de presunción de inocencia.

Una exigencia fundamental para que el modelo funcione es la formulación de la hipótesis acusatoria de manera adecuada.

“Los hechos” a que se refiere el Art. 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, demandan la descripción de un acaecimiento empírico, debido a un actuar humano, realizada de forma que comprenda todos sus elementos actualmente relevantes.

Así, nunca daría satisfacción a la exigencia de consignación de “los hechos” un relato ambiguo, impreciso, que no expresase, o diera por supuestos algunos de aquéllos elementos fácticos que deban ser objeto de prueba. O una exposición en la que referencias empíricas aparecieran sustituidas por juicio de valor.

Y ello no tanto porque un acusación fundada en un antecedente de tales características, procesalmente hablando, daría lugar a indefensión; como, antes incluso, porque, en el plano epistemológico, carecería de aptitud para ser objeto de prueba: en un caso, el de la imprecisión, porque no se sabría qué es lo que tendría que discutirse; en el otro, porque los juicio valorativos no pueden ser objeto de verdadera comprobación.

En consecuencia, en el juicio se trata de poner en circulación, para que sea debatida, una afirmación o conjunto de afirmaciones de naturaleza descriptiva, referidas a una situación de hecho que se pretende efectivamente producida de una cierta manera y de apoyar tal propuesta con determinados datos probatorios, con el fin de llegar a una conclusión.

La mecánica de este modo de operar es la propia de la inferencia inductiva, que, como se sabe, produce sólo conocimiento probable. De ahí el abandono del viejo criterio de la prueba legal. Porque en materia de inducción no hay reglas que permitan asegurar la certeza de una conclusión.

Es decir, algo diferente de lo que ocurre en el caso del razonamiento deductivo, donde si las premisas son verdaderas y la inferencia correcta, por aplicación de una ley general, se llega a una conclusión también verdadera; porque toda la información o el contenido de la conclusión estaba ya contenido, al menos de forma implícita, en las premisas.

En cambio, en el razonamiento inductivo, la conclusión aporta información que no se hallaba en las premisas. Lleva el conocimiento más allá de lo que se sabía previamente, pero en ese salto hacia delante hay un riesgo. De ahí la importancia del rigor en la inferencia y de que exista clara conciencia de la calidad de verdad (verdad probable) que es posible obtener por este medio. En el caso de la inferencia judicial, a las reglas que deben presidirla en tanto que inferencia inductiva se yuxtaponen las que regulan el procedimiento probatorio desde el punto de vista procesal. Estas se orientan esencialmente a preservar el momento del juicio de influencias externas, con objeto de que sea lo actuado en él la auténtica fuente del conocimiento judicial en lo relativo a la cuestión de hecho.

A este respecto, salta a la vista que la Ley de Enjuiciamiento Criminal expresa una preocupación que se traduce en predisponer una serie de cautelas que son garantía de la calidad de conocimiento.

Así, las que en el sumario tratan de asegurar los vestigios del delito, disponiendo que se documenten, describiéndolos, todos los datos existentes al respecto (Arts. 326, 327 y 334). Y las que prevén la conservación de los instrumentos de aquél (Art. 338) con el fin de hacerlos llegar al acto del juicio.

En el mismo sentido, las reglas que presiden la identificación mediante ruedas de reconocimiento (Art. 369). Las que imponen al juez indagar la autenticidad de la confesión del indagado; y contrastar con otras fuentes de información los datos que aporte al respecto (Art. 406).

Y también, el minucioso tratamiento dado a la entrada y registro en domicilios (Art. 569), incluida la presencia del secretario, con el fin de dar el máximo de fiabilidad a los datos obtenidos mediante esa diligencia, consciente el legislador de su futura trascendencia probatoria.

En la misma dirección de favorecer la genuinidad de las aportaciones se inscriben las reglas de la deposición testifical, evitando preguntas contaminantes (Arts. 709 y 439); obligando a los declarantes a explicitar sus fuentes de información; evitando que se dé a las declaraciones de ciertos testigos (autoridades, funcionarios policiales) otra trascendencia de la que pueda derivarse de su valoración racional (Art. 717).

Todas estas cautelas responden a la convicción definitivamente adquirida de que en materia de apreciación judicial no existen reglas que posibiliten acceder a una certeza objetiva. Que sólo es posible tender al máximo de objetividad en el acopio de datos, pero que su

valoración es siempre subjetiva y en términos de probabilidad. De “certeza práctica”¹².

Si así no fuera, el principio *in dubio pro reo*, tomando el concepto de duda en sentido objetivo, haría siempre imposible la sentencia condenatoria, dado que toda hipótesis –y por tanto también la acogida por el juez en la sentencia– corre el riesgo de ser objetivamente falsa¹³.

VI. LA MOTIVACIÓN DE LA CONVICCIÓN COMO GARANTIA DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, Art. 142,2 exigía la constancia expresa en la sentencia de “los hechos (...) que se estimen probados”.

De esa exigencia derivó, como es bien sabido, una práctica consistente en la expresión de un relato escueto, generalmente redactado en un único párrafo, muchas veces, de dudosa eficacia descriptiva. La Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 248,3, requiere que las sentencias contengan lo que se llama “antecedentes de hechos” y también los “hechos probados”.

A partir de la entrada en vigor de esta última, en efecto, las sentencias penales suelen incluir un apartado que aparece presidido por la rúbrica “antecedentes de hecho”, pero cuyo contenido, paradójicamente, carece de la menor referencia fáctica, porque en él se da cuenta a lo sumo de algunas vicisitudes procesales, relativas a la marcha del procedimiento. En general, ahí se deja constancia de la acusación o acusaciones, pero, curiosamente, de los aspectos no-de hecho de las mismas, puesto que, por ejemplo, se recogen los títulos de imputación, pero nunca los antecedentes fácticos de la calificación provisional.

Una tentativa de exégesis del precepto obliga a preguntarse, no tanto por lo que hubiera querido decir el legislador, como por lo que efectivamente dice la ley. A tal respecto, no cabe la menor duda de la relevancia que la Constitución da a la motivación. Y lo hace en dos sentidos: primero, mediante “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (Art. 9,3), que determina que la decisión jurisdiccional, por lo que tiene de ejercicio de poder, esté fundada, tenga motivos bastantes; después, al imponer al tribunal el deber formal de explicitar de estos últimos (Art. 120.3), teniendo en cuenta que las resoluciones

¹²Tomo la expresión de C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid, 1973, pág. 93.

¹³Cfr. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit. pág. 149.

están destinadas a ser públicas; es decir a ser entendidas por el público. Porque tienen un destinatario colectivo que va más allá de las partes directamente interesadas.

Siendo así, la intensidad y el alcance de la motivación están dados por las características mismas del acto decisorio.

En este sentido, es bastante obvio que, como regla, en derecho penal, el momento del ejercicio de poder por antonomasia radica en el pronunciamiento acerca de los hechos. De modo que es sobre todo el motivo, el porqué, de dar por ciertos unos determinados, lo que tendrá que explicarse para que la resolución pueda decirse realmente motivada y para que pueda ser convincente. O eficazmente discutida como no convincente. Por eso, creo que es este contexto en el que debe interpretarse el deber de dejar constancia de los “antecedentes de hecho”.

Parece evidente que con la expresión no se hace referencia a los datos fácticos pre-procesales, es decir a los constitutivos de la noticia criminis que desencadenó en su momento la investigación judicial. Sino a datos intra-procesales de carácter fáctico, que son un precedente discursivo de los hechos que posteriormente se consignan como probados. Por tanto, a la dinámica procesal relativa a la determinación de los primeros como premisa de un conjunto de inferencias que permiten llegar a los segundos. En definitiva al desarrollo concreto de la actividad probatoria y a cómo ésta se ha traducido en la convicción judicial, cuyo resultado se exterioriza a renglón seguido en un capítulo de “hechos probados”.

Se tratará, pues de dar precisa cuenta de los actos de prueba producidos, de sus resultados, y de la razón del tratamiento valorativo de que se les ha hecho objeto: de los criterios aplicados en cada caso.

Así, nunca será suficiente respuesta a esa exigencia legal decir que una determinada convicción deriva, por ejemplo, de la testifical y/o de la documental practicadas. Porque tal derivación no es cierta, o no es cierto que pueda producirse como por mecánica proyección sintética.

En efecto, “la testifical”, como tal, no existe, sino cada uno de los singulares testimonios en relación dialéctica con los demás; que, aún siendo concordantes tendrán seguramente matices diferenciales entre sí. Y otro tanto podría decirse de los restantes medios de prueba.

Pero el imperativo de motivar no sólo responde a la necesidad de acreditar, hacia fuera y ex post, que ha habido un esfuerzo de elaboración y ponderación del material informativo procesalmente

relevante. Por el contrario, tiene una eficacia *ex ante*¹⁴ que se proyecta –como garantía de indudable relieve epistemológico– sobre todo el curso de la actividad probatoria, a través de la actitud del juez.

El deber de motivación interpretado como aquí se entiende, obliga al juez a depurar el proceso interno de formación de la propia convicción, desechando desde el principio las inferencias no racionalizables y las que no sean susceptibles de verbalización. Excluye toda posibilidad de asimilar la convicción íntima a la corazonada; porque el juez no puede permitirse el lujo de intuiciones, de peligrosas certezas morales, que no tengan un apoyo probatorio explícito y explicitable.

En ese sentido, el deber de expresar los motivos, el por qué de la convicción, se traduce, por tanto, en verdadera garantía de la actividad probatoria, de la racionalidad de la adquisición de los datos probatorios y del rigor del proceso inferencial que lleva de éstos a los hechos probados.

VII. ALGUNOS ASPECTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN ALGUNA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

En la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo relativa al tema de que se trata, es posible identificar algunos lugares comunes, expresivos de lo que, en términos generales, constituye doctrina consolidada el respecto.

1. Tajante distinción entre presunción de inocencia e “*in dubio pro reo*”.

La primera, se afirma, es un derecho fundamental que “reduce su ámbito de aplicación a los hechos y a la participación en los mismos” (Puerta Luis, 24 junio 1993).

Prevalece en situaciones calificables como de “vacío probatorio” (entre otras muchas, Ruiz Vadillo, 7 mayo 1991).

La infracción del principio, como infracción de ley, tiene acceso a casación (Bacigalupo Zapater, 15 de mayo de 1990).

Al segundo, que “no conecta” con la presunción de inocencia (Manzanares Samaniego, 5 abril 1989), o del que incluso llega a decirse responde a “exigencias distintas y en algún modo contradictorias” con

¹⁴ Cfr. J. Fernández Entralgo, La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional, en Poder Judicial, número especial IV, dedicado a “Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas”, pág. 71.

las del anterior (Puerta Luis, 11 marzo 1993), se le considera circunscrito exclusivamente al ámbito de la valoración de la prueba y se entiende que carece de expreso reconocimiento legal o constitucional (entre muchísimas, por ejemplo, Puerta Luis, 24 junio 1993). Entra en juego cuando, habiéndose producido prueba de cargo y prueba de descargo, resulta preciso sopesar una y otra para tomar la decisión.

Se considera que aparece de tal modo asociado a la intermediación, que otro tribunal no podría subrogarse o sustituir en su actividad valorativa al de instancia. Por eso no cabe casación en la materia. Salvo que la duda, la incertidumbre del juzgador, tenga expresión en la sentencia (Ruiz Vadillo, 6 julio 1992).

En algún caso se ha entendido (Bacigalupo Zapater, 6 julio 1992) que cabe distinguir en materia de in dubio pro reo, lo que sería la “convicción del tribunal sobre la prueba de los hechos”; de lo relativo al “aspecto normativo del principio”, es decir “si el tribunal aplicó la norma que le indica que en caso de duda debe absolver o inclinarse por la hipótesis más favorable al acusado”. Este aspecto normativo del principio sí sería susceptible de casación, al amparo del Art. 24,2 CE.

2. Tajante distinción entre prueba directa (o “de cargo”, se dice a veces) e indirecta.

Por esta segunda, como es sabido, se entiende la que a partir de la acreditación de un determinado hecho (indicio), que no es típico, mediante un razonamiento (deductivo en la terminología predominante en la Sala Segunda), se llega a la determinación como efectivamente producido de otro que es el que se quiere probar, que sí es típico.

La directa “o de cargo” (Hernández Hernández, 5 abril 1993) –que concurre cuando el hecho objeto de la prueba es precisamente el que se quiere probar– se considera de tal plasticidad y perceptibilidad per se como para hacer innecesaria la motivación, puesto que “las partes (la) conocieron por su intervención en el proceso” (Hernández Hernández, cit.).

La convicción que produce la prueba directa “depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de una motivación” (Conde-Pumpido Ferreiro, 12 febrero 1993).

En la indirecta, en cambio, debe expresarse el razonamiento. Y este es revisable en casación, dado que “no depende de la sola intermediación” (Bacigalupo Zapater, 30 enero 1989), puesto que exige un razonamiento de cierto grado de complejidad.

3. La consideración de los hechos psicológicos como “juicios de valor”.

Se trata de una constante en la jurisprudencia de la Sala Segunda, expresada en ocasiones de forma tan exuberante como cuando se dice que “el ánimo homicida, o animus necandi, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir, racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para conocer el cual... lo jueces ha de actuar en funciones propias de psicoanálisis” (De Vega Ruiz, 7 abril 1993). A veces se afirma, incluso, que “el ánimo del sujeto es un juicio de valor” (Ruiz Vadillo, 6 noviembre 1991). Y también que los llamados juicios de valor, “juicios” o “pareceres” de los jueces... no deben ser incluidos en el *factum* de la sentencia por ser meras apreciaciones subjetivas... [sino que al ser] inaprensibles por los sentidos [deben dejarse] a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho” (De Vega Ruiz, 30 octubre 1991).

De tal planteamiento se deriva la consecuencia de que sólo cabe “el tratamiento en casación de los llamados juicios de valor, a través del error de derecho” (De Vega Ruiz, 30 octubre 1991).

4. Cierta concepción –podría decirse que- aleatoria de la prueba, en determinados casos.

De tal criterio son manifestaciones, por ejemplo la afirmación de que “el delito flagrante es el que no necesita prueba dada su evidencia” (De Vega Ruiz, 11 diciembre 1992). O la que sostiene que “así como los perjuicios materiales han de probarse, los morales no necesitan, en principio, de probanza alguna cuando su existencia se infiere inequívocamente de los hechos” (Ruiz Vadillo, 7 julio 1992). O la que expresa la inteligencia de que cuando “los atestados... se refieren a datos materiales y objetivos como la aprehensión de la droga, la cantidad y clase ocupada y su ocultación por el recurrente suponen prueba sobrada para desvirtuar la presunción de inocencia, constituyendo por sí misma prueba suficiente de cargo” (entre otras muchas, Martínez-Pereda Rodríguez, 3 julio 1991).

5. Alcance dado al concepto de medio independiente de prueba en concurrencia con otro declarado nulo.

Es el caso producido en ocasión, por ejemplo, de entradas y registros domiciliarios declarados nulos, en supuestos en los que, sin embargo, se dicta sentencia condenatoria como consecuencia del reconocimiento por el acusado de ser cierta la existencia de alguna

droga ilegal en su domicilio, estimado como medio de prueba independiente y no viciado de nulidad. (Por todas, Martín Pallín, 3 diciembre 1991).

VIII. VALORACIÓN CRÍTICA

1. Presunción de inocencia e “in dubio pro reo”.

El principio de presunción de inocencia, reconocido inequívocamente como derecho fundamental a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 1981, lo es en la medida en que se le considera una garantía esencial e imprescindible para el imputado en el proceso. Y lo es por la razón ya expuesta de haber sido asumido como “criterio base de la gnoseología judicial”¹⁵.

En este sentido, la profunda trascendencia material de la opción del legislador no puede ser mas evidente, puesto que no se detiene en la exigencia de una observancia ritual de determinadas reglas, sino que reclama una actividad que, si está reglada, lo es con la finalidad de hacer posible la formación de una convicción racional y racionalmente expresable.

Como se ha dicho reiteradamente, la vigencia del principio de presunción de inocencia supone básicamente que el juez ha de tomar la acusación como simple hipótesis, que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento de todos y cada uno de los elementos de la imputación en el curso de la dialéctica probatoria.

Cuando aquella hipótesis no pueda entenderse confirmada, habrá de prevalecer, sin reservas, frente a la afirmación de culpabilidad, la afirmación constitucional previa (no la llamaría nunca “interina”, término que sugiere la idea de provisionalidad necesaria) de inocencia del acusado.

Desde este punto de vista parece difícil establecer alguna diferencia sustancial entre lo que procesalmente se entiende por presunción de inocencia y el juego del principio in dubio pro reo. Este carece de autonomía conceptual respecto de la primera, porque todo lo que no es acreditada culpabilidad queda comprendido en el ámbito del principio de presunción de inocencia, cuya afirmación definitiva después de un juicio, sólo puede ser incondicionada.

Siguiendo el discurso argumental de la Sala Segunda, que es el del Tribunal Constitucional, se diría que la distinción se resuelve en

¹⁵ G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, Bologna, pág. 79.

una cuestión de grado, en la determinación de cuando no ha existido en absoluto prueba de cargo frente a los supuestos en que la misma se ha dado en alguna medida.

Así, según tal punto de vista, en el curso de la actividad probatoria podrían delimitarse dos momentos: uno de simple comprobación externa, necesario para fundar la afirmación de si han concurrido o no datos eventualmente valorables como probatorios (la “mínima actividad”), que sería el espacio propio del principio constitucional de presunción de inocencia. Y otro en el que, superado ese umbral por la apreciación de la existencia objetiva de datos probatorios de carácter *prima facie* inculpatario, se abriría el ámbito (subjetivo) de la valoración de su aptitud o carencia de aptitud para prestar fundamento a la acusación. Es decir, el campo de aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Pues bien, parece evidente que, en general, salvo en los casos de prueba ilícitamente obtenida que, por ausencia de otros medios alternativos, den lugar a un verdadero, e incluso podría decirse que objetivo, vacío probatorio, aquel criterio de demarcación sería siempre extremadamente relativo, al hallarse fundado en una apreciación de grado, es decir cuantitativa, que difícilmente podría hacerse, en la práctica, sin trascender en alguna medida el umbral de la valoración. Ello impide hablar de una verdadera diferencia de cualidad en la manera de operar y en los presupuestos del juego de uno y otro de ambos principios, tomados según la doctrina que se comenta.

De este modo, en términos empíricos, y a falta de parámetros más objetivos, hay que llegar aquí a la conclusión de que no existe otro criterio en la materia que el que pudiera expresar, *ex post*, el Tribunal Supremo, en el caso de que el supuesto concreto llegara a ser sometido a su consideración. Así, la opción presunción de inocencia/*in dubio pro reo* sería una especie de válvula usada por la alta instancia para administrar el acceso a la casación. Una nueva versión de la elástica tradicional distinción entre cuestiones de hecho y de derecho. Instrumento cuya necesidad de uso viene sin duda impuesta por el actual estado de cosas y el limitado papel de la segunda instancia, pero cuya dimensión exclusivamente pragmática le hace inadecuado para fundar una toma de posición de trascendencia conceptual como la que es objeto de consideración.

Por otra parte, diríase que el criterio de demarcación que se examina supone admitir implícitamente la existencia de absoluciones de diferente calidad, según tengan como fundamento la aplicación del principio de presunción de inocencia o del de *in dubio pro reo* autónomamente considerado, en la línea de la histórica absolución

provisional o absolución en la instancia, por estimar insuficiente la prueba de cargo.

En definitiva, no me parece correcto remitir, como suele hacerse, la incidencia del principio *in dubio pro reo* al ámbito de la valoración (que no de la existencia) de la prueba, considerándolo algo ajeno a la presunción de inocencia.

El momento de valoración de la prueba, de evaluación de la consistencia de cada medio probatorio, no se encuentra jurídicamente vinculado por otro imperativo que el de racionalidad motivada y justificable de las distintas aportaciones probatorias. Por eso, su relación con el principio de presunción de inocencia es de la misma naturaleza que la que guarda con el *in dubio pro reo*, en la medida que éste no constituye una regla de juicio autónoma en relación con el anterior.

Incluso dando por cierto que entre ambos cupiera una diferenciación por razón de su naturaleza, lo que no creo, siempre tendrían que operar a partir del resultado de tal valoración. Es decir, después de¹⁶ realizada. Pues la decisión sobre el hecho¹⁷ está jurídicamente condicionada y, precisamente, por el principio de presunción de inocencia, que impone dar un determinado sentido a la decisión cuando la prueba se ha valorado como inexistente y en el caso de duda acerca de su suficiencia.

Este punto de vista tiene también reflejo, en lo fundamental, en alguna jurisprudencia. Así, en Bacigalupo Zapater, 6 julio 1992, que lo expresa por la vía de distinguir, como antes se expuso, dentro del principio "*in dubio pro reo*", dos momentos: el de la formación de la convicción y el (subsiguiente) que se identificad como aspecto normativo, puesto que en él se trata de aplicar al resultado de esa convicción la norma que impone a los jueces el deber de absolver en defecto de confirmación probatoria de las hipótesis de la acusación. Esta norma, como ha señalado Bacigalupo Zapater en otra parte –aunque entiende que el principio "*in dubio pro reo*" no está expresamente regulado en la Constitución– tiene su asiento en el Art. 24.2 de la misma¹⁸.

2. Prueba "directa" e "indirecta".

Como se ha puesto de manifiesto en ocasiones, la distinción, que se remonta a Bentham¹⁹, tiene no poco de falaz, puesto que en la prueba siempre hay que pasar de un hecho de presumible eficacia

¹⁶Un después que debe tomarse como referencia a un momento lógico o metodológico, no estrictamente cronológico.

¹⁷Cfr. G. Illuminati, op. cit., pág. 77 y ss.

¹⁸E. Bacigalupo Zapater, La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal, Estudios de Jurisprudencia, n.1, pág. 54.

¹⁹J. Bentham, Tratado de las pruebas judiciales, trad. de M. Ossorio Florit, Vol. I, EJEA, Buenos Aires, pág. 27.

probatoria, que no es en sí mismo constitutivo del *thema probandum*, a otro que es el que se trata de probar, y que si concurren una serie de confirmaciones, podrá entenderse probado. En la evaluación del rendimiento de cualquier medio probatorio de los llamados directos entran siempre en juego de manera inevitable toda una serie de procesos discursivos, que obligan al juez a moverse en “un mar de hipótesis”²⁰.

Por eso, hay autores que se han mostrado partidarios de hacer uso de otras categorías que se ajustarían mejor al tipo de procesos mentales en juego: así, Carnelutti prefirió llamar a la primera prueba histórica²¹, porque en general se resuelve en la narración de un hecho; y Cordero ha optado por referirse a ella como representativa²², porque lo que la define es la existencia de un medio que hace presente (representa) un hecho.

A la segunda la denominaría prueba crítica²³. Ello debido a que muestra al juez un hecho con las técnicas y según la esencia de la prueba histórica o representativa. Se trata de un hecho que no coincide con el *thema probandum*, pero que por la relación que guarda con él hace posible llegar a tenerlo como efectivamente acontecido, en virtud de la aplicación de determinadas reglas de experiencia.

Según Cordero, en estos casos el juez, más que controlar un juicio ajeno, debe expresar el propio conforme a las reglas de la experiencia y de la lógica. Debe construir la proposición probatoria, más que ensayar la aportada por el interlocutor. No actúa como crítico de una representación, sino que formula críticamente el enunciado sobre el *thema probandi*²⁴.

Estas consideraciones son las que hacen cuestionable el uso de la distinción entre pruebas directas e indirectas como para sugerir la existencia de algún medio probatorio que por sí sólo pueda, casi físicamente, verter en el ánimo del juez una convicción de la que sería poco menos que pasivo receptor, en términos que a él mismo le resultaría difícil, si no imposible, explicar. Que es lo que lleva a la atenuación de la exigencia o a que no se exija siquiera –o incluso se sugiera que no cabe- motivación en tales casos.

En efecto, incluso en el supuesto del testigo más persuasivo

20 Tomo la expresión de L. Muñoz Sabaté, *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, pág. 173.

21 F. Carnelutti, *Lezioni su processo penale*, I, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, pág. 214. (Hay trad. cast. de S. Sentis Melendo, *Lecciones sobre el proceso penal*, EJE, Buenos Aires, 1950).

22 F. Cordero, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 7 y ss.

23 Cfr. F. Carnelutti, op. cit., pág. 226 y F. Cordero, op. cit., págs. 12 y ss.

24 En op. cit., pág. 17.

y del testimonio más plástico²⁵, el juez, en la formación de la convicción, tendrá siempre que dar pasos como los constituidos por el análisis del discurso narrativo de aquél, desde el que habrá de remontarse al referente externo, con objeto de valorar la calidad representativa de sus impresiones, la coherencia de las mismas entre sí y con otros datos.

De ahí que resulte ciertamente arriesgado dar por supuesto que la sola acreditación de la existencia de intermediación garantiza sin más el rigor de la valoración, dejándola, como habitualmente se hace, a la subjetividad incontrolada del juzgador.

El paso del hecho constituido por la declaración testifical, al hecho probatorio narrado y de éste al hecho probado, es siempre una operación compleja. Que la misma se lleve a cabo con criterio racional exige como presupuesto la existencia de inmediatez, pero ésta a su vez tiene sólo un valor instrumental que la hace factor necesario pero no suficiente para la obtención de certeza.

En efecto, también el cadí juzga con inmediación, pero su juicio se legitima por el carisma, no por el razonamiento. Y la existencia y corrección de éste, al contrario de lo que sucede con el carisma, no pueden presumirse. El razonamiento probatorio ha de expresarse, ha de verbalizarse, porque es difícil pretender que pueda llegar a darse efectivamente con el rigor requerido, si el juez no actúa ya desde el principio con la clara conciencia de la obligación de rendir cuentas de la existencia y calidad del mismo²⁶.

Por eso el discurso motivador explícito es igualmente esencial en cualquier supuesto de prueba; y limitarse, como con frecuencia se hace cuando se trata de la llamada prueba directa, a la verificación de

25. Vale la pena traer aquí, a este respecto, una experiencia relatada por el estudioso alemán Hugo Münsterberg: "Hace un par de años, tuvo lugar en Gotinga, un encuentro organizado por una asociación científica, en el que participaron juristas, psicólogos y médicos. Se decidió entonces haber una sesión de observación. Ocurrió que, casualmente, en la misma calle tenía lugar un desfile de carnaval. De improvisto, en el curso de la sesión, las puertas se abrieron de par en par y un clown vestido con un traje de vivos colores irrumpió en la sala seguido de un negro con un revólver en la mano. Primero uno y luego el otro, gritaron frases agresivas, después uno cayó por tierra y el otro se le echó encima. Se produjo un disparo. Inmediatamente después ambos abandonaron el lugar. El episodio duró menos de veinte segundos. Cogió a todos por sorpresa, y ninguno de ellos, a excepción del presidente, se dio cuenta de que la escena había sido cuidadosamente preparada y fotografiada durante su desarrollo. Parece natural que el presidente pidiera a los presentes que cada uno hiciera un informe sobre el hecho, puesto que la cosa habría podido tener relevancia judicial. De los cuarenta escritos presentados sólo hubo uno en el que faltaron menos del 20% de los datos caracterizadores del extraño episodio; catorce presentaban lagunas entre el 20% y el 40%; en doce las lagunas alcanzaban del 40% al 50%; en trece superaban el 50%. Además de las omisiones, fueron sólo seis personas, sobre cuarenta, las que no refirieron las cosas erróneamente; en los otros treinta y cuatro faltaron, como mínimo, el 10% de los datos relatados en el proceso judicial; en diez (es decir, una de cada cuatro) más del 10% de lo referido era absolutamente falso. Esto no obstante el hecho de que todos los espectadores de la escena fueran observadores bien adiestrados". (H. MUNSTERBERGER, *On the Witness Stand. Essays on Psychology and Crime*, Nueva York, Clark-Broomdan 1908, 51; citado por D. Carponi Shitler, *Esame diretto e contraesame nel processo accusatorio*, Cedam, Padova, 1989, págs. 79-80).

²⁶ Como escribiera Frank, "hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye una panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escudriñar y criticar cuidadosamente sus motivaciones y a confrontar sus creencias con la prueba testimonial." (Derecho e incertidumbre, tras. De C. M. Bidegain, revisada por G.R. Carrió, con prólogo de J. Cuto Rúa, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pag. 97).

si ha existido intermediación, para, en caso positivo, dar por adecuada y racional la convicción así formada, es tanto como renunciar a la racionalidad de ésta.

Se dirá, y es cierto, que motivar correctamente la convicción no resulta necesariamente fácil. Pero eso no libera de la obligación de hacerlo; y no mediante el socorrido recurso a la “apreciación en conjunto”, sino analíticamente, poniendo de manifiesto cuál es la información que cabe derivar de cada medio probatorio, para contrastarla con la procedente de todos y cada uno de los demás.

3. Los llamados “juicios de valor”.

El criterio tantas veces exteriorizado por la Sala Segunda supone la negación de la existencia de los hechos psicológicos como tales hechos. Esto, desde luego, cuando se afirma que la comprobación de la existencia, por ejemplo, de un determinado ánimo o intención, se produce a través de un juicio de los de aquella naturaleza. Pero todavía más si se afirma, como en una de las sentencias citadas, que el ánimo como dato, es un juicio de valor (del que juzga, naturalmente).

Tanto en uno como en otro caso se niega consistencia fáctica a lo que en cualquier ámbito disciplinar relacionado con las ciencias de la conducta tiene la consideración de elementos de ésta.

Pero se va incluso más allá, puesto que los juicios de valor (“bueno”/“malo”, “bonito”/“feo”) son proposiciones que, en rigor, no transmiten información sobre un referente empírico sino que dan cuenta de las impresiones que el mismo suscita o sugiere al observador. Porque el contenido del juicio de valor no pertenece al enjuiciado sino al sujeto que juzga.

Los juicios de valor, por otro lado, se inscriben en el área del lenguaje prescriptivo y, en consecuencia, no son susceptibles de confirmación o refutación. Cuando lo cierto es que la intención de matar o el ánimo de engaño son ingredientes que pueden haber o no concurrido, pero siempre en el contexto de una conducta determinada.

El aserto de que la acción de algún sujeto merece ser tenida conforme a derecho como un acto homicida no puede ser tratado de simple “parecer” ni como “mera apreciación subjetiva”. Debe ser, por el contrario, el producto de un razonamiento siempre inductivo que es el que permite inferir de ciertos datos singulares otros del mismo carácter, mediante la aplicación de algunas reglas de experiencia y en un curso argumental que nunca podría discurrir al margen de otras reglas, que son las elaboradas por la lógica para esa clase de juicios.

No cabe duda de que la naturaleza de los factores intencionales hará el proceso intelectual dirigido a la determinación de su eventual existencia más delicada y más difícil, pero esto no elimina la necesidad del esfuerzo de racionalización, sino que, por el contrario, la acentúa. Es decir, justamente lo opuesto de lo que sugieren fórmulas jurisprudenciales como las recogidas, que parecen remitir en tales casos la formación de la convicción a una especie de arcano indescifrable e incontrolable, hasta convertirla casi una suerte de experiencia mística. Como en el caso de la sentencia en la que se expresa, casi con lenguaje de copa, que “la determinación de los deseos, intenciones o quererres de las personas es... una tendencia emocional... escondida en lo más profundo del alma...” (De Vega Ruiz, 18 noviembre 1991).

Es cierto que, como se sabe, con semejante opción metodológica –licencias literarias aparte– se buscaba, la extensión del control casacional a la determinación probatoria de tales elementos, mediante su previa consideración como no fácticos. Pero, al margen de que seguramente ni siquiera esto haría necesario llegar a grados de distorsión del lenguaje y de categorías elementales de la psicología como los producidos en algunos casos, el precio pagado en términos de pérdida de rigor, confusión conceptual e incluso posible inseguridad jurídica, parece demasiado alto.

4. Acerca de la relativización de la exigencia de prueba.

Hay una tendencia, al menos implícita, en alguna jurisprudencia, a dar a entender que ciertos hechos, por su propia evidencia, podrían “hablar por sí solos”.

Este punto de vista es arriesgado, cuando menos, desde una triple perspectiva.

En primer lugar, porque sugiere que puede haber supuestos en los que el juez tendría ante los ojos hechos en cuya plasticidad radicaría la aptitud para convencer.

En segundo término porque minimiza tendencialmente el nivel de exigencia en materia de motivación.

En tercer lugar, porque parece sugerirse que en tales casos sería bastante con que el juez estuviera convencido; sin necesidad de que la sentencia fuera convincente.

Así, en el caso de la sentencia citada que afirma que “el delito flagrante es el que no necesita prueba”, se olvida que el delito no suele ser flagrante para el juez y que, si en algún caso llegar a serlo, ello le impediría actuar como tal, debiendo hacerlo como testigo del hecho

ante otro juez.

Es decir, no es el acto en su curso de ejecución el que se autopresenta directamente en la sala de audiencia, sino un conjunto de afirmaciones que lo describen y tratan de acreditarlo como tal, y cuyo valor de veracidad habrá de evaluar el tribunal.

Siendo así, y si la evidencia no es objetiva para el juez, cuanto menos para el encargado de una revisión del juicio en otra instancia procesal, y, no digamos, para terceros, ajenos a las vicisitudes procesales, y, sin embargo, destinatarios también de la motivación. De ahí, la necesidad de ésta, de que sea explícita y rica en detalles.

Un asunto de singular importancia es el de los llamados “elementos objetivos del atestado”, que, conforme se infiere de sentencias como la citada, una entre muchas que podrían citarse, tendrían la extraordinaria virtualidad de destruir la presunción de inocencia in situ, es decir en una sede cronológica y topográficamente extraprocesal.

Digo esto porque no es la afirmación de los agentes policiales relativa al hallazgo de una determinada cosa en cierto lugar lo que desvirtúa la presunción, sino la presupuesta objetividad del propio hallazgo, que en la jurisprudencia de referencia recibe el tratamiento de una verdadera prueba legal.

Como en la experiencia procesal histórica la declaración de dos testigos era acreditación suficiente, ahora, la afirmación contenida en un atestado policial acompañada de la presentación de algún objeto, constituye plena probatio.

Siendo así, tales supuestos quedarían al margen del principio de libre convicción.

Pues bien, parece que semejante criterio no resulta aceptable, porque desde un punto de vista gnoseológico las afirmaciones relativas al hallazgo de objetos pertenecen semánticamente a la misma clase de todas las demás de contenido fáctico que pudieran hacerse en un atestado policial. Sólo podrían tenerse por más verosímiles al aparecer acompañadas de la presentación de la cosa de referencia si ésta es criminalmente relevante, siempre que se justifique adecuadamente la forma de obtención de la misma; pero nunca dejaría de hacer necesaria la comprobación de las condiciones en que aquélla se produjo; comprobación que, además, tendría que hacerse en el marco procesal adecuado y conforme a las reglas generales del procedimiento probatorio.

Por otro lado, resulta obligado estar a la declaración relativa

al valor, en ningún caso legalmente privilegiado, de los contenidos del atestado y al de las declaraciones testificales de los funcionarios 297 y 717 Lecrim).

En una palabra, todo lo que constituya el objeto de una afirmación de contenido inculpatario tendrá que acreditarse probatoriamente y ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica, con criterios racionales explícitos.

5. Sobre el alcance de la nulidad en tema de actividad probatoria.

En alguna jurisprudencia tan significativa por su relevancia como la relativa a las entradas en domicilios, generalmente en asuntos de tráfico de estupefacientes, se ha registrado una interesante evolución.

Esta va, desde la clara inaplicación del precepto contenido en el Art. 569,4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su anterior redacción, hasta la consolidación de una seria doctrina que opta por la declaración de nulidad insubsanable de los registros realizados con incumplimiento de aquella norma.

Es, sin embargo, advertible en esta misma jurisprudencia cierta propensión a limitar el alcance de la nulidad, que se manifiesta en la generosa atribución de la calidad de ajenos o autónomos a ciertos medios de prueba relativos al mismo *thema probandum*.

Arquetípico al respecto es el caso aludido, del inculpado cuyo domicilio ha sido registrado ilegalmente que reconoce en la declaración durante el juicio que tenía en su poder la droga ilegal. En la sentencia citada se razona a base de considerar esta manifestación como constitutiva de una actividad probatoria que nada tendría que ver con la rechazada como ilícita, siendo esto lo que la hace válida y eficaz como de cargo.

Al contrario de lo que sucedería tratándose de una testifical debida a los mismos policías que realizaron el registro considerado ilegal, cuyo testimonio no podría ser aceptado como tal sin incurrir en “un verdadero fraude de ley” (Martín Pallín, 3 diciembre 1991).

Pues bien, aunque es claro que hay diferencias morfológicas entre uno y otro caso, determinadas por el hecho de que la manifestación de los agentes no podría dar cuenta de otra cosa que de la propia irregularidad de su comportamiento; no, sin embargo, la que se pretende.

En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos

hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante, a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla; y, además, generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con prevalimiento de la circunstancia de que, normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal.

Se ha rechazado algunas veces el planteamiento riguroso del alcance de la nulidad, que aquí se sugiere, asimilándolo a la doctrina de “los frutos del árbol prohibido” de matriz americana.

Sin embargo, lo cierto es que el mismo pertenece al más tradicional de los conceptos de la nulidad de los actos procesales.

Así lo puso de manifiesto Lucchini, al escribir “la primera idea que surge frente a una inobservancia del rito, es que el acto a que se refiere la inobservancia sea nulo, es decir como no acontecido. Las prescripciones deben ser claras, simples, y sólo las necesarias, indispensables para garantizar el buen derecho a la tutela de los intereses procesales; pero no se debe permitir violación, que en la lógica del proceso lleva consigo defecto de garantías e incertidumbre sobre los resultados del juicio.

No basta, sin embargo, que la inobservancia de la ley acarree la nulidad del acto a que se refiere. Conviene examinar la relación que el hecho otorga con el ulterior desarrollo del proceso. Si hay nexo de relación con los actos sucesivos, es natural que deba seguirse también la nulidad de éstos, hasta donde llegue tal nexo, como en una cadena que resulta interrumpida por la falta de un eslabón intermedio²⁷.

IX. UNA FUNCION IMPLÍCITA DE LAS GARANTÍAS PROBATORIAS

Parece bastante claro, que, como se ha dicho siguiendo a FERRAJOLI, las garantías procesales relativas a la actividad probatoria cumplen una función de relevancia epistemológica, en la medida que aseguran que la actividad judicial discorra por cauces acreditados como eficaces para la obtención de conocimiento en otros campos del saber. Y, puesto que aquí se trata de una actividad que es además ejercicio de un poder, que incide como tal en el área de autonomía individual de los ciudadanos, las garantías procesales responden al mismo tiempo a la idea de límite.

²⁷ L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Florencia, 3ª ed. 1905, pp.243-244.

Pues bien, el rigor en la exigencia de cumplimiento de las prescripciones legales al respecto está llamado a cumplir asimismo una función implícita en las otras dos, que es la de inducción a los agentes estatales a la observancia de aquéllas, mediante la privación de eficacia a los actos irregulares.

Esto vale tanto para los funcionarios de policía como para los jueces que realizan actuaciones ilegales. Y debe proyectarse, procesalmente hablando, en la declaración de nulidad y consiguiente ineficacia, por la inutilización de los conocimientos mal obtenidos, a efectos de formación de la convicción; en el rechazo de las sentencias insuficientemente motivadas.

De que esto se haga con rigor depende, en buena parte, la regularidad de ulteriores actuaciones; como la irregularidad endémica de muchas de las que habitualmente se producen entre nosotros, depende de la escasa relevancia y alcance que –en general por razones defensistas que no acostumbran a explicitarse– suele atribuirse a algún género de incumplimientos. A pesar de lo contradictorio y poco edificante que resulta comprobar que, con frecuencia, y por decirlo con palabras del juez Marshall, “los actos prohibidos y los permitidos tienen igual fuerza yusiva”²⁸.

²⁸ Cit. por F. W. Friendly y M. J. H. Elliot, *Frenos y contrafrenos del poder. El ejemplo de los 200 años de Constitución americana*, trad. de J. Aparicio Verdoy, Tesys y Bosch, Barcelona 1987, pág. 29.

ACERCA DE LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA PENAL

«...la justicia que depende de la
verdad de los hechos»
M. Murena¹

I. INTRODUCCIÓN

A juicio de Calamandrei, «la motivación constituye el signo más importante y típico de la "racionalización" de la función judicial»². Y, aunque no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad -en el más amplio sentido de racionalidad democrática- al ejercicio del poder de los jueces³, lo cierto es que la resolución motivada, como resultado, sí ha operado objetivamente en favor de ese interés.

En efecto, por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no sólo para los destinatarios directos de la misma, sino al mismo tiempo e inevitablemente para terceros, comporta para el autor de aquélla la exigencia de un principio o un plus de justificación del acto⁴; y una mayor exposición de éste a la opinión.

Lo prueba la histórica reacción de los jueces napolitanos⁵, sobre la intensidad de cuya resistencia a la pragmática de Fernando IV en favor de un incipiente apunte de motivación ilustra el dato de que, años después, tuvo que ser abolida. Pero más en general, las propias atormentadas vicisitudes pretéritas y actuales del *jugement* motivé, que, aunque dan sobrada razón a Cordero en su afirmación de que «el hermetismo es connatural al narcisismo togado»⁶, apuntan a un más allá, o un antes, que tiene que ver con la propia naturaleza del poder en general.

No cabe duda de que es así cuando se trata de un poder, de

¹ Tratado de las obligaciones del juez, por Maximiliano Murena, juriconsulto napolitano, traducido del italiano al francés; y de éste al idioma castellano por D. Cristóbal Cladera. Madrid MDCCLXXXV, por D. Plácido Barco López, pág. 66.

² P. Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, pág. 115.

³ Es un ejemplo emblemático al respecto la pragmática napolitana de Fernando IV, de 22 de septiembre de 1774, que imponía a los jueces el deber de motivar, en este caso entendido en el sentido de expresar la norma aplicada; y que, más que democratizar el ejercicio de la jurisdicción, que hubiera sido impropio de un régimen autocrático, buscaba reforzar la centralización del poder, neutralizando uno de tantos particularismos feudales. (Sobre este episodio puede verse: F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, págs. 663-666).

⁴ «El motivo responde a la pregunta ¿por qué? Tiene, por tanto, una función de explicación; pero la explicación (...) al menos en los contextos en los que motivo significa razón, consiste en hacer claro, en hacer inteligible, en hacer comprender». (P. Ricoeur, *El discurso de la acción*, trad. de P. Calvo, Madrid, 2ª ed. 1988, pág. 50).

⁵ «Scatena un putiferio la riforma», escribe gráficamente al respecto Cordero, en *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, pág. 819.

⁶ Op. ult. cit., pág. 816.

cualquier modo, absoluto; porque «el estado se desequilibra y debilita» si «los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí acerca de los mandatos»⁷ de aquél. Pero tampoco el estado democrático⁸, se ve libre de esa forma de atavismo, seguramente genético. De ello da buena cuenta la conocida propensión al secreto y, en el terreno que nos ocupa, la lectura y la práctica habitualmente reductivas del imperativo de motivar las resoluciones judiciales cuando éste ha hecho acto de presencia en algún texto legal⁹.

Con todo, es una evidencia que la constitucionalización del deber de motivar las sentencias (Art. 120,3), a partir de 1978 y por primera vez en nuestra experiencia histórica¹⁰, ha significado un cambio de paradigma.

En efecto, en nuestro país, como en otros del entorno, la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en él una garantía frente al arbitrio¹¹.

Que es así y que hay un sentir al respecto más o menos generalizado lo pone de manifiesto la circunstancia de que esa línea argumental encuentre eco, en la primera mitad del siglo XIX, en obras de carácter eminentemente práctico, como la de Verlanga Huerta. Para este autor, «el dar los motivos de la sentencia, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley (...). El motivar los fallos tiene ya algo de publicidad, y he aquí una de las ventajas de esta práctica. Dispensar al juzgador de razonar los decretos que dé sobre la hacienda, vida y honor de los ciudadanos, es autorizarle tácitamente para ejercer la arbitrariedad...»¹².

⁷ T. Hobbes, *Leviatán*, trad. de C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1989, pág. 258.

⁸ Cfr. al respecto, F. J. De Lucas Martín, «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, págs. 131 y ss.

⁹ Entre nosotros, como es bien notorio, sólo en los últimos años, y trabajosamente, ha empezado a abrirse camino una cierta cultura democrática de la motivación. Con todo, la misma tiende a manifestarse de forma casi exclusiva en las sentencias y, dentro de éstas, preferentemente en la fundamentación jurídica. Así, no son infrecuentes resoluciones como el auto de un juzgado de instrucción de Madrid, que motivaba la denegación de reformar otro previo de archivo de las actuaciones «fundado a su vez en que «los hechos no revisten caracteres de infracción penal»», en «que las razones alegadas por la parte recurrente no alcanzan a desvirtuar el criterio que movió al instructor para dictar el auto que hoy se impugna...».

¹⁰ Sobre los antecedentes del tema, en general, cfr.: M. Ortells Ramos, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, págs. 899 y ss. También F. Ranieri, «El estilo judicial español y su influencia en la Europa del antiguo régimen», en *España y Europa, un pasado jurídico común* (Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia 26-28 de marzo de 1985), ed. a cargo de A. Pérez Martín, Universidad de Murcia, Murcia, 1986, págs. 101 y ss.

¹¹ Así, T. Sauvel, al referirse a la obra de la Revolución y su reflejo en la materia de que tratamos, pone de manifiesto la existencia de una opinión crítica generalizada en contra de la famosa fórmula «pour les cas résultant du proces», con que los tribunales del antiguo régimen fundaban sus decisiones; y la demanda de que éstas fueran siempre motivadas («Histoire du jugement motivé», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1955, págs. 43-44). Para nuestro país es expresivo el testimonio del diputado en las Cortes de Cádiz, José de Cea, que presentó un proyecto de decreto propugnando que para «quitar la malicia, fraude y arbitrariedad todo pretexto, y asegurar en el público la exactitud, celo y escrupulosidad de los magistrados... en toda decisión... se expongan las razones, causas y fundamentos en que se apoyan... para... las decisiones se funden... sobre el texto expreso de las leyes...» (cit. por Ortells Ramos, en op. cit., pág. 905).

¹² F. Verlanga Huerta, *Procedimiento en materia criminal*. Tratado que comprende todas las reglas procesivas de dicha materia respecto a la jurisdicción ordinaria, tomo I. Librería de Ríos, Madrid, 1842, pág. 426.

No es tan claro, sin embargo, que esa dimensión de naturaleza político-general, por así decir erga omnes, de la sentencia, resulte eficazmente traducida en la legislación ordinaria. Por el contrario, parece que en ésta hay más bien una tendencia a entender el deber de motivar como pura exigencia técnica «endoprocesal»¹³, que mira a hacer posible a las partes el ejercicio de la eventual impugnación.

Una confirmación de esta hipótesis puede hallarse para nuestro país en la forma como la Ley de Enjuiciamiento Criminal trata el tema. En efecto, una vez excluido el control casacional de los hechos, el legislador se despreocupa de imponer al juez en la redacción de la sentencia (Art. 142,2) alguna cautela en garantía de la efectividad del imperativo de vinculación de la convicción sobre aquéllos al resultado de «las pruebas practicadas en el juicio», contenido el Art. 741.

Así lo hizo notar Gómez Orbaneja, a cuyo entender, la forma de expresión de ese último precepto «sugiere indebidamente una operación íntima y secreta de que no hubiese que dar cuenta»¹⁴.

Es cierto que una Orden de 5 de abril de 1932 trató de salir al paso de la «práctica viciosa» en que generalmente se traducía la interpretación del Art. 142 por los tribunales. Pero sólo porque ello hacía «prácticamente imposible el normal desenvolvimiento del recurso de casación». De este modo, la preocupación ministerial se circunscribía a la obtención de una adecuada expresión del resultado probatorio y de un correcto deslinde entre la quaestio facti y la quaestio iuris, en tanto que elementos necesarios para el juego del control de legitimidad. Pero nada parecido, en el texto de la orden, a la exigencia de que en la sentencia se hicieran explícitos los patrones de valoración y el rendimiento conforme a ellos de cada medio probatorio en el caso concreto. Lo que, en último término, constituye una ulterior confirmación del criterio antes expuesto.

Este mismo criterio encuentra también apoyo autorizado en alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Seguramente en ningún caso en términos tan llamativos como los de la sentencia de 10 de febrero de 1978 (ponente Vivas Marzal), al declarar que «el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones»; añadiendo que «el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones

¹³ Así lo entiende para Italia E. Amodio, voz «Motivazione della sentenza penale», Enciclopedia del Diritto, vol. XXVII Giuffrè, Milano, 1977, pág. 186).

¹⁴ En Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Derecho Procesal Penal, Madrid, 6ª edición, pág. 249.

fácticas... »¹⁵.

Frente a este estado de cosas, la inclusión del deber de motivar en el art. 120,3 de la Constitución, precisamente dentro del título VI dedicado al «poder judicial», y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad, no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son «garantías de garantías», de carácter «instrumental», por tanto, pero condición sine qua non de la vigencia de las «primarias o epistemológicas»¹⁶.

Es por ello que la motivación como mecanismo de garantía, en un diseño procesal del género del que se expresa en la Constitución de 1978, no puede limitar su funcionalidad al ámbito de las relaciones inter partes, asumiendo necesariamente una función extraprocesal¹⁷.

De esta función, y de la consiguiente inserción de la sentencia en un marco abierto, se deriva la apertura de un nuevo ámbito de relaciones, que tiene como sujetos, por un lado, al juez o tribunal, y, por otro, a la totalidad de los ciudadanos, que se constituyen en destinatarios también de la sentencia e interlocutores de aquéllos.

Y esto a su vez implica exigencias de naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista. Porque la sentencia, al (y para) trascender la dimensión burocrática, demanda un estilo diverso del convencional, que tendría que concretarse, en primer lugar, en un lenguaje diferente, adecuado para el nuevo tipo de comunicación, y, probablemente, también en una nueva estructura.

En este contexto la *quaestio facti* y su tratamiento en la sentencia, más que cobrar otro sentido, pueden llegar a adquirir el reconocimiento explícito del que efectivamente tienen: que es ser el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia. Puesto que es en la reconstrucción o en la elaboración de los hechos donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser -como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo- más arbitrario.

15 Torno la cita de J. L. Vázquez Sotelo, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Bosch, Barcelona, 1984, pág. 507. El autor indica que la sentencia de instancia que fue en este caso el referente de la de casación debió perderse en un injustificado relato de incidencias procesales irrelevantes para el fallo, omitiendo, sin embargo, otros datos relevantes. Pero señala también que ese mismo criterio «tiene respaldo en otras muchísimas decisiones del mismo TS, aunque no siempre en términos tan contundentes» (pág. 508).

16 Estas son la formalización de la acusación, la carga de la prueba y el derecho de defensa. (L. Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª edición 2001, págs. 614 y 615).

17 En este sentido M. Taruffo, «La fisonomía della sentenza in Italia», en La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 12-12 ottobre 1985), Cedam, Padova, 1988, pág. 189.

A tenor de las precedentes consideraciones, cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se han perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la «individualización del iter lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión»¹⁸; una actividad de tipo prevalentemente descriptivo¹⁹. Del anterior difiere el punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificativo²⁰, que opera como racionalización a posteriori²¹ de la decisión previamente tomada. Ferrajoli ha reclamado recientemente para la actividad motivadora del juez un estatuto esencialmente cognoscitivo, único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico²². A este punto de vista haré referencia con algún pormenor más adelante.

II. HECHOS

Se ha escrito por un magistrado italiano²³ que, del mismo modo que el burgués gentilhomme se sorprendió al conocer que hablaba en prosa, los jueces podrían también experimentar sorpresa si fueran plenamente conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en el más elemental de los razonamientos de que habitualmente hacen uso.

La reflexión debe ir más allá porque, en tanto esa conciencia se produce, el discurso judicial -el jurídico-práctico en general- en acto, no puede dejar de acusar negativamente tal lamentable operar de sus autores sobre un cierto vacío epistemológico, por la falta de un conocimiento efectivo de los rasgos que lo constituyen.

Esta evidencia resulta todavía más patente en aquella vertiente del razonamiento judicial referida a lo que habitualmente se conoce como «lo fáctico», o «los hechos». Materia, por otro lado, particularmente descuidada en la mayoría de las teorías sobre la interpretación, y abandonada así en buena medida a la subjetividad del intérprete. Por eso Frank pudo escribir con toda razón que «esta "discrecionalidad en cuanto a los hechos" o "soberanía" virtualmente incontrolada e incontrolable, ha pasado por alto a la mayoría de los juristas»²⁴.

¹⁸Al respecto cfr. M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, pág. 417.
¹⁹E. Amodio se ha referido a este punto de vista calificándolo de «falacia descriptivista», en cuya virtud «la motivación externa se convierte en una... descripción que tiene el único fin de hacer conocer lo que el juez ha elaborado "en su cabeza"» (en op. cit., pág. 214).

²⁰Así, también entre nosotros M. Atienza: «Los órganos jurisdiccionales o administrativos, no tienen por lo general, que explicar sus decisiones, sino que justificarlas». (En *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 23).

²¹Así lo entendió Calamandrei, en op. cit., pág. 125.

²²En op. cit., pág. 640.

²³Cfr. E. Fassone, «Qualche altra riflessione in tema di prova», en *Questione giustizia*, 3/1986, pág. 721. En la reciente doctrina española, Luis Prieto Sanchis ha llamado especialmente la atención sobre la relevancia de la determinación de los hechos en la tarea interpretativa; poniendo de relieve cómo el margen de apreciación del juez es mayor a mayor proximidad procesal a la *quaestio facti* (cfr. *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 88 y ss.).

²⁴J. Frank, *Derecho e incertidumbre*. Trad. de C. M. Bidegain, revisada por G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pág. 70.

Esa actitud ha tenido correspondencia en los textos positivos y, desde luego, en nuestra Ley de E. Criminal y en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo «exoneratoria de toda alegación sobre la convicción formada "en conciencia"»²⁵.

El tratamiento judicial que habitualmente reciben los hechos suele reflejar una consideración de los mismos como entidades naturales, previa y definitivamente constituidas desde el momento de su producción, que sólo se trataría de identificar en su objetividad. Lo escribió con mucha claridad Fenech, al referirse a ellos como «esos datos fríos de la realidad»²⁶.

Es decir, los datos como lo dado, o sea, esa «realidad o cualidad de alguna realidad, que es dada, y también que está dada, cuando se halla presente a un sujeto cognoscente sin la mediación de ningún concepto»²⁷.

Tal modo de existencia de los hechos permitiría al juez, de manera espontánea, sin mediaciones, una relación con ellos de total exterioridad, con el mínimo de implicaciones subjetivas. Pero lo cierto es que el hecho puro del positivismo filosófico decimonónico no parece que exista como tal; y, en consecuencia, tampoco caben «los juicios de hecho entendidos como simples constataciones del "dato bruto"»²⁸. Por el contrario, en la moderna filosofía de la ciencia, tiene carta de naturaleza la idea de que se da «cierta intimidad conceptual entre lo que consideramos hechos y el lenguaje en que los afirmamos, o al menos entre los hechos y los tipos de entidad lógica que designamos como "enunciados" (...). Los hechos son aquello que afirman los enunciados verdaderos»²⁹.

Este nuevo paradigma, al ofrecer una visión diferente del proceso cognoscitivo, revela también un distinto modo de relación entre el sujeto que trata de conocer y el segmento de experiencia sobre el que proyecta su interés. Y en nuestro caso, entre el juez, los hechos probatorios y el *thema probandum*.

Así resulta que el juez se entiende no directamente con los hechos como tales, sino con proposiciones relativas a hechos, con «representaciones cognoscitivas» que denotan algo acontecido en el mundo real³⁰. Lo que, bajo su apariencia de obviedad, tiene implicaciones

25 L. Prieto Castro y E. Gutiérrez de Cabiedes, *Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 325.

26 M. Fenech Navarro, *Enjuiciamiento y, sentencia penal*. Discurso inaugural del año académico 1971-72. Universidad de Barcelona, 1971, pág. 51. Un punto de vista sobre los hechos, bien diferente, puede verse en C. De la Vega Benayas, *Introducción al Derecho Judicial*, Montecorvo, Madrid, 1970, pág. 191.

27 J. Ferrater Mora, voz «Dado», *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, vol. I, pág. 705.

28 G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979, pág. 25.

29 N. R. Hanson, *Patrones de descubrimiento*, Observación y explicación, trad. de E. García Camarero y A. Montesinos, Alianza Editorial, Madrid, 2ª ed. 1985, págs. 16-17.

30 T. A. Van Dijk, *Estructuras y funciones del discurso*, trad. M. Gann y M. Mur, Siglo XXI Editores, 7ª ed., México, 1991, pág. 81.

prácticas de extraordinaria relevancia que no pueden pasar desapercibidas.

Éstas son, en primer lugar, que sobre el proceso de conocimiento relativo a los hechos, al estar también mediado por el lenguaje³¹ -«el lenguaje y la situación son inseparables»³², pesa idéntica carga de relativismo y de incertidumbre y ambigüedad³³ que en todos los demás casos en que esa mediación tiene lugar. Esto es importante porque las mismas peculiaridades («ambigüedad», «textura abierta», «zonas de penumbra») que se predicán de los enunciados deónticos suelen encontrarse también presentes en los enunciados que se expresan en lenguaje observacional; por más que éstos hayan de tener normalmente como referente entidades connotadas por un menor nivel de abstracción. Si como dice Echevarría, «la observación científica no es inmediata ni ingenua», sino que «está cargada conceptualmente»³⁴, cuánto más cargada de todo (preconceptos, prejuicios, etc.) no lo ha de estar una observación que suele acusar marcadísimas implicaciones emotivas, puesto que se traslada al proceso por la vía, siempre contaminada³⁵, de las impresiones de testigos: terceros afectados/interesados o moralmente concernidos por el tema del juicio³⁶. Impresiones adquiridas, la más de las veces, espontáneamente en el curso de la vida ordinaria y, desde luego, sin el distanciamiento crítico que por lo común acompaña a la actividad cognoscitiva de los científicos; tan cautos, sin embargo, como se ha visto, al evaluar la posible objetividad de su conocimiento.

Por otra parte, en el caso del juez, esa mediación discursiva se da no como mera descripción aséptica de lo que ya existe al margen de la actividad del operador; sino como proceso de construcción del supuesto de hecho, construcción a la que el juez contribuye activamente, desde dentro. Y en ella está presente toda la carga de subjetivismo que acompaña a cualquier actividad reconstructiva.

De aquí se deriva, pues, la exigencia de un cuidadoso control y una fuerte tensión hacia la adquisición del máximo de consciencia posible de todos los factores capaces de incidir sobre la propia actividad, que no tendrían que ser menores que los que, pacíficamente, se acepta

31 Cfr. al respecto A. Ruiz Miguel, «Creación y aplicación en la decisión judicial», Anuario de Filosofía del Derecho, 1984 (separata), pág. 12.

32 M. Stubbs, Análisis del discurso. Análisis sociolingüístico del lenguaje natural, trad. de C. González, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pág. 17.-

33 Lo expresó muy bien Frank: «Hay también, una ambigüedad perturbadora en la palabra "hecho". Los

"hechos" son ambas cosas: "subjetivos" y "objetivos"». (En op. cit., pág. 69).

34 I. Echevarría, Introducción a la metodología de la ciencia. La filosofía de la ciencia en el siglo XX, Barcanova, Barcelona, 1989, pág. 70.

35 Interesantes indicaciones al respecto pueden encontrarse en J.J. Mira y M. Diges, «Procesos intervinientes en la evidencia de testigos», en F. J. Jiménez Burillo y M. Clemente (eds.), Psicología social y sistema penal, Alianza Editorial, Madrid, 1986, págs 159 y ss.

36 Como advierte T.A. Van Dijk, «la información se "recodifica" en información conceptual (...) la comprensión, el almacenamiento y la recuperación nunca son "puros", sino que también interactúan con todos los procesos de "pensamiento" (...) por eso, «la reproducción es sobre todo producción». (Op. cit. págs. 90-92). Observación que es pertinente tanto para el caso del testigo y su forma de aportar material informativo al juez, como por lo que se refiere al tratamiento por éste de ese material.

concurrer en la tarea interpretativa. Es decir, la referida más directamente a las normas.

Del mismo modo que se ha dicho que los enunciados observacionales están cargados de teoría³⁷, en el área de nuestro interés, tendría que decirse que los enunciados fácticos corren, además, el riesgo de estar cargados de derecho. Lo que constituye otra particularidad del proceso de conocimiento de los hechos a tener en cuenta, a la vez que apunta a otro riesgo de contaminación del mismo que no puede ser desatendido por el juez. En efecto, éste trabaja sobre una hipótesis, que incluye a su vez un punto de vista normativo, puesto que implica la afirmación de que en el caso concreto ha tenido lugar un hecho previsto como supuesto base de un determinado precepto. Ahora bien, aun dentro de ese contexto, y aun en la perspectiva de la evaluación de esa hipótesis, la búsqueda de la verdad ha de ser ajena a otro interés que no sea precisamente éste. Hablo de interés como interés epistemológico que tiene expresión legal en el principio de presunción de inocencia, criterio-guía que aquí debe jugar como barrera impuesta al intérprete para, no obstante moverse en el marco de una hipótesis normativa, ser capaz de tratar el material empírico que se le suministra por terceros con el máximo de neutralidad y de distancia respecto del derecho sustantivo de eventual aplicación, evitando caer en el riesgo fácil de producir un caso *ad hoc*³⁸.

Situados en esta perspectiva es evidente que la actividad jurisdiccional presenta un especial grado de dificultad y su ejercicio plenamente responsable demanda un extraordinario nivel de autoconciencia sobre las peculiaridades de la misma.

La mayor parte de los enunciados, como señaló Russell, «está destinada a expresar hechos, que (salvo cuando se trate de hechos psicológicos) versarán acerca del mundo exterior»³⁹. Esta circunstancia, en sí misma evidente, y la mayor dificultad de la captación y el tratamiento semántico de los «hechos psicológicos», unida a alguna particularidad de nuestro derecho probatorio, ha llevado a la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a «atribuir a aquéllos la inapropiada naturaleza de juicios de valor»⁴⁰, como ha puesto

37 Son bien elocuentes al respecto las palabras de N. R. Hanson: «En cierto sentido, entonces, la visión es una acción que lleva una "carga teórica". La observación de *x* está moldeada por un conocimiento previo de *x*. El lenguaje o las notaciones usadas para expresar lo que conocemos, y sin los cuales habría muy poco que pudiera reconocerse como conocimiento, ejercen también influencia sobre las observaciones». (En *op. cit.*, pág. 99)

38 Vale la pena recordar que hace ya casi 20 años I. Ferrajoli advertía del riesgo de forzar la realidad de los hechos, al establecer lo que de ellos resulta «jurídicamente relevante» en cada caso, que acecha siempre a la actividad jurisdiccional. Postulaba «criterios de valoración y de juicio "factualmente relevantes", es decir, adecuados al hecho considerado y tomado en su concreta realidad» («Magistratura Democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», en P. Barcellona (ed.) *L'uso alternativo del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1973, vol. I, págs. 117-118).

39B. Russell, «La filosofía del atomismo lógico», en J. Muguerza (ed.), *La concepción analítica de la filosofía I*, Alianza Editorial, 1974, pág. 145. (Cursiva mía).

de manifiesto Beneytez Merino⁴⁰.

Podrían citarse multitud de resoluciones⁴¹, pero sirva como ejemplo una sentencia reciente, la de 30 de octubre de 1991 (ponente De Vega Ruiz), que expresa muy bien el punto de vista de referencia, cuando dice que «los juicios de valor suponen, en definitiva, una actividad de la mente y del raciocinio tendente a determinar la intencionalidad del agente o sujeto activo de la infracción en las distintas formas comisivas». Se trataría así de «juicios o "pareceres" de los jueces que indudablemente no deben ser incluidos en el *factum* de la sentencia por ser meras apreciaciones subjetivas». Es la razón por la que «es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles por los sentidos, a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho».

Sabido es que lo que busca la opción que expresa este criterio es extender el ámbito del control casacional a determinados aspectos de la sentencia⁴²: las relativas a la justificación de las conclusiones probatorias en materia de intención y motivos del agente; a los que se dé tratamiento de *quaestio iuris*, para hacerlos entrar dentro del ámbito material del recurso.

Ocurre, sin embargo, que el fin perseguido, que en apariencia ampliaría el control sobre algunos aspectos relevantes del enjuiciamiento, impone un precio objetivamente intolerable desde el punto de vista epistemológico, porque esa concepción niega o cuestiona implícitamente, o cuando menos siembra una seria confusión, acerca de la existencia como tal de una dimensión central de la conducta humana; y la posibilidad de acceder a un conocimiento racional de la misma.

40 L. Beneytez Merino, «Juicio de valor y jurisprudencia», en Poder Judicial. 2ª época, n. 19, septiembre de 1990, pág. 15.

41 En general (por ejemplo, Moyna Ménguez, 14 de junio de 1988), se reserva el calificativo de «hecho» para el ánimo o intención de matar, sólo cuando existe prueba directa; y se le considera «juicio axiológico o de valor» cuando la prueba es indirecta. O también, Puerta Luis, 27 de enero de 1992, tratándose de casos similares, se habla de «un hecho psicológico que debe inferirse, al faltar normalmente prueba directa...», con referencia al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes en un delito de recepción. Así parece que la naturaleza de un dato fáctico, por más que de orden psicológico, dependería de factores externos, sobrevenidos, de índole procesal en este caso, como es el tipo de prueba.

42 Esta posición tiene un autorizado exponente en E. Aguilera de Paz: «esa amplia potestad que la ley concede [alude al art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal], se refiere tan sólo a la apreciación de las pruebas que tengan relación única y exclusivamente con los hechos de la causa y no las que se contraigan a los elementos morales o jurídicos relativos a ellos» porque «según se expuso en sentencia [del Tribunal Supremo] de 7 de abril de 1902, recaída en causa por delito de estafa, respecto a la apreciación del engaño» estaba justificado el cuestionamiento por la vía del recurso de casación, «supuesto que éste (el engaño) no es un hecho porque no pertenece a la esfera de los sucesos reales perceptibles por los sentidos, sino una mera deducción de carácter jurídico, mediante la cual se puede llegar a la averiguación de si el agente, al ejecutar los hechos estimados como ciertos en la sentencia, procedió o no con ánimo doloso y con voluntad contraria a derecho, infringiendo lógicamente por los mismos datos de la sentencia lo que hubiera de simulación o fraude en los actos por aquél realizados, pues, de lo contrario, se desnaturalizarían los preceptos de la ley y se haría ineficaz, en muchos casos, el recurso de casación» (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Editorial Reus, Madrid, 2ª ed. 1924, vol. V, pág. 558).

Es decir, siguiendo el razonamiento expresado en el fallo que se cita, el único aspecto del comportamiento del que podría predicarse la existencia o inexistencia real, y susceptible por tanto de recibir el calificativo de fáctico, sería el integrado por los actos exteriores, perceptibles u observables de modo sensorial directo⁴³. Sólo esa dimensión del comportamiento podría ser tratada mediante proposiciones asertivas, es decir, aquéllas de las que cabe afirmar verdad o falsedad, porque sus referentes serían los únicos con posibilidades objetivas de tener o no tener existencia real.

Por contraste, la determinación del carácter intencional o no intencional de la acción o acciones a examen, el elemento subjetivo del delito, resultaría desplazado a un ámbito discursivo diferente, el de los «juicios de valor» («bueno»/«malo», «bonito»/«feo»), que en cambio son proposiciones carentes de referente empírico. Los mismos, se expresan en lenguaje preceptivo, mediante enunciados que como tales no pueden ser ni verdaderos ni falsos, porque no corresponden a ningún hecho o circunstancia susceptible de verificación. No tienen contenido informativo que pueda ser objeto de prueba o refutación, sino como su propio nombre indica, contenido simplemente valorativo.

Es cierto, con todo, que en ocasiones puede darse una cierta contigüidad entre lo que son propiamente aserciones relativas a hechos psíquicos y lo que constituyen juicios de valor, en sentido propio, acerca de los mismos. Así, cuando la afirmación de que concurrió un determinado ánimo, que como tal será una proposición de carácter asertivo, va acompañada de otra relativa, por ejemplo, a la consideración del mismo como de una especial perversidad.

A este respecto, vale la pena recordar que, como ha escrito Ayer, al valorar una acción «no estoy haciendo ninguna más amplia declaración acerca de ella. Sólo estoy poniendo de manifiesto la desaprobación moral que me merece. Es como si dijese "Usted robó ese dinero", con un especial tono de horror, o como si lo escribiese añadiendo determinados signos de exclamación. El tono de los signos de exclamación no añaden nada a la significación literal de la oración. Sólo sirven para demostrar que la expresión está acompañada de ciertos sentimientos del que habla»⁴⁴.

En consecuencia, visto el modo de operar de los «juicios de valor», no puede sostenerse, en el plano epistemológico, una diversidad de naturaleza entre la actividad cognoscitiva dirigida a establecer la

⁴³ Cabe advertir en este punto de vista una clara expresión del que los autores han designado como «inductivismo ingenuo» (cfr. A. F. Chalmers, ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, trad. de E. Pérez Sedeño y P. López Mañez, Siglo XXI Editores, Madrid, 1982, pág. 12 y ss.).

⁴⁴ A. J. Ayer, Lenguaje, verdad y lógica, trad. de M. Suárez, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1971, págs. 124-125.

existencia física de un determinado acto y la que tenga por objeto conocer la dimensión intencional del mismo, es decir, las caras externa e interna, respectivamente, de un determinado comportamiento. Que el acceso a esta última pueda comportar un mayor grado de dificultad y que su determinación demande mayor cuidado o finura en la observación o en el análisis, no implica una distinta naturaleza de la actividad⁴⁵.

Podrá decirse que, más allá de lo afortunado o desafortunado de algunas formulaciones, sería impensable que, por su obviedad, la existencia como tal de los factores intencionales pudiera resultar desconocida y menos negada por la tesis jurisprudencial de referencia. Pero aun admitiendo que así fuera, no por ello dejaría de resultar pertinente la crítica. Cuando menos por dos razones fundamentales.

La primera es que al atribuir a aquellas determinaciones el carácter de «juicio de valor», se opera el desplazamiento de las mismas a un campo especialmente connotado por la subjetividad menos controlable. El juez no vendrá obligado a expresar que -y por qué infiere que- algo ha contado con existencia real como parte o forma de un comportamiento ajeno, sino tan sólo a afirmar y en el mejor de los casos razonar su particular convicción, el porqué de la atribución de una determinada condición, que como tal (parece que en esa concepción) carecería de propia existencia empírica. Como recuerda Castilla del Pino, al tratarse de una estimación, «ésta ya no pertenece al objeto sino al sujeto de la proposición»⁴⁶.

La segunda es que se trata impropriamente como deducción a un razonamiento que no tiene ese carácter. Porque, en efecto, derivar de datos empíricos obtenidos mediante el análisis de la información probatoria relativa a un determinado comportamiento, que éste respondió a un cierto propósito -«la presencia en el agente de una determinada intención y (aun puede que) de una actitud cognoscitiva relativa a los medios conducentes al fin»⁴⁷, es realizar una inferencia inductiva. Como se sabe, el razonamiento deductivo presupone la existencia de una ley de valor universal, que permite, mediante la subsunción en ella de un supuesto particular y si se observan determinadas reglas lógicas, llegar

45 «Decir que hay intencionalidad en la conducta es sugerir algo a la vez importante y que se presta con facilidad a equívocos. La formulación acierta al poner de relieve que la intencionalidad no es algo que queda "detrás" o "fuera" de la conducta. (...) Lo equivoco de la formulación reside en sugerir una "localización" de la intención, su confinamiento en un ítem de conducta determinado, como si se pudiera descubrir la intencionalidad mediante una inspección de movimientos. (...) La conducta adquiere su carácter intencional del hecho de ser vista por el propio agente o por un observador externo en una perspectiva más amplia, del hecho de hallarse situada en un contexto de objetivos y creencias». (G. H. von Wright, *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñón, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pág. 140).

46 C. Castilla del Pino, *Introducción a la hermenéutica del lenguaje*, Península, Barcelona, 1972, pág. 178. Como dice el autor las proposiciones estimativas «desempeñan una función ostensiva, no respecto del referente u objeto externo, o supuestamente externo (...) sino del referidor o hablante. O de otra forma, son palabras que expresan respecto del sujeto hablante, la sepa o no la sepa él». Por contraste con la proposición indicativa que es «un juicio de hecho verdadero o falso». (En op. cit., págs. 101 y 103).

47 G. H. von Wright, op. cit., pág. 134.

a una conclusión, que es verdadera si lo son las premisas. Algo que no sucede en el razonamiento inductivo, en el que falta ese presupuesto y cuya conclusión, al ir más allá de las premisas, propicia una diferente calidad de conocimiento.

Por eso, al operar del modo que se cuestiona, aparte de privar a un discurso institucional de tanto relieve del exigible rigor, se genera confusión no sólo acerca del carácter de alguna dimensión de la conducta humana, sino también -y quizá más aún-, sobre la naturaleza, del grado o la calidad de conocimiento que el juez puede llegar a obtener por la vía de los impropriamente caracterizados como «juicios de valor» que, es evidente, nunca pasará de ser conocimiento probable y no deductivamente cierto.

Este aspecto de la cuestión goza a mi juicio de un relieve que no cabe desconocer, por lo importante que resulta que el juez tenga plena constancia del rendimiento de los instrumentos que utiliza, de la relatividad de los resultados, y que asuma su función como lo que debe ser realmente: antes que nada, una indagación cuidadosa sobre la existencia o inexistencia real de determinados datos de experiencia, en lo que, como luego veremos, nunca podrá contar con el auxilio de tranquilizadoras leyes de validez universal capaces de dar a sus inferencias consistencia axiomática.

Beneytez Merino, que como ya se anticipó, es, entre nosotros, autor de un encomiable esfuerzo -¿el primero?- de clarificación en este campo, ha sugerido designar a los aludidos supuestos «juicios de valor», «juicios de inferencia»⁴⁸. Propuesta que ha tenido una acogida peculiar -acogida peculiar, porque ahora, con frecuencia, simplemente se escribe «los juicios de valor o juicios de inferencia»-, tanto en la propia jurisprudencia de la Sala Segunda, como por algunos autores, para seguir sosteniendo -bajo diferente etiqueta- la misma actitud metodológica que se ha criticado⁴⁹. Pero, si se analiza el sentido de los términos, no parece que la opción sea en sí misma demasiado afortunada como intento de descripción de la operación intelectual del juez que nos preocupa, puesto que juicio en este contexto es equivalente a «acto mental por medio del cual pensamos un enunciado»; o incluso «la afirmación o la negación de algo (de un predicado) con respecto a algo (un sujeto)»⁵⁰. E inferencia no es sino un «proceso en el cual se llega a una proposición y se la afirma sobre la base de otra u otras proposiciones aceptadas como puntos de partida del proceso»⁵¹. Con lo que resulta

⁴⁸ En op.cit., pág. 14.

⁴⁹ Así, en el caso de J. M. Luzón Cuesta, La presunción de inocencia ante la casación, Colex, Madrid, 1991, págs. 23-24. Y también, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Segunda de 18 de noviembre de 1999 (ponente De Vega Ruiz).

⁵⁰ La primera es la acepción, de entre todas las posibles, por la que se decanta J. Ferrater Mora, que también relaciona, entre otras varias, la segunda que se recoge (en op.cit., vol. II, págs. 1821-1822).

⁵¹ Así, I. M. Copi, Introducción a la lógica, trad. de N. Míguez, Eudeba, Buenos Aires, 1962, pág. 20.

que la expresión «juicio de inferencia» es anfibológica, puesto que resulta referible tanto al razonamiento deductivo como al inductivo, para significar, al fin, algo tan impreciso e incluso tautológico como «juicio de razonamiento». Por ello, quizá sería lo más sencillo hablar simplemente de inferencia inductiva, porque la expresión cumple con la función descriptiva a que aspira todo acto de denotación; y porque no sugiere, como no debe sugerir, diferencia alguna de método en el modo de operar, por razón del objeto.

III. RECONSTRUCCIÓN JUDICIAL DE LOS HECHOS: MODELOS DE REFERENCIA

1. El historiador

La asimilación del trabajo del juez en la *quaestio facti* al del historiador, ha sido una constante, a partir de un conocido trabajo de Calamandrei⁵². Este autor señaló la existencia de importantes similitudes en el modo de proceder de ambos operadores: uno y otro estarían llamados a «indagar sobre los hechos del pasado y a declarar la verdad sobre los mismos» mediante «una obra de elección y construcción sobre "datos" preexistentes»⁵³. Ahora bien, esta constatación no podía ocultar algunas diferencias de relieve. Entre ellas y, sobre todo, la determinada por la situación estatutaria de pasividad del juez, que es garantía de una «imparcialidad desapasionada» que nunca estará al alcance del historiador: éste elige el tema y «en la elección del tema está ya la confesión de una preferencia y en la formulación del problema se encuentra ya implícito el criterio de la solución»⁵⁴.

Por lo demás, sigue apuntando Calamandrei, mientras el juez tiene limitadas también normativamente las fuentes de conocimiento (es el caso, por ejemplo, de la «ciencia propia»), el historiador «no sabría resignarse nunca a cerrar los ojos a la verdad, únicamente porque el sendero que le ha conducido hasta ella no esté indicado en los mapas oficiales»⁵⁵. Además, en fin, donde éste último podría legítimamente expresar una actitud de incertidumbre, el juez estaría siempre obligado «a toda costa a llegar a una certeza oficial»⁵⁶.

Asimismo, Calogero se ocupó de señalar la analogía de ambos modelos; incidiendo en una particularidad metodológica y es que: «como el historiador, también el juez se encuentra con el hecho no como una realidad ya existente, sino como algo a reconstruir»⁵⁷.

⁵² P. Calamandrei, «El juez y el historiador», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, págs. 107 y ss.

⁵³ En op. cit., pág. 107.

⁵⁴ En op. cit., pág. 112.

⁵⁵ En op. cit., pág. 114.

⁵⁶ En op. cit., pág. 116.

⁵⁷ G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam, Padova, 2ª ed. 1964, pág. 129.

A pesar de lo sugestivo de la consideración comparativa, hay aspectos de la función del juez que condicionan desde fuera su forma de relación con los hechos y que no pueden dejar de apuntarse, aunque sea esquemáticamente. Nobili⁵⁸ se ha manifestado en ese sentido, haciendo hincapié, en primer lugar, en el carácter eminentemente práctico de la orientación del juez. En efecto, el interés que mueve su actuación no es puramente gnoseológico, en la medida en que la averiguación de la verdad tiene que ver con la resolución de un conflicto. Por otro lado, esa búsqueda está también interferida por el momento normativo. Y esto no sólo porque tenga que conducirse por cauces más o menos predeterminados, como se ha visto, sino porque la cuestión sobre la que el juez está obligado a pronunciarse, incluso en su dimensión fáctica, suele estar profundamente teñida de aspectos de valor y la indagación judicial siempre se da en función de una hipótesis necesariamente normativa.

Con todo, este juego de búsqueda de analogías y matices diferenciales deja prácticamente intacto un aspecto de fondo que, en este caso, es el que más interesa. Lo ha puesto de manifiesto Taruffo, al decir que así no se obtiene «ninguna indicación en torno al procedimiento en el que la investigación se exterioriza, ni precisa las características de lo que es objeto de la misma, ni aclara en qué consisten los datos en que se funda». Y es que, por esa vía se da «sólo en apariencia una solución al problema del juicio de hecho, mientras en realidad no se analiza la estructura lógica del procedimiento»⁵⁹.

Ese paso lo ha dado recientemente Ferrajoli⁶⁰. Este autor comparte el ya aludido clásico punto de vista de que el juez tiene que vérselas con una forma particular de verdad histórica, puesto que no está a su alcance la observación directa de las conductas objeto de enjuiciamiento. Pero, señala, la investigación judicial «no consiste sólo en la recogida de datos y piezas de convicción, sino sobre todo en experimentar y producir nuevas fuentes de prueba»; de manera que «lo que el juez experimenta no son los hechos delictivos objeto del juicio, sino sus pruebas».

Ello, es decir, el intento de determinación de los hechos «probados» del pasado, a través del análisis de hechos «probatorios» del presente, confiere a la actividad las características de la inferencia inductiva.

Ahora bien, una inferencia inductiva peculiar en determinados aspectos, de los de que algunos ya han quedado señalados. Y que cuenta

⁵⁸ M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, pág. 49.
⁵⁹ M. Taruffo, «Il giudice e lo storico: considerazione metodologiche», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1967, pág. 445.

⁶⁰ En op. cit., pág. 25-26.

además con otro relevante elemento diferencial y es que en la inferencia inductiva que realiza el juez cobra un valor esencial de signo positivo la falacia del *argumentum ad ignorantiam*, que se comete «cuando se sostiene que una proposición es verdadera simplemente sobre la base de que no se ha demostrado su falsedad (...) y que es falaz en todos los contextos excepto en uno: la corte de justicia»⁶¹. Es el principio de presunción de inocencia, al que ya aludió Calamandrei, al caracterizar al *in dubio pro reo* como instrumento preclusivo de la perplejidad del juez⁶², que juega ahora un papel central en la epistemología judicial, en la que no se limita a operar como regla de juicio, sino como verdadero eje del sistema.

2. El detective

La búsqueda de puntos de referencia metodológicos que puedan ser analógicamente explicativos de la naturaleza del trabajo del juez en materia de hechos, no se ha detenido en su asimilación al historiador.

Como es bien sabido, la investigación judicial parte de la constatación empírica de que se ha producido un determinado resultado. Un resultado anómalo, es decir, que rompe la normalidad. Desde esa evidencia primaria, llevada al juez habitualmente con un conjunto de otros datos, éste tratará de reconstruir el caso en la totalidad de sus elementos integrantes.

Tal modo de proceder a partir de indicios⁶³, guarda relación con el modelo de la semiótica médica (donde el «indicio» es el «síntoma»), pero presenta también una cierta homología con el «razonar hacia atrás» de Sherlock Holmes.

Por eso, no tiene nada de extraño que filósofos y semiólogos se hayan ocupado del método de investigación criminal del personaje de Doyle con profundo interés⁶⁴; creyendo haber encontrado en él una expresión del pensamiento de Ch. S. Peirce acerca de la hipótesis o abducción⁶⁵.

Más recientemente Fassone⁶⁶, siguiendo las observaciones de Eco⁶⁷ sobre el particular, ha llevado directamente el punto de vista de

61 Cfr I. M. Copi, op. cit., pág. 65.

62 En op. cit., pág. 116.

63 Indicio: «Cualquier cosa que indica la posibilidad de que haya existido, exista, haya ocurrido o vaya a ocurrir cierta cosa» (M. Moliner, Diccionario de uso del español. Gredos, Madrid, 1977).

64 Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce, U. Eco y T. A. Sebeok (eds.), Bompiani, Milano, 1983, (hay traducción castellana de E. Busquets, Lumen, Barcelona, 1989), es un buen ejemplo. Puede verse asimismo T. A. Sebeok y I. Umiker-Sebeok, Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de investigación. Trad. L. Güell, revisión de I. M. Pérez Tornero, Ediciones Paidós, Barcelona, 1987. (Este libro contiene en realidad lo que es el trabajo inicial de los reunidos en el anterior).

65 Cfr. la voz «Abducción», en J. Ferrater Mora, op. cit., I, pp. 12-14.

66 En op. cit.

67 U. Eco, «Corna, zoccoli, scarpe. Alcune ipotesi su tre tipi di abduzione», en E. Eco y T. A. Sebeok (eds.), cit., págs. 237 y ss.

Peirce al terreno de la reflexión sobre la prueba judicial.

En este planteamiento, el juez opera en su averiguación a partir del conocimiento del resultado y de una regla que actúan como premisas. Ahora bien, tal regla no es equivalente a la ley general del razonamiento deductivo. Ésta se halla bien determinada y contiene en sí misma toda la información relevante; así, operar la subsunción del caso concreto es una simple aplicación, «una mera explicitación del contenido semántico de las premisas»⁶⁸ que, si se hace con el necesario rigor formal, garantiza la validez del resultado. Pero no produce aumento de saber empírico, es decir, no permite ir hacia adelante en el conocimiento, descubrir algo nuevo.

La abducción se caracteriza, en cambio, porque ella «mira a encontrar, junto al caso, también la regla»⁶⁹. Ésta puede ser de más o menos fácil localización, pero nunca susceptible de simple aplicación con la garantía del resultado que cabe esperar en el caso de la deducción. Aquí el valor de verdad no está plenamente garantizado por la validez de las premisas, por eso existe un riesgo.

En resumen, en el razonamiento deductivo, como se sabe, se dispone de una premisa mayor, que es una regla a cuya naturaleza ya se ha aludido; y de una premisa menor, a partir de las cuales se obtiene una conclusión en la forma también expuesta.

En la abducción, lo primero que se conoce es la conclusión (Fulano ha sido hallado con un cuchillo clavado en el corazón), que es justamente el punto de arranque del razonamiento. Se tiene o se puede llegar, además, al conocimiento de ciertas reglas (máximas de experiencia) -sobre cuyas particularidades se hablará más adelante- que pueden hallarse más o menos codificadas, ser más o menos precisas, más o menos experimentadas, de mayor o menor nivel de generalidad. Pero de su aplicación, una vez identificadas, no se deriva una conclusión necesariamente válida, sino sólo probable.

Porque, en suma, como escribió Peirce, mientras «la deducción prueba que algo tiene que ser (...), la abducción sugiere meramente que algo puede ser»⁷⁰. En nuestro caso, una relación histórica, puesto que está referida a un momento pasado, y es la que se trata de establecer, entre un hecho y el acto causal.

Buscando precisar la diferencia entre la inducción y la

⁶⁸ M. A. Bonfantini y G. Proni, «To guess or not to guess?», en U. Eco y T. A. Sebeok (eds.), cit., pág. 152.

69 U. Eco, en op. cit., pág. 244.

70 Ch. S. Peirce, *El hombre un signo*. (El pragmatismo de Peirce), traducción, introducción y notas de J. Vericat, Editorial Crítica, Barcelona, 1988, pág. 136.

abducción, el propio Peirce añadía que una y otra, naturalmente «conducen a aceptar una hipótesis en cuanto los hechos observados aparecen como consecuencias necesarias o probables de tales hipótesis», pero «la abducción toma su punto de partida de los hechos, sin tener, al principio, a la vista alguna particular teoría, aunque se encuentre motivada por la sensación de que se requiere una teoría para explicar hechos sorprendentes. La inducción parte de una hipótesis que parece sugestiva sin tener al inicio algún hecho en particular a la vista, aunque se tenga la sensación de la necesidad de hechos para sostener una teoría. La abducción busca una teoría. La inducción busca hechos. En la abducción la consideración de los hechos sugiere la hipótesis. En la inducción el estudio de la hipótesis sugiere los experimentos que hacen la luz sobre los hechos auténticos a los que la hipótesis se refiere»⁷¹.

De esta cita de Peirce puede extraerse una conclusión elemental, que en ningún caso sería polémica: cualquiera que fuera la relación que llegue a establecerse entre inducción y abducción, ambas serían siempre formas de inferencia ajenas al modelo deductivo, es decir, sintéticas, cuyo resultado es innovador con respecto al contenido de las premisas y, por eso, siempre arriesgado.

Por otra parte, el drástico criterio de demarcación de que Peirce hace uso para distinguir entre ambos modelos, en función del punto de partida (hipótesis/hecho) y del objetivo (hechos/teoría), ha sido seriamente cuestionado⁷².

En fin, y para lo que aquí interesa, importa señalar que en el caso del juez del enjuiciamiento, es cierto que su inferencia lleva de un caso particular a un caso particular, de un hecho a otro hecho. Pero, en el punto de partida, existe ya una hipótesis (la hipótesis acusatoria) que avanza una propuesta de explicación de la forma de acaecimiento del hecho motivador de la apertura del proceso. Y, desde luego, la indagación judicial no está orientada ni conduce a la construcción de teorías.

De este modo, cabe concluir con Besso Marcheis que «el razonamiento abductivo puede proponerse como un modelo útil de descripción de momentos diversos y anteriores respecto al de la valoración de las pruebas y resulta, así, de utilidad bastante limitada a los fines de nuestro discurso»⁷³. Por eso, y como enseña se expone, siguiendo a Ferrajoli,

⁷¹ Ch. S. Peirce, cit. por T. A. Sebeok y I. Umiker-Sebeok, «"Voi Conoscete il mio metodo": un confronto fra Charles S. Peirce e Sherlock Holmes», en U. Eco y T. A. Sebeok, *Il segno dei tre*, cit., pág. 44.

⁷² Así, por ejemplo, N. R. Hanson: «Muchos rasgos de la resolución de problemas reales por parte de la gente ordinaria y de los científicos ordinarios, exige la comprensión de los criterios en virtud de los cuales pueden distinguirse las buenas razones de las malas razones. Mucho antes de que un investigador haya acabado su investigación, haya solucionado su problema y haya escrito finalmente su informe de investigación, debe haber habido muchas ocasiones en las que se ha visto forzado a usar su cabeza, a invocar su razón, ya decidir entre las especulaciones que parecían potencialmente fructíferas y las que no lo parecían» (en *op. cit.*, pág. 52).

⁷³ C. Besso Marcheis, «Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, 1991, pág. 1138.

parece que se puede dar cuenta de la estructura del operar judicial acudiendo al modelo inductivo.

IV. CONVICCIÓN LIBRE DEL JUEZ: DE INSPIRACIÓN A INDUCCIÓN

1. 'Intime conviction'

Desde que a partir del siglo XIII «la aritmética de las pruebas sustituyó al razonamiento»⁷⁴, el sistema de la prueba legal aparece unido a la experiencia del proceso inquisitivo. Como se sabe, la teoría de la prueba legal guarda íntima relación con la figura de un juez estrechamente vinculado al poder que hoy diríamos ejecutivo, y a una concepción fuertemente autoritaria del proceso, concebido a su vez como instrumento capaz de procurar una verdad no probable, sino real sobre los hechos, apta para justificar incluso el recurso al tormento⁷⁵. Por eso, sin perjuicio de cualquier otro tipo de consideraciones que al respecto pudieran hacerse, conviene no perder de vista la idea apuntada por Giuliani de que «el problema de la tortura fue un problema de lógica»⁷⁶. Es decir, una cuestión instrumental, de manera que si el proceso estaba preordenado a la obtención de una verdad absoluta, ésta, como fin, podría justificar el empleo de cualquier medio.

En tal perspectiva, el criterio de la prueba tasada, al establecer «ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza»⁷⁷ respondía formalmente al propósito de limitar el arbitrio del juez, que, dotado de una libertad extrema en la indagación, quedaría, no obstante, constreñido en sus apreciaciones a la predeterminación normativa del valor de las adquisiciones probatorias⁷⁸.

No obstante este punto de partida, lo cierto es que el modelo,

74 A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1971, pág. 184.
75 F. Cordero sitúa en el sustrato cultural del modelo inquisitivo la convicción de que «el Mal existe, anida por todas partes con temibles quintas columnas, y, puesto que el inquisidor lo combate, todo proceso es una diablomaquia». (De «Stilus curiae (análisis della sentenza penale)», en *La sentenza in Europa*, pág. 297).

76 En op. cit., pág. 185.

77 C. J. A. Mittermaier, *Tratado de la prueba en materia criminal*, sin ref. de trad. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, pág. 30.

78 La pretensión, implícita en el sistema de la prueba legal, de sujetar al juez en su valoración a reglas de carácter supuestamente universal, dotadas de un, también supuesto, valor probatorio pleno, daba al modelo de razonamiento empleado, como ha señalado Ferrajoli, una falaz estructura deductiva y por ello, una «aparente racionalidad», no obstante lo cual el esquema lógico subyacente es el mismo que «está en la base de las pruebas irracionales de tipo mágico y arcaico: la ordalia, el duelo judicial, el juramento, la adivinación». (Op. cit., pág. 113-114). No veo contradicción entre este punto de vista y el de Tomás y Valiente al aceptar que «tal vez» la tortura pudo significar «algo más racional que las ordalias» puesto que «fue un elemento probatorio jurídicamente regulado dentro de un proceso (de un proceso predominante o enteramente inquisitivo), y por tanto superador del anterior par de fuerzas ofensa-venganza». (En *La tortura en España*, cit., pág. 214). En efecto, mientras la reflexión de Ferrajoli alude a una racionalidad epistemológica, la de Tomás y Valiente lo hace a una de tipo más bien empírico. Como cuando G. Amato, a propósito del mismo asunto, ve en la tortura medieval un tormento con garantías, que se pierden en la tortura renacentista. (Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale. Giuffrè, Milano, 1970, págs. 96-97).

como no podía ser menos, dio lugar a unas prácticas⁷⁹ que condujeron «a la quiebra del sistema, tanto desde el punto de vista gnoseológico como moral»⁸⁰.

Bien reveladoras al respecto son las palabras de Voltaire, en su comentario al libro de Beccaria, cuando denuncia la admisión de «medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo, un he oído decir, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro he oído decir un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, pueden componer una prueba completa...»⁸¹.

Lo cierto es que la prueba legal experimentó las mismas vicisitudes que el proceso inquisitivo en su conjunto, a expensas, sobre todo, de la oposición hecha a ambos desde los presupuestos político-filosóficos de la Ilustración⁸².

Entre éstos se cuenta la renovada confianza en la razón, que lleva a una revalorización del «sentido común»⁸³, y a que se ponga la vista en los jurados populares, opción a la que no es ajena una cierta influencia de la experiencia procesal inglesa. Esta tendencia, que tiene clara expresión en obras como las de Filangieri⁸⁴ y Bentham⁸⁵, entre otros, cristaliza de forma paradigmática en la obra de la Asamblea Constituyente francesa.

La finalidad y el alcance de este trabajo obligan a pasar por alto las vicisitudes del principio de la *intime conviction*; particularmente aquellas que, desplazándolo de sus raíces originales, dan razón de su definitiva inserción en el modo de operar de las magistraturas

79 Sobre las prácticas del sistema ilustran muy bien: P. Verri, *Observaciones sobre la tortura*. Traducción, prólogo y notas de M. De Rivacoba, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977; y A. Manzoni, *Historia de la columna infame*. (Con nota de L. Sciascia), trad. de E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987. Acerca de la experiencia española al respecto, cfr. F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 171 y ss.; y *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1973.

80 M. Nobili, op. cit., pág. 112.

81 Voltaire, «Comentario al libro de los delitos y de las penas», en apéndice a C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. J. A. De las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 158.

82 Aunque la obligación de motivar las resoluciones judiciales fue una exigencia estimulada y favorecida por la cultura jurídica de la Ilustración, ésta, sin embargo, no se manifiesta de manera unívoca en la materia. Así, la consideración del juez como *bouche de la loi*, no deja prácticamente espacio para la motivación en la cuestión de hecho, puesto que conceptualmente elimina cualquier libertad del juzgador. Sobre este asunto, puede consultarse con provecho M. Taruffo, «L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, págs. 18 y ss.

83 Cfr. al respecto M. Nobili, op. cit., págs. 131 y ss.

84 C. Filangieri, *Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, vol. III, págs. 154 y ss. No obstante, hay que señalar que Filangieri se muestra partidario de «combinar la certeza moral del juez con la prescrita por el legislador, esto es, con el criterio legal» (pág. 155).

85 «¿Qué es una regla falsa en materia de procedimiento? Es una regla que tiende a poner en contradicción la decisión del juez y la ley; que constriñe al juez a pronunciarse en contra de su íntima persuasión» J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Osorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1959, vol. I, pág. 12).

profesionales. Lo cierto es que, como consecuencia, el juzgador, en el marco del juego del principio de legalidad, quedará facultado para valorar libremente según su conciencia las pruebas practicadas.

A partir de ese momento, el principio, tanto en alguna teorización doctrinal como, sobre todo, en la práctica, apareció extraordinariamente teñido de subjetivismo, cual si el ejercicio de esa libertad de apreciación de datos probatorios en un contexto legal fuera, más que actividad racional, una especie de momento místico⁸⁶ y, en cuanto tal, incontrolable. Así, entre nosotros, un comentarista tan autorizado como Aguilera de Paz interpretará el Art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como la atribución al juez de un cometido que debe desempeñar «respondiendo a los dictados de la conciencia según las inspiraciones de su propio juicio acerca de la verdad de los hechos rectamente apreciados»⁸⁷.

El riesgo de tal degradación del principio no pasó desapercibido a Carrara, quien ya advirtió que «respecto al juicio acerca del hecho, el juez no tiene verdadero arbitrio, ni siquiera cuando se acepta su convicción íntima, pues siempre debe convencerse según la razón y según el proceso»⁸⁸.

Que el juez no puede ser libre de la prueba⁸⁹ es algo que, así formulado, no discutiría ni el más entusiasta de los defensores del principio que nos ocupa entendido sub specie del subjetivismo más extremo. Sin embargo, lo cierto es que, al postular un tipo de relación del juez con el resultado de la actividad probatoria, del género del que subyace al punto de vista doctrinal aludido y que cabe rastrear también en no pocas manifestaciones jurisprudenciales⁹⁰, se está implícitamente apostando por una libertad para el juzgador que no conoce ni siquiera aquel límite.

En efecto, no basta la afirmación ritual de la vinculación del

⁸⁶ Cordero, con palabras que ya son, por su expresividad, un obligado lugar común en la materia, se referirá críticamente «a la imagen de la libre convicción como de una voraz potencia superlógica». Para afirmar su oposición a que «la libre convicción sea una suerte de potencia dionisiaca de la que no se pueda hablar sino en los términos alusivos con que la bacante hablaba del dios; que el intelecto no sea omnipotente no es un buen motivo para renunciar a usarlo donde podría ahora iluminarnos» (F. Cordero, *Ideología del proceso penal*, Giuffrè, Milano, 1966, págs. 229-230).

87 En op. cit., vol. V, pág. 560. «El legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador la aneja de las nuevas» (pág. 558).

⁸⁸ F. Carrara, Programa de derecho criminal, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1957, vol. II, pág. 356.

80. *Ibid.*, 1957, vol. II, pág. 356.

81. Como la expresión de G. Bettiol, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Cedam, Padova, 1966, pág. 203. (Hay traducción castellana, de Gutiérrez-Alviz y Conradi, Reus, Madrid). La misma idea puede verse expresada en el contenido de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Huelga García, 7 de junio de 1991): «...[d]uración de la prueba en conciencia y íntima convicción del juzgador quiere decir, sin duda, libertad de apreciación de la prueba, pero no prescindir de la misma ni de su análisis...». Aunque no podría afirmarse que la Sala Segunda sea consecuente en la exigencia del contenido de la última afirmación, puesto que es, como regla, francamente tolerante con la omisión del análisis de la prueba en las sentencias de que conoce.

90 Críticamente, sobre la incidencia de esta actitud en la jurisprudencia de nuestro país de los años 30 a 50 de este siglo, cfr. J. M. Martínez Pereda, «El convencimiento judicial en el proceso penal español», *Revista de derecho judicial*, nº 13, 1963, págs. 42-43.

juez a las aportaciones probatorias. La propia experiencia histórica en la materia no podía ser más elocuente acerca de los límites de la capacidad efectivamente ordenadora de la norma, una vez acreditadas las vicisitudes del propio sistema de la prueba legal.

Esta evidencia, y puesto que la actividad valorativa del juez no puede darse sin un soporte de conocimiento previo racionalmente obtenido y que -en la moderna disciplina constitucional del proceso- ha de ser, además, motivado erga omnes, hace que, como lúcidamente apuntó Nobile, el nudo de la cuestión relativa a «la validez de las nuevas reglas» deba desplazarse del campo «de la imperatividad de la norma jurídica» al de la «fundamentación y eficacia científica»⁹¹.

2. La inferencia inductiva del juez

La representación ideal del modo de razonar del juez como un silogismo, que tiene en la conocidísima formulación de Beccaria⁹², su expresión más acabada, aunque sigue formando parte del bagaje cultural de no pocos profesionales del derecho⁹³, ha sido eficazmente cuestionada en su capacidad descriptiva⁹⁴ del modo de operar judicial en la elaboración de la sentencia.

Sin embargo, creo que en ningún caso se había hecho con el rigor con que Ferrajoli ha llevado a término la, seguramente, más acabada tarea de crítica y propuesta de un modelo alternativo de comprensión de la tarea jurisdiccional.

A su juicio⁹⁵, ninguna de las dos operaciones mediante las que se obtiene la verdad procesal responde al esquema del silogismo: ni la inducción representada por la prueba de los hechos, ni la deducción en que consiste la calificación jurídica de los mismos tienen la forma de

⁹¹ En op. cit., pág. 196.

⁹² «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena» (C. Beccaria, op. cit., p. 31). Del grado de aceptación de este punto de vista da cuenta su aceptación por procesalistas de tanto relieve como Carnelutti (cfr. La prueba civil, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, págs. 62-63).

⁹³ Para muestra un botón, en una sentencia reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Moner, 10 de enero de 1992) puede leerse: «...dentro del silogismo que entraña la sentencia...»

⁹⁴ En esta línea vale la pena dejar constancia aquí del punto de vista de Taruffo: «Hablar de función ideológica de la teoría silogística del juicio significa poner en evidencia que ésta tiende a acreditar una determinada imagen del juez, más que del juicio, destinada no tanto a delinear una realidad concreta, como a indicar cuál debería ser tal realidad. En efecto, la doctrina del silogismo judicial, más que describir el juicio, construye un modelo abstracto e ideal de juicio; se plantea una situación en la que la norma es un dato preexistente, en un ordenamiento positivo completo y sistematizado, cuya interpretación en vista de la aplicación al caso concreto consiste en una actividad esencialmente cognoscitiva de carácter sistemático. Se presupone además que una actividad de este género es en todo caso necesaria y suficiente, sin que deban intervenir operaciones y apreciaciones no reducibles dentro del módulo del polisilogismo» (En La motivazione, cit., págs. 163-164). Entre nosotros se cuestiona ya la concepción silogística, por ejemplo, en M. Fenech, Derecho procesal penal, Labor, Barcelona, 2ª ed. 1952, vol. II, pág. 237. Más recientemente, sobre los límites de la categoría referida a la decisión judicial, lo ha hecho M. Atienza, op.

cit., págs. 39 y ss.

⁹⁵ Lo que sigue se funda en L. Ferrajoli, op. cit., págs. 64 y ss. y 129 y ss.

las proposiciones normativas, sino de proposiciones asertivas, es decir, relativas a la existencia o inexistencia de determinados hechos y preceptos legales. En uno y otro caso se tratará de enunciados de los que puede predicarse verdad o falsedad.

Frente a lo sostenido por Beccaria, Ferrajoli ve en el *modus operandi* del juez no una inferencia, sino tres: una inferencia inductiva, que tiene como premisas el resultado de la actividad probatoria y permite afirmar, por ejemplo, que Fulano ha causado la muerte de Mengano; una inferencia deductiva, que tiene como premisa la anterior afirmación de hecho y un precepto, en este caso del Código Penal, y permite afirmar, como conclusión, que Fulano ha cometido un delito de homicidio; y un silogismo práctico, que integra la parte dispositiva, cuyas premisas son normativas (Fulano ha cometido un homicidio; al homicidio corresponde tal pena) y cuya conclusión es también una norma para el caso concreto: Fulano debe ser condenado a tal pena.

Así resulta que el lugar del silogismo de Beccaria ha sido ocupado por dos silogismos de carácter teórico y un silogismo práctico o deóntico.

Acoger metodológicamente el carácter de inferencia inductiva de la averiguación de los hechos, supone a la vez asumir algo que, no obstante su aparente obviedad, tiene una relevancia que no debe desconocerse. Me refiero al dato de que con ello se sitúa reflexivamente el quehacer cognoscitivo del juez respecto de los hechos en el ámbito de las explicaciones probabilísticas, que son las que permiten afirmar algo, pero solo, y si la derivación es correcta, «con un alto grado de probabilidad, y quizá con "certeza práctica"»⁹⁶.

De ello se sigue una consecuencia que no debe perderse de vista: probabilidad implica un margen de incertidumbre y de libertad de elección entre opciones; cuando ésta conduce a decisiones que afectan a bienes personales extraordinariamente sensibles, la incertidumbre implica a su vez una forma de poder. Un poder que, como inevitablemente discrecional en algún grado, nunca será del todo controlable⁹⁷.

Así las cosas, y para que esos márgenes de incertidumbre

⁹⁶ C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid, 1973, pág. 93.

⁹⁷ Hay en nuestra cultura procesal una marcada inclinación a atribuir a los juicios de hecho naturaleza deductiva (cfr., de la Sala Segunda, sentencias de Puerta Luis, 27 de mayo de 1991; Soto Nieto, 17 de junio de 1991; Huerta Álvarez de Lara, 29 de junio de 1991; Montero Fernández-Cid, 12 de julio de 1991; Ruiz Vadillo, 4 de septiembre de 1991); en lo que no parece arriesgado ver una resistencia implícita a aceptar que el conocimiento del juez en la materia no es el conocimiento en sentido fuerte que tradicionalmente se ha asimilado a la lógica deductiva. A ello responde la que Taruffo ha llamado «juridización» del juicio de hecho, que así resulta en buena medida reabsorbido en el ordenamiento como sistema completo y cerrado de criterios de decisión» (en *La motivazione*, cit., pág. 164, nota).

puedan verse reducidos tanto como sea posible, es fundamental que la inferencia judicial tenga siempre un referente empírico bien identificable⁹⁸, que haga posible afirmar con rigor si las proposiciones relativas a él son verdaderas o falsas, evitando que bajo la apariencia de enunciados descriptivos se formulen sólo juicios de valor⁹⁹.

La inferencia judicial tiene su punto de partida en un acaecimiento humano que rompe de algún modo la normalidad, de forma que interesa al ordenamiento penal. Ello da lugar a la formulación de un intento de explicación, de una hipótesis, la acusatoria, que como cualquier hipótesis es un «enunciado sometido a contrastación»¹⁰⁰.

Contrastar una hipótesis es, como se sabe, poner a prueba su valor explicativo, en este supuesto, del caso a examen. Tratándose del enjuiciamiento, ello se hace mediante el desarrollo de la actividad probatoria¹⁰¹.

Para que la hipótesis acusatoria pueda considerarse válida, se precisa una pluralidad de confirmaciones. La fecundidad de una hipótesis requiere que la misma sea confirmada por más de un hecho. (El único hecho de haber estado Fulano en el lugar del crimen no lo acredita, sin más, como autor del mismo).

Es preciso asimismo que la hipótesis sea resistente a las contrapruebas aportadas por la defensa. Una sola contraprueba eficaz basta para desvirtuar una hipótesis: si la coartada es verdadera la hipótesis es falsa.

Tienen que resultar también desvirtuadas todas las hipótesis alternativas.

⁹⁸ Es evidente que esta exigencia tiene que hallarse previamente satisfecha en la ley, mediante la efectividad del principio de «estricta legalidad». Este (frente al de «mera legalidad», que va dirigido al juez y le impone la observancia de lo dispuesto en la ley) «se dirige al legislador, al que prescribe la taxatividad y determinación empírica de las formulaciones legales». Porque, «sólo cuando están dotadas de precisas referencias empíricas y fácticas, las definiciones legales de las hipótesis de desviación son adecuadas para determinar de manera tendencialmente exclusiva y exhaustiva su campo de aplicación» (L. Ferrajoli, op. cit., pág. 35).
⁹⁹ Naturalmente, no se pretende expulsar los juicios de valor de una actividad como la judicial, en la que el momento valorativo ocupa un lugar fundamental. Se postula sin embargo un esfuerzo, una tensión - como actitud metodológica - orientada a que el juez opere con ellos de forma consciente y en el momento en que ha de hacerlos.

¹⁰⁰ C. G. Hempel, op. cit., pág. 38.

¹⁰¹ Ferrajoli propone «llamar prueba al hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado, e indicio al hecho probado del pasado del que se infiere el delito u otro hecho del pasado que tenga a su vez el valor de un indicio». El modelo, ilustra Ferrajoli, funciona así: Fulano testifica que ha visto a Mengano salir de casa de Perengano con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada. Pues bien, tal afirmación es prueba, más o menos probable, según la sinceridad de Fulano, del hecho de que él ha visto a Mengano... Este segundo hecho es, en cambio, sólo un indicio, a su vez más o menos probable, según el crédito que se dé a la vista de Fulano, de que Mengano ha salido realmente de la casa de Perengano en las circunstancias que se ha dicho. Este tercer hecho es, a su vez, un indicio, más o menos probable según la plausibilidad de los nexos causales establecidos por nosotros, de que Mengano ha matado a Perengano. (Op. cit., págs. 130-131).

En todo este proceso, deben de tenerse en cuenta algunas indicaciones. Así, cuanto mayor es la distancia y por tanto mayor es el número de inferencias que han sido necesarias para derivar de los hechos probatorios el *thema probandi*, menor es el grado de probabilidad de la inducción probatoria.

Prueban más las pruebas que son más ricas en contenido empírico. Por eso si concurren varias hipótesis alternativas, se ha de optar por la más simple¹⁰².

Cuando al final de ese proceso de conocimiento el juez aventura unos hechos como probados, habrá formulado a su vez una hipótesis acerca de la forma en que los mismos tuvieron lugar. Una hipótesis probabilística, como consecuencia de que en la inferencia inductiva la conclusión va más allá de las premisas, aporta algo que no está contenido necesariamente en éstas y supone, en esa medida, un cierto salto hacia adelante.

Esto es lo que da un sentido también epistemológico¹⁰³ a la existencia de las garantías procesales, que configuran un marco normativo, regido por el principio de presunción de inocencia, en el que la inducción judicial ha de desenvolverse. Pero que en ningún caso altera la naturaleza probable del conocimiento adquirido por ese medio.

Ferrajoli se muestra partidario de acudir al esquema nomológico-deductivo¹⁰⁴, como medio de acreditar, de evaluar, la consistencia de la inferencia inductiva del juez. Esto permitiría alcanzar una justificación relativa, al permitir identificar los criterios de decisión.

Como se ha visto, la inferencia inductiva permite ir del *thema probandum* descrito en la hipótesis acusatoria a los hechos probatorios que son su explicación. Ahora bien, una vez realizada aquélla, puede dársele la vuelta, puede invertirse su curso, tratándola como si fuera una inferencia deductiva.

En ésta los hechos probatorios constituirán una primera premisa que, puesta en relación con otra: alguna(s) ley(es) o generalización(es) empírica(s) comúnmente aceptada(s) -máximas de experiencia en terminología procesal-, permitirá tener como probado el hecho de que se trata. O pondrá de manifiesto que no se procedió correctamente en

¹⁰² Cfr. C.G. Hempel, op.cit. págs. 67 y ss.

¹⁰³ «Las garantías penales y procesales, además de garantías de libertad; son también garantías de verdad; (porque) "saber" y "poder" concurren de manera diversa en el juicio, según que las mismas sean

más o menos realizables y satisfechas» (L. Ferrajoli, op. cit., pág. 46).

¹⁰⁴ Precisa su propuesta en op. cit., págs. 141-143. Sobre el modelo de explicación nomológica-deductiva, cfr. C. G. Hempel, op. cit., págs. 79 y ss.; y J. Echevarría, op. cit., pág. 55.

la inferencia previa¹⁰⁵.

Esta ulterior manera de operar es evidente que no convierte lo obtenido a través de ella en conocimiento deductivo, puesto que no altera el proceso cognoscitivo como tal¹⁰⁶. No cambia por tanto la naturaleza probabilística del conocimiento adquirido, pero tiene indudables ventajas, desde el punto de vista del control de la calidad del curso argumental del juez: por un lado le obliga a ordenar el material probatorio ya contrastado, a verificar la forma en que lo ha sido, y a hacer explícitas las máximas de experiencia empleadas; y, por otro, permite también apreciar con más facilidad hasta qué punto uno y otras en su interacción explican y en qué medida, o no explican, en el caso concreto.

3. El papel de las máximas de experiencia

Al hablar de esta materia continúa siendo un punto de referencia necesario la noción elaborada por Stein, que concibió las máximas de experiencia como «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»¹⁰⁷.

En una primera aproximación, la noción apunta a algo tan obvio como que resulta impensable que alguien -incluido el juez- pudiera prescindir, en el ejercicio de cualquier actividad de indagación o valoración, de los datos o el bagaje de conocimientos que proporciona la experiencia socialmente acumulada.

Sin embargo, el relieve adquirido por la noción en el momento y en la cultura procesal, del que es buena expresión el trabajo de Stein, no se limita a esa perspectiva.

Como ha señalado Taruffo¹⁰⁸, esa elaboración doctrinal consistente en traducir en reglas lógicamente determinadas el criterio del *id quod plerumque accidit*», respondió de manera inmediata a la

¹⁰⁵ Una aproximación intuitiva a la elaborada propuesta de Ferrajoli, puede verse en G. Walter, cuando exige del juez una forma de apreciación y de expresión de la apreciación de la prueba «que sea repetible mentalmente». (En *Libre apreciación de la prueba. Investigación acerca del significado, las condiciones y los límites del libre convencimiento judicial*, trad. de T. Banzhaf, Temis, Bogotá, 1985, pág. 359.

¹⁰⁶ Como escribe Letizia Gianformaggio, a diferencia de lo que sucede en el razonamiento deductivo, en el inductivo «la mera enunciación de la premisa, o eventualmente de las premisas, no es suficiente para probar de manera rigurosa alguna conclusión. Se sabe bien que una inferencia inductiva debe probarse, y la prueba viene dada por un elemento extraño al razonamiento». («*Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*» en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pág. 144). Y es evidente que ese paradigma no se altera por la inversión nomológica-deductiva de un previo razonamiento inductivo.

¹⁰⁷ F. Stein, *El conocimiento privado del juez*, trad. de A. De la Oliva, Temis, Bogotá, 1988, pág. 27.

¹⁰⁸ M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970, pág. 197 y ss.

necesidad de salir al paso de las tesis de la escuela del derecho libre. Y, más en concreto, a la finalidad de hacer posible un control sobre el juicio de hecho por parte de la casación.

Por esa vía, una vez traducidos a reglas generales los criterios extraídos de la experiencia, el juicio de hecho recibía cierta impronta normativa y el tratamiento lógico de una inferencia deductiva, de la que la máxima de experiencia venía a constituir la premisa mayor.

Lo expresaba con claridad Rosenberg, al considerar el juicio de hecho como «una conclusión obtenida mediante subsunción de lo percibido en ciertos conceptos generales o máximas de experiencia como proposición mayor y formado, por tanto, mediante reglas lógicas»¹⁰⁹.

Se advierte fácilmente que esta forma de concebir la máxima de experiencia sigue estando profundamente instalada en la consideración jurisprudencial del juicio de hecho, como lo ponen de manifiesto las precedentes referencias.

Y no puede tampoco pasar desapercibido que la misma, además de la función reconocida de propiciar el control lógico del juicio, tiene una clara dimensión ideológica: atribuir al conocimiento judicial del dato empírico una calidad de certeza (deductiva) que no tiene en absoluto. Y no la tiene porque la ley en que se traduce la máxima de experiencia no es una ley «de forma universal», sino el fruto de la constatación de cierta regularidad en la forma de producirse determinados fenómenos o comportamientos¹¹⁰.

La máxima de experiencia responde al esquema de la inducción generalizadora, de las generalizaciones empíricas, y, en consecuencia, produce únicamente conocimiento probable. Esto no le priva de valor en la experiencia procesal, al contrario, permite atribuirle el que realmente puede corresponderle y, en esa misma medida, tal reconsideración de su significación se inscribe con toda autenticidad en el paradigma de búsqueda de la verdad de los hechos.

Por otra parte, resulta casi innecesario decir que no todas las máximas de experiencia estarán dotadas de la misma eficacia explicativa en el momento de dar el salto de un hecho probatorio a otro que pueda

¹⁰⁹ En Tratado de derecho procesal civil, Ejea, Buenos Aires, 1955, vol. II, pág. 210, (cit. por H. Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires, vol. I, pág. 175).

¹¹⁰ «...la distinción entre leyes de forma universal y leyes de forma probabilística no se refiere a la fuerza del apoyo empírico de los dos tipos de enunciados, sino a su forma, que refleja el carácter lógico de la aserción que hacen. Una ley de forma universal es básicamente un enunciado en el sentido de que todos los casos en que se dan unas condiciones de tipo F se dan también unas condiciones de tipo G; una ley de forma probabilística afirma, básicamente, que bajo ciertas condiciones, que constituyen la ejecución de un experimento aleatorio R, se producirá un cierto tipo de resultado en un porcentaje específico de casos» (C. G. Hempel, op. cit., pág. 102).

considerarse probado.

Así, mientras algunas máximas de experiencia -piénsese en las que rigen la pericia dactiloscópica- gozan de un alto grado de elaboración y reconocimiento; otras serán el fruto de un reducido número de datos empíricos¹¹¹, e incluso tener necesidad de ser, a su vez, probadas¹¹².

Ahora bien, y como conclusión, con independencia de la calidad de la máxima de que se haga uso en cada caso, lo cierto es que, como escribiera Foschini, «percibido el hecho fuente de prueba, éste permanecería absolutamente carente de significado y mudo, a los fines de la prueba, si no estuviera referido a la experiencia y, más precisamente, subsumido en una máxima de experiencia, porque sólo de ese modo resulta posible obtener el convencimiento acerca de la verdad del hecho diverso que es objeto de prueba»¹¹³.

V. LA MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS EN SERIO

El precepto contenido en el art. 120,3 de la Constitución, más que cerrar, realmente abre el problema de la motivación, porque, una vez atribuido a ésta de modo inequívoco el carácter de deber -constitucional- del juez, resulta inexcusable plantearse el problema de sus dimensiones, del alcance de la exigencia.

Como es bien sabido, esa norma de nuevo cuño, fue a proyectarse en un contexto caracterizado por la escasa cultura y la práctica todavía más pobre de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En efecto, la sentencia penal estándar, el estilo de las resoluciones judiciales entre nosotros, estaba caracterizado por la declamación, por el hábito de la declaración apodíctica de ciertos hechos como «probados», siguiendo en la forma el torturado y torturador modelo de la francesa phrase unique, redactada en jerga impenetrable, siempre bien aderezada de gerundios¹¹⁴. Tales hechos, seguidamente, se declaraban, con fórmula sacramental y sin ninguna pretensión explicativa, constitutivos de una determinada infracción penal, haciéndolo como si de una derivación puramente mecánica se tratase.

Esta tradición sigue harto viva todavía en la práctica de muchos

¹¹¹ M. Nobili se muestra partidario de distinguir entre máximas de experiencia y lo que describe como «criterios sólo tendenciales del comportamiento humano» («Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"», en Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1969, pág. 184).
¹¹² Sobre este último aspecto, cfr. H. Devis Echeandía, op. y loc. cit., págs. 171 y ss.
¹¹³ G. Foschini, Sistema del diritto processuale penale, Giuffrè, Milano, 1965, vol. I, págs. 414-415. Es por lo que Amodio insiste en la necesidad de «hacer explícito el canon de argumentación utilizado para llegar a la afirmación de haberse producido el hecho imputado». Así, el modelo normativo de la motivación, se desarrolla según la siguiente secuencia: «hecho probatorio - máxima de experiencia - hecho probado», (en op. cit., págs. 208-209).

¹¹⁴ Cfr. Joaquín Bayo Delgado, «De gerundios jurídicos», en Boletín Informativo Jueces para la Democracia, n. 7, octubre 1991, p. 6; interesante apunte crítico sobre las particularidades del estilo de redacción que caracteriza a ese modelo.

juzgados y tribunales, aunque a partir de momentos relativamente próximos, ha comenzado a experimentar cambios cuyo relieve no sería justo desconocer. Así, puede decirse, va abriéndose camino entre nosotros una cierta nueva cultura de la motivación en la que, sin embargo, todavía pesa más el lastre del viejo decisionismo inmotivado que el impulso emanado del imperativo del texto fundamental; sobre todo, en lo que hace referencia a la *quaestio facti*.

Es cierto que la relevancia de la motivación en la materia goza de autorizado reconocimiento jurisprudencial del más alto rango¹¹⁵. Pero también lo es que, no obstante lo categórico de muchas de las aserciones, las propias resoluciones en las que ese criterio se expresa, fácilmente pasan luego, sin solución de continuidad, a dar por bueno lo que no son sino verdaderas ausencias de motivación. Tal es, por ejemplo, el caso, de la llamada motivación implícita, o motivación «no dicha»¹¹⁶, que cuenta con una franca aceptación en nuestra jurisprudencia¹¹⁷. Sobre todo tratándose de supuestos de la llamada prueba «directa»¹¹⁸.

No resulta difícil adivinar que la renuncia -ésta quizá más que implícita- a dar realidad en la práctica a exigencias de principio como la que nos ocupa, que, por otra parte, se formulan con tanta firmeza, responde a criterios inequívocamente pragmáticos¹¹⁹. Lo malo es que

¹¹⁵ Expresiva al respecto resulta la sentencia 55/1987 del Tribunal Constitucional (Diez Picazo), que en un tema de imprudencia señalaba la necesidad de establecer «motivadamente de qué manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado». Y también la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 1990, en que, tras de afirmar que en el campo penal «la relación de hechos probados es la piedra angular» se hacía hincapié en que «si no se dan razones sobre el valor que el juzgador concede a la prueba practicada y se limita la sentencia, como ha sido norma hasta tiempos recientes, a expresar la calificación jurídica de los hechos que se habían declarado probados mediante un razonamiento que se mantenía secreto en la conciencia de sus autores, falla precisamente la motivación en aquella parte que, sin duda, es la más importante y constituye en muchos casos el tema único sobre el que versa el debate» (Delgado García). O la de la misma Sala (Soto Nieto, 20 de febrero de 1991), donde se llama también la atención expresamente sobre el relieve de la «motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia». Lo malo es que tal énfasis en la exigencia de motivación fáctica se reserva exclusivamente para la llamada prueba indirecta.

¹¹⁶ Cf. M. Taruffo, «La fisonomía», cit., pág. 457; para una más amplia consideración: La motivazione, cit., págs. 437 ss.

¹¹⁷ Por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 174 y 175 de 1985 y 14 y 122 de 1991. También el mismo Tribunal Constitucional ha dado vía libre a la motivación por remisión, versión actualizada del castigo «por sus propios fundamentos» (Autos 688/1986 y 956/1988; y sentencia 27/1992).

¹¹⁸ La contraposición entre prueba «directa» y prueba «indirecta» procede de Bentham (op. cit., vol. I, pág. 27). La distinción es cuestionada por Ferrajoli, a partir del criterio de demarcación, porque «las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca directas sino casi siempre pruebas indirectas». De este modo, «si se excluyen los delitos cometidos durante un juicio, en los que el hecho probatorio y el hecho objeto de prueba son todo uno, las pruebas directas no existen» (Ferrajoli, op. cit., pág. 132 y pág. 182, n. 25). Hay que decir que, seguramente, las pruebas no serían directas en ese sentido ni siquiera en este último caso; en el que el enjuiciamiento del eventual delito resultaría transferido a otro tribunal, ante el que los magistrados que presenciaron el hecho inculminable tendrían que declarar como testigos.

¹¹⁹ Son los mismos que se expresan en una marcadísima tendencia jurisprudencial -generalizada en toda clase de instancias- a recuperar, relegitimándolas por distintas vías, informaciones policíacas connotadas de ilegalidad por el quebrantamiento de normas imperativas. Quizá uno de los casos más llamativos esté en el tratamiento de las infracciones del art. 569.4 de la Ley de E. Criminal en no pocas sentencias de la Sala segunda a pesar de lo diáfano de su expresión acerca de la presencia del secretario judicial en los registros, en la versión de 1982. No resulta difícil adivinar en el fondo de estas actitudes la consideración de tales supuestos sub especie de un presunto conflicto entre el ius puniendi del Estado -derecho de la sociedad a defenderse, se dice también- y un cierto interés (exclusivo) del imputado que buscaría beneficiarse arteramente de la aplicación de las garantías. Cuando lo cierto es que, el interés en la efectiva vigencia de éstas es de carácter público-constitucional y se orienta precisamente a la defensa y subsistencia de la sociedad como sociedad democrática.

la renuncia no es, como parece querer sugerirse, (sólo) a la expresión de la motivación, sino a la motivación misma. En efecto, aunque en una consideración superficial tal vez cupiera pensar que, en casos como los comprendidos en esa fórmula, habría todo lo más cierta tolerancia con la reserva para el propio órgano decisor de los motivos de su opción acerca de la *quaestio facti*, no es así.

La exigencia¹²⁰ de trasladar a terceros los (verdaderos) motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactúa sobre la propia dinámica de formación de la motivación¹²¹ y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, ya desde el principio, con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho más exigentes¹²². Y es que, efectivamente, no es lo mismo resolver conforme a una corazonada¹²³, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal que tiene al principio de presunción de inocencia como regla del juicio¹²⁴. Regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de un cuidadoso análisis de la prueba, aquélla no encuentra confirmación plausible en el resultado de ésta.

Por eso, aunque en los casos de esa falta de motivación que se designa como motivación implícita la que más padece es en apariencia la dimensión extraprocesal del precepto del Art. 1203 de la Constitución, la verdad es que el alcance de la claudicación es bastante mayor.

Motivar, escribe Gianfionnaggio, «significa justificar, y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea

¹²⁰ La exigencia se entiende, naturalmente, como modelo-límite y apunta a la instalación en el juez-interpreté de una tensión hacia la transparencia; y, al mismo tiempo, a tratar de impregnar su actividad decisoria de una cierta distancia autocrítica. Si esta actitud se predica como necesaria para el científico, cuyo hacer tiene que ver con entidades y magnitudes mucho más objetivas, con cuánto más motivo no ha de serlo para el juez, habida cuenta del alto nivel de implicación que es inherente a las cuestiones morales, y de lo difícil que resulta filtrar los presupuestos ideológicos, religiosos, culturales en general, desde los que inevitablemente se actúa.

¹²¹ «Cuando en efecto la persona que realiza una opción sabe que tiene que motivar (y es la situación típica en que se encuentra el juez), no puede prescindir completamente de tal obligación y por tanto ya se encuentra el campo de las soluciones eventuales restringido al de las opciones racionalmente justificables: se vería constraído a rechazar una determinada opción, quizá conforme a sus principios, cuando no fuese

capaz de argumentarla favorablemente» (G. Ubertis, op. cit., págs. 53-54). (Cursiva del autor).

¹²² Lo vio muy bien J. Frank cuando escribió: «creo que hará mucho bien exigir la publicación de los fundamentos, aunque no constituye un panacea, porque el mismo acto de escribir su versión de los hechos tiende a inducir al juez a escudriñar y criticar cuidadosamente sus motivaciones y a confrontar sus creencias...» (op. cit., pág. 97). También E. Dohring cuando afirma: «un beneficio constrañimiento al autocontrol es el que impone el deber del averiguador profesional de justificar sus hipótesis por escrito»; algo que es válido «muy en especial para el juez, que tiene que fundamentar circunstanciadamente en la sentencia su concepción del estado de los hechos» (La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba, su práctica y apreciación, trad. de Tomás A. Banziaf, Ejea, Buenos Aires, 1986, pág. 451).

¹²³ J. Fernández Entralgo ha recordado oportunamente lo «fácil que es ceder a la tentación de primar la intuición a costa de fabricar una verdad de artificio adaptada a aquélla, que más tarde se invocara para pretender mantener intangible el resultado de una tal manipulación» («Presunción de inocencia, apreciación de la prueba y motivación de la sentencia», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, n. 493-494, pág. 3142).

¹²⁴ Tomo la expresión de G. Illuminati, La presunzione d'innocenza dell'imputato. Zanichelli, Bologna, 1979, págs. 163-165).

de principio la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control»¹²⁵.

Efectivamente, la exigencia de motivación responde a una finalidad de control del discurso, en este caso probatorio, del juez, con objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión, en el marco de la racionalidad legal¹²⁶. Un control, por cierto -conviene insistir-, no sólo de procedencia externa, sino que no puede carecer de esa proyección interna sobre el propio operador a la que nos hemos referido¹²⁷; y cuyo fin es, como se ha visto, implicarle (complicarle, diría) o comprometerle, para evitar la aceptación acrítica como convicción de alguna de las «peligrosas sugerencias de la "certeza subjetiva"»¹²⁸. Esto, incluso en el caso hipotético de que toda la actividad probatoria fuera de la llamada directa¹²⁹. Porque esa difícil eventualidad (donde además directa no significa necesariamente simple, ni fácil de valorar) nunca excluiría aquel peligro y por ende no podría autorizar al juez a rebajar el nivel de la racionalidad exigible en su trabajo; y porque, en cualquier caso, la sentencia no dejaría de estar dirigida a terceros, a toda la sociedad, que es lo que impone que se le dote de la información necesaria para que resulte un texto autosuficiente, que «se baste a sí misma»¹³⁰, sin necesidad de remisiones a las actas del proceso.

Por eso no me parece aceptable el punto de vista de Ruiz Vadillo que no cree «obligado ni necesario» que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el porqué de la relevancia dada a cada medio en concreto: «por qué (se) creyó a dos testigos y (se) dejó de creer a tres o por qué (se) dio más credibilidad a un informe pericial que a otro». Encuentra el autor la justificación de este criterio en que «en un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de la culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido, y no (sabe) cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos»; y, asimismo, en que «no parece conveniente

¹²⁵ L. Gianformaggio, op. cit., pág. 136.

¹²⁶ «El control de la toma de decisión judicial en el área determinada por las normas legales es el postulado de todo sistema que se base en el principio de legalidad» (J. Wroblewski, Sentido y hecho en el derecho. Trad. de J. Igarúa y J. Ezquiaga, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pág. 238). En esa línea las normas jurídicas son calificadas como «factores de restricción de los márgenes de la decisión» (pág. 235).

¹²⁷ J. Fernández Entralgo ha hecho hincapié en la «función preventiva» de la obligación impuesta al juez de «depurar su propio discurso, en una labor autocrítica, que constituirá, sin lugar a dudas, la mejor profilaxis contra posibles quebrantamientos del derecho a la presunción de inocencia» («La motivación de las resoluciones judiciales en el proceso penal: doctrina del Tribunal Constitucional», en Poder Judicial, número especial IV, dedicado a «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas», pág. 71).

¹²⁸ F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 155. En idéntico sentido M. Nobili: «certeza moral no debe significar nunca arbitrio, sino conocimiento razonado» (*La formazione...*, cit., pág. 281).

¹²⁹ J. Fernández Entralgo ha puesto de relieve cómo no existe argumento válido, para limitar el alcance del deber de motivar a los supuestos en que la convicción se apoya en prueba indiciaria, cuando lo que está en juego es «la efectividad de un derecho fundamental». (En «La motivación de las resoluciones...», cit., pág. 76).

¹³⁰ Tomo la expresión de J. B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino*. 1 b Fundamentos. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 593.

ni menos necesario subrayar la incredibilidad de un testigo o de varios de manera expresa. Ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio». De ahí que estime suficiente que se «deje constancia de los datos de que se ha dispuesto, declaraciones a favor o en contra, pericias en uno y otro sentido, etc., y cómo a su través, con prueba inequívoca de cargo, se llegó a la condena». Porque «lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión»¹³¹.

Como se ha escrito en ocasiones, cada modo de sentenciar, como cada manera de escribir, lleva consigo una implícita selección del destinatario, del interlocutor. Desde esta perspectiva, diría que la propuesta de Ruiz Vadillo acota como espacio de diálogo sólo el estrictamente intraprocesal. Y lo hace en términos que se sitúan incluso por debajo del nivel de exigencia del art. 10,6 a de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que imponía al juez el deber de plasmar «de manera expresa las pruebas practicadas y su resultado», es decir, el rendimiento de cada una de ellas. Y más lejos aún de la prescripción de la regla segunda del art. 85,2 de la Ley Procesal Militar, que, después de establecer la necesidad de consignar en la sentencia los hechos que se estimen probados, impone «la fundamentación de dicha convicción».

En ambos casos se quiere algo más que el simple «dejar constancia de los datos», se pide al juez que razone el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos. La «exteriorización del porqué de las conclusiones de hecho», al decir de Maier¹³².

No basta con que el juez afirme que tiene (para sí) una convicción, debe exponerla para compartirla. Diría incluso que en la misma idea de conferir a un resultado probatorio por sí mismo existencia objetiva como «de cargo» hay algo de falaz. Porque lo que, en definitiva, lo constituye como tal es la atribución de una determinada valencia, dentro de un tejido de elementos de juicio en relación de mutua implicación.

Se advierte con claridad en el caso del voto disidente en un tribunal colegiado, que muy bien puede partir de los mismos datos probatorios que la resolución de mayoría, pero, eso sí, entendidos de una manera diversa. Modo de entender discrepante, que nunca podría proyectarse hacia afuera del órgano como un simple porque sí. Como parece que tampoco podría hacerlo la misma resolución que motiva el disenso, y, en suma, ninguna resolución.

Cierto que puede haber casos de esos en los que, dicho

¹³¹ E. Ruiz Vadillo, «Hacia una nueva casación penal», en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, n. 1.585, pág. 5.685.

¹³² J. B. J. Maier, op. cit., pág. 244.

coloquialmente, pudiera parecer que los hechos se explican por sí solos, pero esto realmente nunca es así: el juicio de hecho será más o menos elemental, pero no podrá dejar de producirse. Por otro lado, no conviene olvidar que el mandato constitucional es incondicionado, y que las resoluciones judiciales, que con harta frecuencia ilustran acerca de vicisitudes procesales inútiles desde el punto de vista de la economía de la justificación, suelen ser extraordinariamente parcas al recoger los datos que podrían dar cuenta de la forma en que se ha producido efectivamente la contradicción en el acto de la vista. Con ello resulta que si la sentencia penal rara vez es comprensible para quien no conozca los antecedentes de la causa, al ocultarse el nudo de la decisión, puede muy bien resultar un jeroglífico, incluso para las partes. Cuando lo cierto es que, como se ha dicho, la Constitución ha optado por hacer de ella un texto inteligible y, Perelman diría, convincente¹³³ incluso para alguien que la lea desde fuera de la relación procesal concreta.

Hay un dato, el de la dificultad de la auténtica motivación, también señalado por Ruiz Vadiño, que no puede dejar de reconocerse como cierto. Porque «motivación», en el expresivo decir de Cordero¹³⁴, significa «máquina dialéctica», ejercicio de una «función ostensiva (que) disuelve los arcanas iustitiae» llevándose con ellos -al menos tendencialmente- una forma siempre más cómoda de ejercicio de la jurisdicción.

Desde luego el de motivar, como cualquier ejercicio de racionalidad explícita, puede no ser fácil. Pero, ¿no será precisamente esa la dirección en que apunta el imperativo constitucional? Porque, en efecto, en la genealogía de todos los controles democráticos sobre los actos de poder, late el propósito de hacer su ejercicio racionalmente justificado, es decir, más complejo, pero también más legítimo¹³⁵. Por eso tiene que ser necesariamente más difícil la función del juez en un modelo informado por el principio de legalidad que en el de la «justicia del cadí».

También es verdad que el nivel de dificultad en la elaboración del discurso motivador puede crecer en el caso de los tribunales colegiados, pero quizá ello responda asimismo a la lógica interna del propio sistema, que les atribuye generalmente la resolución de los casos más complejos o de mayor trascendencia y el reexamen de lo actuado por otros órganos. En ellos la garantía radica, precisamente, en que la formación de la conciencia y la voluntad colectiva vaya más allá de la mera yuxtaposición de «intimidades», para convertirse en una verdadera

133 Cfr. Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1979, pág. 213.

134 F. Cordero, «*Stilus curiae...*», cit., págs. 302 y 306.

135 «La "razón de" ya no es entonces solamente algo que explica, sino que legitima» (P. Ricoeur, op. cit., pág. 52).

convicción a trois (esto, naturalmente, cuando son tres los magistrados que forman la sala).

VI. CASACIÓN: JUZGAR EL JUICIO DE HECHO

Como bien se sabe, y para decirlo con palabras ya clásicas entre nosotros, «límitase la casación, partiendo de los mismos hechos fijados en la sentencia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido hasta él»¹³⁶.

Este punto de vista, con carta de naturaleza en el tratamiento tradicional de la casación, responde a la misma filosofía que impregna una de las formas de entender la libre convicción judicial.

Si ésta se concibe como un ejercicio de la más absoluta intimidad, como una experiencia intraducible, como una suerte de momento pánico, ello no puede más que llevar consigo la imposibilidad asimismo absoluta de volver sobre él para tratar de hacerlo como desde afuera. Pero ya hemos visto que esto no es ni ha sido nunca objetivamente así, aunque la intime conviction haya recibido en ocasiones ese tratamiento, que aún cuenta con partidarios.

El proceso de adquisición de conocimiento del juez no es estructuralmente más ni menos complejo que otros. Por otra parte, recuerda Cordero, el «hermetismo togado» es históricamente muy anterior a la acuñación de la convicción íntima como principio: «también los doctores italianos recomiendan reticencia: nunca exprimere causam»; porque «justicia oculta, jueces omnipotentes»¹³⁷.

Precisamente por eso, en una concepción tendencialmente democratizadora del proceso como la que expresa nuestro texto constitucional, hay que entender que a la falta de obstáculos de índole gnoseológica, se añade una consistente razón política para profundizar, por la vía del control jurisdiccional, en la exigencia de la motivación.

En esa línea, una de las convenciones que resulta preciso combatir es la que tiende a recluir todo el componente lógico del juicio en el de derecho»¹³⁸, como si no existiera otra lógica que la deductiva: lo que sería, en fin, una forma más de insistir en la atribución de una inadmisibles carga de irracionalidad al razonamiento del juez.

¹³⁶ E. Gómez Orbaneja-V. Herce Quemada, op. cit., pág. 260.

¹³⁷ F. Cordero, «Stilus curiae...» cit., págs. 302-303.

¹³⁸ Así G. Calogero, para quien, mientras en el juicio de derecho el carácter ilógico del juicio se confundiría con la «antijudicialidad», que no escapa al control de la casación, el mismo vicio referido al juicio de hecho sería un error de facto del propio juicio de hecho, por sí mismo incensurable en casación (en op. cit., pág. 5).

A este «prejuicio epistemológico» se ha referido Ferrajoli, apuntando la alternativa: «es claro que si, al contrario, por lógica» se entiende la lógica no sólo deductiva, sino también inductiva, no hay razón para no admitir el control lógico de la casación también sobre la adecuación de la motivación en materia de hecho, es decir, sobre la carencia de confirmaciones (o pruebas) por *modus ponens* o sobre la presencia o no experimentación de *contrapruebas* por *modus tollens*»¹³⁹.

Con todo, lo cierto es que el control casacional del modo de aplicación de las máximas de experiencia -aunque sea limitado a los supuestos más llamativos- se ha abierto camino en experiencias comparadas regidas, como la española, por la previsión del exclusivo control de la transgresión legal. Tal es el caso de la jurisprudencia alemana y de la italiana.

Como señala Walter, «hay quienes ven realizado en la práctica de los tribunales de casación el principio de que también pueden ser sometidas al control de esa instancia las comprobaciones de hechos (en virtud de la fórmula de "las transgresiones de las leyes del razonamiento y de la experiencia, de las constataciones poco claras y lagunosas")»¹⁴⁰.

En este punto de vista hay implícito un replanteamiento del sentido de la convicción íntima, que, ciertamente, no podría estar sometida a patrones legales de valoración del material probatorio, pero que no puede dejar de respetar las reglas del discurso racional. Por eso, concluye Walter señalando cómo «la observancia de las leyes del razonamiento no constituye un límite de la apreciación de la prueba, sino que es immanente a ésta. O mejor dicho, cuando se trata de la observancia de leyes del razonamiento, no hay lugar para una apreciación»¹⁴¹.

En el mismo sentido, y de forma bien plástica, se ha expresado Cordero, con respecto a Italia, al hacer notar la vigencia práctica de un cierto control del uso de las máximas de experiencia. De no ser así, dice, «cualquier conclusión delirante sería invulnerable. Por ejemplo, N resulta condenado a partir de la siguiente premisa: es uno de los siete que pueden haber matado a P; y le odiaba, al contrario que los otros; es imposible que pueda haber resistido el impulso; quien odia de esa manera no pierde cómodas ocasiones de matar»¹⁴².

La consolidación de ese punto de vista exige el definitivo desplazamiento de una viciosa concepción circular sobre el papel del principio de inmediación en la formación de la convicción.

¹³⁹ L. Ferrajoli, *op. cit.*, pág. 196, n. 83.

¹⁴⁰ G. Walter, *op. cit.*, pág. 350.

¹⁴¹ G. Walter, *op. cit.*, pág. 355.

¹⁴² F. Cordero, *Procedura*, ed., 1991, cit., pág. 936.

La intermediación es, qué duda cabe, una garantía, pero sólo de carácter instrumental, preordenada a hacer posible a partir del contacto directo, una valoración racional de los actos probatorios, que pueda a su vez ser racionalmente enjuiciada por terceros.

Por el contrario, cuando la intermediación se usa -y es frecuente- como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte sus razones; y, después, para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas.

Así resultará que la intermediación, que por sí misma no es necesariamente un obstáculo frente al proceder arbitrario del juez, puede convertirse en paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada.

Para que no sea así, se hace preciso acabar con la confusión bien patente en la opinión de Calogero, antes citada, de que prueba y *quaestio facti* son la misma cosa. Porque, como escribe Ferrajoli, debe distinguirse entre el juicio sobre el hecho y el juicio sobre el juicio. Y dentro de éste, «es claro que el juicio sobre la motivación forma un todo con el juicio de legalidad; y que el control sobre la consistencia (no de las pruebas sino) del razonamiento probatorio, es todo uno con las garantías de legalidad que expresan los tres clásicos brocardos *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine lege* y *nulla poena et nullum crimen sine iudicio*¹⁴³.

Este modo de entender la cuestión se encuentra en alguna resolución de la Sala Segunda. Así la de 15 de abril de 1989 (ponente Bacigalupo Zapater) que declara controlable en casación el que califica de «segundo nivel de valoración judicial», que es el relativo «a las deducciones e inducciones que el tribunal puede realizar a partir de los hechos que ha percibido directamente en el juicio oral. Estas inferencias pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la intermediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos. Por tanto, en la medida en que el tribunal de casación tiene completo acceso a ese razonamiento puede verificar en cada caso la corrección de las conclusiones».

La doctrina pone a la propia Sala Segunda ante un reto: franquearse ella misma, a través de la exigencia de la motivación

¹⁴³ Ferrajoli, «I valori del doppio grado e della nomofilachia», en *Il giudizio di Cassazione nel sistema delle impugnazioni*, en *Materiali e atti del Centro Studi per la Riforma dello Stato*. Suplemento al n. 1, enero-marzo 1992, de *Democrazia e Diritto*, págs. 34 y 40-41.

explicita del juicio de hecho, el «completo acceso a ese razonamiento», que, hoy por hoy, le cierra, sin consecuencias, cualquier tribunal que reserve para sí los criterios de valoración tenidos en cuenta. Y no digamos cuando se trata de la dichosa prueba directa.

El concepto de motivación en sentido fuerte, que constituye el antecedente necesario de un control casacional como el que justifica la sentencia que acaba de citarse, cuenta con inequívoco apoyo normativo del más alto rango.

En efecto, está la exigencia del art. 120,3 de la Constitución. Aunque la colocación sistemática del precepto es un obstáculo para que su inobservancia permita el acceso al recurso de amparo, parece que en todo caso ésta habría de tener encaje en el supuesto del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime si se le relaciona con la previsión del art. 5,4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; salvo que pueda entenderse que el dictado constitucional en este punto carece de «carácter sustantivo» y/o no deba «ser observado en la aplicación de la ley penal».

Pero, en último término, el defecto de motivación siempre tendría, como entiende Bacigalupo¹⁴⁴, las consecuencias de producir indefensión, relevante a los efectos del art. 24 CE, y de encarnar una forma de ejercicio arbitrario de un poder público, de las proscritas en el art. 9,3 CE. Esto, creo, no sólo en el caso de motivación incorrecta, sino también en el de pura y simple falta de expresión de la motivación.

Entenderlo de otro modo, supone la aceptación práctica del hecho de que el juez puede situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y también perder de vista que, más allá de consideraciones pragmáticas o de oportunidad y de eventuales costes coyunturales, el instrumento de la declaración de nulidad tiene, trascendiendo el caso concreto, una ratio. Ésta consiste en asegurar la capacidad ordenadora del orden jurídico y, en consecuencia, demanda de quienes tienen la responsabilidad de hacerla efectiva que se le dote, como es de ley, de una eficacia generalizada. Ello aquí significa dejar claro cómo hay que hacer las cosas, es decir, las sentencias. Si se quiere que definitivamente se ajusten al único modelo posible en este caso: el constitucional.

¹⁴⁴ E. Bacigalupo Zapater, «La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. (Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24,2 CE)», Estudios de Jurisprudencia, año I, nº 1, junio 1992, págs. 47 y ss.

‘CARPINTERÍA’ DE LA SENTENCIA PENAL (EN MATERIA DE ‘HECHOS’)

Perfecto Andrés Ibáñez

INTRODUCCIÓN

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de junio de 1982, en su "1º CONSIDERANDO", rezaba: "que el Juzgado de Instrucción ha hecho una correcta apreciación y valoración del conjunto de las pruebas practicadas con la ventaja de haber instruido las diligencias y haber celebrado el juicio oral, con una intermediación procesal de la que ha extraído unos hechos que no hay motivo alguno para cambiar, como la recurrente pretende, pues el criterio de la parte no puede prevalecer frente al del órgano jurisdiccional a no ser que se demuestre error en la apreciación de las pruebas o que se han deducido de las mismas unas consecuencias ilógicas, absurdas o contradictorias nada de lo cual se ha acreditado con la interposición y sostenimiento del recurso".

El texto que acabo de transcribir, dicho esto sin la menor ironía, me parece, leído hoy, ciertamente luminoso, al menos por dos razones. De una parte, porque ilustra de forma bien plástica cómo la cultura procesal de nuestro país ha evolucionado -no sin esfuerzo- en aspectos relevantes. Así, no cabe duda, que cualquier tribunal que hoy se viera en la necesidad de discurrir sobre la posición ideal del juez en el enjuiciamiento, se expresaría con la misma firmeza que la Audiencia Provincial de Madrid en 1982, pero para sostener, justamente, todo lo contrario en la materia. Es decir, la necesidad de que el que juzgue sea alguien libre de implicaciones en los actos de investigación.

Pero el texto citado sirve también para poner de relieve que la evolución cultural experimentada en los medios de la jurisdicción española no ha sido en modo alguno uniforme ni homogénea durante todo este tiempo. Ciertamente es -y aquí la observación se refiere a la segunda parte de aquél- que seguramente se registrarían cambios de matiz en el estilo o en el modo de decir, pero no creo que pueda considerarse desterrado de la vigente cultura de los jueces el tópico de la apriorística superioridad de su propio criterio. Superioridad que en ese tipo de discurso y en la práctica se hace radicar no tanto y no solo en el supuesto derecho a hacerlo prevalecer sobre el de la parte, sino en el dato implícito de que esto acontece en virtud de un verdadero privilegio, puesto que esa superioridad se predica de una *ratio decidendi* en materia de valoración de la prueba que, con la mayor frecuencia, no resulta verbalizada; tratándose, por tanto, de la superioridad autoritaria de una razón oculta.

En efecto, en esta materia, verdaderamente central en la economía de la resolución judicial, impera una extraordinaria tolerancia frente al déficit de motivación, con apoyo en conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional bastante tenue en la exigencia, y también en posiciones doctrinales de un tenor similar.

LA SENTENCIA COMO ACTO DE PODER: PARTICULARIDADES

La sentencia penal es un acto preceptivo del juez, que siempre incide sobre bienes jurídicos sumamente sensibles y que, cuando es condenatoria, afecta intensamente a los sujetos concernidos en sus derechos fundamentales. En tanto que acto del poder público, del poder estatal, que es, no debe ser arbitrario (Art. 9,3º CE). De ahí que se imponga a quien lo emite el deber de motivación (Art. 120,3º CE).

A idéntica finalidad responde el cúmulo de dispositivos de garantía que integran la actual disciplina constitucional del proceso; antes, los que regulan el estatuto del juez; y, antes aún, el mismo principio de legalidad, que en materia penal ha de ser entendido de manera particularmente exigente, como estricta legalidad¹. Unos y otros están idealmente orientados a asegurar que la verificación del carácter eventualmente delictivo de una conducta pueda hacerse con el menor coste para las personas afectadas. Y dentro de ciertos límites, cuyo respeto es condición de validez de los actos. Por otro lado, el proceso de adquisición de conocimiento sobre acciones de personas concretas que se desarrolla en el marco de procedimiento criminal, responde al paradigma de la contradicción. O lo que es lo mismo, se realiza a través de una actividad controversial y dialógica, que los sujetos implicados en ella protagonizan, y ante un observador imparcial que es el que tiene que decidirla.

Esto, con el fin de asegurar la imposición de la pena legal sea la consecuencia necesaria de la previa acreditación suficiente de que un sujeto ha sido realmente autor de una acción descrita en la ley como delito.

Por tanto, y es algo que singulariza a la sentencia penal como acto del poder del Estado, la pena tiene que haber sido precedida de una actividad de carácter cognoscitivo, de un estándar de calidad tal que permita tener como efectivamente producido en la realidad lo que se afirma como tal en los hechos que se dicen probados. Es decir, que es verdad que Fulano realizó la acción por la que se le condena.

¹ Cfr. L. Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, págs. 34 y 35.

En esto, es decir, en la circunstancia de que su validez esté subordinada a la verdad de los enunciados fácticos², la sentencia penal se distingue tanto de otros actos de poder -que no demandan ninguna verdad acreditada, como fundamento- como de la generalidad de los actos jurídicos. Y en este rasgo de la sentencia cobra expresión el principio básico de legitimación de la jurisdicción. Que, como bien se sabe, no es de carácter representativo o consensual, puesto que lo que confiere legitimidad formal al enjuiciamiento es la circunstancia de que quien lo realiza se encuentra en condiciones -estatutarias y procesales- que le habilitan para la averiguación imparcial de la verdad.

Ese dato nuclear del diseño constitucional del juez y la jurisdicción se proyecta sobre la sentencia bajo la forma de una exigencia. Esta es que la dimensión de potestad de la decisión que contiene debe contar con la autoridad que solo puede darle la evidencia de tener como antecedente y fundamento una actividad de adquisición y valoración de los datos relevantes inspirada en criterios de racionalidad gnoseológica.

Así, la decisión contenida en la sentencia no solo tiene que expresar una convicción digna de la confianza que pueda suscitar en terceros la transparencia del iter procesal, hoy dotado de mucha mayor visibilidad. Se trata de algo más, ha de reunir también las condiciones precisas de transparencia argumental en la justificación para hacer frente con eficacia a lecturas nutridas de legítima desconfianza. El fallo podrá o no convencer, pero, idealmente -y es la dirección en la que apunta el modelo constitucional- deberá haber sido bien y suficientemente explicado. A su destinatario por antonomasia, el acusado, a las restantes partes, pero, todavía más, también a eventuales lectores ajenos a la relación procesal y al caso concreto.

Mientras la sentencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se concebía como acto esencial, si no exclusivamente, interno al proceso; la sentencia postconstitucional -de ahí el deber fuerte de motivar (Art. 120,3º CE)- se abre a un espacio de mucha mayor amplitud, en gran medida extraprocesal. En ella el juez, entra en interlocución con un haz de sujetos mucho más abierto, potencialmente ilimitado. Desde luego, en principio, pero, asimismo y cada vez más, también en la práctica.

Esta inflexión, no irrelevante, en el sentido y el destino del acto, no puede dejar de producir consecuencias en la propia morfología de éste. En efecto, si tiene que explicarse -que es autoexplicarse- incluso para quienes no están en el conocimiento de que gozan los directamente implicados en el proceso, deberá incorporar los datos que sean precisos para que pueda ser así. Por lo que, dicho con Maier, será necesario que

² Cfr. L. Ferrajoli, en op. cit., págs. 622-623.

"se baste a sí misma"³.

Con ello se profundiza y enriquece la vieja demanda (insatisfecha) de claridad dirigida a los jueces. Porque ahora lo suscitado no es un asunto meramente formal o de estilo. Pues el interlocutor actual de aquéllos ya no es el abogado de la parte, sino la propia parte y la ciudadanía en general.

ESTATUTO DEL 'HECHO'

Un libro reciente destinado a discurrir, desde la teoría del derecho, sobre algunas cuestiones de fondo de la decisión judicial, rotula la reflexión relativa a la *quaestio facti* de una manera bastante expresiva: <<"Hecho": una noción problemática">⁴. Este modo de aproximación al asunto, que tiene -a partir de desarrollos ya clásicos en la filosofía de la ciencia- carta de naturaleza en otros ámbitos disciplinares del saber jurídico, dista todavía bastante de haberse instalado de la misma manera en la cultura procesal y, más aún, en la de los jueces. Ello como consecuencia de la presencia con que todavía cuenta en los medios de la práctica jurisdiccional alguna herencia de la doctrina de la exégesis y de la concepción silogística de la aplicación de la ley, que, como señalara Engisch, ha puesto siempre el acento en la llamada premisa mayor⁵.

Así, no resulta extraño ver al juez tratado como pasivo receptor de "hechos", ya dados como tales, es decir, como una especie de material inerte, confiado a su intuición y a su "buen sentido", en cuanto apenas necesitado de otra cosa que un simple tratamiento clasificatorio bajo alguna categoría jurídica, lista para recibirlo.

De este modo se explican circunstancias tan significativas como la franca expulsión habitual de los hechos de los repertorios jurisprudenciales; su práctica total ausencia de las obras de derecho procesal, de los planes universitarios de estudio, y ¡de los planes de formación de jueces!

Tal estado de cultura y de conciencia de los juristas prácticos y, sobre todo, de los jueces, aparte de otras consecuencias, producía y, en la medida en que permanece, produce un efecto paradójico. Reflejo de una concepción del trabajo jurisdiccional esencialmente dirigida a restar protagonismo al aplicador de la ley, venía, de facto, a abrir la puerta al decisionismo más incontrolado en la determinación de los

³Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal. I Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª edición 1996, pág. 871.

⁴T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, G. Giapichelli editore, Turin, 1996, pág. 88.

⁵K. Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967, pág. 69.

hechos. Precisamente allí donde más riesgo corre -en cualquier caso- la seguridad jurídica.

De este universo cultural forma parte esencial también una concepción de la prueba bien asentada en nuestro medio jurisprudencial, incluido el Tribunal Constitucional. Es la que responde a la idea de la existencia de medios de prueba en sí mismos de más sencillo manejo que otros y de mayor eficacia per se en los resultados⁶. Desde esta óptica, la prueba de testigos, por ejemplo, representa el paradigma de la transparencia, la explicitud y el rendimiento probatorio. No obstante ser un medio que, a juicio de tratadistas tan autorizados como Taruffo, "sigue siendo el instrumento más incierto e inseguro para la averiguación judicial de la verdad"⁷.

Así las cosas, la única forma de revertir la situación aludida y la inevitable estela de sus perniciosos efectos de variado orden, pasa por recuperar para la *quaestio facti* su constitutiva complejidad, de manera que se desplace definitivamente la añeja tendencia a la banalización de su relevancia en la experiencia jurisdiccional.

Esta línea de esfuerzo obliga a prestar atención a la forma en que los hechos empíricos pueden tener entrada en el proceso y a interrogarse por el modo más racional de conocerlos, en la perspectiva de operar jurídicamente sobre ellos, a sabiendas de la necesidad de justificar explícitamente lo que se haga en ese terreno.

Ya Carrara hacía ver tempranamente que en la prueba se trabaja no directamente con hechos, sino con proposiciones que los tienen por objeto⁸. En efecto, la actividad probatoria se desarrolla a través de afirmaciones relativas a aquéllos, que se presentan en el acto del juicio de forma contradictoria, todas, siempre, con la pretensión de ser tenidas por verdaderas y excluyentes, por ende, de la verdad de las que se les opongan. Así, "cada afirmación probatoria que constituye el objeto de prueba resulta verdadera solo en función de un enfrentamiento efectuado no con un hecho, sino con otro enunciado", señala Ubertis⁹, de modo que, con Carnelutti: "la prueba (de un juicio) no puede consistir si no en un juicio diverso"¹⁰.

⁶ De este asunto en la jurisprudencia de la Sala Segunda me he ocupado con algún detalle, en "La función de las garantías en la actividad probatoria", en la obra colectiva *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 228 y ss.

⁷ M. Taruffo, "Prova testimoniale (diritto processuale civile)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milán, 1988, pág. 755.

⁸ F. Carrara, *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, vol. II, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, pág. 381.

⁹ G. Ubertis, "La ricerca della verità giudiziale", en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, G. Ubertis (ed.), Giuffrè, Milán, 1992, pág. 12.

¹⁰ F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano editore, Nápoles, 1958, pág. 129. Hay trad. castellana, de S. Sentis Melendo, *Derecho y proceso*, EJE, Buenos Aires, 1971, pág. 146.

Por tanto, y es el primer nivel de complejidad sobre el que llamar la atención, lo fáctico en el proceso, que pertenece inevitablemente al pasado, tiene una existencia siempre lingüísticamente mediada¹¹ y su determinación se lleva a cabo a por un procedimiento conflictual y a través de aportaciones parciales. Parciales, con la mayor frecuencia, en el doble sentido de fragmentarias y (consciente o inconscientemente) interesadas. Por tanto, los enunciados fácticos que fluyen de la actividad probatoria incorporan "lecturas", narraciones, es decir, interpretaciones o atribuciones de sentido, que deben, a su vez, ser "leídas" e interpretadas.

Consecuencia de esto es que el hecho en el proceso no aparezca ya "dado", sino que resulta "construido"¹² dentro de él y, precisamente, con tales materiales y presentados de aquella forma. De esta manera, no cabe duda, el objeto del proceso tiene una consistente dimensión subjetiva¹³, presente en la transmisión, en la recepción y, en general, en todo el curso de la elaboración de los datos. Dimensión de la que ha de ser consciente el que juzga, para que su actuación esté presidida por una fuerte tensión hacia la objetividad, hecha de respeto de las reglas procesales del juego contradictorio y de conciencia crítica y, sobre todo, autocrítica de las hipotecas que comporta su condición de lector de otras lecturas, en la que y a través de las cuales se trata de llegar al mejor conocimiento posible de una verdad empírica relativa a la forma de producción de algún hecho pasado.

Pero no es el plano de la subjetividad de quienes intervienen en el proceso de elaboración de los materiales probatorios el único que ejerce una influencia contaminante de la hipotética facticidad natural de los hechos. En efecto, ésta se pierde inevitablemente desde el momento mismo en que algún comportamiento humano se hace experiencia jurídica: "un determinado actuar social puede considerarse jurídicamente significativo (esto es, jurídico) en cuanto sea inteligible a la luz de un sistema de reglas que le atribuyan, típicamente, un significado jurídicamente relevante"¹⁴.

No se trata, evidentemente, de poner en tela de juicio la existencia material de los hechos como tales. Es más, aunque percibidos a través de la mediación jurídica y seleccionados como objeto de interés por su relevancia en ese solo plano, el proceso tiene como orientación ideal la captación de aquellos en esa dimensión, es decir, evitando al máximo la producción de distorsiones o forzamientos, de manera que

¹¹ Su comprensión, en consecuencia, "es accesible sólo en la forma de un texto", (B. Pastore, Giudizio, Prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico, Giuffrè, Milán, 1996, pág. 126).

¹² B. Pastore, op. cit., pág. 69.

¹³ El hecho no se encuentra nunca, en el proceso cognoscitivo, en su absoluto aislamiento, sino siempre relacionado con el sujeto que conoce de él que, en cuanto tal, lo inscribe en un contexto axiológico-pragmático en el momento mismo en que lo hace objeto de la propia consideración". (G. Ubertis, Fatto e valore nel sistema probatorio penale, Giuffrè, Milán, 1979, pág. 28).

¹⁴ L. Ferrajoli, "Interpretazione dottrinale e Interpretazione operativa", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, pág. 293.

operar jurídicamente no se traduzca en la artificiosa creación de un supuesto ad hoc.

Ocurre, sin embargo, que aunque a veces se haya acudido al símil óptico para explicar el modo de ser de la relación de la derecho/hecho en la vertiente procesal, la figura de la lente jurídica a través de la que se vería una realidad extra o prejurídica, no es la más afortunada. Así, resulta que la misma distinción de una *quaestio facti* y una *quaestio iuris* se ha puesto en tela de juicio¹⁵. Y no cabe duda que si se habla de una cuestión de hecho es precisamente porque se ha decidido que lo sea por/para el derecho¹⁶. Este, con su intervención, incorpora un plano semántico, sobre cuya existencia como tal debe existir igualmente claridad. Atribuir relevancia jurídico-penal a un hecho, que es lo que lleva a la instauración de un proceso, es dotarlo de una determinada significación en función de una norma.

De este modo, entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, entre las que corre una línea de demarcación que, en el expresivo decir de Guastini, es "fluctuante"¹⁷, media una "conexión estructural"¹⁸, que, en particular, en la experiencia procesal penal, está animada por un intenso dinamismo, bien descrito como "circular" por la concepción hermenéutica¹⁹. Hasta el punto de que, para caracterizar el movimiento que, en el proceso, imprime la dialéctica controversial se ha hablado de la emergencia una "cuestión mixta"²⁰. Que es tal, no por la yuxtaposición de las premisas del clásico silogismo, sino por la forma en que se produce la progresiva elaboración de las mismas, a través de una secuencia de aproximaciones sucesivas, de "idas y venidas", en el curso de la actividad decisonal²¹.

APUNTE SOBRE LA 'VERDAD PROCESAL'

Se ha especulado mucho en la materia, acerca de la que se enfrentan posiciones que van desde el nihilismo más desesperanzado al realismo más ingenuo²². Lo cierto es que a estas alturas del debate

¹⁵Cfr. T. Mazzarese, op. cit., págs. 84 y siguientes.

¹⁶Cfr. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padua, 1990, págs. 52 y ss. y 98 y ss.

¹⁷R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 2º ed. 1992, pág. 52.

¹⁸Es como la define B. Pastore, en op. cit., pág. 114. Justamente, porque, como ha señalado Ubertis, poniendo de manifiesto la intensidad de esa relación: "si el juicio sobre la *quaestio facti* no puede ser nunca de 'puro hecho' al estar estructurado por referencia a coordenadas jurídicas, el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al 'hecho'". (En Fatto e Valore, cit., pág. 75).

¹⁹Cfr. G. Zaccaria, op. cit., págs. 54-55. También L. Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 55.

²⁰Cfr. asimismo B. Pastore, op. cit., pág. 122.

²¹Taruffo lo ha expresado con singular plasticidad, cuando escribe: "se pone en evidencia el aspecto dialéctico y en cierto sentido circular o 'en espiral' de la relación norma-hecho; la calificación jurídica del hecho es vista como el fruto del isomorfismo entre construcciones conceptuales que 'se avecinan' más que como un paso deductivo o subsumitivo; resulta claro que la opción de la norma aplicable es una consecuencia del modo como 'se construye el caso', y que también las opciones interpretativas son a menudo la consecuencia, más que la premisa, del supuesto de hecho concreto que debe ser calificado jurídicamente". (El vertice ambiguo. *Saggi sulla cassazione civile*, I Mulino, Bologna, 1991, pág. 119.

²²Una rica exposición de las diversas posiciones puede encontrarse en M. Taruffo, *La Prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992, págs. 1 y siguientes.

y de la teoría y la historia del proceso penal cabe, creo que sin demasiado riesgo, hacer algunas afirmaciones. La primera es que el ideal a que tiende el proceso penal en el Estado de derecho (que ha constitucionalizado sus reglas) es que cada vez que se haga una afirmación del género: "Fulano ha realizado tal acto", sea verdad porque, en efecto, haya sido así.

La segunda es que, aunque pueda parecer paradójico, el proceso penal está hoy en condiciones de producir mejor calidad de verdad que nunca, justamente por la actual racional modestia de sus pretensiones al respecto. Es decir, una vez aceptado -con algunas precisiones necesarias- que su concepto de la verdad "es exactamente el mismo que el que usan las ciencias empíricas"²³. O sea, el que es propio del conocimiento probable que es el único al que cabe acceder con una metodología inductiva. Esta es la sola aplicable cuando lo que se persigue es averiguar si un hecho singular ha acontecido en el pasado y la acción correspondiente puede ser atribuida a un sujeto concreto.

Al tratarse, como es patente, de hechos pretéritos, la verdad procesal participa, en primer lugar, de las limitaciones propias de la verdad histórica. Y, además, puesto que el conocimiento sobre el caso ha de obtenerse con intervención del sujeto al que el hecho se imputa y con la colaboración de otros sujetos capaces de aportar información por haber estado en algún tipo de relación con uno y/o con el otro, es obvio que el fin de averiguación perseguido no puede justificar el empleo de cualquier medio. Por eso, el proceso, en tanto que proceso cognoscitivo, está sujeto a límites legales que afectan a las fuentes de prueba y a su tratamiento, lo que hace que la verdad procesal sea una verdad también jurídicamente condicionada. Ferrajoli habla de una verdad "normativa"²⁴.

Ya se ha dicho antes que, en el proceso, la verdad (o la falsedad) no se predica de los hechos en tanto que acaecimientos de la realidad material, que, como tales, no llegan al mismo. En él se opera con enunciados de los que aquéllos son el objeto. Enunciados debidos a diversos sujetos que interaccionan entre sí y con otro sujeto, que es el juez. Por lo que el desarrollo de la actividad probatoria acusa una inevitable carga de elementos de subjetividad difícilmente controlables, que se filtran en los enunciados relativos a los hechos que concurren en el momento probatorio y en el de la decisión y su motivación.

Por eso, es tan importante que se den las mejores condiciones en el plano del lenguaje para que en el curso del proceso pueda hacerse

²³ C. Alchurrón y E. Buluyán, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en los mismos, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 311.

²⁴ En op. cit., pág. 60.

un uso correcto del término "verdadero" referido a aquellos enunciados. De aquí que, últimamente, la tradicional preocupación por los criterios epistemológicos de indagación de la verdad en materia de hechos -por la averiguación de lo realmente sucedido- haya trascendido al plano semántico²⁵. Esto, como escribe Ubertis, porque "la afirmación probatoria que constituye el objeto de prueba resulta verdadera solo en función de una comparación efectuada no con el 'hecho' al que se refiere, sino con otro enunciado (por ejemplo, el obtenido de la deposición de un testigo que se considera fiable o el extraído del examen de un documento), verificándose, así, que las dos aserciones coinciden"²⁶.

En esta confrontación de enunciados en que se resuelve la actividad probatoria, y en la decisión sobre los mismos para atribuir o negar la calidad de verdadero(s) a uno(s) por referencia a otro(s), que es su valoración, juega un papel esencial, pues, el rigor en el uso del lenguaje. A empezar, naturalmente, por el del legislador.

Cuando el Código penal se sirve de enunciados asertivos (por ejemplo, "el que matare", para definir el homicidio), cuyo contenido es un supuesto de hecho de carácter inequívocamente empírico, posibilita, de una parte, la investigación observacional de las condiciones de la muerte concreta que es objeto del proceso, a través del examen de los elementos de juicio obtenidos de las distintas fuentes de prueba; y, después, la adecuada verbalización y comparación de los resultados de ese examen. En vista de éstos, podrá llegar a afirmarse, con (expresión del) fundamento probatorio, que es verdad que "Fulano ha dado muerte intencionadamente a Mengano"; hacerlo sin riesgo práctico de error para el interlocutor sobre el sentido del aserto; y concluir que esa es la conducta inculpada en aquél precepto.

²⁵ Lo que se suscita en este contexto es el problema de las condiciones de uso del término verdadero referido a un enunciado relativo a los hechos. Ubertis (Fatto e valore, cit., págs. 91 y 92) y ahora, sobre todo Ferrajoli, in extenso (Derecho y razón, cit., págs. 20-23) se muestran partidarios de recuperar la concepción semántica de la verdad formulada por Tarski. Para lo que aquí interesa, basta señalar que alcanzar un nivel ideal de rigor en la formulación de los enunciados que en la sentencia judicial constituyen los hechos probados, sería preciso: Primero, en el plano del lenguaje legal (lenguaje objeto, porque es el lenguaje sobre el que se va a discutir) los enunciados denotasen como delito auténticos hechos, taxativa y unívocamente descritos (ej.: "el que matare"). Segundo, disponer de otro lenguaje (meta-lenguaje) semántico, igualmente riguroso, pero que ha de ser más rico que el anterior, es decir, que el lenguaje legal (lenguaje objeto). Este segundo tipo de lenguaje es aquél con el que opera, en nuestro caso, el juez. Tiene que ser riguroso para que no se pierda la precisión descriptiva que garantiza el tipo delictivo; y más rico, porque con él ha de poder hablarse: de las proposiciones del mismo tipo legal, del hecho empírico al que éste se refiere, y de la relación de correspondencia entre aquéllas y éste. El planteamiento de Tarski sirve para diseñar un modelo, en este terreno inalcanzable en su plenitud, pero al que se debe tender celosamente. Por el legislador, haciendo que sus definiciones contengan referencias empíricas bien precisas. Por los teóricos del derecho y juristas en general, contribuyendo con rigor a la elaboración de ese meta-lenguaje que es la ciencia jurídica, orientado reflexivamente a servir de instrumento para la finalidad señalada. Por los jueces, mediante un esfuerzo cultural serio, dirigido a hacer un uso respetuoso y fiel del lenguaje legal, sirviéndose para ello de categorías jurídicas cuyo rendimiento esté bien contrastado. Un cuidado equivalente debe presidir el uso del lenguaje común en la elaboración de los hechos objeto destinados a ser subsumidos en las descripciones legales. Como puede advertirse, el empeño es teórico-jurídico, pero demanda -y, no cabe duda, especialmente en el caso del juez- actitudes de despierta tensión autocrítica, para evitar al máximo deslizamientos inconscientes en el plano de las valoraciones, y también mucho de honestidad intelectual.

²⁶ G. Ubertis, "Prova (in generale)", Digesto IV, Utet, Turin, 1995, vol. X penale, pág. 301.

Siempre que se dé esa precondition de rigor descriptivo en el lenguaje legislativo, se hace posible, incluso se facilita y se promueve eficazmente, el empleo de ese mismo estándar de rigor en los restantes momentos del desarrollo de la actividad procesal. En cambio, si en el punto de partida de ésta se sitúan términos no descriptivos (por ejemplo "la finalidad de subvertir el orden constitucional", es decir, la atribución de la calidad de subversivo, o sea, un término valorativo²⁷, como elemento cualificador de determinados actos), el resultado es justamente el opuesto. Porque el lugar del hecho lo ocupa un juicio de valor, y la determinación de la concurrencia o no de ese elemento, sobre todo en ciertos casos, comporta la confrontación de puras valoraciones y el mismo enunciado en que se exprese la decisión final implicará una atribución de cualidad, compatible o no compatible, pero, en sí misma, ni verdadera ni falsa.

En supuestos como el que acaba de aludirse, es decir, cuando el tipo penal no denota hechos empíricos susceptibles de verificación mediante la prueba, la calidad cognoscitiva de la actividad jurisdiccional se reduce drásticamente y el discurso probatorio se degrada a mera confrontación de (pre)juicios de valor. El defecto de taxatividad del enunciado normativo en el diseño de un tipo penal genera incertidumbre que se trasmite, inevitablemente, en su momento, al *thema probandum*. La sentencia está condenada a ser un ejercicio de decisionismo.

Como conclusión de estas consideraciones cabe afirmar que la condición de instrumento apto para la averiguación de la verdad en materia de hechos solo puede predicarse del proceso penal cuando se satisfacen determinadas condiciones, hoy constitucionalmente disciplinadas en lo esencial; siempre que se den otras como las que tienen que ver con la calidad del texto legislativo y la actitud cultural y profesional del juez y su grado de respeto de aquellas reglas del juego procesal. La verdad procesal a la que cabe acceder es, pues, un resultado, no un atributo metafísico. Resultado de un esfuerzo y como tal, y con esa conciencia, debe perseguirse.

CONTEXTOS DE LA JURISDICCIÓN

Se debe a Reichenbach la propuesta de distinguir en el desarrollo del conocimiento científico lo que el llamó dos contextos. El de descubrimiento y el de justificación²⁸. En el primero se incluye la fase

²⁷ El problema que suscitan los términos valorativos es que "su extensión [es decir, el conjunto de objetos a que es susceptible de aplicarse] es además de indeterminada indeterminable". (L. Ferrajoli, op. cit., pág. 120).

²⁸ Una excelente exposición sintética de la propuesta de Reichenbach, su aceptación y relevancia y la discusión de que, ulteriormente, ha sido objeto, puede verse en J. Echevarría, *Filosofía de la ciencia*, Akal, Madrid 1995, págs. 51 y ss. Del tema, en el marco del razonamiento jurídico, se ha ocupado M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 22-26.

de aquél consistente en una actividad de naturaleza heurística y que puede discurrir conforme a los más variados criterios y responde, en la mayor medida, a la capacidad imaginativa y la intuición de quien la desarrolla²⁹. Los datos empíricos que están en el punto de partida de tal actividad se seleccionan con total libertad, libertad que rige asimismo en el momento de formulación de las hipótesis explicativas, puesto que éstas, como ha escrito Hempel, "no se derivan de los hechos observados, sino que se inventan para dar cuenta de ellos. Son conjeturas..."³⁰. En el contexto de justificación las operaciones que se desarrollan son de carácter argumentativo y están orientadas a convencer de la existencia de las mejores razones para la aceptación de la conclusión que se propone. Normalmente se resuelve en la explicación reconstructiva del desarrollo de la precedente actividad, bajo la forma de un discurso³¹ racional, dotado de coherencia interna, que es lo que hará aceptable la decisión.

Algunos autores³², en momentos relativamente recientes, han considerado de utilidad la aplicación de la distinción de Reichenbach al terreno del razonamiento jurisdiccional, puesto que éste -aquí siempre desde la perspectiva del juez- aparece articulado en varios momentos, el que precede a la decisión, el la adopción de ésta y el de justificación de la misma. Estos momentos, en la práctica jurisdiccional son algo más que virtuales, puesto que tienen una dimensión institucional, y una ubicación en sedes orgánicas diferenciadas. Así, el contexto del descubrimiento se identifica con la fase de la investigación procesal, que concluye con la formulación, y la propuesta, al juez de una hipótesis, que aquí es la hipótesis acusatoria. En este ámbito, el juez o el fiscal investigador opera con la lógica del detective, es decir, la propia del método abductivo, que consiste en "razonar hacia atrás". Esta actividad se produce, como es bien claro, en el marco de la experiencia acumulada en operaciones del género, pero, en el plano de la adquisición de conocimiento, de un modo no codificado sino muy abierto a las opciones individuales, a las ocurrencias del investigador, como criterios orientativos de la búsqueda y selección de las propuestas de explicación hipotizables. Ciertamente, a mayor simplicidad del caso el abanico de las opciones

29 A este respecto, W.C. Salmon, por ejemplo, se refiere al genial matemático indio, Ramanujan (1887-1920) que atribuía sus descubrimientos a las sugerencias que la diosa Namakkal le hacía durante el sueño (Lógica, trad. de C. Gerhard, UTEHA, México 1965, pág. 16). J. Echevarría recuerda el caso de "Kepler, quien partió en sus investigaciones de una analogía entre la Santísima Trinidad y el sistema solar" (en op. cit., pág. 53).

30 C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid 1973, pág. 33. Como señala este autor, no es en modo alguno indiferente el bagaje de conocimientos sobre el campo en que se mueve el investigador, a la hora de obtener resultados. En efecto, la actividad como tal es libre, pero es bien obvia la diferencia entre una libertad bien informada y la que no lo esté, a la hora de la adquisición de conocimiento sobre algún fenómeno. Las "conjeturas felices", dice muy expresivamente el propio Hempel no suelen deberse a principiantes.

31 De "actividad" y "discurso" habla Taruffo para referirse al contenido de cada uno de los dos contextos (La motivazione della sentenza civile, Cedam, Padua 1975, pág. 215).

32 Así, Amodio, "Motivazione della sentenza penale", en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1977, vol. XXVII, págs. 216-218; Ubertis, *Fatto e valore*, cit., págs. 55-56; y Taruffo, *La Prova* cit., págs. 417-420. Ubertis ha distinguido en el caso de la jurisdicción un tercer contexto, el de la decisión, que aquí se acoge porque su evidente fecundidad explicativa.

posibles será tanto menor, incluso, con frecuencia, las pautas de comportamiento del operador estarán "cantadas". Pero en los supuestos más complejos, las actitudes y aptitudes de éste serán determinantes en cada caso de su particular orientación³³. Un sujeto experimentado, dotado de imaginación y de excelente memoria, ante un caso difícil, se moverá en un horizonte de posibilidades de mayor amplitud y previsiblemente más fructífero que el que no goce de tales condiciones iniciales. Por eso, se ha señalado, que la elección de los criterios-guía llamados a conducir la investigación es materia cuyo estudio corresponde más a la psicología y a la sociología que a la epistemología.

La formulación de la acusación da paso a la fase de enjuiciamiento, que es el contexto de la decisión, momento específico del quehacer jurisdiccional, situado a caballo entre los dos que distingue la filosofía de la ciencia. Se inicia con la actividad probatoria, en la que cada parte opera con referencia a la hipótesis que intenta hacer prevalecer. Con el resultado de esa actividad, el juez evaluará la productividad explicativa de la hipótesis propuesta por la acusación, en concurrencia con las hipótesis alternativas que se le opongan. O, dicho con palabras de Ubertis, aquí "el campo de las alternativas queda definido por las hipótesis reconstructivas que hayan superado la verificación resultante de la comparación con los resultados aportados por las pruebas practicadas"³⁴. Y de esa situación se sale mediante la elección de la propuesta que, por conferir sentido a la mayor cantidad de datos probatorios, se estima dotada de mayor capacidad explicativa.

El contexto de justificación se abre con esa elección y en él deberá demostrarse que la misma cuenta con un fundamento racional. Pues lo que aquí se trata de acreditar argumentativamente es que se ha operado con el necesario rigor formal en la obtención de los datos probatorios y en la articulación de la cadena de inferencias que, a partir de ellos, lleva a tener ciertos hechos por probados.

La indudable utilidad de trasladar el modelo de Reichenbach a nuestro terreno es que contribuye a profundizar en el conocimiento del *modus operandi* judicial, claramente necesitado de reflexión y de análisis. De esta manera, también el propio juez puede ser más consciente de la naturaleza de su propia actividad y ejercer un mayor y mejor control racional del desarrollo de la misma. Por lo demás, es bien claro que los aludidos momentos o contextos del proceder jurisdiccional son

³³ Son la mar de ilustrativos a este respecto algunas afirmaciones -muy citadas- que Conan Doyle pone en boca de Sherlock Holmes, en diálogo con Watson. Así, cuando frente a la trivialización, como vestigio, por el segundo del sombrero que Holmes está observando, éste le sugiere que "lo mire, no como a un sombrero hongo estropeado, sino como a un problema intelectual". Y, más tarde, ante la afirmación de Watson: "No veo nada", la respuesta de su interlocutor: "Pues lo tiene usted todo a la vista, Watson. Pero no acierta usted a razonar por lo que ve. Es usted demasiado tímido para sacar deducciones" (de "La aventura del carbunclo azul", en *Las aventuras de Sherlock Holmes*, Obras completas de Conan Doyle, trad. de A. Lázaro Ros, Ediciones Orbis, Barcelona 1987, vol. II, págs. 121-123).

³⁴ En Prova, cit., pág. 331.

el resultado de una disección analítica del mismo y forman una secuencia lógica y no cronológica. En el modelo ideal se encuentran estrecha y dialécticamente relacionados, de manera que si es cierto que el juez al motivar parte de la decisión, también se trata de que al decidir tenga ya en cuenta la necesidad de motivar razonadamente su opción. Lo ha dicho muy gráficamente Iacoviello: "En realidad los contextos no son inconexos: el juez elige y decide en el ámbito de lo motivable, decide lo que está en condiciones de motivar"³⁵. Aunque es de notar que lo que se este autor expresa en términos asertivos constituye más bien el desideratum a que se orienta el paradigma prescriptivo hoy representado por la disciplina constitucional del proceder jurisdiccional.

LA OBTENCIÓN DE LOS DATOS PROBATORIOS

El juez del enjuiciamiento inicia su trabajo a partir de una hipótesis³⁶, la hipótesis acusatoria, que recibe ya formulada con la pretensión de constituir la explicación del caso. En ella se afirma la conexión causal de un hecho tenido por penalmente relevante con la acción voluntaria de uno o varios sujetos, de la que, por tanto, aquél se predica como resultado. Resultado cuya constatación fue, en su momento, lo que dió ocasión a la investigación que ha precedido a la acusación.

En apoyo de esa afirmación, la acusación señala algunas fuentes de prueba (personas, documentos), a través de cuyo examen como medio (audición del testigo, estudio del documento) persigue el objeto de identificar algún hecho concreto que adquiera para el juez el valor de elemento de prueba. De ser así, cada uno de tales hechos, simples o secundarios, actuará como dato probatorio, al inscribirse entre las premisas que harán posible, en fin, la inferencia del hecho principal, eso que en las sentencias se coloca bajo la rúbrica hechos probados³⁷.

Esto, porque lo que normalmente sucede es que el thema

35 F. M. Iacoviello, "I criteri di valutazione della Prova", en M. Bessone y R. Guastini (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padua, 1995, pág. 396.

36 Como se sabe, la actividad investigadora que es el antecedente de una acusación en el proceso penal, tiene su origen en la producción de un hecho que aparece, al menos en principio, como realización del supuesto de hecho de un precepto penal. El hecho se presenta como resultado de una acción humana prohibida, cuya dinámica y cuyo autor, por lo general, deben ser objeto de averiguación. En el momento inicial de la indagación se cuenta con algunos datos empíricos, normalmente insuficientes. Con y a partir de ellos se trata de avanzar en el conocimiento. Y el primer paso en ese proceso es aventurar un intento de explicación, formular una hipótesis. Esto es, agrupar u ordenar los datos disponibles de una forma coherente, que les confiera un sentido que sirva para orientar la investigación. A través de ésta se producirá la obtención de nuevos datos, que pueden entrar o no en el esquema explicativo de esa hipótesis preliminar. En función de que sea así, se mantendrá, reforzándose o deberá ser replanteada o incluso habrá de desecharse. Cuando el investigador judicial entienda que dispone de una hipótesis suficientemente explicativa y que está en condiciones de sacarla adelante sobre la base de una propuesta probatoria de apoyo, la presentará como efectiva hipótesis acusatoria. Esta forma de operar es la que se conoce como abducción o "razonar hacia atrás", es decir, remontarse desde el efecto conocido hasta su causa. Establecer esta conexión causal exige disponer de algún elemento de generalidad, es decir obtenido por la generalización del resultado de anteriores experiencias. En suma, una máxima de experiencia.

37 Tomo estas categorías en el sentido en que las emplea G. Ubertis. Cfr. *Fatto e valore*, cit., págs. 103 y siguientes; y, sobre todo, *Prova*, cit., págs. 307 y 311.

probandum³⁸, el hecho principal, el penalmente relevante, que es el que en último término hay que probar, no aparece, él mismo y de una vez, como objeto de un solo medio de prueba. El hecho-base de la acusación suele presentarse procesalmente como hecho complejo, que, por tanto, tiene que ser probado a través de la acreditación de aquéllos más simples en que ha de descomponerse a efectos probatorios. Estos se convierten así en objeto individualizado de los concretos medios de prueba.

Puede darse, como a veces se da, el caso de un hecho muy simple, percibido directamente por un único testigo. En un supuesto de este género la deposición de éste versará directamente sobre el thema probandum, que será, él mismo, el objeto de prueba. Objeto directo³⁹ puesto que aquélla recae directamente sobre el objeto principal.

Pero, por lo general, la prueba de la veracidad de lo afirmado por acusación sobre el hecho propiamente dicho, o sea, el que implicaría la realización del tipo penal en función del cual se opera, se plantea de forma indirecta. Es decir, el objeto -de cada uno- de los distintos medios probatorios no es el que se postula como constitutivo del supuesto típico, el hecho principal, sino alguno secundario. Cada uno de éstos, si se considera acreditado, podrá servir, a su vez, como dato probatorio o base de una inferencia del conjunto de las dirigidas a la acreditación ulterior del hecho principal.

En este sentido, cada una de las afirmaciones sobre aspectos o elementos parciales del hecho principal en que es susceptible de descomponerse la acusación, en la medida en que su veracidad debe ser acreditada mediante concretos actos de prueba, constituye un objeto de prueba que como tal ha de ser tratado de forma individualizada, en un primer momento. Es decir, la prueba debe ser abordada como una serie de actos de prueba, practicados de forma relativamente independiente.

Cada uno de estos actos requiere del juez una valoración específica, a su vez dotada de cierta complejidad. Por ejemplo, si se tratase de la identificación de un individuo por otro, será preciso tomar en consideración las particularidades de la constitución de la "rueda", la firmeza de las manifestaciones de este último, la concordancia o no de los rasgos reales de aquél con los que fueron facilitados por el

³⁸ M. Taruffo distingue el "thema probandum, es decir el conjunto de los hechos que es necesario averiguar como fundamento de la decisión", del objeto de la prueba, o sea, el hecho particular que una prueba concreta tiende a demostrar". (En Studi sulla rilevanza della prova, Cedam, Padua, 1970, pág. 35.

³⁹ De prueba directa sólo se puede hablar en el sentido indicado, es decir, para referirse a la que versa inmediatamente sobre el thema probandum, pero no en el sentido habitual en la jurisprudencia alusivo a la dotada de una supuesta aptitud para transmitir sin mediaciones datos probatorios de, por tanto, más fácil y fiable aprehensión. Es típico el caso, ya aludido, de la testifical, sobre cuya engañosa facilidad de valoración ha llamado también eficazmente la atención Ferrua ("Contraddittorio e verità", en Studi sul processo penal. II Anamorfosi del processo accusatorio, Giapichelli, Turin, 1992, pág. 52.

segundo en el momento de la denuncia, etc. El resultado de estas comprobaciones previas constituirá la base de la inferencia que permitirá, en su caso, al juez pasar del elemento de prueba, aquí la afirmación positiva del testigo, al resultado de tener o no por producida la identificación.

Ha escrito Ferrajoli que "solo si el tema del juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos -la acción, el resultado, la culpabilidad- puede ser objeto de prueba en sentido estricto"⁴⁰. Pues bien, dada esta condición de posibilidad, todos y cada uno de los elementos constitutivos del tema de juicio, para que éste pueda producirse validamente como tal, deberán haber sido tratados efectivamente, con carácter previo, como otros tantos objetos de prueba en un primer estadio necesariamente analítico de ésta. Semejante descomposición reflexiva del *thema probandum* en tantos sub-temas como fuere necesario es el paso ineludible que precede a una valoración racional de los datos probatorios como conjunto.

Que el juez debe operar analíticamente con el resultado de la actividad probatoria significa que ha de proceder por pasos, es decir atribuyendo a cada medio de prueba únicamente aquél que sea su rendimiento concreto. Así, la conclusión inicial a que permite llegar la afirmación de un testigo presencial -si es que, por su actitud y por el modo como explica haber adquirido la información que transmite, merece credibilidad- es que ha visto lo que dice haber visto. Esta afirmación podrá servir de premisa de una inferencia que permita ir más allá, pero esto, si se produce, ya no será consecuencia estricta de la testifical, sino del resultado de ésta y de otros elementos de juicio que como tales deberán ser tomados.

DE LOS DATOS PROBATORIOS A LOS HECHOS PROBADOS

Salvo en el aludido supuesto, poco corriente, de que, por la simplicidad del caso, el *thema probandum* resulte ser realmente el objeto de un solo medio de prueba; o sea, que la hipótesis acusatoria pueda entenderse confirmada por un solo elemento de prueba, la actividad probatoria será una actividad compleja. Es decir, el hecho que se trata de probar estará integrado a su vez por una serie de hechos diversos; la hipótesis acusatoria abarcará, así, un conjunto de subhipótesis, cada una dirigida a la explicación de uno de aquéllos.

Naturalmente, el cuadro probatorio ofrecido en apoyo de la hipótesis acusatoria como tal tendrá una lógica interna, que la misma

⁴⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pág. 129.

parte tratará de hacer prevalecer, como hilo conductor, a lo largo del desarrollo de las diversas actividades de prueba en que aquél se descompone. De este modo, la atomización que inevitablemente implica tal desarrollo secuencial estará sobrevolada por una prepuesta de visión de conjunto.

También el juez, durante el desarrollo del curso probatorio, opera de manera similar. Formará criterio sobre el rendimiento de cada medio probatorio examinado, pero, al mismo tiempo, integrando estos elementos parciales de juicio en un juicio de conjunto sobre la propia hipótesis de la acusación y en función del comportamiento de ésta en el marco del contradictorio.

Por tanto, puede decirse, la fase probatoria está siempre animada por esa tensión dialéctica entre lo particular y lo general. Y la valoración de la prueba como tal debe entenderse como la integración o mediación racional y consciente de ambos momentos. La valoración de la prueba solo puede ser, pues, valoración del rendimiento de cada medio de prueba en particular y del conjunto de estos. Así, ese momento de valoración conjunta debe serlo del conjunto de los elementos de prueba previamente adquiridos de forma regular y antes ya efectivamente evaluados en su rendimiento específico. Es decir, el momento es de síntesis de lo aportado por una serie articulada de actos individuales de prueba.

Al final, el juez deberá entender que existe prueba de cargo si y solo si la hipótesis de la acusación tiene apoyo en todas las pruebas producidas y soporta ser confrontada con todas las contrapruebas practicadas a instancia de la defensa. Si la hipótesis acusatoria tomada como criterio ordenador y clave de lectura de todos los datos probatorios obtenidos no los integra armónicamente y los dota de sentido, existirá una duda relevante, con todas sus obligadas consecuencias.

Este modo de operar se separa netamente, pues, del representado por la conocida como apreciación conjunta de la prueba en la jurisprudencia tradicional, que venía a significar prácticamente si no la eliminación de esa primera aproximación analítica si su banalización, puesto que la valoración de la prueba se interpretaba como una especie de asunción global del resultado de la misma también globalmente considerada. De esta manera, el lugar de los dos momentos a que se ha hecho referencia aparecía realmente ocupado por una holística impresión de conjunto⁴¹.

⁴¹ Al "barullo y mogollón impresionista, que todavía hoy se empaqueta con la etiqueta de 'valoración conjunta de las pruebas'", se refiere J. Igarua Salaverria, en Valoración de la prueba, motivación y control del proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 188.

Este último modo de proceder tiene un referente teórico en la que se conoce como concepción narrativista⁴², que plantea la decisión en materia de hechos como una elección entre hipótesis o propuestas globales. Una elección entre historias, fundada en el criterio de la "coherencia narrativa" y la calidad persuasiva. En este contexto, no es que el resultado de la actividad probatoria no cuente en absoluto, pero lo hace, como escribe Taruffo, solo en función de la capacidad del mismo "para dar fundamento a una u otra story globalmente considerada, no desde el punto de vista analítico de su relación con los hechos"⁴³. De manera que, mientras el método analítico se funda en el análisis racional de todas y del conjunto de las aportaciones probatorias, con objeto de determinar el valor de veracidad que quepa atribuirles, el holístico atiende más a las particularidades estructurales y el tenor de la narración⁴⁴.

LA MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS

El asunto de que ahora se trata suele ser abordado mediante la exposición de dos modelos alternativos de valoración de la prueba, que tienen como referente otros tantos modos judiciales de proceder, asimismo contrastantes. El primero, el de la histórica prueba legal o tasada, en el que el valor del resultado de cada medio probatorio está normativamente preestablecido con carácter general y determinación, por tanto, es ajena al criterio del juez. Como ha puesto de relieve Ferrajoli⁴⁵, en este sistema la valoración de la prueba recibe la forma de una (falsa) deducción. En efecto, se opera con la ficción de la existencia de reglas universales de validez probatoria, que, usadas como premisa mayor de un razonamiento, cuya premisa menor sería el concreto medio de prueba, permitirían, supuestamente, atribuir valor de prueba plena a la conclusión así obtenida.

El segundo, surgido a la vista de los aberrantes resultados de las prácticas judiciales fundadas en el anterior⁴⁶, responde esencialmente al dato suficientemente acreditado de que en materia probatoria, es decir, en el tránsito de una proposición singular en materia de hechos a otra del mismo género hay un salto lógico que no puede evitarse por la mediación de ley alguna. Se trata de un rasgo propio de la gnoseología inductiva, presente en el *modus operandi* de adquisición del conocimiento judicial en el proceso. Puesto que, como no podía ser de otro modo,

⁴² De esta concepción, desde la filosofía del derecho, se ha ocupado J. Calvo González en *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993; y también en *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁴³ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., págs. 281 y 283.

⁴⁴ A este punto de vista se ha referido J. Igarúa Salaverria, siguiendo a Taruffo, en op. cit., págs. 190-192, con atinadas observaciones críticas.

⁴⁵ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 133 y siguientes.

⁴⁶ Para una crítica de la irracionalidad de las prácticas amparadas en el sistema de la prueba tasada, Cfr. Voltaire, "Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias", en apéndice a *De los delitos* cit., pág. 112. Para un documentadísimo y sistemático tratamiento del asunto, véase M. Nobili, *I principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1974, págs. 81 y ss.

dado que el juez nunca tiene la posibilidad de percibir directamente el hecho principal, el acceso al conocimiento de éste solo cabe mediante la previa toma de conocimiento de otros datos que asimismo han de ser previamente probados. Es decir, a través de una cadena de inferencias.

El principio rector de este sistema es que en la valoración de la prueba es insustituible el criterio libre del juzgador: libre en el sentido de no susceptible de vinculación legal en su actividad gnoseológica. Ocurre, sin embargo, que ese criterio de libertad en el sentido que acaba de expresarse fue interpretado -por traslación mecánica de la experiencia del jurado inglés- como atribución al juez de la potestad omnimoda de valoración en un espacio vacío de reglas (no solo legales) de estimación⁴⁷.

En efecto, el juez profesional tomó la libre convicción por intíma convicción, con el resultado de considerarse legitimado para actuar como lo haría un jurado popular. El tenor de esta actitud y lo arraigado y difundido de la misma quedan perfectamente de manifiesto en el modo de expresarse sobre el particular un texto muy usado por los profesionales de la justicia de nuestro país, en años todavía recientes. Me refiero a la obra de Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa, en la que se lee: "no hay por qué razonar, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los sentenciadores. La ley quiere simplemente que formen un estado de juicio, de conciencia, de opinión y que tal estado se proyecte al resultando de hechos probados"⁴⁸.

Mucho más próxima en el tiempo, y por ello más llamativa, es alguna jurisprudencia de la Sala Segunda, que expresa idéntica actitud cultural, al afirmar que "el principio de libre valoración de la prueba, con arreglo a conciencia, como ha declarado la jurisprudencia, supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, formando su convicción en torno a los problemas fácticos y sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente". Pues, "en este orden es patente que el tribunal sentenciador no está obligado a hacer una concreta y expresa referencia a todas y cada una de las pruebas practicadas en la causa"⁴⁹.

Cierto, que una interpretación del principio de la libre convicción atenta a los antecedentes histórico-legislativos de su asunción por el legislador liberal y al propio riguroso tratamiento de la decisión como función de un cuadro probatorio inequívocamente orientado a la adquisición de una verdad suficientemente contrastada en materia de

⁴⁷ De "principio de absoluta libertad de los tribunales en la apreciación de las pruebas del juicio", que "el legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador", habla Aguilera de Paz (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo V, Reus, Madrid, 2ª edición, 1924, págs. 557 y 558).

⁴⁸ J. Sáez Jiménez y E. López Fernández de Gamboa, Compendio de derecho procesal civil y penal, tomo IV, volumen II, Santillana, Madrid, 1968, pág. 1287.

⁴⁹ Sentencia de 7 de mayo de 1997.

hechos, tendría que haber sido bastante -como lo fue en el caso de algunos autores- para que la libertad en la valoración jurisdiccional hubiera sido inequívocamente entendida como ejercicio de crítica racional, de una racionalidad que no se presume, sino que debe acreditarse. Aunque, claramente, no bastó. Hoy, sin embargo, el precepto contenido en el Art. 120,3º de la Constitución española no deja lugar a dudas. Y a pesar de ello, como es advertible por el valor sintomático de la sentencia citada y de prácticas a las que más tarde se hará referencia, la experiencia judicial en curso sigue aquejando un marcado déficit de racionalidad explícita en la concepción del enjuiciamiento⁵⁰.

Escribió Pagano, en un texto muy citado, que "cualquier prueba es siempre indiciaria"⁵¹, puesto que -dirá en otra de sus obras- en el "análisis criminal" es preciso "valerse de los indicios para llegar a entender un hecho oscuro"⁵². Y hacerlo con un instrumental del que no forma parte regla alguna capaz de validar de forma inequívoca el resultado de ningún medio probatorio. Esto confina el proceso judicial de adquisición de conocimiento en materia de hechos en el ámbito de la inferencia inductiva. En ésta, como se sabe, ni siquiera en el caso de que las premisas sean ciertas y hayan sido tratadas con el exigible rigor lógico-formal, puede afirmarse que lo sea también la conclusión. Porque el contenido informativo de la misma excede del que preexiste en aquéllas; y, además, porque entre éstas no se cuentan leyes generales de validez universal, sino máximas de experiencia, generalizaciones plausibles, fundadas en el *id quod plerumque accidit*, es decir, en lo que habitual (pero no necesariamente) suele suceder en supuestos del mismo género.

La actividad probatoria, como fundada, pues, en la inferencia inductiva, produce conocimiento probable. Llevada a cabo con todo el rigor que cabe exigir, puede hablarse de conocimiento dotado del máximo de probabilidad. Pero conocimiento cuya veracidad no es susceptible de demostración, sino fruto de una prueba.

La garantía de la calidad de ese conocimiento está pues en la propia calidad y rigor con que se haya producido la adquisición de los

⁵⁰ A ello contribuyen opiniones tan cuestionables como la de Ruiz Vadillo ("Hacia una nueva casación penal", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1585, pág. 5685), que no cree "obligado ni necesario" que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el "porqué de la relevancia dada a cada medio, en concreto por qué [se] creyó a dos testigos y [se] dejó de creer a tres o por qué [se] dió más credibilidad a un informe pericial que a otro". Sostiene este punto de vista porque "en un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra por el mismo camino y con idéntico recorrido, y no [sabe] cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos"; y, asimismo, en que "no parece conveniente ni menos necesario subrayar la incredibilidad de un testigo o de varios de manera expresa. Ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio". De ahí que estime suficiente que "se deje constancia de los datos de que se ha dispuesto, declaraciones a favor o en contra, pericias en uno y otro sentido, etc., y como a su través, con prueba inequívoca de cargo se llegó a la condena". Porque "lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión".

⁵¹ F. Pagano, *Principij del codice penale* (opera postuma), 1806, pág. 80.

⁵² F. Pagano, *Logica de probabili applicata a'giudici criminali*, Milán, 1806, pág. 82.

datos que están en la base de las sucesivas inferencias y, asimismo, en el rigor con que éstas se hayan efectuado por quien realiza el enjuiciamiento. Este rigor no puede presumirse y, desde luego, ni la Constitución ni la ley lo hacen. Y tampoco podría asegurarse su obtención de manera mecánica.

Lo más que cabe es predeterminar un marco normativo de exigencias de obligatorio cumplimiento, dirigido a hacer que la actividad intelectual del juicio se desarrolle de la forma más adecuada para garantizar aquella calidad ideal del resultado. Es decir, que esa actividad intelectual esté dotada del máximo posible de racionalidad cognoscitiva. Lo que, en este caso, quiere decir que se ajuste a los patrones de ese carácter que la teoría del conocimiento prescribe para la gnoseología inductiva.

En el marco de ésta, como es sabido, nada se da por supuesto por razón de status ni por razón de carisma del operador. Cualquier afirmación debe contar con el necesario soporte de datos de los que, a su vez, ha de acreditarse que han sido bien adquiridos. Acreditarse de la sola forma que cabe hacerlo: verbalizando la secuencia de pasos inferenciales, con el fin de que cualquier interlocutor eventual del que ha realizado el juicio pueda entender cómo se ha producido éste y el porqué de la decisión final sobre el objeto del mismo.

Así las cosas, no puede haber duda, motivar un enjuiciamiento en materia de hechos es, como ha escrito Ferrajoli⁵³, justificar una inducción. Pues del modo como ésta (aquí la inducción judicial a través de la actividad probatoria) se haya desarrollado, dependerá la calidad del resultado, es decir, de la convicción: que tendrá que ser de certeza práctica para que, como conclusión, pueda establecerse que determinadas afirmaciones de hechos han sido probadas.

A este respecto, conviene recordar que la inducción judicial opera por la atribución de aptitud convictiva al resultado del empleo de determinados medios de prueba. De donde motivar en esta materia de hechos significa, con Taruffo, "explicitar, bajo la forma de argumentación justificativa, el razonamiento que permite conferir una determinada eficacia a cada medio de prueba, y que sobre esta base funda la opción a favor de la hipótesis sobre el hecho que en las pruebas disponibles halla un grado más alto de confirmación lógica"⁵⁴.

De este modo, se trata de hacer explícitas las razones de un

⁵³ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 140 y 144, entre otras.

⁵⁴ En *La prova*, cit., pág. 409.

juicio⁵⁵. No, por tanto, solo el resultado de éste; y tampoco solo esa conclusión acompañada de la mera indicación pro forma de los medios de prueba puestos en juego. Lo que ha de verse al exterior es, pues, una articulada justificación del enjuiciamiento que, en el caso, ha lleva a la concreta decisión. Algo que no consiste en exteriorizar un proceso mental, sino en reconstruir para uso de terceros los pasos de un razonamiento complejo, dejando constancia expresa, de nuevo con Taruffo, "de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias realizadas a partir de ellos, y de los criterios empleados para llegar a las conclusiones probatorias; asimismo la motivación debe dar cuenta de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta y global de los diversos elementos de prueba, y de las razones en que se apoya la opción final en orden al fundamento de la hipótesis sobre el hecho"⁵⁶.

Es decir, en contra de lo postulado por alguna jurisprudencia citada y de lo expuesto por Ruiz Vadillo, no basta con la simple enumeración de los medios de prueba asociada a la tajante afirmación de determinados hechos como probados. Eso, realmente, no garantiza nada o muy poco en tema de calidad del discurso decisonal. Es más, con propuesta de motivación tan débil, se priva a esta obligación constitucional de su efecto más eficaz como garantía, que consiste en que la conciencia del correspondiente deber preactúe ya en el contexto de la decisión provocando la expulsión del mismo de aquellos elementos de convicción que no sean susceptibles de justificación y verbalización.

En esa suerte de banalización de la motivación como exigencia es inevitable advertir la supervivencia de una concepción paleopositivista del derecho y de la jurisdicción, en la que prevalece una idea de ésta tributaria del sistema silogístico, que propicia el desentendimiento del proceso de elaboración de la premisa menor. Pero lo cierto es que ésta dimensión central del juicio se resuelve en una elección entre hipótesis. Por eso, si se quiere evitar el ejercicio arbitrario del poder judicial (que no es otro que el que se actualiza en el acto jurisdiccional), no cabe otra posibilidad que mantener alta la exigencia de justificación de las decisiones, esto es, de la exposición clara y suficiente de las razones de la elección efectuada por el juez en el supuesto concreto.

Lo que está en juego en el campo de la motivación, y en particular, de la motivación de la decisión en tema de hechos es mucho más que una cuestión de grado -de más o menos- en la calidad de las

⁵⁵ Para P. Comanducci, "la motivación en hecho es un proceso argumentativo consistente en aducir razones en favor de la conclusión siguiente: es verdadera, probable, verosímil o atendible, una aserción, o más específicamente el conjunto de aserciones que dan cuenta del presunto desarrollo de los hechos objeto de juicio". ("La motivazione in fatto", en G. Ubertis (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 1992, pág. 224.

⁵⁶ Ibidem, pág. 409.

resoluciones, es el ser o no ser racional del ejercicio de la jurisdicción, el ser o no ser de la jurisdicción misma. Porque, como ha escrito Marina Gascón: "La racionalidad jurídica se expresa o desenvuelve a través de una labor de justificación o motivación de las decisiones que hoy tiende a verse no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces"⁵⁷.

LA EXPRESIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS EN LA SENTENCIA

Así, pues, ninguna duda acerca de que el deber de motivar no solo se extiende a los hechos, sino que es, antes que nada, justificación de la decisión sobre éstos, como núcleo que son de la sentencia y territorio de la misma en el que el juez se mueve con más libertad. Y, por ende, con más riesgo de error para los afectados.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 248,3^o, prevé que las sentencias cuenten con un apartado de "antecedentes de hecho". No introduce ninguna precisión acerca de su contenido, pero es claro que ha de ser fáctico y que no puede confundirse con el de los "hechos probados", de los que el propio texto legal los distingue claramente. Además, tampoco es discutible que los "antecedentes de hecho", en la perspectiva del discurso motivador, se sitúan en un momento lógico-genético anterior al representado por los "hechos probados". Y parece obvio que deben decir algo que ayude a entender por qué estos han recibido semejante consideración.

Desde luego, si hay algo que no guarda ninguna relación con lo denotado por la expresión legal "antecedentes de hecho" es lo que -en la práctica generalizada de los juzgados de lo penal y de los tribunales- suele colocarse bajo la misma. En efecto, la sentencia estándar⁵⁸ presenta como tales la escueta referencia a algunas vicisitudes procesales, de ningún valor en la economía de la justificación de la decisión; a la que se une la expresión de la calificación de la acusación y la defensa; curiosamente, limitada a sus aspectos exclusivamente jurídicos. Por tanto, ni la menor alusión a algo que pudiera merecer la consideración de fáctico.

Así las cosas, si los "antecedentes de hecho" no pueden confundirse con los "hechos probados" y, al mismo tiempo, han de representar un momento en el iter que conduce al establecimiento de éstos como tales, no pueden tener otro contenido que el de lo que podría llamarse antecedentes probatorios. En ellos se tratará, pues, de dejar

⁵⁷ M. Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 33.

⁵⁸ Esta afirmación se funda en el examen de una muestra de más de cien sentencias recientes de juzgados de lo penal y tribunales de Madrid, Barcelona, Valencia y Baleares. En ninguna de ellas los llamados "antecedentes de hecho" tenía el más mínimo contenido fáctico.

constancia de las fuentes de prueba señaladas por las partes para su examen y examinadas en el juicio; de si por medio de ese examen se han obtenido elementos de prueba susceptibles de ser valorados como datos probatorios, expresando cuáles. Se describirá, en síntesis, pero de forma suficientemente expresiva, los términos en que se ha producido la contradicción en el ámbito de la prueba, y su resultado.

Es un plano de la sentencia que -desde el punto de vista expositivo- es previo a la motivación propiamente dicha en materia de hechos. Cabe afirmar que es el momento de presentación del sustrato empírico de la decisión sobre el *thema probandum*, mediante la exposición con el necesario detalle de las vicisitudes de la actividad probatoria⁵⁹.

Es obvio, conviene insistir, que, por lo que se refiere al proceso discursivo de elaboración de la resolución, solo puede hablarse de momentos en sentido lógico y no cronológico.

Por tanto, la exposición secuencial de éstos que impone la ley⁶⁰ no pretende reflejar el modo real de operar el juez en la formación de la convicción que es el contenido de la sentencia, sino dotar a ésta de una morfología que favorezca la comprensión del destinatario inmediato y, en general, del lector.

Y, a la vez, que, el juez, sabiéndose ya *ex ante* obligado a verbalizar después las razones de su decisión, el qué y el cómo de la misma, ordenadamente y por planos, se mueva en el proceso decisonal en el ámbito de lo racional y lo racionalmente explicable y actúe con el máximo grado de autoconciencia y control sobre las verdaderas razones de la propia actividad decisoria.

Así, los "antecedentes procesales" tendrán como contenido la exposición de cómo el juez ha visto la actividad probatoria y su resultado. Siendo en un momento posterior, dentro del contexto de justificación, es decir, en la motivación y en un apartado específico de motivación

⁵⁹En una de las sentencias tomadas en consideración en esa muestra informal a la que me he referido, al hablar del desarrollo de la prueba, puede leerse: "Nos remitimos al acta, en aras de la brevedad...". Pues bien, lo que reclama la ley, y, antes aún, la calidad de motivación y la autosuficiencia expresiva de la sentencia, es justo todo lo contrario. En efecto, no es posible formar criterio sobre el proceso decisonal si no se tiene conocimiento de los datos tomados en consideración o excluidos y del porqué de cada supuesto. Y no basta con que esos datos puedan (deban) estar contenidos en el acta si se ignora el tratamiento de que han sido objeto en el contexto de decisión. No es que la sentencia tenga que incorporar mecánicamente el contenido del acta. Pero sí debe contener, en síntesis suficientemente informativa, los términos concretos de la contradicción en el desarrollo de la actividad probatoria. Algo, en general, nada difícil de hacer en la práctica, y sin lo que la sentencia padecerá una laguna que la hará difícilmente comprensible, desde luego, para terceros ajenos a la causa, pero seguramente también para los propios implicados en ésta.

⁶⁰La forma como se expresa el precepto de referencia, que solo distingue "antecedentes de hecho"- "hechos probados"- "fundamentos de derecho", parece sugerir que la (constitucionalmente obligada) justificación o motivación de la valoración de la prueba debería incluirse dentro del primer apartado. Sin embargo, nada impide su inclusión en un área más específico de motivación, en el que, según el modelo que aquí se propone, habría que distinguir la relativa a los hechos y los fundamentos de derecho. Esta opción parece técnicamente más fundada, si se tiene en cuenta que la motivación fáctica puede tener también, en ocasiones, una consistente dimensión jurídica.

de la valoración de la prueba, donde deberá explicar razonadamente el porqué del rendimiento atribuido a cada medio de prueba, del valor dado o negado a determinados datos, de cómo ciertos de éstos conducen a otros; ilustrando también acerca de las máximas de experiencia de que se ha servido con esa finalidad y, en fin, sobre la razón, en su caso, de haber atribuido relevancia probatoria a elementos de juicio procedentes de la fase de investigación. En definitiva, el juez deberá explicar sencilla pero suficientemente por qué llega a la conclusión de tener por acreditada o no una determinada hipótesis explicativa en materia de hechos.

Conviene recordar que la prueba como tal no existe en la realidad procesal y, por ello, no es susceptible de percepción directa.

La prueba es un producto sintético de elaboración judicial, a partir de un material complejo y contradictorio. Y es ese proceso de elaboración el que el juez debe explicar. Eso y no otra cosa es la motivación en materia de hechos, que está objetivamente reñida con el viejo recurso de la "valoración conjunta de la prueba", antes aludida y frecuente manera de escapar a lo que es ahora deber constitucional⁶¹.

El resultado de la actividad probatoria ha de evaluarse en conjunto, es obvio, pero solo después de que haya sido objeto de una previa valoración analítica de cada uno de los segmentos que lo integran. Lo que no resulta aceptable es que pueda hablarse de síntesis donde no ha precedido un análisis explícito del material probatorio.

SENTENCIA ESTÁNDAR Y MODELO QUE SE PROPONE

Lo primero que hay que afirmar en el momento de hablar de la sentencia media actual producto de nuestros juzgados y tribunales en materia penal, es que, comparada con la de hace no demasiados años, ha experimentado un cambio sensible en materia de análisis de la prueba y motivación de la decisión en tema de hechos.

Las resoluciones que hoy se emiten, con frecuencia, incluyen

⁶¹ Hay un caso, documentado en la jurisprudencia disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, que ilustra muy bien sobre la verdadera naturaleza de un uso muy habitual de la "apreciación conjunta de la prueba". Me refiero al conocido en su día como caso D' Artagnan, suscitado por la imputación -a partir de unas notas anónimas- al entonces juez de primera instancia de Puerto del Rosario del hecho de haber realizado una actuación judicial vestido de mosquetero. El juez fue sancionado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas y recurrió al Consejo. El ponente designado presentó al pleno de éste una propuesta de estimación del recurso, basada en un análisis pormenorizado y rigurosísimo, que recorría paso a paso el material probatorio, poniendo de manifiesto su llamativa inconsistencia. El pleno del Consejo rechazó, no obstante, la propuesta y acordó el nombramiento de un nuevo ponente. Luego se resolvió el recurso mediante una decisión en la que el lugar del análisis de la prueba lo ocupaba el siguiente párrafo: "del estudio y valoración de todas las pruebas practicadas, dentro de un proceso mental razonado y acorde con el criterio racional y lógico, se llega a la conclusión de que los hechos, que son el fundamento de todo el razonamiento de dicha resolución han quedado completamente acreditados..." (!?). Naturalmente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo revocó esa decisión, por entender que la actividad probatoria carecía de aptitud para destruir la presunción de inocencia del expedientado.

referencias explícitas al respecto y, en ese sentido, cuando así sucede, expresan un evidente grado de conciencia del deber constitucional de que se trata.

Ahora bien, ese esfuerzo motivador suele operar en un cierto vacío porque las sentencias, por lo general, ya se ha dicho, no contienen en absoluto⁶² o no contienen suficientes referencias al desarrollo de la actividad probatoria y al rendimiento de cada medio de prueba, y, si lo hacen, es de una forma parcial y asistemática.

Es decir, las más de las veces en ellas se opera per saltum para justificar unas conclusiones cuyos antecedentes no se explicitan.

Por otra parte, el método de exposición de ese discurso motivador insuficiente suele ser un tanto caótico, ya que habitualmente aparece integrado y formando parte de los fundamentos de derecho, dificultando la comprensión e incluso la lectura.

Al mismo tiempo, no son infrecuentes las sentencias que incluyen todo un discurso formal y solemne -de ordenador- con abundante aparato jurisprudencial sobre la importancia de la motivación, que luego, de hecho, viene a ocupar el lugar de ésta, prácticamente ausente.

A lo anterior hay que añadir que en la redacción de las resoluciones sigue aflorando el paradigma del "considerando", la técnica de la phrase unique, con períodos larguísimos que hacen difícil no solo la lectura, sino, antes, la redacción.

Esto es todavía más perceptible en los relatos de hechos probados, a veces modelo de ambigüedad y confusión, con un hipérbaton excesivo, sobreabundancia de incisos, oraciones subordinadas de relativo y frases parentéticas que obstaculizan la comprensión⁶³. (E, insisto,

⁶² Vale la pena traer aquí noticia de las vicisitudes experimentadas por una sentencia de la Audiencia de Cáceres, que ilustran muy bien acerca de los obstáculos que la constitucional exigencia de motivación de las sentencias ha encontrado en la práctica. Se trata de la de 25 de febrero de 1988, que condenaba al acusado con la sola afirmación de que "los hechos que se declaran probados constituyen el delito de desacato". Recurrida, fue casada por la de la Sala Segunda de 6 de julio de 1990, que la anulaba por ausencia de motivación y obligaba a la Audiencia a redactarla otra vez, subsanando ese defecto. La Audiencia dictó nueva sentencia, de 29 de noviembre de 1990, en cuyos hechos probados se lee: "discutiendo ambos [denunciante y denunciado] sin que aparezca definitivamente esclarecido el tenor literal de las palabras que el procesado dirigió a...". Sobre esta base, en los fundamentos jurídicos, se afirma escuetamente que "los hechos que se declaran probados no constituyen el delito de desacato...". Nuevo recurso, ahora del fiscal, y nueva sentencia del Supremo, la de 25 de enero de 1993, volviendo a casar por idéntico defecto de motivación. Y, en fin, una última sentencia de la Audiencia de Cáceres. Esta vez, también absolutoria, tras de que la sala hubiera "procedido a nuevas, profundas y meditadas deliberaciones (...) a un nuevo análisis de la prueba y a valorar de nuevo las declaraciones..." Aparte de lo que hubiera podido haber de malestar en la reacción absolutoria de la Audiencia de Cáceres a la primera anulación por el Supremo, lo que salta a la vista es que resulta bastante más fácil condenar sin motivación que motivando razonadamente la prueba en que se funda la condena. Precisamente, el plus de dificultad en el ejercicio de la jurisdicción que se deriva del imperativo del Art. 120,3º CE, es un aspecto esencial de la significación garantista del deber de motivar.

⁶³No pocas veces, además y lamentablemente, los hechos probados son transcripción mecánica de los del escrito de acusación, a despecho de lo que pudiera haber sucedido en el juicio.

antes, la redacción). También es habitual el exceso de gerundios y la ausencia o el déficit de puntuación mayor⁶⁴.

Un caso paradigmático de lo que nunca debería ser una exposición de hechos probados es el recurrente en los supuestos de accidentes de tráfico con la intervención de diversos sujetos y vehículos. Aquí los hechos suelen presentarse de manera que la introducción en la escena de cada uno de los protagonistas va acompañada de la inserción de todos sus datos de edad, identidad, antecedentes, y de los del vehículo, seguro incluido, mediante una secuencia de oraciones subordinadas, con el resultado de hacer relato verdaderamente ilegible⁶⁵.

A partir de las consideraciones que se han ido desgranando, y como conclusión, diré que, a mi juicio, la sentencia penal debería articularse en los siguientes apartados, después del encabezamiento:

- Antecedentes procesales
- Hechos probados
- Motivación
 - a) Sobre los hechos
 - b) Fundamentos de derecho

Los antecedentes procesales corresponden a lo que la ley describe como "antecedentes de hecho". Creo que calificarlos de

⁶⁴ Vale la pena traer a colación alguno de estos textos, todos recientes, que no ha tenido que ser buscado, precisamente, con lupa. "Probado y así se declara que: Sobre las 23 horas del día (...), los acusados (...), ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en compañía de otra persona a la que no se refiere la presente resolución, contactaron con el joven (...) que se sentó junto a ellos en un banco, al que vendieron una cierta cantidad de hachís por un precio de mil pesetas, siendo detenidos por una patrulla policial que había observado la transacción, ocupándose en su poder 1,1 grs. de hachís". "Probado así se declara que en fecha no precisada de (...) el acusado (...), mayor de edad y sin antecedentes penales, compró un vehículo Volkswagen modelo 1300, matriculado (...), posteriormente averiguado, por lo que finalmente adquirió en Holanda un modelo más antiguo, 1303, que trasladó a España sin que llegara a concluir los trámites de su importación por lo que trasladó el personalmente, o bien por medio de otro las matrículas de aquél a éste, traspasando también el número de bastidor, circulando con éste que puso a nombre de su esposa, hasta que lo vendió a (...) el (...), quien casualmente descubrió la irregularidad, rescindiendo el contrato y poniendo los hechos en conocimiento de la Jefatura Provincial de Tráfico". "El día (...) encontrándose en el bar (...) de (...) el procesado A, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha (...) por delito de homicidio a la pena de 12 años y 1 día de reclusión menor, coincidió con B, de quien le separaban ciertas desavenencias por razones familiares y al salir a colación esta circunstancia e iniciarse una discusión entre ellos, de común acuerdo decidieron una pelea, a cuyo fin se trasladaron al paraje denominado (...) y sobre las 17 horas se enzarzaron en mutua agresión, consiguiendo separarlos C, quien pasaba por el lugar, y cuando B se disponía a coger el vehículo con el que se había trasladado hasta el punto donde se inició la reyerta, el acusado A lanzó contra él una piedra, cuyas características se desconocen por no haberse localizado, llegando a alcanzarle y derribarle al suelo, abalanzándose sobre B, quien sufrió heridas que precisaron de una primera asistencia médica, sin requerir ulterior tratamiento médico o quirúrgico y de las que tardó en curar (...) días, durante los que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, sanando sin secuelas".

⁶⁵ Lo más curioso es que este modo de proceder no es predicable solo de jueces de edad madura, impregnados de la cultura de los "resultandos" y "considerandos", sino también y con carácter prácticamente general, de profesionales de las promociones más recientes. Lo que ilustra con bastante elocuencia acerca del tipo de formación recibida. Creo que habría que preguntarse a qué puede obedecer el hecho de que quienes practican esa suerte de literatura judicial manifiesten semejante proclividad a escribir de espaldas a los usos literarios vigentes. Incluso a protagonizar, a veces, supuestos de verdadera esquizofrenia, en los que el mismo sujeto escribe de forma diversa según el texto sea o no judicial. Algo que se manifiesta ya en cosas tan obvias como la expresión de mal gusto que supone autoatribuirse un tratamiento protocolario, cuando, como en las sentencias, se habla en primera persona; lo que probablemente ningún juez haría en cualquier escrito privado. No puedo dejar de recordar aquí al magistrado Antonio Carretero, que, a propósito de ese uso, decía divertido: "Yo también me tuteo en las sentencias".

procesales produce el efecto de acomodar mejor el nombre al contenido que, relativo a los presupuestos probatorios de los hechos, con frecuencia deberá contener vicisitudes producidas en ámbitos institucionales: el policial-preprocesal o el del proceso propiamente dicho⁶⁶. Por otra parte, todos los elementos de hecho y de derecho, potenciales integrantes de su contenido, son materia producida en el juicio o, en todo caso, objeto de tratamiento dentro del mismo y, por eso, procesal.

Como he dicho, aquí debería hacerse expresión -de forma sintética pero lo bastante expresiva- del modo en que se ha producido la contradicción en lo tocante a la prueba. La redacción de este apartado debe estar presidida por un esfuerzo descriptivo de lo aportado por cada medio de prueba. Dejando también constancia de los datos o elementos de juicio procedentes de la fase anterior del proceso que se consideren susceptibles de valoración. Naturalmente, es asimismo el espacio adecuado para transcribir el contenido de las calificaciones definitivas de la acusación y de la defensa⁶⁷.

En la redacción de los hechos probados habrá de prevalecer idéntico rigor descriptivo, con traducción inmediata en el plano del lenguaje y, muy en particular, de la sintaxis⁶⁸. Deberá optarse por la frase breve y el orden y la gradualidad en la introducción de los datos en función de la propia dinámica y la economía de la acción que tiene que describirse; todo de la manera que mejor favorezca la comprensión de lo sucedido. Así, tendrán que aparecer claros, en primer plano, los datos precisos para ilustrar sobre el desarrollo de lo acontecido; desplazándose a un momento posterior la incorporación del resto de las informaciones de relevancia de carácter complementario o de

⁶⁶ Un caso paradigmático al respecto es el del proceso en el que el elemento de prueba central hubiera sido obtenido con grave quebrantamiento de un derecho fundamental, de manera que resulte un auténtico vacío probatorio. Cuando esto suceda, la sentencia no podrá contener hechos probados, puesto que los datos probatorios adquiridos de aquella forma no habrán podido ser valorados. En semejante supuesto, lo correcto será dejar constancia en el área de los antecedentes procesales de las vicisitudes determinantes de la nulidad, tal y como se han visto en el juicio. Vicisitudes que, obviamente, no deberían disfrazarse de hechos probados. Al operar de este modo, no se violenta la realidad procesal y, además, se ofrecen a la instancia conocedora de un eventual recurso todos los datos necesarios para tomar conocimiento de la decisión impugnada, al objeto de confirmarla o revocarla. Este criterio, que implica una relectura del Art. 851,1º en relación con el Art. 142,2º de la Ley de E. Criminal aparece acogido en la innovadora sentencia de 17 de noviembre de 1996 (ponencia de Bacigalupo), en la que se lee: "Si ninguna prueba de las producidas por la acusación puede ser valorada, es evidente que no es posible establecer, ni siquiera de manera hipotética, hechos probados. Consecuentemente, el Art. 851,2º de la L. Crim. así como el Art. 142,2º de la misma ley, no son aplicables a los casos en los que el Tribunal de instancia estima que todas las pruebas producidas en el proceso no pueden ser valoradas como tales por razón de lo dispuesto en el Art. 11 LOPJ". Este criterio viene, además, a poner de manifiesto, todavía con más claridad, que los antecedentes que he llamado procesales constituyen un espacio con un papel particularmente relevante en la economía de la sentencia, que no tiene nada que ver con el mero ritual que habitualmente se le atribuye en una práctica generalizada.

⁶⁷ Por cierto que la Ley de E. Criminal (Art. 142,3º) exige la constancia en la sentencia de "las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa", lo que, en puridad, exigiría la incorporación a aquella también de los correspondientes relatos de hechos, con frecuencia de necesario conocimiento para una correcta inteligencia de la decisión judicial y, antes, para de los términos reales del contradictorio.

⁶⁸ Sobre este y otros particulares del lenguaje judicial, cfr. J. Bayo Delgado, "La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial", en *Revista de Lengua i dret*, nº 25, julio de 1996, en particular págs. 62 y ss. De especial interés son las observaciones del autor sobre el uso (abuso) del gerundio en las resoluciones judiciales como factor de imprecisión, debido a "su condición de forma no personal del verbo, que por tanto no designa por sí mismo su sujeto".

relevancia formal, como las referencias al seguro del auto, o a los antecedentes penales.

Sería asimismo deseable aligerar el relato de elementos innecesarios. Por ejemplo, si en el encabezamiento se ha consignado la fecha de nacimiento del acusado, no hay por qué volver a referirse a su edad, salvo que este dato sea relevante en concreto, por ejemplo, a efectos atenuatorios. Si no concurren antecedentes penales, sobra cualquier mención al respecto. Y, de manera muy especial, tendría que evitarse la inserción de esa frase intolerable por gratuitamente sobreestigmatizadora: "Con antecedentes penales no computables", que suele arrastrarse mecánicamente de los escritos de acusación⁶⁹.

Partiendo de la previa información sobre las vicisitudes de la prueba, la Motivación sobre los hechos abre el espacio en el que se debe dejar constancia crítica razonada: de la eventual ilicitud de un medio de prueba y del porqué de tal consideración; del rendimiento atribuido a cada medio probatorio y de la razón de haberlo hecho así; del porqué de la inferencia de un cierto dato a partir de otro u otros y de la máxima de experiencia que permite dar ese salto. Y, tras la exposición sintética, la justificación de la necesaria síntesis. El sentido de este apartado se encuentra recogido con bastante claridad en el Art. 192,1º del vigente Código procesal penal italiano: "El juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados".

Los Fundamentos de derecho propiamente dichos, por lo general, no suelen suscitar graves dificultades. Constituyen la parte de la sentencia para cuya elaboración la cultura jurídica recibida brinda al juez más y mejores recursos. Con todo, sí cabe apuntar que sería bueno despejar las resoluciones de innecesaria erudición de disco duro, de lujosas citas jurisprudenciales que, muchas veces, nada aportan, y reservar el correspondiente esfuerzo para cuando verdaderamente lo exija el guión porque se haya planteado un auténtico problema de interpretación o de subsunción, desplazando en los demás supuestos ese esfuerzo a la elaboración de los "antecedentes de hecho" donde, por lo general, será más productivo.

⁶⁹ Otra muletilla habitual, al menos en la Fiscalía de Madrid, y que asimismo se filtra en los relatos de hechos probados es la increíble afirmación de que el acusado llevaba la droga "en disposición de donación y venta" (sic). También la literatura del ministerio público, con la mayor frecuencia lamentable exponente del peor lenguaje burocrático, está necesitada de una profunda consideración crítica.

LA ARGUMENTACION PROBATORIA Y SU EXPRESION EN LA SENTENCIA

Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado)

INTRODUCCIÓN

Ejercer jurisdicción es decir imparcialmente el derecho en una situación controvertida o de conflicto. Por tanto, con referencia a un estado de cosas que se presenta al juez como problemático para que decida sobre él.

Así entendido, el concepto de jurisdicción resulta aplicable al tratamiento judicial de cualquier litigio, en el que, por lo regular, unos sujetos tendrán pretensiones relativas a algún objeto o bien jurídico, en general, recíprocamente excluyentes, y cada uno de ellos reclamará para la propia la declaración de ser conforme a derecho con el reconocimiento de determinados efectos que le convienen.

En este sentido la experiencia jurisdiccional puede tomarse como un fenómeno unitario, que opera como instrumento legal de averiguación o determinación de hechos controvertidos, connotados por el dato de ser jurídicamente relevantes, para resolver sobre ellos conforme a derecho. Afirmación ésta que vierte ya directamente sobre el fenómeno probatorio, que es el que aquí concretamente interesa.

Jurisdicción implica proceso como secuencia de actividades normalizadas y, entre éstas, en todos los casos, las que tienen por fin acreditar que un cierto hecho ha tenido o no existencia real.

Esa inexcusable referencia a estados de cosas con existencia histórica, presentes en las afirmaciones de las partes implicadas y, también, en las del juez que ponen fin al proceso, conecta intensamente a éste con una categoría conceptual de suma relevancia en la materia que nos ocupa: la de verdad. Tanto que, no sólo para el procesalista, sino, antes aún, en el sentido común del común de los ciudadanos, la misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos, por procedimientos y conforme a criterios que se considera generalmente válidos a ese efecto.

El concepto de verdad procesal ha producido abundante literatura y algunos tópicos, entre ellos el que se cifra en la distinción de dos calidades de la misma, “formal” y “material”, en función del tipo de proceso (en particular, penal y civil) y en atención a la naturaleza pública o privada de los intereses en juego. Pero lo cierto es que

administrar justicia sólo puede ser gestionar con criterios racionales problemas del mundo real y difícilmente podría sostenerse (y menos aceptarse) hoy una forma de ejercerla que discurriera por sistema de espaldas al dato empírico.

De este modo, no cabe duda que la calidad de verdad que puede producir, en general, el proceso, tiene en todo caso una dimensión inevitablemente formal, en la medida en que su búsqueda está sujeta a limitaciones procedimentales de diverso tipo y debe darse por concluida en algún momento legalmente prefijado. Pero esto no implica que se haya optado por designar, convencionalmente y a cualquier precio, como verdad a lo que salga como tal de un proceso y por esto sólo. Se opera, como presupuesto, con la evidencia empírica de que –incluso con las limitaciones aludidas, dadas en garantía de determinados valores o derechos– el proceso tal como hoy idealmente se le concibe, a través de la actividad probatoria, permite acceder a un grado aceptable de certeza práctica sobre los hechos que sirven de base a la decisión judicial.

Una de las limitaciones que concurren a caracterizar el tipo de verdad fáctica que se persigue en el proceso, viene dada por la circunstancia de que éste sólo debe versar sobre hechos que sean relevantes para el derecho. Lo que implica el establecimiento de un previo criterio de selección, que afecta tanto al tipo de cuestiones susceptibles de ser tratadas procesalmente como a la clase de datos de posible aportación relativos a éstas.

Pero, dentro de estos límites y de las limitaciones probatorias antes aludidas, el sistema se orienta básicamente a hacer coincidir la realidad procesal con la realidad empírica. A esta finalidad responde de manera sustancial la vigencia del principio de contradicción, que, en contra de lo que parece convencionalmente sugerirse, implica bastante más que un cuadro de reglas de juego, puesto que, en realidad, instaura un método, el más acreditado, de averiguación de la verdad. A él se refiere expresivamente la sentencia popular: “de la discusión sale la luz”. Que tiene un equivalente en la afirmación del procesal-penalista Pagano: “la verdad es como la luz que salta por la percusión de dos cuerpos”.

Esta dimensión de método es determinante, en el sentido de que el desconocimiento de sus exigencias, sea por obra del legislador o de la actitud del juez, reduce o excluye en la misma medida la aptitud del proceso como medio para alcanzar una verdad en materia de hechos digna de ese nombre.

LOS HECHOS EN EL PROCESO

Bertrand Russell, al comienzo de una de sus obras que versa sobre cuestiones de verdad y significado, señalaba que la primera dificultad que presentan algunos problemas es que, a quienes tienen que afrontarlos, les falta la conciencia de que existan realmente como tales. Pues bien, algo parecido podría decirse al abordar una cuestión de apariencia pacífica como la que ahora va a ocuparnos, la *quaestio facti* en el proceso. Generalmente, no ha sido percibida como problemática, o, al menos, como problemática de sus verdaderos problemas, ante los que la cultura jurídica convencional ha permanecido francamente indiferente. Podría haber complejidades probatorias en un proceso concreto, pero se ha dado por sentado que el juez dispone de instrumentos conceptuales idóneos y del bagaje cultural preciso para operar con eficacia en ese campo, lo que no es del todo cierto.

Se trata de una actitud que no es reproachable a los jueces a título de indiferencia o desinterés. El asunto tiene raíces más profundas, que dan al tema bastante mayor alcance, y es que la aproximación ingenua o desproblematizadora al mundo de los hechos en la experiencia jurídica es consecuencia directa de la (de)formación de los jueces y de los juristas en la cultura del positivismo jurídico. Esta, como bien se sabe, prescinde, en general, del tratamiento de la *quaestio facti* en el ámbito teórico de la aplicación del derecho y sintetiza el papel del juez al respecto en el viejo brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*; que tiene, a su vez, una proyección específica en el ámbito del derecho probatorio, en la consideración de ciertos medios de prueba como directos, esto es, dotados de una aptitud especial para poner fácilmente al juzgador en contacto inmediato, es decir, sin mediaciones, con los hechos concebidos como entidades dotadas de existencia objetiva en el plano de la realidad extraprocesal.

Pero los hechos no ingresan en el proceso como entidades naturales, como porciones de pura realidad en bruto. La aptitud de los datos empíricos para integrar la cuestión fáctica, el *thema probandum* de un eventual proceso se debe a la razón (artificial) de que interesan, es decir, son relevantes, para el derecho; que, por eso, los ha preseleccionado en abstracto como integrantes del supuesto de hecho de alguna norma, asociando a ellos consecuencias jurídicas para el caso de que llegaran a producirse en concreto. Es lo que, a su vez, determina que pueda nacer en alguien el interés por afirmar y probar su existencia o su inexistencia. De esta manera y por esta vía es como los hechos pueden llegar a adquirir estatuto procesal, es decir, al ser contenido de ciertos enunciados, como materia semántica y, siempre, porque se les tiene por jurídicamente relevantes.

Cuando los hechos adquieren relevancia procesal ya no existen como tales, pertenecen al pasado. Pero si hubieran tenido existencia real, si hubieran llegado a producirse realmente, quedará de ellos alguna representación, rastros, huellas, en personas o cosas. Por eso, no son constatables y únicamente pueden inferirse probatoriamente a partir de lo que de ellos pudiera permanecer.

En consecuencia no es de hechos en sentido ontológico, sino de enunciados sobre hechos de lo que se trata en el proceso. Y, así, los valores de verdad o falsedad sólo pueden predicarse de las correspondientes aserciones. Los hechos como tales no son verdaderos ni falsos, habrán o no tenido existencia real y en función de ello, las relativas afirmaciones guardarán o no una relación de correspondencia con la realidad. En el proceso, el que pretende lo hace a partir de una afirmación de contenido fáctico que presenta como cierta y susceptible de acreditarse como tal, y a la que atribuye aptitud para ser subsumida en una previsión legal, de donde se derivará el efecto jurídico que persigue.

A la aludida complejidad del material fáctico como objeto de conocimiento, se une la circunstancia de que, en su vertiente procesal, lo que habitualmente se designa “los hechos”, dista de ser asimismo una cuestión simple.

Ya Bentham advirtió que, aunque, en teoría, se puede concebir un hecho de absoluta simplicidad, en la práctica, lo que se denota como “un hecho” es siempre “una agregación de hechos, un complejo de hechos”. Por eso, el propio Bentham distinguía el hecho principal, cuya existencia o inexistencia se trataría de probar, del hecho probatorio, que es el empleado para acreditar la existencia o inexistencia de aquél. Esta distinción tiene hoy carta de naturaleza y, además, se ha hecho algo más compleja.

Así, Ubertis distingue, en el plano más general, entre hechos “jurídico-sustanciales”, que son aptos para recibir una calificación jurídica y hechos “jurídico-procesales”, que para existir como tales requieren la previa instauración de un proceso y que tienen respecto de los primeros un carácter funcional o instrumental, dentro de la economía del procedimiento probatorio.

El hecho “jurídico-sustancial” por antonomasia es el hecho principal, que en el caso del proceso penal es el que resulta ser objeto de imputación, el que acota, pues, el área de la actividad probatoria y es en sí mismo jurídicamente relevante. Su correspondiente procesal-civil sería el hecho o hechos “constitutivos” (“impeditivos” o “extintivos”).

Taruffo dice que el hecho principal integra el conjunto de circunstancias que forman la premisa fáctica de la norma aplicable y son el presupuesto necesario para que se produzcan los efectos jurídicos previstos en aquélla.

Según lo ya anticipado, es claro que el hecho principal es singular sólo por una convención lingüística, pues dentro de él cabe identificar diversos segmentos individualizables mediante el análisis. No sólo: hacerlo es el insustituible modo de operar con rigor en la materia. De ahí que el propio Ubertis, se muestre partidario de hacer uso de la categoría de hechos primarios, para referirse a los distintos tramos o fragmentos individualizables del hecho principal. Y esto no por algún prurito de sofisticación clasificatoria, sino para dotar del máximo de precisión al discurso probatorio.

Lugar preferente entre los hechos jurídicos procesales, ya aludidos, ocupan los hechos probatorios, que son los datos o las informaciones aptas para probar cuando se los emplea como premisa menor de un razonamiento inferencial a la que se aplica una máxima de experiencia. A esta categoría clasificatoria pertenecen los hechos notorios y los elementos de prueba.

OPERAR CON “HECHOS”

Los datos fácticos acceden al juicio y antes al proceso mismo, como afirmaciones complejas, estructuradas en forma de hipótesis o propuestas de explicación, a las que se acompaña con la indicación de determinadas fuentes de información aptas para aportar datos idóneos para la confirmación de aquéllas.

Son afirmaciones, que, *prima facie*, deben aparecer dotadas de verosimilitud y susceptibles de integrar el supuesto de hecho de una norma, dado que el objetivo buscado es práctico: provocar un efecto jurídico vinculante. Y gozan ya de cierto grado de elaboración pues quien las formula habrá procurado dotarlas de funcionalidad al fin perseguido. En el caso del proceso penal, la hipótesis acusatoria habrá estado precedida de una actividad de investigación (incluso, ya antes, aunque ésta sea informal, la querrela del particular). En el caso del proceso civil, el demandante, antes de dar forma a su pretensión, se habrá cuidado de anticipar, siquiera mentalmente, el efecto posible de los elementos de juicio que está en condiciones de suministrar.

Por otra parte, tanto en el escrito de acusación como en la demanda civil hay un diseño estratégico subyacente, que sugiere un plan de desarrollo de la actividad probatoria y una propuesta de lectura del previsible resultado de la misma dirigida al juzgador. Este diseño

estratégico, aun siendo implícito, deberá gozar de cierta visibilidad que le haga perceptible e incluso sugestivo a los ojos del juez. En efecto, piénsese que ya antes de que se desarrolle el procedimiento probatorio en el correspondiente momento procesal, las proposiciones de prueba de las partes tendrán que haber superado el filtro que representa el pronunciamiento acerca de su admisión.

En este punto corresponde al tribunal emitir una decisión selectiva sobre los distintos medios de prueba propuestos, que se resuelve en un juicio de relevancia. A efectos de admisión es relevante toda prueba que conectada a la afirmación de hechos que hace la parte que la propone, en el supuesto de asumirse ésta como verdadera, el resultado de esa prueba podría aportar elementos de juicio válidos para su confirmación. Es, pues, un juicio acerca de la presumible eficacia o rendimiento de un concreto medio probatorio en el contexto predeterminado por la formulación de un *thema probandum*.

Este último llega al juicio como hipótesis, como versión que se postula acerca de lo sucedido en el asunto que se debate, para que como tal sea examinada de forma contradictoria. La hipótesis sugiere una relación de coherencia entre los distintos elementos integrantes de la cuestión de hecho, que es lo que la hace plausible. Y se ofrece como comprobable a partir de los datos susceptibles de obtenerse de las fuentes de prueba que se señalan. La hipótesis es, pues, una propuesta de explicación, que debe aparecer verosímil, es decir, dotada de apariencia de verdad en lo que afirma. Pero ella misma no prueba, precisa ser probada.

En el área del enjuiciamiento, por tanto, se trabaja con hipótesis ofrecidas por las partes, de ahí que suelen presentarse normalmente en términos alternativos, esto es, excluyentes. Con ellas se opera conforme a la metodología hipotético-deductiva, que en este caso consiste en deducir los efectos reales que tendrían que haberse producido si la hipótesis fuese verdadera, para, seguidamente, comprobar mediante las pruebas si aquéllos han tenido existencia histórica cierta en el plano empírico.

Una buena hipótesis, ya en el momento inicial de su planteamiento, debe aparecer capaz de abrazar todos los hechos relevantes en su complejidad, organizarlos adecuadamente, sugerir una explicación a simple vista convincente sobre la forma de su producción. Después, resultará, además, efectivamente explicativa cuando sea compatible e integre armónicamente el conjunto de los elementos aportados por la actividad probatoria. Este efecto eventual no se produce de forma automática ni necesaria: la explicación mediante la hipótesis más convincente, una vez confirmada, no genera certeza deductiva sino

conocimiento probable. Por eso, debe, primero, ser examinada críticamente en su aptitud para explicar, y, luego, de resultar acogida, ha de justificarse el porqué de esta opción.

Precisamente porque el método judicial de adquisición de conocimiento está inevitablemente abierto a la posibilidad de error, es por lo que resulta tan importante operar con método y teniendo clara conciencia de los pasos que se dan en la formulación de las inferencias y de hasta dónde lleva realmente cada uno de ellos.

A este respecto es preciso tener en cuenta que, en contra de lo que sugiere una convención muy arraigada en la cultura judicial de la prueba, que, como se ha anticipado, no existen pruebas directas en el sentido -atribuido a ese término en algún momento por Carnelutti- de aptas para poner al juez en contacto inmediato con el *thema probandum*. Ese criterio clasificatorio ha sólido reservarse para las pruebas testifical y documental, cual si estuvieran dotadas de una especial capacidad representativa de hechos. Pero lo cierto es que ni el testigo ni el documento permiten al juez percibir directamente el hecho que se trataría de probar. Suele decirse que el único juez que podría juzgar con prueba directa sería el que hubiese presenciado la realización del hecho justiciable. Pero ni aun así, puesto que ese juez-testigo (y, por tanto, prevenido y no imparcial) tendría que deponer en esa segunda condición ante el tribunal competente para el enjuiciamiento.

El juez, a través de la declaración testifical -como en el caso de cualquier otro medio de prueba- no constata, sino que puede inferir que en un momento anterior tuvo lugar el acaecimiento de un cierto hecho. Y ello pasando de lo único directamente percibido, la declaración escuchada (con todos los problemas implícitos en la interpretación de cualquier discurso), a lo que constituye su referente, mediante una apreciación crítica ciertamente compleja, puesto que deberá comprender todos los datos que podrían hacer o no atendible las manifestaciones del testigo: autenticidad, capacidad para la observación, calidad de memoria... Un ejercicio, el de la crítica del testimonio, nada fácil, puesto que, por ejemplo, la riqueza en contenido de datos, que a simple vista podría parecer un valor, quizá sea debida a una peligrosa reelaboración, no necesariamente intencional y consciente.

Es, precisamente, la variedad y la complejidad de los factores implícitos en la prueba a que se alude y la insuficiente conciencia que se tiene de ello, en virtud del tópico aludido, lo que hace de la testifical una prueba cargada de riesgo, sobre todo cuando es única, y no se diga si de un único testigo.

El modo de proceder en el ámbito de la valoración de la prueba

debe ser inicialmente analítico: el resultado de cada medio probatorio habrá de ser considerado en ese momento en su individualidad, como si fuera el único. Esta clase de examen requiere, primero, la identificación de la correspondiente fuente de prueba (la persona, el documento, el objeto de la pericia) y su localización original en el escenario de los hechos o el tipo de relación mantenida con éstos. Habrá de valorarse también la aptitud del medio probatorio propuesto para obtener información útil de la fuente de que se trate, habida cuenta de sus circunstancias, del estado de conservación, en función del transcurso del tiempo y de otros datos. Producido el examen deberá concretarse el rendimiento en elementos de prueba susceptibles de valoración.

En el curso de esta actividad valorativa el juez hace uso de máximas de experiencia: el universal que permite pasar de un enunciado particular de hecho a una conclusión (otro enunciado) de la misma clase. Se trata de generalizaciones de saber empírico de muy diverso valor, que en ningún caso producen certeza deductiva. Ello hace que la actitud crítica del juez deba extenderse también a la calidad de las propias máximas de experiencia de que se sirve. Puesto que es obvio que, por ejemplo, no merecen el mismo grado de fiabilidad la que sugiere que las persona unidas por vínculos afectivos a alguna de las partes tienden a la parcialidad del testimonio, que la que dice que si el suelo está mojado es porque ha llovido.

En la materia probatoria no existe un catálogo cerrado de reglas que pauten el *modus operandi* judicial. Sí hay algunos criterios dignos de consideración, que los autores, entre ellos, particularmente, Taruffo, concretan en los siguientes: No deberá acudirse al uso de métodos que en la consideración común sean tenidos por irracionales. Es preciso operar con conciencia de que la prueba como resultado no lo es nunca de una simple constatación, sino de un complejo de inferencias, de algunas operaciones mentales que atribuyen un protagonismo inevitable al juzgador. Este ha de tener claro, en el curso de aquéllas, cuando y, sobre todo, por qué da el salto de un dato antecedente a una conclusión. Es decir, con qué base de apoyo y en función de qué regla y el grado de seguridad que ésta ofrece por su calidad. Debe saber que cuando se opera mediante una cadena de inferencias a mayor número de éstas menor garantía en el resultado de la inducción probatoria. Que las pruebas son tanto más eficaces cuando más ricas en contenido empírico. Que por lo general explica mejor la hipótesis más simple... Que, en fin, aquélla que resulte acogida, habrá de integrar armónicamente todos los datos relevantes derivados de la actividad probatoria.

La valoración o apreciación conjunta, como he dicho, sólo puede producirse en un segundo momento. Esto no quiere decir que en

el curso del análisis deba/pueda prescindirse de la perspectiva global del cuadro probatorio. De forma natural el resultado de cada medio de prueba irá produciendo su efecto en la conciencia del juez, le aportará un grado de información, generando un estado de conocimiento abierto a la integración de nuevos datos procedentes de los restantes medios de prueba. Pero es inexcusable que en algún momento cada uno de éstos haya sido analizado como si fuera el único disponible, para evaluarlo de forma individualizada. Sólo una vez examinado de este modo el resultado de la totalidad de la prueba propuesta, deberá el juzgador proceder de forma reflexiva a la evaluación global del mismo.

En la concepción de la actividad probatoria que aquí se postula, la valoración conjunta tiene reservado un papel muy diferente al tradicionalmente desempeñado en la práctica jurisdiccional y que guarda relación, como luego se advertirá, con la emergencia del deber de motivar. La valoración conjunta de la prueba en su versión histórica era en realidad una cláusula de estilo, una fórmula ritual tras de la que se ocultaba un uso incondicionado del arbitrio valorativo. A veces, la simple vía de escape para eludir las dificultades de tratamiento de un cuadro probatorio complejo y decidir cómoda y, con toda probabilidad, intuitivamente.

POR QUÉ HA DE JUSTIFICARSE LA DECISIÓN

Constata Aarnio que “la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones... maximizar el control público de la decisión”.

Y es que, como ya he dicho, si de la recepción por el juez de diversas afirmaciones en materia de hechos se siguiera necesariamente una determinada conclusión también fáctica susceptible como tal de ser conocidas por terceros, la expresión de la *ratio decidendi*, la justificación de la decisión carecería de sentido. Pero ocurre que en la materia se abre un amplio margen de apreciación al criterio del operador judicial, quien, por ello, tiene la responsabilidad de la opción y de la racionalidad o irracionalidad de ésta.

Los juristas y los jueces, cierto que desde hace no mucho tiempo, acostumbramos a hablar de motivación de las sentencias en términos que ya sugieren con claridad la exigencia de un discurso justificativo. Lo que no se tiene tan claro, en cambio, es que, como ha subrayado Ferrajoli, motivar una sentencia en materia de hechos es justificar una inducción, lo que, sépalo o no el juez, le lleva a un terreno escombrado de dificultades en el que han vertido no pocos esfuerzos

autores como Hanson, Hempel y el propio Russell, entre muchos otros. De esta manera, cuando las leyes procesales dejan esa tarea en manos del juzgador imponiéndole el uso del criterio racional, la sana crítica o la valoración en conciencia, como instrumento de trabajo, más que resolver el problema lo plantean en toda su extensión. Pues, como sucede con la inducción en general, también en la inducción probatoria del juez, la conclusión va más allá de las premisas y el conocimiento que proporciona no puede considerarse cierto sólo porque éstas lo sean, precisamente, porque la afirmación en que aquélla se expresa implica un salto de lo que se conoce a lo que se trata de conocer por ese procedimiento, un ir más allá en contenido informativo de los antecedentes de que se había dispuesto.

El conocimiento obtenido mediante la inducción probatoria es conocimiento probable, que no pierde ese estatuto epistemológico por más que se exprese formalmente en una sentencia firme. Por ello, la garantía de su atendibilidad tiene que ver con el rigor en la obtención de los datos a través de los distintos cursos inferenciales. En nuestro caso, con la selección y el tratamiento de las fuentes de prueba, con la calidad de las máximas de experiencia aplicadas para la producción de los distintos elementos de prueba y en la puesta en relación de estos entre sí.

¿EN QUÉ CONSISTE LA JUSTIFICACIÓN?

Es un lugar común en la literatura jurisprudencial afirmar que la motivación consiste en que el juez exteriorice el proceso lógico, incluso psicológico por el que ha llegado a la adopción de la decisión. Por ejemplo, una sentencia de la Sala Segunda, de 29 de 2000, dice que el fin de la motivación en materia de hechos es dar a conocer “el proceso de convicción del órgano jurisdiccional...” Este modo de concebir la motivación es francamente erróneo. Primero, porque en él se produce una confusión de dos planos, el de la decisión y el de su justificación, que el juez debe conscientemente diferenciar, por más que, es obvio, se interrelacionan en el desarrollo práctico de su tarea. Y, en segundo término, porque en cada uno de esos dos planos se opera con criterios metodológicos de distinta naturaleza, pues el proceso decisonal es de carácter heurístico, de búsqueda o descubrimiento de las premisas y de los parámetros o criterios de decisión, lo que, por otra parte, hace que quien lo protagoniza no pueda tener de él una percepción del grado de objetividad –diríase externa- que sería preciso para verterla al exterior con fidelidad notarial. Escribe Saramago, en uno de sus últimos libros: “En rigor no tomamos decisiones, son las decisiones las que nos toman a nosotros”. Naturalmente, es un modo metafórico de expresarse, pero no cabe duda que la cita apunta con verdadera fortuna descriptiva un aspecto –y un riesgo- del *modus operandi* en la materia

que no debe dejarse de lado.

En el modelo, hoy constitucional, se trata de que el deber de motivar preactúe –y buena parte de su eficacia radica en que efectivamente lo haga– sobre el curso de la actividad propiamente decisoria, circunscribiéndolo dentro de un marco de racionalidad. Pero es claro que, en la elaboración de la sentencia, el momento de la justificación sigue y se abre, lógicamente, una vez que la decisión ha sido adoptada. Por eso, lo que puede y debe hacer el juez no es describir o casi mejor transcribir el propio proceso decisonal, sino justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada.

Es preciso acreditar que la decisión no es arbitraria sino que se funda en razones objetivables, esto es, susceptibles de verbalización, y dignas de ser tenidas por intersubjetivamente válidas. Wroblewski, por su parte, ha distinguido dos planos dentro del área de la justificación: uno interno, del que debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. Y otro externo, que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas. Esta, es cierto, se produce en un marco de libre valoración, pero bien entendido que, en este caso, libertad sólo quiere decir proscripción de la prueba tasada. El juez, en la apreciación de la prueba, es libre frente al legislador, por decisión de éste, pero no lo es para operar al margen de lo sucedido en el juicio ni de espaldas a los criterios habituales del operar racional.

Así, motivar la decisión sobre los hechos quiere decir elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio. Y, como se ha anticipado, el correspondiente deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el ámbito previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo. El juez que asuma con profesionalidad y honestidad intelectual el deber de motivar se esforzará por eliminar de su discurso valorativo aquellos elementos cuya asunción no fuera susceptible de justificación racional, para moverse únicamente en el ámbito de lo racionalmente justificable (Iacoviello).

Cuando el juez decide tener unos hechos como probados, es que los considera realmente producidos. Se decanta por una de las hipótesis concurrentes, excluyendo la o las restantes y debe dejar constancia del porqué.

DINÁMICA DE LA JUSTIFICACIÓN

Tomemos, como punto de partida, un supuesto recurrente en la práctica de la justicia penal: el atraco a un banco. El juicio se abre porque concurre una hipótesis acusatoria, es decir, una propuesta de explicación plausible de lo realmente ocurrido, que llega al tribunal acompañada de la proposición de unas pruebas, *prima facie* consideradas relevantes, esto es atinentes al asunto y aptas en principio para confirmar las afirmaciones de la acusación.

El atraco fue ejecutado por varios individuos, que portaban armas. Dos llegaron en un vehículo, otro estaba a la espera y permaneció en el exterior de la entidad bancaria, junto con un cuarto que, habiendo accedido ya antes a la misma, franqueó la puerta a los primeros a la vez que salía.

El hecho así descrito sintéticamente, incluyendo la identidad y la distribución de los distintos papeles entre los implicados, constituye el *thema probandum*, la imputación, esto es el hecho con relevancia típica o hecho principal que es susceptible de descomponerse en una serie de hechos (los primarios del mismo *Ubertis*), que corresponderían a los distintos elementos del tipo. Como es obvio, por su complejidad y por la necesidad inevitable, debido a eso, de proceder por pasos, una hipótesis acusatoria en general no se prueba en su totalidad y de una vez. Con ella suele operarse de forma fragmentaria, segmentándola en sub hipótesis, sobre las que, de la misma forma regional vierten normalmente los datos procedentes de las distintas fuentes de prueba, que hacen referencia a esa segunda categoría de hechos.

La actividad probatoria puede aportar elementos de juicio aptos para integrar directamente la imputación o hecho principal, es decir, hechos primarios y, finalmente, los hechos probados. Pero también datos probatorios, que en sí mismos no son susceptibles de recibir ninguna calificación jurídica y que únicamente sirven para hacer prueba sobre los primeros (principal y primarios). Estos hechos acceden al proceso, ya por razón de notoriedad, o como elementos de prueba.

Por otro lado, es bien patente que en el proceso, comparece otra clase de hechos, mejor sería decir actos procesales, que son los integrantes de la secuencia probatoria, en particular, los medios de prueba, mediante los que se opera sobre las distintas fuentes de prueba.

Como he señalado antes, el esfuerzo clasificatorio evidenciado en el empleo de esas categorías no responde a una simple veleidad teórica, sino que, fruto de una reflexión analítica sobre la práctica de los tribunales, puede retornar a ésta para hacerla más rigurosa. En

efecto, ese acervo conceptual constituye el instrumental de que se valen quienes intervienen en el proceso, incluso cuando no son conscientes de ello. Y no cabe duda de que un uso reflexivo del mismo ayudará eficazmente tanto en la formulación de la hipótesis acusatoria o de la demanda como en su discusión y en la propuesta de alternativas a una u otra y, en particular, en el examen del resultado de la actividad probatoria y su valoración.

En este último campo, el procedimiento no es de verificación, en contra de lo que a veces se dice, porque las hipótesis judiciales no son susceptibles de experimentación: pueden únicamente ser confirmadas o refutadas mediante el resultado de la actividad probatoria. La verdad procesal no se demuestra, se prueba.

Pues bien, lo que el juez ha de acreditar de forma explícita mediante el proceso de justificación o motivación es el uso correcto de esos instrumentos. Esto es, que ha operado de forma racional –por tanto en cada caso y en cada paso con un porqué verbalizable– para tomar la decisión de acoger o rechazar alguna de las hipótesis o intentos de explicación que le fueron presentadas.

Debe, por tanto, comenzar por recoger en la sentencia las hipótesis en contraste, y expresar con claridad como reacciona cada una de ella a tenor de lo que resulta del cuadro probatorio. Bien entendido que éste, como producto sintético de lo ocurrido en el juicio, supone una previa valoración analítica de la calidad de cada fuente de prueba y de la(s) máxima(s) de experiencia empleadas en su examen, y del rendimiento de cada uno de los medios de prueba. De todo ello se debe dar cuenta en la resolución.

El modo de proceder suele descomponerse en los siguientes pasos: (1) formulada una hipótesis (por ejemplo: Fulano ha robado dinero, en un atraco en el que resultó lesionado); (2) se deducen de ella las consecuencias que, de ser cierta, se derivarían de la misma (Fulano tendría que presentar los estigmas propios de un traumatismo, guardado o hecho uso del dinero...); y (3) se comprueba si el resultado de la actividad probatoria permite tener por existentes en la realidad los signos de esa hipótesis (Fulano fue asistido por un médico, presenta una cicatriz, cambió ostensiblemente de estándar de vida...).

Una hipótesis puede estimarse verdadera cuando se muestra compatible con los datos probatorios, porque los integra y explica en su totalidad, armónicamente; y no resulta desmentida por ninguno de ellos. Esto no quiere decir que una buena hipótesis no pueda dejar algún “cabo suelto”, algún dato sin explicar. Pero éste, para tenerla por válida, nunca podría ser fundamental en la economía de la misma.

Según Copi, las exigencias que debe satisfacer una hipótesis para que pueda ser tomada en consideración son las siguientes: relevancia (el hecho que se trata de explicar debe ser deducible de ella); susceptibilidad de control (ha de resultar posible formular observaciones que permitan confirmarla o invalidarla); compatibilidad con las hipótesis previamente establecidas (una hipótesis compleja no admite contradicción entre sus distintos segmentos, debe ser autoconsistente); aptitud para explicar (debe optarse por la que más y mejor explica); y simplicidad (tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, es preferible la teoría más simple que se adapta a todos los hechos disponibles).

Como resulta patente y sabemos muy bien los juristas, en la tarea jurisdiccional relativa a los hechos concurre un extraordinario margen de maniobra. Por ello, el que la ejerce, debe ser muy consciente del porqué de los pasos que da en el curso de su realización. En este sentido, motivar es autoimponerse límites.

El que, a grandes rasgos, acaba de exponerse es el método propio para obtener conocimiento fáctico de calidad en cualquier campo del saber empírico y es, por tanto, el que ha de seguirse en la actividad jurisdiccional, para que ésta conduzca a una convicción racional y racionalmente justificable. Así, pues, el juez debe hacer uso de esa clase de instrumentos, todavía no suficientemente introducidos en su acervo cultural. Porque, insisto, es la única vía de aproximación racional a la *quaestio facti* y el único modo de ejercer un control de ese carácter en el proceso de formación de criterio sobre la misma.

El uso de ese método es lo que permite, además, una justificación suficiente e intersubjetivamente válida de la decisión. En efecto, una convicción obtenida en virtud de una corazonada, de un movimiento del ánimo o por empatía, es necesariamente injustificable. Lo que no ocurrirá con aquélla a la que se llegue de la forma que se propugna.

Este modo de operar complica, no cabe duda, el trabajo del juez. Pero sólo relativamente, porque también le ayuda de manera eficaz en él. Por otra parte, hay que señalar, con esas pautas de actuación no se importa en el campo de la jurisdicción una complejidad que le sea ajena: simplemente resulta explicitada la que le es propia, que permanecía oculta bajo una concepción psicologista y falseadora de la verdadera naturaleza de la función de juzgar. Por lo demás, la dificultad del método es sólo aparente y tiene mucho que ver con el factor de novedad.

No todos los casos de valoración y justificación de la decisión exigen el mismo esfuerzo. Pero en todos ellos habrá de hacerse el necesario para que el lector de la sentencia pueda tener claro: cuál o

cuáles han sido las hipótesis de partida relativas al hecho principal y sus elementos integrantes (hechos primarios); cuáles las fuentes de prueba utilizadas y por qué medios se ha producido su examen; y cuáles los elementos de prueba obtenidos en cada caso y su aportación al resultado que se expresa en la decisión sobre los hechos. Y también de qué máximas de experiencia se ha hecho uso y por qué, puesto que es sabido que no todas son de la misma calidad.

Es necesario que los presupuestos procesales –esto es, probatorios- de la valoración de la prueba tengan expresión en la sentencia, y el lugar adecuado para hacerlo es el que la Ley Orgánica del Poder Judicial llama sin demasiada fortuna “antecedentes de hecho” (art. 248,3º). En efecto, una sentencia en la que no exista constancia –mediante una síntesis suficientemente explicativa, elaborada con honestidad intelectual- de lo sucedido en el ámbito de la prueba no podrá ser bien entendida y, menos, discutida por quien la lea. Y es obvio que la sentencia ha de resultar un documento autosuficiente a esos efectos. (Aunque parezca mentira, no faltan ocasiones en las que un juez se remite “en aras de la brevedad, al acta del juicio”).

De otro lado, una vez relacionado el material probatorio, y puesto que el actuar del juez con él es inevitablemente selectivo, deberá dejar constancia expresa y asimismo suficiente del porqué de las distintas opciones que realiza. Así, constatado que el testigo A ha dicho X, deberá poder saberse la razón de dar o negar credibilidad a su testimonio. Porque tiene que haber alguna razón.

Estas últimas consideraciones remiten a un tipo de objeción, recurrente en el discurso de quienes se muestran reticentes frente a un planteamiento exigente del deber de motivar y asimismo presente en cierta jurisprudencia. Me refiero al valor que implícita y también explícitamente se otorga al factor intuición, cuyo uso no es susceptible de ser verbalizado (el “sexto sentido” judicial y policial, de que se ha hecho eco alguna sentencia). Pues bien, de aceptarse como legítimo su uso en la valoración de la prueba, habría que responder a la pregunta de si cabe reconocer validez a sentencias condenatorias sin más justificación que el acto de fe o la simple relación empática del juez con un testigo.

El ejemplo que mejor ilustra esta clase de supuestos es el de la sentencia condenatoria fundada en un único testimonio de cargo valorado intuitivamente. La verdad es que el caso-límite suele ser de construcción libresca y de escasa recurrencia estadística. Pero el aludido es un tipo de caso que no deja de darse. A mi juicio, una situación probatoria de ese género tendría que desembocar en la absolución por insuficiencia de prueba, dada la imposibilidad de justificar debidamente

la decisión. Esta conclusión es la que reclama la lógica de un sistema inspirado en el principio de presunción de inocencia y que ha dado rango constitucional al deber de motivar las sentencias. Pero también aboga por ella una poderosa razón de carácter práctico: la de evitar salidas cómodas en la valoración de un cuadro probatorio, que raramente será de tanta simplicidad, pues lo más frecuente es que concurran algunos elementos de contraste aptos para confrontar las manifestaciones de los implicados.

En este punto, dando por supuesta la radical importancia de la inmediación, es preciso señalar asimismo el riesgo de cierto modo de entenderla. La importancia es obvia, puesto que la formación de juicio exige contacto directo con las fuentes y medios de prueba, y obtención personal de las conclusiones en la materia. El riesgo radica en que, en contra de lo que sugiere un arraigado tópico jurisprudencial, la inmediación no es el método, sino un recurso instrumental, cierto que de capital significación. Es condición necesaria pero no suficiente de una correcta apreciación de la prueba y no puede absolutizarse en su valor sin convertirla en una suerte de coartada que permita al juez huir del cumplimiento del deber de justificar en todo caso y de forma suficiente sus decisiones. Sin inmediación no podría hablarse de verdadero enjuiciamiento, pero ésta no asegura una correcta valoración de la prueba, de la que (dando por supuesta aquélla) sólo la justificación racional de la decisión puede ser garantía eficaz.

Aunque lo normal –y hasta obvio, en principio– es que la actividad probatoria desemboque en una declaración de hechos probados, podría darse el supuesto de imposibilidad objetiva de tener algunos como tales. Esto sucede, por ejemplo en el proceso penal, en las ocasiones en que concurre una radical ilicitud de la prueba ofrecida en apoyo de la hipótesis acusatoria, de manera que, a falta de prueba valorable, el resultado sólo puede ser de vacío de hechos. La jurisprudencia exigía, incluso en estos supuestos, en una interpretación literalista de los arts. 142 y 851,1º de la Ley de E. Criminal, la concreción de unos hechos como probados, con el resultado de forzar a los tribunales a suponer como tales algún conjunto de circunstancias ni siquiera dotadas de calidad fáctica en sentido estricto (por ejemplo, un determinado modo irregular de proceder policial o judicial). Pues bien, de operarse como aquí se propone, se evitarían esas mistificaciones, porque la sentencia, aun sin hechos probados (porque, en efecto, los de la acusación no pudieron serlo por radical ausencia de prueba valorable) daría cuenta del porqué de esa forma de presentación, permitiendo un abordaje crítico de la misma y su eventual revocación, puesto que los criterios de la decisión resultarían transparentes. Para que así sea, deberían recogerse en la resolución con detalle suficiente y como “antecedentes procesales” todas las incidencias relevantes del

atípico curso probatorio y, luego, valorarse en derecho en el área de la motivación.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El seminario en que se inscribe esta intervención versa sobre el lenguaje forense, del que –podría parecer– a lo largo de estas páginas no se ha dicho una palabra. Por ello se impone una reflexión final al respecto.

El sintagma “lenguaje forense” tomado no en abstracto sino referido a una situación concreta denota el modo como se expresan –y, antes aún, como razonan– en general, los juristas de ese preciso momento. Pues bien, en tal dimensión, es decir, como forma de manifestarse los juristas, como medio de interlocución de éstos entre sí y con su entorno acerca de los problemas y asuntos de que se ocupan, aquél traduce un estado de cultura, una manera de entender el propio oficio.

Nuestro lenguaje forense de hoy nos sirve, por tanto, para decir, pero, a la vez dice mucho de nosotros mismos. Y, en particular, el lenguaje de las sentencias, traduce o expresa una forma de concebir la jurisdicción. Por otra parte, muy especialmente, en el ejercicio de ésta, la manera de argumentar sobre la prueba, de discurrir sobre los hechos, de entender y, sobre todo, practicar la motivación, es bastante más que una cuestión técnica, remite a un asunto de fondo que es el modelo de juez que, en realidad, se quiere o no se quiere.

En una sentencia de la Sala Segunda, dictada muy a finales de los 70, se decía que el tribunal “debe abstenerse de recoger... la resultancia aislada de las pruebas practicadas... el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones; dicho de otro modo... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...”.

Más cerca de nosotros, ya entrados los 90, en otra sentencia de la misma Sala se lee que la convicción “depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación...”.

Y un autor como Ruiz Vadillo, hace apenas unos años, dejó escrito que no es “obligado ni necesario” que el tribunal explique el “porqué de la relevancia dada a cada medio, en concreto por qué se creyó a dos testigos y se dejó de creer a tres o por qué se dio más credibilidad a un informe pericial que a otro... Lo importante –concluía–

es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados y de ellos obtener la correspondiente conclusión”.

Hoy, probablemente, no es demasiado fácil ver por escrito este tipo de manifestaciones. En cambio es de lo más frecuente encontrar formas claras de una aceptación tácita de lo que implican. Por ejemplo, en los miles de “vistos” que los fiscales ponen a resoluciones rigurosamente inmotivadas, siempre que les den la razón en el fondo. También, en las muchas ocasiones en que los letrados, cuando la sentencia en forma de ukase favorece su posición de parte, impugnan un recurso defendiendo la incoercible soberanía del juzgador. A pesar del sentido –preconstitucional, predemocrático– del poder como suprema potestas superiorem non recognoscens, que se expresa en ese concepto, cuando es patente que el poder del juez, como el de cualquier autoridad del Estado de derecho es inconcebible al margen de la idea de límite.

Se trata, pues, como he anticipado de una cuestión central, la del modelo de juez. En los textos que he transcrito, de una forma patente, y en las actitudes a que acabo de aludir, de forma algo más discreta, luce claramente un (anti)modelo de juez y de jurisdicción, autoritario y decisionista, que nadie defendería hoy de manera expresa. Se trata de un (anti)modelo que tiene, naturalmente, su propio lenguaje, el que ahora nos preocupa. Un lenguaje dotado de una clara funcionalidad: es el más adecuado para mandar sin dar explicaciones, creando, eso sí, una atmósfera de cierto ritualismo y sugiriendo una racionalidad de fondo, sólo aparente puesto que oculta apenas la consagración del arbitrio en aspectos centrales de la decisión.

Ese patrón, que podría decirse –más o menos– superado en el discurso teórico, no lo está en modo alguno. Un síntoma claro es que lo que aquí se ha planteado, el objeto de este encuentro, es el lenguaje forense como problema. Algo de lo más pertinente, pues, en efecto, lo es. En una primera aproximación, porque genera dificultades de comprensión y en el plano de la comunicación, pero esto no es, con todo, lo más importante. El núcleo de la cuestión radica en que el lenguaje constituye un síntoma relevante del modo de ser actual de la función jurisdiccional (tomada en el conjunto de sus operadores), que no se adecua lo bastante al paradigma felizmente acogido en la Constitución de 1978.

No diré que desde esa fecha no se hayan dado pasos significativos, pero son insuficientes. Sobre todo porque en la materia no se ha operado con la radicalidad exigible, quizá porque falta conciencia de la necesidad de afrontar la cuestión como lo que realmente es: un crucial problema de fondo, de raíz, de matriz cultural.

En el caso de la jurisdicción, el habitual hermetismo en el discurso, es trasunto de una modalidad de poder, soberano en el viejo sentido, que se manifiesta en forma de diktat, como mandato desnudo y que se justifica de manera formal por el sólo hecho de provenir de una determinada instancia. En ese contexto basta con que resulte claro el sentido del fallo al sólo efecto de provocar una determinada actitud en el destinatario. La calidad de los antecedentes y el curso de formación de la misma resultan objetivamente indiferentes.

La preocupación por lo que supone ese modo de operar judicial es antigua y se concreta en una gama de variadas opciones operativas, desde el “juicio de Dios”, a la prueba tasada, al principio de presunción de inocencia como regla de juicio conectado con el de contradicción y la exigencia de motivación. Ambos, considerados en la plenitud de sus implicaciones, expresan el máximo de conciencia sobre los problemas de la jurisdicción como forma de ejercicio del poder, una materia que afortunadamente preocupa cada vez más y en la que hay un largo camino por recorrer y que debería recorrerse.

El lenguaje forense es un punto en ese camino, pero sería un grave error hacerle objeto de una consideración aislada, porque es un síntoma, extraordinariamente elocuente, pero un síntoma. Tanto que si en una experiencia de laboratorio fuera posible producir, de una vez, un juez en todo conforme al ideal representado por el modelo de referencia, le veríamos expresarse de una forma diferente a la que hoy es todavía corriente entre nosotros. Con esto no quiero decir que no merezca la pena incidir en este momento, de manera puntual, en el plano de la expresión lingüística. Debe hacerse, porque siempre será útil. Pero, para que ese esfuerzo resulte realmente eficaz, de la clase de eficacia que se necesita, es preciso que se integre en un ambicioso diseño estratégico de cambio cultural. Esta es, en realidad, la verdadera apuesta.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AARNIO, A., Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ANDRES IBÁÑEZ, P., Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, Doxa, nº 12 (1992).

- ‘Carpintería’ de la sentencia penal [en materia de ‘hechos’], Revista del Poder Judicial, nº 49/1998.

- Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción, en Revista del Poder Judicial, nº 57/2000.

BENTHAM, J., Tratado de las pruebas judiciales, trad. de M. Ossorio Florit, EJEa, Buenos aires, 1959.

CARNELUTTI, F., La prueba civil, trad. de N. Alcalá Zamora, Depalma, Buenos Aires, 1982.

COPI, I., Introducción a la lógica, trad. de N. Míguez, EUDEBA, Buenos Aires, 10ª ed. 1971.

FERRAJOLI, L., Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón. R. Cantarero, A. R. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2000.

GASCON ABELLAN, M., Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons, 1999.

IACOVIELLO, F.M., I criteri di valutazione della prova, en M. Bessone y R. Guastini (eds.), La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico, Cedam, Padova, 1995.

PAGANO, f. m., Logica de' probabili applicata a' giudici criminali, Agnello Nobile, Milano, 1806.

RUIZ VADILLO, E., Hacia una nueva casación penal, Boletín del Ministerio de Justicia, nº 1585.

TARUFFO, M., La prova dei fatti giuridici, Giuffrè, Milano, 1992. (Hay traducción en español, de J. Ferrer, La prueba de los hechos, Trotta, Madrid, 2002).

UBERTIS, G., Fatto e valore nel sistema probatorio penale, Giuffrè, Milano, 1979.

WROBLEWSKY, J. Sentido y hecho en el derecho, trad. de J. Igartua Salaverria y F. J. Ezquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

SENTENCIA PENAL: FORMACION DE LOS HECHOS, ANALISIS DE UN CASO E INDICACIONES PRÁCTICAS DE REDACCIÓN

Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado)

"...el lenguaje de los hechos, el que mira en cada peripecia algo único, aunque derive su conocimiento de doctrinas generales"
Ángeles Mastreta (Mal de amores).

INTRODUCCIÓN

Lo que sigue es la exposición algunas cuestiones centrales de la sentencia penal, en particular las que tienen más directamente que ver con elaboración de los hechos probados, desarrollada a partir del examen de un caso, realmente enjuiciado en los tribunales de Madrid.

Lo he elegido porque, sin presentar una complejidad excesiva, tiene la necesaria para hacer patente el juego de diversas hipótesis en contraste sobre unos hechos y la correspondiente forma de tratamiento de los datos probatorios en función de cada una de ellas.

El análisis de ese supuesto va seguido de una reflexión sobre ciertas implicaciones teóricas del instrumental empleado. Y, por fin, se incluyen algunas sugerencias prácticas en materia de redacción de sentencias penales.

EXPOSICION Y ANALISIS DE UN SUPUESTO

‘Thema probandum’

El caso que se examina parte de unas lesiones, sufridas por dos de los tres implicados en él, que son las que seguidamente se describen.

- Lesiones constatadas en Ticio: zona inflamatoria en región lumbosacra, escoriaciones y equimosis en región torácica anterior y posterior, equimosis en brazo izquierdo, zona edematosa con abultamiento en cuero cabelludo (parieto-occipital y temporo-occipital), refiriendo dolores generalizados y estado emotivo-emocional. El TAC acreditó un traumatismo craneal leve. Tres días después le sobrevino una pérdida de visión en el ojo izquierdo, de la que se recuperó.

- Lesiones constatadas en Cayo: fractura en diáfisis de cuarto metacarpiano y del cuello del quinto metacarpiano de la mano derecha.

Partes

- Ministerio Fiscal (MF):

- Acusa a Ticio de un delito de lesiones.
- Acusa a Cayo y Sempronio de una falta de lesiones.

- Cayo-Sempronio (Ejercen la acusación particular contra Ticio (AP1) y son, a la vez, acusados por éste como acusador particular (AP2) y por el MF):

- Acusan (como MF) a Ticio de un delito de lesiones.
- Son acusados por MF y AP2 (Ticio) de una falta de

lesiones.

- Ticio (Es acusado y, a su vez, ejerce la acusación particular AP2):

- Acusado por MF y por Cayo-Sempronio (AP1) de delito de lesiones.

- Acusa (AP2) a Cayo-Sempronio de falta de lesiones.

Antecedentes

Ticio había encargado la construcción de un chalet a un contratista, que aquí no interviene. Este, a su vez, subcontrató la realización de parte de la obra, en concreto una zanja, con Cayo y Sempronio. Aunque Ticio pagó al contratista todo lo convenido, éste, al parecer, en el momento de los hechos no había abonado a Cayo y Sempronio el importe de su trabajo.

Es por lo que Cayo y Sempronio se dirigieron a la casa de Ticio, con la pretensión de cobrar.

Acusación del Fiscal

Ticio, al ver entrar en su parcela a Cayo y Sempronio, se dirigió hacia ellos, agresivo, con el "ro" (instrumento para hacer masas en la construcción), lanzándoles con esa herramienta un golpe que alcanzó a Cayo en el 4º y 5º metacarpianos de la mano derecha. Cayo y Sempronio reaccionaron, a su vez, golpeando a Ticio y ocasionándole los traumatismos acreditados.

Acusación (AP1) y defensa de Cayo-Sempronio

Ticio se dirigió contra ellos enarbolando el "ro", con el que alcanzó a Cayo. Este, tras recibir el golpe en el puño derecho, con el izquierdo golpeó a Ticio en la cabeza, cuando estaba todavía frente a él, haciéndole caer al suelo, que era irregular y pedregoso, por lo que se hizo daño. Por su parte, Sempronio, al tratar de sustraerse a la acción

de Ticio, perdió el equilibrio, cayendo al suelo. No hizo nada.

Acusación (AP2) y defensa de Ticio

Cayo le dio dos puñetazos por detrás, en la región lateral-posterior de la cabeza, cuando ya se hallaba de espaldas, lo que le hizo caer al suelo. A continuación Cayo y Sempronio le dieron golpes y patadas en diversas partes del cuerpo.

Actividad probatoria

- Acusados

- Declaración de Ticio: Cuando vi llegar a Cayo-Sempronio me dirigí a ellos, dejando la herramienta. Les expliqué que no era yo quien debía pagarles, puesto que había abonado el importe total de la obra al contratista. Me di la vuelta para marchar y Cayo me golpeó por la espalda. Luego, ambos me golpearon más, me dieron patadas, cuando ya estaba en el suelo. Grité y esto hizo acudir a mi vecino (T2).

- Declaración de Cayo: Cuando supo que queríamos cobrar, Ticio, que llevaba el "ro" nos lanzó un golpe con él. Lo paré con la derecha, con el puño cerrado, recibiendo el impacto en los nudillos (ilustra el movimiento poniéndose en pie y lanzando el puño hacia arriba; es mucho más alto que Ticio). Entonces, reaccioné dándole dos puñetazos con la mano izquierda. Soy diestro, pero manejo también la izquierda. Ticio cayó al suelo -que es pedregoso- se levantó y salió corriendo. Sempronio no intervino.

- Declaración de Sempronio: Cuando Ticio lanzó el golpe, me hice hacia atrás para esquivarlo y caí al suelo, al tropezar con una piedra. (Ilustra la trayectoria del "ro" describiendo un semicírculo que arrancaría a la altura del hombro de Ticio y habría impactado sobre el puño de Cayo, de arriba hacia abajo). Ya no vi ni hice nada.

- Testigos

- Declaración de la hija de Ticio (T1): Llegaba de comprar tabaco para mi padre y vi que Cayo le dio unos puñetazos, cuando se había dado la vuelta y estaba de espaldas y que, ya en el suelo, aquél y Sempronio le pegaron patadas. Mi padre no pegó; tras la caída, se levantó y salió corriendo. No tenía ninguna herramienta.

- Declaración de un vecino (T2): Estaba en casa y oí a Ticio gritar pidiéndome que llamase a la Guardia Civil. Entonces, me asomé y pude ver a dos individuos que abandonaban la parcela y a Ticio que se incorporaba del suelo. Vi un azadón en la masa.

- Declaración de una vecina (T3): Sacaba unas bolsas de mi coche, en la calle. Llegaron dos señores que entraron en la parcela de Ticio. Oí a una niña gritar, miré y vi a mi vecino en el suelo y a los dos señores pegándole patadas. No vi ningún instrumento.

- Declaración de T4: Conozco a Cayo y a Sempronio porque realizo trabajos para ellos. Había ido a buscarlos con T5 y, al ver que estaban en la parcela con Ticio, paramos la furgoneta como a 15 ó 20 metros y esperamos dentro. No percibimos ninguna discusión. En un momento Ticio levantó una herramienta que llevaba en la mano y golpeó. Sempronio cayó al suelo. Cayo recibió un golpe y se defendió. No hubo patadas a Ticio. No vi ni oí a la niña. Sí a una señora. En ningún momento salimos del vehículo. Ni cuando vimos llegar a la Guardia Civil, porque la cosa no iba con nosotros.

- Declaración de T5: Dijo hallarse con con T4 en la furgoneta y se manifestó en los mismos términos.

- Peritos

- Médico 1: Vi la fractura en el 4º y 5º metacarpiano de la mano derecha de Cayo. Es en la parte central del hueso. Se produce bien por un golpe directo contra el hueso o por un golpe con el puño. Difícil por una caída y difícil también estando la mano abierta. Debería estar el puño cerrado y el golpe ser dado contra o con un objeto contundente y sin aristas. Es una fractura que se conoce como "de boxeador". Inmediatamente después de producida se puede seguir golpeando con esa mano, cuando se está en una situación de estrés. De hecho, las personas que se rompen una pierna siguen corriendo.

Es posible poner en relación los golpes en la cabeza de Ticio con el puño como instrumento lesivo. Son dos chichones que implican golpes de cierta intensidad. Ticio tenía un cuadro de policontusionado. Al estar situados los golpes en la parte torácica y en la posterior, es difícil admitir que pudieran deberse a una caída.

- Médico 2: La fractura en la mano de Cayo tuvo que ser debida a un golpe con un objeto romo y sin aristas. Las de ese tipo se producen tanto porque la mano golpea (puede ser que en una cabeza) o porque sea golpeada. Es una lesión descrita en los boxeadores. Las lesiones de la cabeza de Ticio son compatibles con las de la mano de Cayo. Las demás lesiones de Ticio difícil que fueran debidas a una caída, al tratarse de diversos traumatismos y en distintos planos. Podrían haber sido debidas a golpes.

Datos probatorios

Han sido fuentes de prueba los implicados, los testigos y los peritos. Elementos de prueba, los contenidos en las distintas afirmaciones de unos y otros.

Algunos de observación directa: Cayo es notablemente más alto y mucho más corpulento que Ticio. También Sempronio es más alto que Ticio y más corpulento.

VALORACION DE LA PRUEBA

Concurren diversas hipótesis (H)

H1. Sobre las lesiones de Cayo:

H1a) MF y Cayo-Sempronio: Ticio, con el "ro".

H1b) Ticio: Cayo, con un puñetazo por detrás.

H2. Sobre las lesiones de Ticio:

Sempronio. H2a) Ticio: golpes -no reactivos- de Cayo y

H2b) Fiscal: golpes -reactivos- de Cayo y Sempronio.
caída. H2c) Cayo-Sempronio: golpe defensivo de Cayo y

¿Qué y cómo explican?

- Hipótesis 1a): lesiones de Cayo (según MF y Cayo-Sempronio): Ticio con el "ro".

- En principio, podría tener confirmación en la naturaleza de la lesión en los metacarpianos puesto que es compatible con un golpe dado mediante un objeto contundente, romo y sin aristas, como el ástil del "ro".

- Encuentra apoyo en las versiones de Cayo, Sempronio, T4 y T5. No en las de Ticio, T1, T2, y T3.

- No sería conforme con una máxima de experiencia que indica que golpes como el que se atribuye a Ticio con el "ro" no suelen tratar de pararse instintivamente lanzando el puño cerrado al aire al encuentro del instrumento ofensivo. Lo normal, por razón de eficacia, sería tratar de neutralizar tal acción sujetando el brazo del agresor o el ástil del "ro" empleando ambas manos.

- Dada la ostensible diferencia de estatura que existe entre Ticio y Cayo es materialmente imposible que el ástil del "ro", manejado como éste dice, y su puño lanzado hacia arriba,

hubieran podido encontrarse a la altura en que sitúa la producción del golpe.

- Por otra parte, no parece atendible el testimonio de T4 y T5, por no ser creíble la explicación que dan de su permanencia en el interior del vehículo, incluso tras la llegada de la Guardia Civil. No es normal que, testigos de una situación comprometida para personas amigas, hubieran quedado al margen (en el interior de la furgoneta) sin ofrecer ayuda, siquiera después de las lesiones. Y tampoco se comprende que no hubieran facilitado de inmediato su versión a la Guardia Civil, que acudió en seguida al lugar.

- Hipótesis 1b): lesiones de Cayo (según Ticio): el propio Cayo, golpeando con el puño derecho.

- Explica de forma satisfactoria las lesiones de Cayo desde el punto de vista médico.

- Halla confirmación en el aserto del propio Cayo de ser diestro.

- También en lo afirmado por Ticio sobre la forma en que fue golpeado. Y en lo mantenido por T1, T2 y T3.

- La dinámica sugerida se beneficia (al contrario de lo que ocurre con H1a) del *id quod plerumque accidit*.

- La decisión de Cayo y Sempronio de exigir directamente el pago de trabajos a quien no se los había encargado, después de que, obviamente, se hubieran dado intentos frustrados de cobrar del auténtico deudor, denota una actitud airada, con cierto componente de agresividad.

- Hipótesis 2a): lesiones de Ticio (según Ticio): golpes -no reactivos- de Cayo y Sempronio.

- Los traumatismos de Ticio pueden responder perfectamente a los medios utilizados, según esta versión, para producirlos: golpes de puño y patadas.

- La disposición de la lesión en la cabeza sugiere, por su contundencia, el empleo de la mano derecha, tratándose de un diestro, como es el caso. Tiene además apoyo en la declaración de Ticio y en la de T1.

- La distribución de los golpes en el resto del cuerpo, en diversos planos, se compagina muy mal con una sola caída al suelo como causa; encuentra una explicación mucho más satisfactoria y plausible en la declaración de Ticio, y en las declaraciones de T1 y T3.

- Hipótesis 2b): lesiones de Ticio (según MF): golpes -reactivos- de Cayo y Sempronio.

- Podría ser explicativa, en una consideración

aislada, de las lesiones de Ticio.

- Plantea problemas de compatibilidad con la hipótesis del propio MF que atribuye la lesión de Cayo en el puño a la iniciativa de Ticio; explicación ésta escasamente plausible, como se ha visto.

- Hipótesis 2c): lesiones de Ticio (según Cayo-Sempronio): golpe defensivo de Cayo con el puño izquierdo, y caída de Ticio.

- Podría explicar, pero no de la mejor forma posible las lesiones de Ticio en la cabeza.

- No explica satisfactoriamente las sufridas en el resto del cuerpo, que no se justificarían con una caída.

- Tiene apoyo en lo dicho por Cayo y Sempronio, cuyas versiones presentan problemas de coherencia.

- Tiene apoyo también en lo depuesto por T4 y T5, testigos que explican de forma poco creíble su actitud espectadores pasivos.

Máximas de experiencia

- De experiencia clínica: cómo se fracturan los metacarpianos; lesión del boxeador; haber sufrido un traumatismo en una mano no sería obstáculo para, de inmediato, volver a golpear con ella.

- De experiencia corriente:

- De qué manera suele actuarse con las manos en la inminencia de un golpe lanzado con un instrumento como el descrito, para tratar de pararlo en el aire.

- Cómo juega la diferencia de altura entre dos personas que se enfrentan de la forma que consta.

- Cómo opera la desigualdad en el número y la asimetría en corpulencia antes y en las situaciones de confrontación.

- Cómo suele golpear instintivamente una persona diestra.

- Qué actitud sugiere el hecho de que personas frustradas en sus legítimas pretensiones de cobro por quien ha contratado su trabajo, decidan acudir directamente a quien no es el verdadero deudor contractual para obtener el pago.

- Cuál suele ser la actitud de las personas en presencia de amigos en una situación problemática y cuando, producida ésta con consecuencias perjudiciales para aquéllos, interviene la policía.

- Qué grado de credibilidad merece quien mantiene un discurso explicativo internamente coherente; y quien incurre en algún grado de incoherencia.

Valoración del cuadro probatorio en su conjunto y sentido del fallo

Como ha podido verse, H1a) podría explicar en términos de remota posibilidad abstracta la lesión de Cayo en la mano. Pero una de las partes que la sostiene, Cayo-Sempronio, para hacerla verosímil en su versión de conjunto, tiene que complementarla con otra acerca de las lesiones en las regiones lumbosacra y torácica de Ticio, H2c), francamente inaceptable, puesto que aquéllas no se explicarían médicamente por una caída como la que ellos describen.

Ha2b) y H2c) parten de la supuesta iniciativa agresiva de Ticio. Esta no es verosímil en los términos que Cayo-Sempronio la presentan, pues todo indica que fueron ellos quienes acudieron -parece que por primera vez- en actitud reivindicativa frente quien -Ticio- nada sugiere que pudiera tener algo contra ellos. Por tanto, es más que cuestionable ese antecedente, necesario para convertir en defensiva o reactiva la acción de Cayo y Sempronio. A esto se une lo ya expuesto sobre las dificultades de aceptación de H1a). Y no puede perderse de vista que H1a), H2b) y H2c) son hipótesis complementarias, que deben caer de no resultar aceptada la primera, lo único que les daría cierta plausibilidad.

H1b) y H2a) son en realidad subhipótesis complementarias, que constituyen en su articulación la hipótesis global acusatoria de Ticio. La segunda aporta la única explicación médicamente aceptable sobre el modo de producción de las lesiones de éste en las regiones lumbosacra y torácica y tiene apoyo en las coherentes manifestaciones del propio lesionado y en la testifical más solvente. Por su parte, H1b) tiene también el mayor apoyo a tenor de la experiencia clínica. Es, además, la que mejor cuadra con la circunstancia de que Cayo fuera diestro, cuenta con el apoyo testifical de más calidad y es, también, la más compatible con el contexto y el sentido de la intervención de Cayo-Sempronio. Ha resultado ser, con mucho, la hipótesis más fecunda, puesto que acoge armónicamente todos y cada uno de los datos probatorios sin forzamientos y aporta una explicación de conjunto para lo sucedido que no deja "ningún cabo suelto".

Las precedentes consideraciones son las que llevaron a dictar una sentencia libremente absolutoria para Ticio del delito de que había sido acusado y condenatoria por falta de lesiones para Cayo y Sempronio.

SOBRE LA VALORACION DE LA PRUEBA Y SU EXPRESIÓN EN LA SENTENCIA

Momentos de la actividad jurisdiccional y libre convicción

En la actividad jurisdiccional cabe constatar la existencia de tres momentos perfectamente diferenciables:

- El de adquisición de la prueba. Hace referencia al modo como se introducen en el proceso las fuentes y los medios de prueba. Se trata de un conjunto de prácticas procesales que está disciplinado con cierto pormenor en las leyes de enjuiciamiento y tiene, además, un marco más amplio de referencias normativas de superior rango en la regulación constitucional de la tutela judicial efectiva.

- El de la decisión sobre el hecho principal, sobre el "thema probandum". Se identifica con el final del enjuiciamiento, y en él debe jugar una regla de oro, de rango constitucional: el principio de presunción de inocencia. Si a la vista del resultado de la actividad probatoria subsiste una duda no resuelta, acerca de la producción del hecho como tal o de su autoría, se impone la absolución, que será incondicionada, libre. Esto es, cuando la hipótesis de la acusación no resulta confirmada por la prueba, habrá de prevalecer sin reservas, frente a la pretensión de que se declare la culpabilidad, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado. Previa, que no interina como con poco rigor -y dudosa estética- suele observarse, sugiriendo, con ese tópico del lenguaje burocrático, algo así como que la presunción de inocencia del imputado se encuentra aquejada de una provisionalidad necesaria.

- Entre ambos momentos indicados, media un espacio, que es el central de la experiencia jurisdiccional: el de la valoración de la prueba. En él ha de ponderarse el rendimiento obtenido de cada fuente de prueba, merced a cada uno de los medios probatorios utilizados. Esta es una operación de atribución de valor convictivo a ciertos datos. Como tal operación no está reglada jurídicamente, porque no son de carácter jurídico los parámetros y criterios que deben operar en ella.

En la materia rige el principio de libre convicción. Y como su nombre indica, la formación de ésta representa el momento en que el juez es más autónomo y, por ende, podría ser más arbitrario. Curiosamente es también el momento que menos interés ha suscitado, hasta hace bien poco, en medios judiciales y procesales. Como ya lo había puesto de relieve Frank¹, al referirse a una "discrecionalidad [del

¹ J. Frank, Derecho e incertidumbre, trad. de C. M. Bidegain, revisada por G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pág. 70.

juez] en cuanto a los hechos o 'soberanía' virtualmente incontrolada e incontrolable que ha sido pasada por alto por los juristas...".

La dificultad objetiva de la *quaestio facti* tiene que ver con la circunstancia de que las fuentes de información no gozan, generalmente, de objetividad, por el contrario, con la mayor frecuencia actúan como tales los propios implicados/interesados en lo sucedido. Incluso cuando se trata de personas ajenas, terceros, tampoco son infrecuentes los defectos de percepción, la reelaboración inconsciente distorsionadora de los contenidos de memoria². En todo caso, juegan siempre los problemas de la transmisión de impresiones por medio del lenguaje común, inevitablemente impreciso.

Concorre, además, un factor adicional de dificultad, debido a que los jueces han carecido en general, de conciencia clara y cultura de estos problemas. No es que el juez haya vivido en la ignorancia del relieve de sus decisiones, que, es obvio, habrán sido siempre para él motivo de razonable preocupación. Ocurre que esa preocupación se ha suscitado exclusiva o preferentemente en el plano de la responsabilidad moral, del ser o no ser justo. La cuestión rara vez ha sido abordada en su consistente dimensión epistemológica, perspectiva ésta rigurosamente ausente -aún hoy- de la formación del jurista y del juez. Basta para comprobarlo, pasar la vista por los índices de las manuales al uso y por los programas de selección y formación de los distintos operadores.

En materia de libre convicción, ha pesado y sigue pesando notablemente la versión no racional³, intuitiva, de la *intime conviction* en conexión con el criterio de la verdad material como supuesto objeto de descubrimiento, que no podría dejar de revelarse a un juez, en la intermediación y con la actitud (moral) adecuada. Otra es la propia del mejor procesalismo liberal - presente con gran plasticidad en autores como Carrara⁴ en el que la libre convicción se encuentra asociada necesariamente al uso de criterios de razón, a la atención al desarrollo y resultado concreto de la actividad probatoria realizada con respeto a las formalidades legales, y al principio de presunción de inocencia

² Cfr. al respecto, L. Cataldo Neuburger, "Il testimone come elaboratore di informazioni", en G. Gulotta (ed.) *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processopenale*, Giuffrè, Milano, 1990, págs. 115 ss. En la bibliografía española es de interés M. Díges, *Los falsos recuerdos*, Paidós, Barcelona, 1997.

³ En una sentencia de un Juzgado de instrucción, dictada en el mes de diciembre de 1999, se lee: "En orden a la valoración de la prueba, hemos de indicar que para el Juzgador tuvo mayor eficacia convictiva la declaración de las denunciadas que las de los denunciados. Los testimonios prestados ofrecieron el siguiente resultado: el testimonio de "Fulano" nos pareció más creíble que el prestado por la novia de "Mengano" y su tío (el de éste)". En otra, de otro Juzgado, de junio del mismo año, se razona así: "Apreciando en conciencia y con plena intermediación las pruebas practicadas en el acto del juicio considero acreditada la veracidad de la denuncia...". Es todo.

⁴ Decía Carrara que "en el sistema de la convicción íntima, la prueba tiene que ser legítima en la forma y solamente racional en la sustancia", en *Programa de Derecho Criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, pág. 391. o MalatestaFramarino del Malatesta sitúa en la introducción de su obra fundamental sobre la prueba esta afirmación: "la lógica judicial... difícil e importante ciencia, sin cuya colaboración el derecho penal en manos de la sociedad sería como un latigo en manos de un loco" (*Lógica de las pruebas en materia criminal*, trad. de S. Carrejo y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 4ª ed., 1998, pág. 7)-

como regla de juicio.

El primer punto de vista ha prevalecido en términos absolutos en la cultura tradicional al uso entre los juristas. Es de obligada cita al respecto una conocida summa de procesal penal, muy usada en años todavía no lejanos, en la que podía leerse que "la sentencia ha de basarse en un estado de conciencia... en un juicio crítico interno, que se proyecta al exterior [en] afirmaciones (...) no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador..."⁵.

También es de inevitable referencia, una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1978: "el tribunal debe abstenerse de recoger... la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores... el tribunal no puede, ni debe, dar explicaciones del porqué...". En 1993, la misma Sala Segunda dictaba: "El principio de libre valoración de la prueba con arreglo a conciencia, como ha declarado la jurisprudencia, supone una apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase...". Y en 1997: "...el tribunal sentenciador no está obligado a hacer una concreta y expresa referencia a todas y cada una de las pruebas practicadas en la causa".

Afirmaciones de este tipo no son, seguramente, fáciles de hallar en este momento, pero el problema es que denotan un estado de cultura en la materia constituido a lo largo de un largo periodo de tiempo, que no se remueve fácilmente.

No reglas legales, pero reglas

De la evidencia de que la valoración de la prueba no es susceptible de regulación jurídica y que el criterio de la libre convicción es, precisamente, una alternativa histórica a la pretensión de tasar legalmente la prueba, se concluye que la materia no está sujeta a (ninguna clase de) normas. Y si no hay pautas a las que atenerse en la apreciación, es evidente que el juez oracular de este modelo no tendría nada que explicar ni que justificar.

Por fortuna, aunque no hace mucho tiempo, el asunto de la valoración y motivación de la prueba -a la vez que pasaba a ser objeto de un tratamiento normativo de rango constitucional, por la vía del deber de motivar y de la imposición de ciertas reglas del juego en el

⁵ J. Sáez Jiménez y E. López Fernández de Gamboa, Compendio de derecho procesal civil y penal, tomo IV, vol. II, Santillana, Madrid, 1968, pág. 1287.

ejercicio de la jurisdicción- ha dejado de ser, como tema, monopolio de jueces y juristas prácticos⁶. Con sobrado fundamento, puesto que lo único que puede producir el proceso judicial en materia de hechos es conocimiento inductivo y las reglas que rigen ese proceso cognoscitivo -tiene razón el jurista tradicional- no pertenecen al campo de lo jurídico en su habitual consideración, sino al teórico-filosófico de la epistemología.

En efecto, la llamada verdad procesal versa sobre situaciones de hecho, acerca de las que se discurre en términos de conocimiento por experiencia. Este, se traduce en pautas y reglas (generalizaciones de saber empírico) a las que se reconoce cierta fiabilidad, por su ya comprobado rendimiento práctico, a la hora de inferir de unas proposiciones particulares sobre hechos otras proposiciones particulares del mismo género.

En ese proceso, que constituye el núcleo del razonamiento probatorio, lo que permite saltar del dato expresado en un enunciado probatorio concreto, que se conoce y del que se parte, a otro u otros datos cuyo acaecimiento en la realidad se trataría de acreditar, es la mediación de un universal. Este elemento de conexión lo constituyen las leyes o máximas de experiencia, que tienen un valor desigual. En efecto, pueden ser tan seguras como las que rigen las pericias relativas a la determinación del ADN; no tanto, pero altamente fiables, como es el caso de las de la pericia lofoscópica; menos, quizá, pero muy atendibles en sus resultados, como las que fundan el test de alcoholemia mediante un etilómetro bien calibrado. Bastante fiables, como algunas de la experiencia clínica del tipo de la que se expresa en el tópico de la "fractura del boxeador", que se ha visto en el caso examinado; o relativamente inciertas: así, las cuantitativas, que cifran el valor convictivo en el número de papelinas de droga poseídas, como criterio de demarcación entre la dedicación al propio consumo o a la venta a terceros; las que atribuyen mayor o menor fiabilidad a ciertas declaraciones testificales en función de lazos de amistad o parentesco, etc.

En consecuencia, es obvio, que ese proceso cognoscitivo está abierto a la incidencia del error en todas las secuencias de su desarrollo: en la fijación de las premisas fácticas, en la elección de la regla de experiencia, en la consiguiente inferencia. Es cierto que, como se ha visto, cabe contar con el auxilio de leyes, como, por ejemplo, las de la física y otras generales de valor universal, de plena fiabilidad práctica. Pero debe tenerse en cuenta que ésto no siempre ocurre y, por lo regular,

⁶ La mejor prueba de esta afirmación está en obras como la, excelente, de Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999. Y antes en otras del también filósofo del derecho, Juan Igartua Salaverria, tales como *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; y, más recientemente, *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Trotta, Madrid, 1999, interesante y serio trabajo de campo sobre una experiencia jurisdiccional concreta.

además, cuando sucede, sólo prestan apoyo en los pasos intermedios, es decir, para la acreditación de datos probatorios, de aspectos parciales de la imputación, puesto que no existe ninguna ley de aquella calidad de la que pudiera derivarse la certeza de la afirmación final por la que se declara un hecho complejo como probado y al imputado como su autor. Por eso, el conocimiento judicial pertenece siempre a la clase del conocimiento probable, ya que la conclusión no se deriva con necesidad lógica de las premisas. Aunque se exprese en términos apodícticos y en una sentencia firme.

Los riesgos de ese tipo de conocimiento sólo pueden conjurarse tendencialmente adoptando determinadas precauciones de método frente al posible error. Son las implícitas en el modelo de proceso acusatorio o contradictorio. Estas, en tanto que consagradas e impuestas mediante textos legales, pueden ser moduladas por el legislador. Pero es claro que en su dimensión metodológica resultan inderogables si no es al precio de producir una drástica degradación de la calidad cognoscitiva de la actividad de enjuiciamiento.

Trabajar con hipótesis

Como ha tratado de hacerse ver, el juez o tribunal que juzga trabaja con y a partir de alguna hipótesis. La hipótesis es un intento de explicación de algo que ha sucedido (en este caso, un hecho de relevancia criminal), y juega ya en el primer momento de la investigación, en el mismo "lugar del crimen", donde, obviamente, si el cadáver presenta una herida incisa a la altura del corazón, el Juez de instrucción no se planteará siquiera la posibilidad de que la muerte haya sucedido por arrollamiento de un automóvil. Del mismo modo que descartará la explicación inicial del arma blanca tan pronto como el forense le informe de que fue hundida en el tórax de la víctima con posterioridad a su fallecimiento.

Es por esa vía de evaluación de la capacidad explicativa y eventuales descartes de algunas hipótesis, como, al fin, se llevará a un tribunal la que pudiera considerarse plausible y susceptible de prueba. Y éste habrá de realizar una valoración provisional de su consistencia antes de abrir el juicio. La hipótesis llega al juicio con el apoyo de una proposición de prueba; y puede hacerlo sola o en concurrencia con otra (u otras) alternativa(s). En el primer caso, tendrá enfrente la mera negación de su pretendida validez por parte de la defensa.

Por lo general, la imputación que debe probarse aparece formada por un conjunto de afirmaciones de hecho, a veces de notable complejidad. De este modo, la hipótesis acusatoria, la que tiene por objeto el hecho principal, es decir, la imputación, es susceptible de

descomponerse en un conjunto de sub-hipótesis, relativas a los diversos hechos secundarios, que serán objeto de prueba de forma individualizada.

Planteada la hipótesis, la simple contestación de ésta, y la(s) hipótesis alternativa(s) en su caso, se desarrolla la actividad probatoria: generalmente testigos, también documentos, pericias, etc., todos examinados en régimen de contradicción. El objeto de esta fase es comprobar si la hipótesis de la acusación, que aparecía dotada en principio de calidad explicativa, puede o no probarse.

En el tratamiento del resultado de los medios de prueba hay que operar, en principio, de forma individualizada, esto es, con cada uno de ellos separadamente, atendiendo a la calidad de la fuente y las particularidades -la corrección- del procedimiento de obtención del elemento o elementos de prueba: la credibilidad del testigo según el carácter de su relación con el objeto de prueba, con los sujetos implicados, los eventuales intereses en juego; la espontaneidad o la falta de espontaneidad de las respuestas, a tenor de la calidad de las preguntas; el contenido o la carencia de contenido empírico de las afirmaciones, etc. Después, los datos así obtenidos se pondrán en relación con los debidos a otras fuentes de prueba.

De este modo, se llega a disponer de una constelación de elementos de juicio que pueden o no servir para probar la hipótesis de la acusación. Si ésta fuera cierta, es decir, si la acción criminal se hubiera producido por quién y cómo en ella se sostiene, tendría que haber desencadenado ciertos efectos constatables en la realidad mediante la prueba. La finalidad de ésta es comprobar empíricamente si ha sido o no así. Si pueden rastrearse en la realidad los indicios o vestigios que harían atendible la explicación. (En el caso que ha sido objeto de análisis, de la hipótesis acusatoria de Ticio -esto es, que fue golpeado, primero por Cayo con el puño, hallándose ya de espaldas, en la región parieto y temporo-occipital y luego en diversas partes del cuerpo por éste y por Sempronio- serían deducibles ciertas consecuencias, cuya realidad debería comprobarse para evaluar la fecundidad explicativa de la misma. A saber, una determinada localización de los traumatismos de Ticio y algún estigma en la mano con que fue golpeado. Es lo que, en efecto, se pudo comprobar, y por eso el sentido de la condena.

Por ejemplo, si aparece muerto Cayo de forma no accidental ni natural, la hipótesis de que el autor ha sido Ticio podrá considerarse ciertamente probada si se hubiera acreditado, mediante pruebas obtenidas de testigos tenidos por imparciales:

- que Cayo tenía enemistad previa con Ticio;
- que Ticio era un individuo violento;

- que en fechas anteriores ambos habían protagonizado un incidente, en el curso del cual Cayo había sido amenazado por Ticio;
- que, además, en torno a la hora en que se data la muerte de Ticio, Cayo había sido visto cerca del lugar del crimen;
- que Cayo había fallecido a consecuencia de un golpe seco de determinadas características en una zona sensible y se supiera que Ticio es experto en artes marciales.

Decrecerá, en cambio, la eficacia convictiva del cuadro probatorio de no concurrir en él el último dato; y muy sensiblemente de faltar también el penúltimo.

Una hipótesis es tanto más explicativa cuanto mayor es el número de datos probatorios a los que es capaz de conferir sentido, integrándolos armónicamente. Y cada uno de éstos estará tanto y mejor acreditado cuando mayor sea la diversidad de elementos de prueba que le presten soporte.

Lo ideal es que la hipótesis acogida lo explique todo, pero no suele suceder, pues pueden quedar y, normalmente, quedan "cabos sueltos". Cuando estos versan sobre circunstancias periféricas y no generan vacíos de explicación sustanciales, el factor de incertidumbre que pudieran aportar será irrelevante; lo que no ocurrirá, en cambio, cuando el mismo afecte a algún elemento principal del *thema probandum*, con trascendencia en el orden de la tipicidad del hecho.

Duda metódica y método

La presunción de inocencia como regla de juicio reclama del juez el esfuerzo de situarse metódicamente en una actitud inicial de duda; dicho con una expresiva imagen de Muratori, le exige que "se quede perplejo... para conocer"⁷. Es decir, en una actitud crítica frente a las fuentes de prueba, las reglas a utilizar, la calidad de los datos. Pero también frente a su propia percepción. Esto, es claro, sólo será posible si parte de la conciencia del deber de motivar y de que tiene que moverse únicamente en el terreno de lo motivable.

Tal es la actitud intelectual con que debe accederse a la valoración de la prueba y a su motivación. Primero, procediendo analíticamente en los distintos pasos de la secuencia de la prueba; y, luego, en la comprobación retrospectiva de la deducibilidad de los resultados, de las premisas que se van a hacer figurar formalmente como sus antecedentes probatorios.

⁷ L. A. Muratori, *Defectos de la jurisprudencia*, trad. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, pág. 17.

Por eso, creo que hay un presupuesto de carácter cultural, de particular importancia, que es la claridad de conciencia del juez sobre la complejidad real de la actividad y de la importancia del método; sobre que su campo de operaciones es el del conocimiento probable, cuya adquisición, como se ha visto, no se rige por leyes de validez universal de las que esperar fáciles soluciones tranquilizadoras. Y, desde luego, no tiene absolutamente nada que ver con vacío de reglas o el reino de la intuición, del peligroso "sexto sentido".

El juez tiene que saber que no hay pruebas fáciles, ni directas, puesto que en contra de lo que suele afirmarse, ninguna le pone en esa clase de contacto con los hechos, que tampoco existen ni le pueden ser presentados como tales. Del mismo modo que ha de ser consciente de que la inmediatez no coloca en sus manos una bola de cristal que trabaje por él. La inmediatez, aunque condición sine qua non de la calidad del enjuiciamiento, no es de por sí garantía de acierto en el juicio, en contra de lo que a veces parece postularse en alguna jurisprudencia. Ningún proceso ha gozado de tanta inmediatez como el inquisitorial ni ha producido tantos y tan graves errores. Y es que la inmediatez no es en sí misma un método, sino una forma de relación con las fuentes de prueba y con el material probatorio. Por eso es compatible con actitudes metodológica y racionalmente inaceptables.

La garantía está en el respeto de las reglas -de obtención de conocimiento- implícitas en el principio de contradicción:

- Orgánicas: garantías institucionales de la imparcialidad del juez, con la necesaria traducción en una clara distribución de papeles en el escenario procesal.

- Procesales: presunción de inocencia, claridad de la acusación, efectiva posibilidad de contradecir y probar, respeto de las reglas del juego probatorio, inmediatez judicial y rigurosa observancia del deber de motivar, muy en particular la convicción probatoria.

El deber de motivación está claramente incorporado a nuestro ordenamiento, por la vía del art. 120,3 de la Constitución y del art. 248 de la LOPJ. Pero no es eso sólo, además, este precepto introduce en las sentencias un área temático que llama "antecedentes de hecho". Normalmente se le dota de un contenido de referencias burocráticas, relativas al trámite, algunas perfectamente inútiles. Pero es el marco en el que debería incluirse -como se dirá- el imprescindible inventario de las vicisitudes probatorias del juicio, para ilustrar al lector sobre la confrontación de las posiciones parciales en la materia. Es la única manera de que resulte inteligible la valoración de aquéllas; y el porqué de atribuir a determinados datos el carácter de probatorios, privando de él a otros. Es sabido que en la práctica no se hace así, con lo que la

justificación de la valoración de la prueba suele aparecer suspendida en un vacío de antecedentes, imposible de cubrir por quien no disponga de información precisa de lo acontecido en el juicio, y aún así.

En tema de cultura de la motivación hay un amplísimo trecho por recorrer. Mirando hacia adelante, es patente que se está en los primeros pasos. Pero, si se compara lo que de esta materia comienza a hacerse presente en el ambiente jurídico y jurisdiccional con lo que había hace sólo algunos años, cabría ese mínimo de optimismo de la voluntad que hace falta para tratar de empujar la realidad hacia adelante.

INDICACIONES PRÁCTICAS EN MATERIA DE REDACCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL [NOTAS COMPLEMENTARIAS]

En lo que sigue, siguiendo el esquema de sentencia que se propone, se aportan algunas indicaciones, esencialmente prácticas, que tienen también que ver con el habitual tratamiento práctico de las correspondientes cuestiones.

Órgano jurisdiccional

Sentencia

Nº de causa

Referencia a la misma en el órgano de procedencia

Órgano de procedencia

[Encabezamiento]

En alguna ocasión he visto que se rotulaba así expresamente esta parte de la sentencia. El término, que aquí se utiliza sólo con objeto de titular este apartado del trabajo, no debe aparecer, como en general no aparece, en las resoluciones.

En tal sitio, a tantos de tantos.

Fulano de tal, Juez de... ha visto en juicio oral y público la causa seguida por delito de...

Fulano de tal, lisa y llanamente, esto es, sin tratamiento, que es el título de cortesía o protocolo que se da a alguien (esto es, sólo a un tercero). Aquí, pues, de uso impropio, ya que el juzgador habla de sí mismo, por lo que deberá tutearse. También, obviamente, cuando se trate de juzgadores en plural, que harían muy bien evitando el latiguillo surrealista del "señores anotados al margen" y otros similares. En idéntica línea, tratándose del Tribunal Supremo, podría ser la hora de abandonar esa sofisticación mayestática del auto-tratamiento que es el

"ante Nos pende".

Se ha dirigido la acusación contra...; en prisión por esta causa. [No habría necesidad de indicar que en libertad cuando lo estuviera]. Le ha asistido el letrado Sr....

Ha sido acusación particular Fulano de tal; asistido por el letrado Sr....

Ha intervenido el Fiscal.

La inclusión aquí de estas menciones tan obvias de la sentencia responde a la finalidad de sugerir algo, no menos obvio, pero que es necesario decir, a la vista del tenor de la práctica burocrática dominante. Es que el encabezamiento de la resolución no tiene por qué ser un bloque compactado, que comience a hacer ya desde ese punto tediosa e incómoda la lectura. Puede descomponerse en varios párrafos y así resultar más fácilmente abordable.

En otro orden de cosas, me parece útil señalar que no habrá nada que decir sobre la antecedentes penales cuando no existen; y menos aún si existiendo no fueran computables. Que el acusado hubiera delinquido con anterioridad es un dato a incluir, cuando, constando, sea legalmente relevante, en los hechos probados. No porque merezca la consideración de elemento fáctico sensu stricto, sino porque los antecedentes constituyen un dato que tiene en común con aquéllos la condición de subsumible en un precepto penal.

Se sugiere extraer las referencias de registro de la causa y órgano de procedencia fuera del encabezamiento, para aligerarlo. Deben constar en la sentencia, pero puede hacerse del modo que aquí se expresa, que es más funcional por razón de visibilidad, ya que permite una captación inmediata.

Antecedentes Procesales

La LOPJ habla ahora (art. 248,3º) de "antecedentes de hecho". Me parece más correcto rotularlos como "procesales", puesto que tales antecedentes, como se hace ver en lo que sigue, no son exclusivamente -en la mayor parte de las sentencias al uso, no lo son en absoluto- fácticos.

Eventualmente, se dejará aquí constancia del planteamiento de las cuestiones previas, aunque no se razone en esta área sobre la decisión al respecto, cosa que se hará, dentro de la motivación, con carácter también previo.

El marco de los antecedentes procesales es asimismo el área en el que deberán recogerse, en su caso, las ilicitudes probatorias. Así, por ejemplo, es donde habría que describir una hipotética entrada y registro irregular que constituyera la única prueba de cargo. Todo con el suficiente detalle y referencia concreta a los folios correspondientes de la causa donde tal diligencia aparezca documentada. También se recogerán los datos que hubieran emergido al respecto en el juicio, poniéndolos en conexión con las respectivas fuentes, conforme a lo que se halle recogido en el acta.

En el supuesto normal, es decir, de prueba legítima y valorable, debería dejarse expresión del resultado de la misma en estos términos:

- El testigo A dijo (mejor si se expresa hablando él en primera persona y con sus propias palabras)

- El testigo b, etc.

(Cuando se haya hecho uso del Art. 714 se expresará la parte de la declaración prestada ante el instructor que contradice la del juicio).

-El perito A, B, etc.

-En el documento X (nº de folio) consta...

En definitiva, se trata reseñar las fuentes de prueba examinadas en el juicio y el rendimiento de cada una de ellas, que será, luego, objeto de valoración como prueba de cargo o de descargo. Todos los datos deben contar con un referente documental, es decir, tener previo reflejo en el acta o en documentos valorables.

Naturalmente, no hay que transcribir el acta, ni siquiera trasladar la mayor parte de su contenido. Únicamente en síntesis -y con honestidad intelectual- las afirmaciones relevantes de cargo y descargo; pensando en que lo que importa es hacer que la sentencia se autoexplique y que quien la lea, aun siendo ajeno a la causa pueda conocer todas las razones del fallo y formar juicio al respecto.

Este ejercicio, aparte el coeficiente de claridad y transparencia de la decisión que aporta, tiene una ventaja sobreañadida. En él, plásticamente, la obligación constitucional de motivar preactúa sobre la propia valoración de la prueba. En efecto, hay impresiones que el juez podría haberse formado en el juicio y que, llegado el momento de plasmarlas, no sea capaz de verbalizar. Pues bien, las impresiones que no son expresables, es decir, transmisibles e intersubjetivamente contrastables, no deben formar parte del contexto de la decisión, tendrán, pues, que ser conscientemente eliminadas. No se me oculta que ésta puede ser una afirmación polémica. Pero imagínese una causa en la que todo lo que el tribunal pudiera expresar como ratio decidendi de

una sentencia condenatoria es que el -para hacerlo aún más gráfico- único testigo le había parecido más sincero que el acusado. Pues bien, una sentencia con semejante fundamento sería prácticamente inimpugnable. La alternativa a ese género de motivación -que se resuelve en un acto de fe y exige otro del afectado y del lector- sólo puede ser, claro está, la absolución. Aunque, a veces, mejor, quizá, un análisis más cuidadoso del cuadro probatorio en su totalidad, en lugar de la cómoda "apreciación en conciencia", intuitiva o preconsciente, pues resulta difícil que las afirmaciones de los testigos y del imputado no sean susceptibles de contrastarse con algunos datos de otra procedencia. De todas formas, si hay algo claro es que un sistema regido por el principio de presunción de inocencia como regla de juicio no puede tolerar condenas que no aparezcan racional y explícitamente fundadas.

Finalmente, se recogerán las calificaciones de las partes. No suelen incluirse los hechos contenidos en éstas, aunque, en rigor, sería necesario hacerlo, puesto que delimitan el objeto de prueba y acotan el ámbito de los posibles hechos probados.

Hay supuestos en los que el escrito de acusación, a pesar de que con él se haya abierto el juicio, no incluye en realidad un auténtico relato de hechos penalmente relevantes, lo que imposibilitará la condena, por falta de verdadera acusación. Esto no es infrecuente en el caso de hechos complejos, en los que las partes acusadoras con cierta frecuencia se limitan a hacer referencias sintéticas carentes de real valor descriptivo. Pues bien, en tales ocasiones, es inexcusable recoger en su literalidad el relato de la acusación, para el ulterior análisis, por su relevancia para la decisión.

No es inusual que en las sentencias, tanto al tratar de los antecedentes procesales como de la motivación, cuando no contienen más que un apartado, éste se inicie con el término "único" o "primero y único" (!). Creo que algo de esto sucede con modelos incluidos en el propio programa "Libra", que incomprensiblemente reiteran precisiones de tan clara inutilidad. Herencia, paradójicamente informatizada, de la oficina judicial galdosiana.

Hechos Probados

La primera recomendación es evitar el uso abusivo del gerundio⁸. Aparte razones de estética, hay otra poderosa, y es que constituye una forma no personal del verbo, que, por tanto, no designa a su propio sujeto. Es frecuente, por ello, que a lo largo de un relato

⁸ Sobre el particular, cfr., J. Bayo Delgado, "La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial", en *Lenguaje judicial*, de varios autores, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 29-31.

construido en esa clave verbal, que induce además a expresarse en larguísimos párrafos, el sujeto acabe literalmente "perdiéndose" por el camino.

La segunda recomendación es que se haga uso de períodos cortos, siempre y sólo de contenido descriptivo.

La tercera recomendación es que se atribuya al autor de la conducta típica el carácter de protagonista. Así, por ejemplo, cuando se reprocha la venta de una cantidad de droga, aquélla se describirá de manera que el imputado aparezca también como sujeto de la oración en el orden sintáctico, puesto que lo ha sido de la acción en el plano empírico. Es decir: "Fulano entregó a Mengano a cambio de dinero..."; y no, como en infinidad de ocasiones suele escribirse: "Fulano fue sorprendido por la policía...". Porque la intervención policial es normalmente un antecedente extraprocesal, ajeno al hecho típico y, por lo mismo, irrelevante en el orden fáctico. Salvo cuando la misma incida en el iter crimis, supuesto en el que, obviamente, deberá reflejars su existencia, pero con el rango y en el lugar que le corresponda.

Una cuarta recomendación: los hechos -salvo el caso aludido de que no exista prueba susceptible de apreciación, por razón de ilicitud- deben redactarse en positivo, es decir, afirmando acerca de lo que se ha probado como efectivamente sucedido. Por tanto, no es correcto el socorrido modo de operar consistente en introducir el aserto central de la acusación para, a continuación, decir que no ha sido probado.

Es relativamente usual que el relato vaya precedido de fórmulas como "expresamente se declara". Constituyen una reiteración inútil, puesto que ya precede la declaración formal que da título a este apartado de la sentencia. También son inútiles, por innecesarias, algunas fórmulas rituales del tipo de "valorada la prueba en conciencia y con inmediación"⁹. Esto no necesita declararse, se trata de hacerlo realmente y que sea bien observable a través del discurso probatorio.

Los datos deben introducirse, no por acumulación ni de manera desordenada, sino siguiendo un criterio que vendrá impuesto por la propia dinámica de la acción que se describe. Hay algunos, por ejemplo, los relativos a las aseguradoras en los accidentes de automóviles, que pueden recogerse perfectamente al final del texto, descargando así el relato del curso de la acción de incisos que no tienen que ver directamente con el desarrollo de la misma.

⁹ Es muy frecuente que solemnes declaraciones de ese tenor vayan seguidas del más absoluto vacío de motivación. En una sentencia reciente, que condenaba por una falta, podía leerse: "Apreciando en conciencia y con plena inmediación las pruebas practicadas en el acto del juicio considero acreditada la veracidad de la denuncia y, en consecuencia, los hechos declarados probados son constitutivos de una falta de hurto tipificada en el artículo..."

Sobre todo en los accidentes múltiples resulta particularmente tedioso hallar, junto a cada conductor y el número de matrícula del automóvil, la mención de ser o no ser propietario o la identidad del que lo fuera, en otro caso, la marca del vehículo, que puede ser perfectamente irrelevante, la compañía de seguros. Y los datos de identidad de los acompañantes, que normalmente no habrán tenido que ver con el curso de la acción. Esta debe desnudarse de referencias inútiles en el plano de la descripción. Las que no formen parte de la dinámica comisiva y tengan por tanto un interés colateral o secundario, pueden muy bien ser objeto de párrafos separados, que se incluyan con posterioridad. Como la especificación de las lesiones y secuelas. Puede parecer excesivo que se diga aquí que unas y otras han de hacerse constar de manera detallada en los hechos probados. Pero son bastantes los casos en que este relevante extremo se despacha con un reenvío al informe del forense¹⁰. Incluso en supuestos en que éste ha sido cuestionado sobre la base de otros dictámenes médicos.

Tampoco la edad de los sujetos o su fecha de nacimiento tiene por qué formar parte del relato, salvo que sea relevante en concreto, a efectos, por ejemplo, de atenuación de la pena. En otro caso, ya existirá constancia en el encabezamiento. Así, carece de todo sentido la introducción mecánica de la expresión "mayor de edad" y, no se diga si -como es habitual- va seguida del tópico "sin antecedentes penales". Cuando estos existan, como se ha dicho, figurarán al final, en párrafo aparte.

El diccionario es sumamente rico en posibilidades. Por eso, es aconsejable jugar con los sinónimos, siempre que ello resulte posible sin pérdida de precisión conceptual. Así, por ejemplo, cabría hablar de turismo, coche, auto, automóvil, vehículo. Cualquier cosa menos incluir una reiteración de menciones al "referido vehículo".

Ha de evitarse hacer uso de cierto tipo de expresiones que, procedentes de diversas jergas, terminan confluyendo en la judicial. Por ejemplo, una cuenta corriente no se "apertura", sino que simplemente se abre. La droga no se lleva nunca "en disposición de donación y venta". Los objetos no suelen ser designados como "efectos" en el lenguaje usual ni en el literario.

Es importantísimo que los hechos probados se escriban siempre de primera mano. La observación tiene plena razón de ser, debido a

¹⁰ Claro que en materia de reenvíos pueden citarse casos como el siguiente (que sirve, de paso, para dar cuenta de la pertinencia de algunas observaciones precedentes): HECHOS PROBADO.SÚnico.- Fulano interpuso denuncia el [fecha] contra Mengano alegando que le había agredido el mismo propinándole golpes en la cara y resto del cuerpo; llegado el día del juicio comparecieron las partes efectuando las alegaciones que estimaron oportunas y que constan en el acta del juicio levantada y que aquí se dan por reproducidas, en aras de la brevedad.

que existe una odiosa práctica judicial que consiste en reproducir literalmente, por sistema o casi, los de la acusación¹¹; a despecho de lo que pudiera haber sucedido en el juicio. Al obrar así, se olvida algo esencial, y es que la sentencia es un todo unitario, un conjunto de planos de discurso de contenido fáctico y jurídico dialécticamente integrados, cuya elaboración no es delegable en ninguno de sus tramos. Por otro lado, con ese perezoso y burocrático modo de operar se despersonaliza una actividad como la de sentenciar que ha de ser personalísima y para la que cualquier hábito rutinario representa un riesgo. Además, con tal proceder mecánico y al eludir el esfuerzo de elaboración de esa parte nuclear de la decisión, se corre el riesgo de dejar fuera del relato elementos significativos que no habrían escapado a una atención activa y cuidadosa. De otro lado, la realización del esfuerzo intelectual de elaboración de los hechos probados obliga a una reconsideración sistemática de todo el proceso de justificación de la valoración de la prueba, lo que en el necesario ir y venir de unos a otra permitirá descubrir eventuales lagunas y saltos en el curso inferencial y, así, reforzar el rigor y la coherencia del discurso.

A todo lo anterior debe añadirse una razón más para el rechazo de tal recusable modo de proceder judicial. Es que, así como entre los jueces no es inusual semejante mala práctica, tampoco es infrecuente que los fiscales beban directamente en el atestado. Con lo que, cuando se produce ese arrastre indebido, al fin es aquél texto el que se transfunde a la sentencia.

De los hechos forma parte también la cara interna de la conducta. De este modo, puesto que se trata de un dato fáctico que, además, habrá de haberse probado necesariamente, tendrá que constar en el relato la existencia del ánimo o la intención que corresponda.

Finalmente, vale la pena hacer una breve referencia aquí al problema suscitado en tema de hechos probados por las situaciones de auténtico vacío probatorio, derivadas de la ilegitimidad radical de la prueba básica.

No obstante la prescripción genérica de la Ley de E. Criminal (Art. 142,2º) sobre la forma de la sentencia; y la previsión del art. 851,1º del mismo texto legal que autoriza a promover el recurso de casación "cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados", lo cierto es que si no hay datos probatorios, porque los que podrían haberse tomado en consideración no son legalmente valorables y carecen de existencia

¹¹ A veces, con la inserción de alguna frase de propia cosecha del juez, escrita a lápiz, al margen, con llamadas para el mecanógrafo, en el escrito de calificación del fiscal. Con el frecuente resultado de textos francamente ilegibles, incluso con erratas que denotan que el descuido se lleva -ya puestos en esta situación ¿por qué no?- al extremo de no repasar siquiera la redacción final resultante de las interpolaciones.

procesal, ¿podrán construirse hechos probados? ¿Con qué materiales?

Dado ese supuesto, nada infrecuente, habría que optar entre dos posibilidades. La primera, es acudir, como ha sido lo habitual, a la ficción de tratar como hechos probados lo que no son sino antecedentes procesales y que como tales quedan fuera del *thema probandum*, y carecen de aptitud para ser subsumidos en el tipo legal conforme al que se ha producido la acusación. La segunda, es redactar una sentencia sin hechos probados y dando cuenta en ella -en los antecedentes procesales- de cómo se han adquirido los elementos de juicio que fundan la declaración de ilegitimidad de la prueba. De este modo, la sentencia gana en consistencia lógica y se hace posible al tribunal que tenga que estudiarla con ocasión de algún recurso -sea de apelación o casación- un adecuado examen de sus presupuestos. Esto es, resulta inteligible, ya que hace explícito el curso del proceso decisonal y, en la misma medida, posibilita plenamente su eventual cuestionamiento.

Motivación

a) Sobre los hechos

Este es el espacio adecuado para exponer la valoración de la prueba. Lo correcto será tratar primero de forma individualizada cada fuente de prueba. Por ejemplo, se da valor probatorio al testimonio de A por la coherencia interna de sus distintas manifestaciones en el curso de la causa, y, sobre todo, porque lo que dicho por él en el juicio tiene confirmación en (se señalarán los otros elementos de prueba que corresponda). O, el testigo B no es creíble porque afirma que resultó agredido y que su actuación fue meramente defensiva, cuando se advierte que el supuesto agresor aparece policontusionado mientras que él no tuvo ni un rasguño.

Deberá discurrirse igualmente sobre los datos probatorios que permitan tener por probada la existencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad, que, como todos los demás, habrán sido previamente individualizados en los antecedentes procesales. Sólo a partir de aquí será posible realizar la necesaria valoración de conjunto de la actividad probatoria, que, obviamente, presupone que antes se haya constatado el rendimiento de cada medio en particular.

La exposición de la apreciación conjunta de la prueba es de ineludible realización, pero siempre y sólo en ese segundo momento. De otro modo, es decir, si la apreciación sintética no fuera precedida del antecedente analítico, se estaría frustrando el papel real de la motivación. Parece útil recordar a este respecto que la fórmula "en una apreciación conjunta de la prueba" era la cláusula de estilo al uso para entrar en la exposición *per saltum* de las conclusiones probatorias

cuando no existía el deber constitucional de motivar.

b) Fundamentos de derecho

En el caso antes aludido de prueba clave ilícitamente obtenida, como, en general, en los supuestos de falta de prueba, parece razonable prescindir de la distinción entre a) y b), puesto que, una vez realizado el análisis de la actividad probatoria, los fundamentos de derecho se reducirán a razonar brevemente la aplicación del principio "in dubio pro reo". En tales casos lo formalmente aconsejable es operar bajo el epígrafe único de motivación.

Las precedentes indicaciones en materia de redacción son trasladables a los fundamentos de derecho. En éstos, deberá actuarse también con sencillez expositiva, periodos breves, etc. Es aconsejable seguir en el análisis jurídico de la conducta enjuiciada el esquema de la teoría del delito. Y en esta línea, tener en cuenta que si concurriera alguna causa de justificación, puesto que afectará, negativamente, a la antijuridicidad, deberá ser estudiada en el marco de la estructura del injusto y no como "circunstancia modificativa". Lo que si resulta correcto cuando se trate de alguna de las relativas a la culpabilidad.

Creo que en este ámbito se ha de evitar el exceso de erudición jurisprudencial de disco duro. No hay nada más pesado de lectura que un fundamento jurídico cargado de inútiles invocaciones de autoridad. La jurisprudencia se citará cuando lo reclama la economía del discurso, no ad pompan... La cita deberá ser, pues, viva, operativa y no simplemente acumulativa. Y lo mismo cabe decir de cierta clase de argumentos.

Una cuestión importante en este campo es la motivación de la pena. El asunto está muy escasamente desarrollado y los jueces, como en general los juristas, tenemos muy poca cultura -y menos práctica- en la materia¹². Hay casos, como aquellos en los que, apareciendo probado el hecho y siendo clara su relevancia criminal, no existe razón para atribuir a la pena una especial gravedad y lo correcto será imponerla en su grado mínimo. Pues bien, en tales supuestos, el defecto de motivación específica no acarreará consecuencias apreciables de indefensión, pero eso no justifica que se prescinda de ella, como es usual. En la práctica suelen reservarse las razones que avalan la imposición de una determinada pena para cuando se recorre el marco penológico hacia arriba, supuestos en los que, con todo, no siempre se expresan. A pesar de que es patente que el imperativo constitucional genérico de motivación y el legal específico de justificación en concreto

¹² Sobre el particular remito al trabajo de Alberto Jorge Barreiro, La motivación en la individualización judicial de la pena, parte de un volumen sobre problemas de aplicación del vigente Código Penal, que prepara el Consejo General del Poder Judicial.

de la pena abarcan con igual nivel de exigencia a toda clase de supuestos.

En el caso de las sentencias de juicios de faltas es de lo más frecuente la utilización del precepto del art. 638 C. Penal como un cheque en blanco. Sin tener en cuenta que "prudente arbitrio" quiere decir uso racional y fundado de la cuota de discrecionalidad que la ley concede al juez, y las correspondientes razones habrán de exteriorizarse. Por lo demás, es claro que ese precepto autoriza a no hacer uso de las reglas de los arts. 61 a 72 del C. Penal, pero no libera del imperativo del art. 50,5º del mismo, en material de multa. Señalo esto porque en la práctica se inculpe de forma sistemática.

Fallo

Sigue empleándose generosamente la fórmula "debo/debemos condenar y condeno/condenamos". Es sin duda un arrastre histórico que podría tener sentido -quizá como expresión subliminal de mala conciencia- cuando la decisión no va precedida de una correcta expresión de la ratio decidiendi en materia de hechos y en derecho. Es decir, para tratar de colmar (inútilmente) ese vacío de motivación con la afirmación distractiva del cumplimiento de un deber. Pero es obvio que ese arcaísmo de corte litúrgico no añade nada en tales supuestos y, en cambio, es perfectamente inútil cuando el carácter debido de la condena resulta explícito de unos antecedentes del fallo correctamente elaborados.

En la redacción de éste, del mismo modo que las menciones innecesarias, han de evitarse los pronunciamientos confusos y farragosos. En vista del tenor real de muchas prácticas sentenciadoras, hay que reiterar lo obvio: el fallo no tiene por qué expresarse en un torturado y torturador único párrafo. También parece conveniente señalar que no deben citarse en él preceptos legales. Del mismo modo, habría que evitar la muletilla inútil que consiste en adicionar a la mención de cada delito un "ya definido". En efecto, si, como debe ocurrir, lo ha sido en el momento oportuno, decirlo para que tal afirmación se lea después de leído el cuerpo de la sentencia carece de todo sentido; y, si la conducta delictiva no hubiera sido ya antes bien caracterizada jurídicamente, se estaría faltando ostensiblemente a la verdad. No hay por qué decir que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuando, en efecto, no concurren.

La no infrecuente alusión a la o las "accesorias" deberá sustituirse por la mención concreta de la pena de que se trate.

En los casos de sustitución de la pena, hay que precisar los términos de la misma de forma detallada.

El punto final de las sentencias suele ir precedido de un "definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo"; que a veces se refuerza con un "lo declaro"; asertos que se hacen en plural si el tribunal es colegiado. Lo dicho antes acerca de la reiteración de otros tópicos arcaizantes del mismo grado de inutilidad y falta de estética ahorra aquí ya todo comentario.

SOBRE EL VALOR DE LA INMEDIACIÓN (UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA)

Perfecto Andrés Ibáñez

FORMACIÓN DEL CONCEPTO

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

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

Históricamente, la inmediación, conforme ahora se la entiende, irrumpe en la escena como una implicación necesaria del proceso oral y público, intensamente reivindicado por los juristas y philosophes de la Ilustración, alternativa al inquisitivo, escrito y secreto. Esta actitud tiene un buen exponente en Voltaire, con su demanda de un proceso “noble y franco” como el de “los romanos [en el que] se oía a los testigos en público y en presencia del acusado, que podría responderles, interrogarles él mismo u oponerles un abogado”¹. Aunque la reivindicación desborda el mundo de los intelectuales, para extenderse a amplios sectores de opinión: lo demuestra el hecho de que en las quejas que la ciudadanía francesa hizo llegar a sus mandatarios en la Asamblea Constituyente, recogidas en los famosos cahiers de doléances de 1789, “espejo fiel del espíritu público”, según Esmein, “lo primero que se reclama en materia de justicia es la publicidad de los procesos”².

La implantación, por la legislación revolucionaria francesa, del modelo acusatorio fundado en el juicio oral y público no fue nunca completa³, y, además, duró poco, puesto que el código termidoriano

¹ En Comentario sobre el libro ‘De los delitos y de las penas’ por un abogado de provincias, apéndice a C. De Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. De las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pág. 154.

² A. Esmein, *Histoire de la procedure criminelle en France*, Topos Verlag, Vaduz, Liechtenstein, 1978, pág. 404).

³ Sobre tales vicisitudes, cfr. P. Ferrua, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, Milano, 1981, págs. 1-66.

(1795), primero, y luego el napoleónico (1808), alumbraron el sistema mixto, que sí tendría una larga vida en Europa continental y en los países de su área de influencia⁴, y sigue aún hoy ofreciendo no pocos síntomas de preocupante supervivencia.

En cualquier caso, lo cierto es que el par oralidad-inmediación quedará definitivamente consagrado como seña de identidad y connotación básica del modelo ideal de enjuiciamiento en materia criminal. La publicidad, para Bentham, “el alma de la justicia”⁵, se representa como fundamental instrumento de garantía apto para prevenir atrocidades como las perpetradas con los justiciables al amparo del secreto, propio del proceso escrito. La transparencia que conlleva la realización de las actuaciones procesales en presencia de las partes y de terceros, es para este autor “un freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar”⁶. Y se considera también el medio más idóneo para asegurar una verdad procesal de superior calidad, propiciada por la concentración de los actos de prueba y, sobre todo, por el contacto directo del tribunal con las fuentes de ésta, en particular las de carácter personal.

La garantía implícita en la inmediación tiene que ver, pues, con el carácter in-mediató, es decir, no mediado o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa, que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento⁷. Así, para Calamandrei, poniendo el énfasis en la dimensión de la interactividad, “inmediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente sus comunicaciones”⁸. Aunque es en el carácter de la relación del juez con las fuentes de prueba donde los autores harán mayor hincapié. Frente al proceso penal del antiguo régimen, en el que el enjuiciamiento se efectuaba sobre un material que el tribunal recibía por escrito y, por tanto, ya elaborado en otra sede (muerto, al decir de Pagano), se afirma ahora la superioridad del juicio presencial, en tiempo real, que, en expresivos términos del mismo autor,

⁴Cfr. L.Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P.Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero Bandrés, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 5ª ed. 2001, págs. 566-567.

⁵J.Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio Florit, EJEA, Buenos Aires, 1959, I, pág. 140.

⁶Ibidem, I, pág. 142.

⁷Se habla también de inmediación en sentido temporal, para referirse a la necesidad de que concurra una relación de proximidad cronológica entre los distintos momentos de adquisición de la prueba y entre ésta y la emisión de la sentencia (cfr. D. R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pág. 53). En este sentido la inmediación sería una de las dimensiones –la temporal– del principio de concentración. La otra es la espacial, en la que, con palabras de Foschini, se realiza el “principio de localización” (en *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2ª ed. 1968, II, pág. 376).

⁸P. Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1973, I, pág. 330. Así también M. Massa: “Oralidad significa inmediación, es la inmediación de la relación entre el juez y los testigos, en el sentido ‘espacial’ de la expresión” (en *Contributo all’analisi del giudizio penale di primo grado*, Giuffrè, Milano, 1976, pág. 278. De “presencia ininterumpida de todos los sujetos procesales” habla J. B. J. Maier (*Derecho procesal penal. I Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed. 1996, pág. 585).

ofrece la ventaja de que “en la viva voz hablan también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de voz, el modo de decir, y tantas otras pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado con ellas”⁹. Por tanto, inmediatez como “observación inmediata” (Florian)¹⁰; como forma de “acortar las distancias” (Carnelutti)¹¹; o de “integral y directa percepción por parte del juez de la prueba” (Silva Melero)¹².

USO DE LA INMEDIACIÓN

En la perspectiva apuntada, lo esencial del juicio se cifra en la relación directa del juez con las fuentes personales de prueba, que en la experiencia del proceso criminal son muchas veces las únicas y, en general, las de mayor rendimiento¹³. Y, además, vigente el principio de la libre convicción, no existiría otro *modus operandi* posible, puesto que el juzgador debe formar criterio con materiales de primera mano, en virtud de una apreciación personalísima. Es por lo que se ha dado por descontado que, a partir de tales presupuestos, “no cabrá más de una instancia, porque el juicio no puede repetirse dos veces”¹⁴.

Ahora bien, ocurre que la manera de entender la práctica de la inmediatez en el tratamiento de las pruebas personales ha sido peligrosamente contaminada por el modo irracionalista de concebir el principio de libre convicción¹⁵. En efecto, entendido éste como forma de captación emocional o intuitiva de lo expresado por la prueba, como una suerte de contacto con lo inefable, la audición y valoración de las manifestaciones del imputado y de los testigos sólo podrían producirse en ese ámbito de apreciación y de forma que hace imposible cualquier pretensión de racionalizar u objetivar tal proceso de obtención de conocimiento, y la justificación de los resultados¹⁶.

⁹ F. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1749, pág. 106. También para Bentham, el objeto de conocimiento que propicia la inmediatez está en esos “caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisonomía, con el tono de voz, con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe...”, (en *Tratado*, cit. I, pág. 192). Como haciéndose eco de Pagano, Chiovenda entiende que “el juez debe conocer de las actividades procesales (...) no a base de escritos muertos, sino a base de la impresión recibida” (Principios de derecho procesal civil, trad. de J. Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1925, I, pág. 133).

¹⁰ E. Florian, *De las pruebas penales*. I De la prueba en general, trad. de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 3ª ed. 1982, pág. 188.

¹¹ F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad. de s. Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, pág. 173.

¹² V. Silva Melero, *Las pruebas en el proceso penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, I, pág. 28.

¹³ “Los testigos son los ojos y los oídos de la justicia”. (J. Bentham, *Tratado*, cit., II, pág. 83).

¹⁴ Exposición de motivos de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870.

¹⁵ Sobre el particular, cfr. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 50-55.

¹⁶ Un buen exponente de este punto de vista se halla en la sentencia 2039/2001, de 6 de noviembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que se afirma: “esta sala carece de la posibilidad de modificar una decisión sobre los hechos fundada en la impresión obtenida por el tribunal de instancia directamente de las declaraciones prestadas en el plenario” (cursiva mía). Donde, “impresión”, según el Diccionario de la Real Academia Española, es “efecto o sensación que algo o alguien causa en el ánimo, opinión producida por dicha sensación”.

La consecuencia es que –conforme a ese punto de vista– “lo visto y oído”¹⁷ por el juez en ese encuentro sublime con sus fuentes de información, a más de no ser (al menos en lo esencial) verbalizable y justificable¹⁸, sería también de imposible fiscalización, por quien no hubiera participado, y en idéntico plano de proximidad, de la misma singular experiencia. Ni siquiera en el caso de una registración literal del interrogatorio, que nunca podría extenderse a aspectos gestuales de la comunicación –como los aludidos por Pagano y Bentham en los textos citados– de los que el juez o el tribunal habría sido espectador privilegiado y exclusivo.

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

Ahora bien, tal prescripción ha sido universalmente desoída en la práctica jurisdiccional, al extremo de que la verdadera historia del juicio oral durante más de 150 años es, en gran parte, la de su sistemática derogación. En efecto, el contenido de diligencias de la instrucción llevado al juicio mediante lectura, suele recibir en la jurisprudencia el tratamiento de material susceptible de rehabilitación como prueba, que se dice efectivamente obtenido en forma contradictoria, sólo porque las partes hayan podido pronunciarse sobre él. Por tanto, mediante una ficción insostenible, que consiste en pasar por alto el dato de la imposibilidad objetiva de confrontación de las partes y el juez con/sobre las fuentes de producción de los datos. Semejante expediente, reservado por la ley para las situaciones realmente excepcionales –por razón de imposibilidad material sobrevenida de traslado de aquéllas al juicio–, ha sido administrado con extraordinaria generosidad, hasta el

¹⁷ El argumento de que no resulta posible abordar críticamente la valoración de la prueba llevada a cabo por el tribunal de instancia, porque el que conoce en vía de recurso “no ha oído con sus oídos ni visto con sus ojos la prueba testifical” es recurrente en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (así, sentencias de 13 de abril de 2002, y de 12 de noviembre de 1991). También, expresivamente, la de 2 de marzo de 2001, en la que se lee: “Cuando el tribunal de instancia afirma que el testimonio del perjudicado es claro, es preciso y es contundente y que no ha apreciado móviles espurios ni elementos que pongan en duda su credibilidad, lo hace desde la percepción sensorial en la práctica de la prueba, atento a lo que el testigo ha dicho, la seguridad transmitida en su deposición, las reacciones que esa declaración ha producido en cuantos intervienen en el enjuiciamiento, etc., es decir, el contenido propio de la intermediación de la que esta sala carece”. También resulta expresiva al respecto la sentencia del mismo tribunal, de 24 de mayo de 1996: “La oralidad, la publicidad, la contradicción y sobre todo la intermediación representan las ventajas del proceso celebrado a presencia de los jueces que ven y oyen lo que ya después otros ojos y oídos no percibirán. Se trata de valorar en la vista los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquéllos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones”.
¹⁸ “La convicción que, a través de la intermediación, forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación” (Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 12 de febrero de 1993).

punto de llegar a proyectarse incluso sobre el atestado policial, por el trámite de la ritual ratificación en la vista de sus redactores. Buen ejemplo de las pseudotestificales per relationem, consistentes en una monosilábica confirmación, de que habla Cordero¹⁹. O de “la farsa de la ‘confirmación’ de la declaración ya producida, que muchísimas veces es la confirmación de la confirmación hecha en la fase de instrucción, de las declaraciones realizadas en comisaría”, a que muy plásticamente se refiere Massa²⁰.

Lo que acaba de apuntarse pone claramente de relieve el curioso uso diferencial del principio considerado, según el marco de aplicación. Pues, en efecto, mientras en el caso de los tribunales de segunda instancia, la falta de intermediación impediría un juicio sobre el juicio previamente realizado²¹; en el supuesto de la incorporación de materiales instructorios e incluso policiales al juicio oral, el hecho de haber sido elaborados unilateralmente por terceros y en otro ámbito, no impediría –según cierta jurisprudencia- una apreciación inmediata y genuina por parte del juzgador²².

Como tampoco cuando se atribuye auténtico valor probatorio a precedentes declaraciones sumariales, utilizadas para contrastar afirmaciones de imputados y testigos en la vista oral, a tenor de una interpretación habitual del art. 714 de la Ley de E. Criminal²³.

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

20 En Contributo, cit., pág. 296.

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

22 Es el caso de alguna jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como la sentencia de 27 de marzo de 2002, en la que se lee: “...la declaración policial del coimputado se ha incorporado al juicio oral a través de las declaraciones testificales de los funcionarios ante quienes se prestó, sometiéndose a la debida contradicción en el juicio, en cuyo caso ya puede ser valorada como prueba de cargo por el tribunal sentenciador. La sala a quo ha dispuesto en directo de dichas declaraciones testificales de los agentes que valora con intermediación...”. Obsérvese que la contradicción y la intermediación se predicaban aquí –nada menos que- de la declaración del testigo-policia-instructor del atestado, que lo es, además, de referencia y de las manifestaciones inculpatorias de un coimputado que guardó silencio en el juzgado y en el juicio. Lo que no fue obstáculo para entender que la correspondiente prueba de cargo –con aquél como supuesta fuente- había sido percibida por la sala de forma inmediata y contradictoria. Un criterio distinto es el mantenido en las sentencias del mismo tribunal de nº 577/2002, de 3 de abril y 1940/2002, de 21 de noviembre.

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

QUÉ ES Y QUÉ PERMITE LA INMEDIACIÓN

Como ha escrito Iacoviello, “la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”²⁴. Por tanto, y respondiendo a alguna de las preguntas formuladas al comienzo, tiene un valor instrumental y, en tal calidad de medio (al servicio de otros medios), puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, y es, precisamente, de la calidad del uso, de la que depende la calidad de la garantía²⁵.

En efecto, la inmediación, la relación de proximidad temporo-espacial, utilizada reflexivamente como medio de captación de datos efectivamente observables, para hacerlos objeto de valoración racional explícita, será, qué duda cabe, fuente de conocimiento asimismo racional, y, como tal, susceptible de verbalización y de valoración intersubjetiva, esto es, accesible a la crítica de terceros. En cambio, tomada como forma de percepción íntima -extrasensorial casi más que sensorial, a tenor de ciertas formulaciones- de un lenguaje gestual, subliminalmente emitido (y diríase que también recibido), fuente de datos esenciales y, sin embargo, tenidos por no expresables con palabras y por incomunicables de otro modo que el implícito en el sentido último de la decisión, la inmediación se convierte en una suerte de blindaje del juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar. Y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento²⁶.

No existe duda de que, como señala Ferrua, “una de las principales ventajas del testimonio ‘oral’ es que agiliza el control del juez sobre la veracidad de las declaraciones; baste pensar en la posibilidad de contestar inmediatamente a cada antinomia o ambigüedad contenida en la deposición y, sobre todo, de observar la actitud (timbre de voz, expresión del rostro, etc.) del testigo durante el examen”²⁷. Y tampoco es cuestionable que las partes del juicio están en las mejores condiciones “para encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para poner en claro olvidos e inexactitudes del testigo” (Cappelletti)²⁸, pues en definitiva, “de la discusión [del interrogatorio cruzado, en este caso] sale la luz”²⁹.

²⁴ F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, pág. 151.

²⁵ A esta posibilidad me he referido en *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa, nº 12, 1992, pág. 297. (Ahora en este volumen).

²⁶ De “estado anímico de certeza”, como factor psicológico escondido en lo más profundo de la mente humana, [que] ha de obtenerse en juicio de valor”, habla la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 27 de noviembre de 1991, para referirse a la naturaleza de la convicción judicial en materia de hechos; por lo que no tiene nada de particular que en la de 24 de mayo de 1996 se llame a los jueces “dueños de la valoración”.

²⁷ P. Ferrua, en *Oralità*, cit., pág. 287.

²⁸ M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* (1962), Milano, 1972 (reedición), I, pág. 15, cit. por Ferrua, en op. cit., pág. 288.

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

Ahora bien, en ese contexto, una cosa es la objetiva productividad de la confrontación y del diálogo directo y descarnado, con traducción discursiva en expresiones y argumentos articulados con propósito de justificación, de explicación, de rectificación, de evasión o de excusa, susceptible de registrarse fielmente por escrito y, con ello, también de un examen diferido, que permita reconsiderar eventuales conclusiones apresuradas fruto de la percepción original inmediata.

Y otra cosa la lectura del lenguaje gestual, de la actitud del que declara en el momento en que lo hace, conformada por rasgos esencialmente ambiguos, de imprecisa significación y, por ello, abiertos a todas las interpretaciones en cualquiera de las claves posibles.

Pues, la palidez del rostro, el tartamudeo y la inseguridad en la expresión o lo que se haga con las manos durante el interrogatorio, a ojos de un observador no especializado en esa clase de exámenes y sin otros datos y antecedentes del declarante que los formalizados que consten en la causa, lo mismo podría significar miedo del culpable a ser descubierto en la escenificación de la mentira, que pavor del inocente a no ser creído en la afirmación de la verdad³⁰.

Con lo que resulta que elementos de indudable valor heurístico para el que interroga o el contradictor en la orientación del curso del interrogatorio o del debate³¹, pueden ser un importante y peligroso factor de inducción al error, y más si el juez pierde de vista los riesgos implícitos en observaciones de esa naturaleza, sobre todo cuando el

30 Siguiendo a Watzlawick, Birkenbihl distingue en la comunicación humana las señales "analógicas" (un gesto, un grito) de las "digitales", las verbales, que son "simbólicas, abstractas y a menudo "complicadas". Las señales analógicas del plano de la relación acompañan siempre a las palabras que el sujeto pronuncia y proporcionan siempre informaciones suplementarias respecto al sentido que él "pretendía" darlas. Y "continúa" como indica el mismo autor antes citado, "señales como 'las lágrimas', 'la sonrisa' o 'apretar los puños' no se pueden hacer coincidir invariablemente con 'dolor', 'alegría' o 'agresividad/hostilidad', porque se pueden también verter lágrimas de alegría, se puede sonreír con presunción o en una situación embarazosa, y la acción de apretar los puños puede indicar un esfuerzo de autodisciplina, precisamente, para evitar un enfrentamiento. Y lo mismo vale para el silencio. Se puede callar porque se reflexiona, porque no se quiere dar una información, porque se espera que hable el otro, porque se quiere subrayar las palabras que se va a pronunciar o por inseguridad. ¡Es así de fácil malinterpretar las señales del lenguaje corporal! Por eso no debe extrañar que tantos individuos inhibidos y tímidos sean tenidos por arrogantes. Una persona experta puede llegar a saber si ha entendido correctamente las señales del lenguaje corporal. Pero sin una verificación pueden cometerse errores graves, por ejemplo, interpretando como 'negativa' una señal sólo porque en ese momento seamos nosotros los embargados por un estado de ánimo negativo. Incluso habiendo interpretado 'correctamente' al cien por cien determinadas señales, si no se efectúa un control pueden producirse errores estratégicos inauditos". (En Segnali del corpo. Come interpretare il linguaggio corporeo, trad. italiana de M. E. Tonin Gogana, Franco Angeli, Milano, págs. 17, 22 y 23).

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

observador (él, en este caso) no es un experto en la materia³². Salvo que se considere que las máximas de sentido común de empleo habitual en la experiencia corriente de las relaciones pueden ser usadas como pautas seguras en la valoración del testimonio³³.

En esta materia sorprende comprobar hasta qué punto la cultura imperante en medios jurisdiccionales diverge de los criterios que prevalecen entre los especialistas en psicología del testimonio³⁴.

El testigo, pasa, entre jueces y fiscales, por un medio diáfano de obtención de conocimiento sobre hechos, del que cualquier profesional del ramo está en condiciones de servirse con eficacia a base sólo de buen sentido y de una intención limpia. Ello, unido a que el carácter personalísimo e intransferible de la percepción y apreciación del contenido de tal clase de declaraciones –se dice- veda el control externo, y también a que se da por cierto que las decisiones con este exclusivo fundamento tienen poco o nada que motivar³⁵, lleva, al fin, a la consagración de un subjetivismo infiscalizable que se traduce en puro decisionismo.

Pero lo cierto es que no sólo la apreciación o valoración de los datos fácticos resultantes de declaraciones, sino, incluso, la propia percepción de los mismos, es un tipo de experiencia extraordinariamente

³² Un buen ejemplo de la falta de esa conciencia necesaria puede verse en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 813/1993, de 7 de abril, en la que se lee: "El ánimo homicida, o *animus necandi*, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para conocer el cual (...) los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis". Advuértase, aparte de la aparatosa confusión conceptual apreciable en el uso de categorías como "juicios de valor" o deducción, el arriesgado desplazamiento de la valoración judicial a un terreno en el que el juez, es obvio, carece de competencia técnica, por lo que la pretensión de legitimidad para moverse en él con autoridad sólo puede producir el efecto, peligrosísimo, de convertirle en un oráculo, sin conciencia de serlo. De forma menos exuberante, pero igualmente expresiva de una actitud judicial de extraordinario riesgo, una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de octubre de 1999, reza: "Muchas veces se ha dicho y ahora hay que repetirlo, que la presencia del testigo o acusado en el juicio oral aporta, no sólo una declaración, coincidente o no con las veridades anteriormente, sino también unos signos –forma de decir lo que expresa, los silencios, las miradas, los gestos, que son manifestaciones elocuentes de unos sentimientos que a veces no se saben o no se quieren expresar con claridad, por piedad, por miedo, por vergüenza, etc.- y éstos son aspectos muy importantes de la función judicial, en la que ha de hacerse un gran esfuerzo intelectual por descubrir, conforme a las reglas científicas de la psicología del testimonio y a los criterios de experiencia, la realidad". Un último exponente de la confusión que reina en nuestra cultura de la valoración de los aspectos internos de la conducta, puede verse en la siguiente cita de un informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo, emitido en el 2002: "No sólo no es necesario que en los 'hechos probados' el tribunal haga constar los elementos subjetivos de los delitos, sino que su lugar adecuado es la fundamentación jurídica porque en tanto que pertenecen a la psique, ni son 'hechos' ni pueden ser probados". Es por lo que "la presunción de inocencia no afecta a los elementos subjetivos de los tipos penales, cuya existencia no puede ser probada, sino sólo 'inferida'...". En realidad, este desafortunado modo de discurrir es mero eco de un punto de vista recurrente en nuestra jurisprudencia de casación.

³³ Como parece desprenderse de los términos de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996: "Se trata de valorar en la vista los gestos, las actitudes, las turbaciones y las sorpresas de cuantos intervienen en el plenario, todo lo cual permite a aquellos fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de las respectivas declaraciones".

³⁴ Una aproximación útil a las aportaciones de esta disciplina puede encontrarse en J. J. Mira y M. Diges, *Procesos intervinientes en la evidencia de testigos*, en F. Jiménez Burillo y M. Clemente (eds.), *Psicología social y sistema penal*, Alianza Editorial, 1986, págs. 159 y ss.

³⁵ "Tratándose de pruebas directas, basta con su indicación, sin que sea preciso, en principio, ningún especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando de pruebas indirectas se trata" (Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 25 de abril de 1996).

abierto a la imprecisión y al error, en contra de lo que suele pensarse³⁶.

Como señalan los autores que acabo de citar, conviene insistir, el problema está ya en la captación de los datos fácticos, esto es, antes aún de entrar en las cuestiones de valoración, en la medida en que cabe diferenciar ambos planos. Pues, mientras la literatura jurisprudencial, en el caso de las pruebas personales, habla de la percepción como un fenómeno lineal, que se produce casi por contacto, como efecto mecánico de la inmediatez³⁷, los expertos en psicología del testimonio presentan un universo problemático donde los haya, invirtiendo realmente el planteamiento. Así, Stern, uno de los primeros estudiosos de la materia, ya a primeros del siglo pasado, escribía que “el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla”³⁸. Y si esto puede predicarse, en general, de cualquier espectador, como demuestra muy bien el caso del atizador, con mayor razón en lo que nos ocupa, pues, como escribiera Gorphe, “los testigos se hallan siempre en una condición negativa desfavorable, muy distinta de la de un observador”³⁹. En efecto, quien presencia un hecho delictivo, más cuando consiste en una grave agresión, y, más aún, si se ve forzado a hacerlo desde la posición de víctima, por razón de la implicación emocional en el suceso⁴⁰, que puede ser extrema, estará normalmente en la peor de las situaciones para crear respecto de él la distancia que le permitiría registrar con la objetividad necesaria las particularidades de la acción y de su autor⁴¹.

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

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

38 W. Stern, *Zur Psychologie der Aussage*, Berlin, 1902, citado por L. de Cataldo Neuburger, *Esame e controesame nel processo penale*, Cedam, Padova, 2000, pág. 36.

39 F. Gorphe, *Apreciación judicial*, cit., pág. 294.

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

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

Dice De Cataldo Neuburger que “el recuerdo del hecho puro y simple no existe; un evento, por haber sido percibido resulta automáticamente alterado por el ‘valor añadido’ que le impone el perceptor”⁴². También parece acreditado que los repetidos intentos de recuperación del suceso, cuando se llevan a cabo en distintos momentos, separados por lapsos de tiempo relativamente largos, contribuyen a ejercer un efecto distorsionador de los contenidos mnésicos originales; que se verá acentuado cuando, además, se reciba información externa sobre el asunto, como sucede en los interrogatorios, en los que las preguntas suelen ir cargadas de sugerencias implícitas⁴³. De lo que resulta que en el caso del testimonio judicial, si la posición inicial del observador no ayuda nada a la calidad de la observación, el procedimiento de introducción, examen y valoración del resultado de la misma en la causa, lo hace todavía menos.

Por otra parte, la incidencia de los aludidos factores negativos resulta potenciada en el caso de los reconocimientos de personas, en los que “el error es muy fácil” (Gorphe)⁴⁴, y, además, la posibilidad de incurrir en él puede resultar agravada por el uso de fotografías⁴⁵. En particular, habrá que decir, cuando éste se hace sin especial cuidado o incluso, lo que no es infrecuente en medios policiales, buscando más que la objetividad en la determinación de la identidad la confirmación

⁴²En op. cit., pág. 35. También Sobral Fernández hace hincapié en “la naturaleza esquemática y reconstructiva de la memoria” y en “la inadecuación de la metáfora de la cámara fotográfica” (en op. cit., pág. 337).
⁴³M. Digos, en M. Digos (ed.), Los falsos recuerdos, sugestión y memoria, Paidós, Barcelona, 1997, págs. 32 y 45. También Sobral Fernández señala como el habitual sometimiento a una sucesión de interrogatorios, en el curso de la tramitación de una causa, puede inducir inconsistencias relevantes en los testimonios (en op. cit., pág. 343).

⁴⁴F. Gorphe, La crítica del testimonio, trad. de M. Ruiz Funes, Reus, Madrid, 1933, pág. 229. Señala este autor que el fenómeno tiene algo de “esencialmente afectivo”, que responde a cierta tendencia a referir los datos objeto de percepción a algo “ya conocido” (ibidem, págs. 229-230). A esta circunstancia deben añadirse las de carácter ambiental (ibidem, págs. 232-233), ya aludidas, determinadas generalmente por el hecho de que los que cometen acciones delictivas buscan deliberadamente escenarios que hagan difícil la observación. A su vez De Cataldo Neuburger ha escrito que “el acto de reconocimiento es más aleatorio y fallible que el testifical”, pues el que reconoce “en el momento culminante trabaja sobre materia alógica, en el cortocircuito de sensaciones racionalmente inexplorables”. Así, “puede resultar conocido un rostro quizá observado en situaciones diversas de aquella por la que se procede y que induce al reconocimiento por el sentido de familiaridad que comunica. Además, las puras impresiones visivas duran menos que la memoria históricamente elaborada: recordamos los acontecimientos cuando ya se ha desvanecido la memoria de los rostros”. En fin, la autora llama la atención sobre el hecho de que “la investigación psicológica ha demostrado, desde los primeros años del pasado siglo, el alto porcentaje de falsos reconocimientos que se dan en este tipo de experimento”. (En op. cit., págs. 310-311).

⁴⁵“La presentación de la fotografía ante la persona es, por sí misma, una fuente de error, de la que nadie, hasta ahora, parece haberse dado cuenta. Cuando el recuerdo de la persona es ligero, y la impresión afectiva y global no se ha precisado en una imagen clara y concreta, este recuerdo puede fijarse en la imagen proporcionada por una fotografía que pueda relacionarse con él, pero que tal vez no sea verdadera. Una vez fijado, por así decir cristalizado, dará al testigo la precisión y la estabilidad mnésica que buscaba, y cuando, después de la fotografía, se le presente la persona misma, la reconocerá según la fotografía más que según su verdadero recuerdo: se afirmará en su certeza subjetiva, verdadera o falsa, y no abandonará ya su presa. Esto ocurre frecuentemente”. (Gorphe, La crítica, cit., pág. 237). Informa Sobral Fernández de que “una revisión de 291 estudios publicados acerca de la capacidad de amplias muestras de sujetos para identificar correctamente rostros que previamente les habían sido presentados (bien en escenarios naturales, bien en fotografías, bien en proyecciones fílmicas) arrojó el resultado de porcentajes de identificaciones correctas que oscilaron entre el mínimo del 34,3% y el máximo del 44,2%” (en op. cit., pág. 337). También M. L. Alonso Quecuty ha hecho hincapié en el riesgo de transferencia inconsciente que produce la exhibición de fotografías (en Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal, en G. Álvarez Álvarez (ed.), Delitos contra la libertad sexual, CGPJ, Madrid, 1997, pág. 420).

rutinaria de la primera sospecha⁴⁶.

Por último, vale la pena señalar que, en contra de lo que circula como tópico profundamente instalado en el sentido común de los profesionales de la jurisdicción, “el descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso únicamente a la clave verbal de la comunicación, es decir, cuando se prescinde de la clave visual”⁴⁷. Lo que obliga a poner seriamente en cuestión el punto de vista tópico sobre la intermediación.

RIESGOS EN LA VALORACIÓN DEL TESTIMONIO

La testifical acostumbra a ser presentada, típicamente, entre nosotros, y de manera harto impropia, como el paradigma de la prueba directa⁴⁸, tomando este adjetivo en el sentido del primer Carnelutti, que lo refería a aquellos casos en los que “cae bajo la vista de un juez el mismo hecho a probar”⁴⁹; a partir de “la idea de que cuando el testigo le cuenta al juez no hay otra cosa sino creerlo o no creerlo, mientras que cuando se vale de indicios él llega al hecho a probar a través de un razonamiento más o menos complicado”⁵⁰.

El criterio, que, como explica Taruffo, “pone especialmente el acento en la percepción del juez en relación con el hecho a probar (...) es poco atendible porque no es verdad que el juez tenga la ‘percepción directa’ del hecho a probar escuchando una declaración testifical”⁵¹. En efecto, lo que el juez percibe directamente es la deposición testifical acerca de que los hechos han ocurrido de una determinada forma. Y a partir de este discurso, que, obviamente, debe ser interpretado y valorado críticamente -tanto desde el punto de vista de la credibilidad que pueda merecer el emisor como de la calidad informativa de su contenido- y situado en el contexto de los demás elementos de juicio, debe llegar a un cierto referente fáctico, lo que sólo puede hacerse a través de un juego de inferencias, fundado en máximas de experiencia, que puede ser ciertamente complejo. Es por lo que el tratamiento de este medio de prueba requiere dos enjuiciamientos. Uno acerca de la credibilidad

⁴⁶ Resulta ilustrativo al respecto el tipo de impresos de uso en la Unidad Orgánica de Policía Judicial, de la Comandancia de la Guardia Civil de Madrid, en los que, refiriéndose al sujeto de la diligencia, se lee: “...el cual a la vista de las mismas reconoce sin género de dudas al/los individuo/s numerado/s con el que se adjunta en folio aparte...”.

⁴⁷ De Cataldo Neuburger, *Esame e controesame*, cit., pág. 13. Al respecto, señala Alonso Quecuty, “hoy se admite que el juicio de credibilidad del testimonio de un jurado es más eficaz si en lugar de ver y oír al testigo, sólo escuchan la grabación de su declaración. Últimamente se ha llegado a proponer la conveniencia de presentar a los jurados sólo las transcripciones de las declaraciones, como situación idónea para detectar si lo que un testigo declara es cierto o no” (en Creencias erróneas, cit. pág. 431).

⁴⁸ “El tribunal ha percibido directamente el contenido de cuanto expresa el testigo, esto es, los hechos que vio personalmente” (sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1423/2002, de 24 de julio, cursiva del autor).

⁴⁹ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1946, I, pág. 210. (Hay trad. española, de S. Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1950).

⁵⁰ F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentis Melendo, EJEA, 1971, págs. 145-146.

⁵¹ M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, pág. 454.

del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su adherencia a la realidad empírica⁵². Por lo que se refiere a esta segunda vertiente del asunto, es claro que impone el examen los elementos probatorios así obtenidos en el contexto de los procedentes de otras fuentes de prueba, para llegar a la conclusión que su concordancia o falta de concordancia sugiera.

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

Ocorre, sin embargo, que el modo de obtener información de uso en tales estimaciones no presenta ninguna particularidad estructural que le haga esencialmente diferente del seguido en la segunda de las vertientes de la valoración del testimonio, como en la de las demás pruebas. Los elementos integrantes de la puesta en escena adoptada por el testigo (la palidez, el rubor, la seguridad o las dudas, y tantos otros) son procesados de la misma manera que cualesquiera otros datos tomados de la realidad empírica. Esto es, tratados conforme a máximas de experiencia a las que se atribuye aptitud para asociar deductivamente a aquéllos alguna conclusión. La única diferencia es que al proceder así en este campo –sobre todo si falta conciencia clara del método y se piensa que la cuestión es más bien de olfato– se opera del mismo modo que en el curso habitual de la vida de relación, cuando se forma criterio sobre las personas. Esto es, mediante juicios implícitos, lo que Gorphe llama “síntesis automáticas”⁵³; en las que, según el mismo autor, lo realmente producido es una “inferencia inconsciente”⁵⁴, a partir de premisas que no se objetivan como tales, de manera que lo concluido se considera una suerte de percepción directa, a través de impresiones.

Nada más fácil que advertir la presencia de estos hábitos mentales en la cultura jurisprudencial al uso en tema de valoración del testimonio. Que es lo que explica la marcada propensión a confinar el asunto en el terreno de lo inefable, de lo inexpressable con palabras; a

⁵² Cfr. al respecto, G. Chioevenda, op. cit., II, pág. 307. Asimismo, L. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano, 1999, pág. 434. En la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo suele aludirse a la existencia de dos planos de valoración, uno primero “dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la intermediación”, y, por tanto, no susceptible de control por quien no haya presenciado la prueba; y otro, del que se afirma que sólo “es necesario en ocasiones”, ya no fundado “directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior...” (sentencia 2047/2002, de 10 de diciembre). Cuando lo cierto es que los dos juicios son siempre necesarios y se hallan estrechamente interimplicados. Y (como el segundo) el primero tiene carácter inferencial y se produce mediante la aplicación de máximas de experiencia a la información probatoria de contenido empírico, recibida. Por lo que debe ser rescatado del oscuro reino de lo intuitivo y hacerse consciente, explícito, justificado y revisable.

⁵³ F. Gorphe, *Las resoluciones*, cit., pág. 22.

⁵⁴ F. Gorphe, *Apreciación judicial*, cit., pág. 135.

excluirlo, por tanto, del ámbito de lo justificable, de lo susceptible de motivación; y, en fin, da razón de la pretensión de cerrar el paso a la crítica externa en este campo⁵⁵.

Hay un tipo de supuestos en los que el *modus operandi* descrito se hace presente de la forma más visible y con un exuberante desarrollo de todas sus implicaciones negativas. Me refiero a los casos de una única prueba, la de la víctima-testigo de cargo, que, tratándose de agresiones sexuales, dista mucho de ser un ejemplo de libro en la experiencia jurisdiccional⁵⁶.

Cuando, lo que es frecuente, no hay otros datos que los aportados por la afirmación del o de la testigo y la negación del acusado, la *ratio decidendi* suele reducirse en la práctica a cuestión de mera credibilidad, en la clave esencialmente intuitiva a la que se ha hecho mención⁵⁷. Con la particularidad de que a los riesgos de una testifical de esa naturaleza (por lo dicho acerca del entorno de la observación que suele concurrir en tales casos, y por la bien conocida alta incidencia del error en los reconocimientos de personas) se uniría, para reforzarlos, la vigencia del tópico, tan implantado, sobre el carácter particularmente íntimo de la decisión en la materia, que la haría prácticamente inmotivada y, por ello, también, prácticamente irrecurrible.

A las inquietantes particularidades de este tipo de supuestos se suma otra, asimismo frecuente en la jurisprudencia al respecto. Y es que en las sentencias es recurrente una justificación de la legitimidad de la condena fundada en el *testis unus* que, aunque suele ir acompañada de una profesión de rechazo del paradigma de la prueba legal, implícitamente lo recupera en cierto modo. Es así cuando se argumenta diciendo que, de no reconocerse valor al testigo de cargo único, delitos tan odiosos como los de referencia transcurrirían en la impunidad⁵⁸.

⁵⁵ Así, expresivamente en la sentencia 1626/2002, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuando se dice de la testifical que es prueba "directa" por lo que no cabe "censurar la apreciación que de ella hizo el tribunal a quo, que es el único que puede realizarla en virtud del principio de inmediatez".

⁵⁶ Lo pone de manifiesto el detallado tratamiento de que hace objeto al asunto un autor como Frammarino del Malatesta, en *Lógica de las pruebas en materia criminal*, trad. de S. Carrejo y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 4ª ed., 1988, II, págs. 135 y ss.

⁵⁷ Lo expresa muy bien F. Cordero: "cuando faltan elementos externos de corroboración, el resultado depende de factores emotivos" (en *Guía a la procedura penale*, UTET, Torino, 1986, pág. 323).

⁵⁸ Así en sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo como las de 24 de enero y 11 de mayo de 1994, donde se dice que de no aceptarse esa atribución de valor incriminatorio al testimonio del testigo único quedaría impune un importante número de hechos delictivos, particularmente las agresiones a la libertad sexual y los robos con intimidación, llevados a cabo en parejas solitarios. En otras, como, por ejemplo, las de nº 2047/2002, de 10 de diciembre y 1667/2002, de 16 de octubre se afirma que la atribución de valor al testimonio de la víctima se hace "atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos (...) impide generalmente disponer de otras pruebas". Verdad es que se sugieren ciertas pautas de apreciación: "ausencia de incredulidad subjetiva", "verosimilitud" y "persistencia en la incriminación". Pero el problema es que estos lábiles indicadores suelen acogerse, con tendencia automatismo, como garantía legal de calidad del testimonio; es decir, como si bastasen por sí mismos, cuando lo cierto es que su presencia sólo podría ser tomada como un mínimo para entrar en la valoración crítica del testimonio. Pues es obvio que quien mantiene en diferentes ocasiones una declaración verosímil, sin exteriorizar animosidad, puede muy bien equivocarse o incluso falsear conscientemente la realidad. Una buena prueba de esa inclinación a rehabilitar el *testis unus* en la aludida clave de prueba legal está en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 8 de marzo de 2002, en la que se lee: "Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo le concede valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia..." (cursiva del autor).

Excusatio que tiene algo de rehabilitación del in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici transgredi⁵⁹, pues lo cierto es que la única razón compatible con el principio de presunción de inocencia que puede invocarse como fundamento de cualquier condena, para que sea legítima, es que la prueba ha llevado, con el necesario rigor, a través de un discurso racional y justificado, a la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

LA SEGUNDA INSTANCIA: NECESIDAD Y POSIBILIDAD

El modo habitual de abordar la cuestión segunda instancia, sí o no, en materia penal tiene que ver no tanto con el principio de la libre convicción en sí mismo considerado como con un determinado modo de entenderlo, al que ya he aludido en lo que antecede. Me refiero a la tendencia a ver la valoración de la prueba en conciencia como una suerte de momento sublime, de acceso quasi-místico al conocimiento sobre los hechos. Pues si la abolición de las reglas de la prueba legal significa que la valoración probatoria que el juez realiza discurre sólo merced a su convicción íntima, entendida como vacío de reglas⁶⁰, es que no es racionalizable, ni justificable, ni, por supuesto, susceptible de motivación y, menos aún, de fiscalización por terceros. Aquí, procesalmente hablando, la única garantía estaría en la rectitud y la imparcialidad del juez, ejercidas en régimen de inmediación. Con lo que, asegurada ésta como forma de relación, y presumida la primera y no cuestionada la segunda, la calidad del juicio quedaría garantizada. Y diríase que iuris et de iure. Con el resultado, según lo ya dicho, de convertir la inmediación –el visto y oído– en supuesto método infalible de conocimiento y valoración de la prueba⁶¹.

Así las cosas, es este modo de ver la inmediación, que no la inmediación misma como medio⁶², lo que resulta incompatible con el

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

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

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

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

establecimiento de la segunda instancia, con plenitud de jurisdicción, en materia penal. Pues, si la convicción judicial entendida como íntime conviction y la sentencia esencialmente inmotivada, que es su corolario, dejan paso a la valoración racional de la prueba, según las reglas del método hipotético-deductivo, motivada de forma que resulte intersubjetivamente cognoscible y cuestionable; y todo a partir de lo acontecido en un juicio documentado con la fidelidad que hace posible la técnica actual, el problemático asunto adquiere un perfil muy distinto.

La apuesta rigurosa por un enjuiciamiento de calidad reclama, incuestionablemente, tanto un juicio de primera instancia llevado a cabo -en lo relativo a la *quaestio facti*- según las reglas de método que hoy rigen la adquisición de conocimiento empírico, en lo (mucho) que tienen de transferible al campo del proceso⁶³; como la previsión de una segunda instancia que pueda resolverse en el enjuiciamiento pleno del anterior juicio. Lo que implica la posibilidad de un juicio tanto sobre lo que fue objeto del primero como sobre este juicio mismo y sobre la sentencia que lo decidió (obviamente, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria).

En este punto es preciso desterrar una falacia: la de que el juicio de primera instancia sería realmente repetible por el procedimiento de reiterar la totalidad de las actuaciones ante otro tribunal. Cuando lo cierto es que esas vicisitudes son realmente irrepetibles⁶⁴ en las condiciones en que se dieron, por el efecto gravemente condicionante que la primera experiencia procesal tendría en las representaciones y en las actitudes del imputado y de los testigos⁶⁵, e, incluso, en las del mismo juzgador, que nunca lo sería ya de primera instancia. Por eso, el dato base que hay que tomar en consideración no es que el juez o tribunal de segunda instancia vaya a carecer de contacto directo con las fuentes personales de prueba. Es que este contacto, en condiciones de cierta genuinidad, sólo está al alcance, y por una vez, de un primer juzgador, cuya decisión no puede quedar blindada, por esto sólo, a la

⁶³ Cfr. al respecto L. Ferrajoli, op. cit., págs. 51 y ss.; M. Taruffo, La prueba, cit., págs. 422 y ss.; G. Ubertis, la ricerca della verità giudiziale, en G. Ubertis (ed.), La conoscenza del fatto nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1992; del mismo autor, La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici, UTET, Torino, 1995. La bibliografía española en la materia se ha beneficiado recientemente de aportaciones de especial interés, procedentes del campo de la filosofía del derecho: J. Igartua Salaverria, Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995; M. Gascón Abellán, Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 1999; J. Ferrer Beltrán, Prueba y verdad en el derecho, Marcial Pons, Madrid, 2003; D. González Lagier, Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal), en esta misma revista.

⁶⁴ Ello no obstante, la constatación de un quebrantamiento relevante de garantías procesales, que normalmente inciden en el ámbito de la presunción de inocencia y repercuten de forma negativa en el ámbito de la prueba, puede justificar la repetición del juicio, como única salida de una situación en cierto modo aporética.

⁶⁵ Pues si este efecto es consecuencia habitual de la sucesión de interrogatorios, con mayor razón tendrá que producirse bajo el influjo, ya no del mero contacto aislado con el investigador policial o judicial, sino de la inserción en la compleja dinámica, fuertemente interactiva, de un juicio; que lleva consigo, además de un nuevo interrogatorio, el conocimiento de lo dicho por los demás interrogados, el cruce de opiniones entre quienes forman parte del entorno de interesados en la causa, e incluso de sectores más o menos amplios de público, con efectos quizá ampliados por la incidencia de los media, posiblemente incluida la televisión, y, en fin, la constancia del sentido de la decisión de primera instancia.

fiscalización jurisdiccional.

Siendo así, y tomando como punto de partida de la segunda instancia una correcta y fiel documentación de lo acontecido en la primera y una sentencia motivada con el necesario rigor⁶⁶, la falta de ese contacto original con una parte del material probatorio, no representaría un obstáculo insalvable para la racional valoración de su rendimiento por otro tribunal. Incluso permitiría –lo que es una ventaja– que ésta pudiera realizarse con el distanciamiento crítico preciso para detectar y subsanar eventuales desviaciones intimistas e irracionales de la apreciación probatoria. Por otro lado, es claro que el conocimiento por parte del juez de primera instancia de que su actuación podría ser eventualmente objeto de esta clase de control jurisdiccional, preactuaría sobre su conciencia profesional llevándolo a extremar la racionalidad en la formación y la justificación de las decisiones. Evitándose con ello un riesgo sobreañadido, implícito en la cultura de la prueba objeto de examen. Que es el derivado de la tendencia a privilegiar –más allá de lo que objetivamente les corresponda en el caso– el papel de las fuentes personales de prueba, sólo por el hecho de que, en términos de decisión y, sobre todo de motivación, obrar así hace bastante más fácil y más segura (frente a la crítica) la tarea de sentenciar.

UN APUNTE DE CONCLUSIONES

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

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

2^a Las aportaciones testificales, aun cuando procedan de quien actúa con el firme propósito de ser fiel transmisor de lo percibido,

⁶⁶ Sobre el alcance de la motivación en materia de hechos, cfr. M. Taruffo, *La prueba*, cit., págs. 435 y ss.

que conduce a la conclusión de que “fulano apretó el gatillo”. Aunque, ciertamente, podrá presentar mayores dificultades de reconstrucción probatoria.

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

11ª El examen con inmediatez de una fuente personal de prueba no pone en contacto –y menos directo– con los hechos. Permite percibir enunciados de contenido fáctico, que, de ser ciertos, bien interpretados según máximas de experiencia pertinentes y válidas, y siempre que las correspondientes conclusiones se traten con el debido rigor formal, podrán aportar información veraz sobre aquellos.

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

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

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

15ª La convicción judicial, correctamente entendida, no es “un estado anímico de certeza”, un movimiento del alma, ni un estado psicológico, sino el resultado de un estado de conocimiento, que debe alcanzarse en el marco de un proceso contradictorio, por un curso racional y críticamente autocontrolado de obtención y valoración de datos.

16ª La motivación en materia de hechos no puede ser “una

narración o descripción (...) del proceso psicológico que culmina en dar por probados o no los hechos cuestionados”⁶⁹. Una cosa es lo que acontece en el psiquismo del juez y otra el modo como él mismo conduce el razonamiento que lleva a la decisión. Lo primero no puede (y por ello no debe) justificarse, lo segundo debe ser racionalmente controlado y justificado.

17ª La adecuada asunción del deber de motivar obliga al juez a operar en el discurso probatorio con conciencia de los pasos del propio razonamiento. Una buena manera de comprobar la calidad racional de éste es explicarlo por escrito, objetivando así el rendimiento de cada medio de prueba, para descartarse de todo lo que no sea susceptible de verbalización⁷⁰.

18ª En la jurisprudencia, a partir de la del Tribunal Constitucional, suele afirmarse que no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación. Pues bien, sería mucho más correcto decir que existe un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales estén tan motivadas como sea necesario para que la decisión –en especial en materia de hechos- sea plenamente comprensible, en el porqué y en su alcance. En este punto, dado el margen de libertad con que opera, juega un papel de primer orden la honestidad intelectual del juez.

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

20ª Por lo que acaba de decirse, es necesario que el desarrollo del juicio de instancia sea documentado con la máxima fidelidad –en su “clave verbal”, incluyendo la literalidad de las preguntas y respuestas⁷¹- para hacer posible su examen en vía de recurso.

69 Así se expresa la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 1 de febrero de 2000. Como dice, muy expresivamente, Igartua Salaverria, “ningún matemático confundiría la demostración de un teorema, o ningún científico la verificación de un aserto, con una página de su diario personal o con una historia de vida” (en Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más, en Jueces para la Democracia. Información y debate, nº 30, julio/2000, pág. 63).
70 Me he ocupado de este asunto en Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción, en Revista del Poder Judicial, nº 57 (2000), págs. 155 y ss. (Ahora en este volumen).

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

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

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

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

SOBRE PRUEBA Y PROCESO PENAL

Perfecto Andrés Ibáñez

'EXCUSATIO NON PETITA' PERO NECESARIA

Si el término que da título a esta revista –Discusiones– se tomase al pie de la letra a la hora de prefigurar el contenido del presente número, el que esto escribe carecería de legitimidad para intervenir en él como participante en un debate con Michele Taruffo. De un lado, sinceramente, por razón de (in)competencia teórica para una hipotética aproximación crítica a sus planteamientos sobre la prueba. Y, de otro, por lo mucho que mi actual modo de concebir la experiencia jurisdiccional en la materia le debe a él; hasta el punto de que actualmente me resultaría imposible ejercerla o pensarla al margen de lo aprendido en sus textos. Por más que, es obvio, el eventual desacierto en la aplicación sea sólo de mi exclusiva responsabilidad.

Pues bien, tal es la razón de que, gracias a la benevolencia de los anfitriones, haya optado por una aproximación –(dicho sea con la mayor modestia y a reserva de lo que él opine al respecto) desde Taruffo, es decir desde su modo de entender la cuestión probatoria– a algunas cuestiones y tópicos de la justicia penal, tomando, claro está, las necesarias referencias, de la práctica actual los tribunales españoles. También, por la misma razón, en la exposición que sigue, no citaré expresamente a Taruffo, porque sería redundante, ya que está bien presente en mi discurso, con el optimismo de la razón, consecuentemente razonado, que late en su diamantina concepción de la prueba.

CAMBIOS EN LA CULTURA JUDICIAL SOBRE LA PRUEBA

En una sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid, del año 1982 se ponía de relieve la indudable ventaja –en la calidad de la apreciación de la prueba– representada por el hecho de que el juez que había decidido en primera instancia hubiera sido, además, instructor de la causa y gozado así del máximo de inmediatez en todas sus fases¹. Hoy, una circunstancia de ese género sería causa de nulidad del juicio y de la decisión, por manifiesta falta de imparcialidad objetiva del juzgador. Pues, en efecto, al haber desarrollado previamente funciones de investigador en la misma causa, habría pre-juzgado.

En un texto sumamente difundido entre los juristas prácticos

¹En esa época y hasta que el sistema fue declarado inconstitucional, la legislación española preveía –para delitos considerados menores– la figura de un juez que acumulaba las funciones de instruir y juzgar. Esta, ajena al modelo original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882, había sido introducida con posterioridad, a mediados del siglo XX, buscando una mayor rapidez en el enjuiciamiento, por la vía de rentabilizar la plantilla orgánica ya existente.

de finales de los 60 y buena parte de la década siguiente podía leerse: “no hay por qué razonar, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los sentenciadores. La ley quiere simplemente que formen un estado de juicio, de conciencia, de opinión y que tal estado se proyecte al resultando de hechos probados”². Es también obvio que hoy, una sentencia dictada conforme a este paradigma, debería ser asimismo anulada para que el juez o tribunal redactase otra en la que la valoración de la prueba apareciera expresa y debidamente motivada.

Creo que ambas referencias aportan otras tantas buenas razones para pensar que algo –incluso bastante– se mueve y se ha ganado en nuestra cultura procesal en materia probatoria. Pero, al mismo tiempo, un breve apunte de trabajo de campo como el que trataré de hacer en lo que sigue, pondrá de relieve que el progreso no discurre por un camino de progreso lineal y sin retorno posible, y que ciertos hábitos de profunda raigambre inquisitiva, profundamente arraigados en la formación heredada, siguen estando vigentes, aunque sea de forma soterrada, en el bagaje de los (de muchos) jueces. Muy en particular, en el tratamiento de la *quaestio facti*.

Quizá el primer problema latente en la materia es que ha faltado conciencia explícita de ella como realmente problemática. En general, ha sido frecuente cierta indiferencia al respecto, que es una forma de tratamiento por omisión, operando en el asunto como si la valoración de la prueba fuese algo que sólo tuviera que ver con la disposición moral del juez, de manera que, asegurada la buena calidad de ésta, lo demás se daría por añadidura. (No hace falta decir que semejante forma de aproximación al tema es la que mejor casa con cierta ideología corporativa y autoritaria del rol, muy difundida).

El tópico aludido no se explicaría, seguramente, sin tener en cuenta la influencia ejercida en los hábitos profesionales del juez y del jurista, por el positivismo dogmático, con su banalización de las dificultades de la interpretación y la consecuente negación de autonomía conceptual y relevancia a la cuestión de hecho en la experiencia jurídica y, muy particularmente, en la procesal. Es un contexto en el que de la afirmación de la inexistencia de reglas legales de valoración probatoria a la afirmación de la inexistencia de reglas de cualquier clase en la materia, no había más que un paso, que se dio con facilidad. Es como emerge el juez que llega hasta nosotros, tributario de cierta interpretación de conveniencia del *da mihi factum...*, y de una confortable concepción de la convicción judicial como experiencia mística o casi.

² J. Sáez Jiménez y E. López Fernández de Gamboa, Compendio de derecho procesal civil y penal, tomo IV, volumen II, Sanillana, Madrid, 1968, pág. 1287.

Se trata de un (anti)modelo de juez que carece objetivamente de espacio en la disciplina del proceso constitucionalmente vigente en la actualidad en muchos de nuestros países. Pero se trata de una disciplina que no suele tomarse con rigor en la profundidad de sus implicaciones de método o epistemológicas y de garantía, con el resultado de que sigan prevaleciendo muchas prácticas odiosas, eso sí, de indudable rendimiento en una perspectiva de mero control social.

INMEDIACIÓN Y JUICIO ORAL

El juicio oral recibido en la española Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, inspirada en el napoleónico sistema acusatorio formal, ha experimentado una sensible revalorización, a partir de la Constitución de 1978. Pero con indudables limitaciones. De un lado, porque –con demasiada frecuencia– sigue dándose valor, en determinadas condiciones, a los datos probatorios de cargo de fuente personal obtenidos en la fase de investigación, merced a la ficción de que el examen de su transcripción documental en la vista pública produce prueba realmente formada en régimen de contradictorio. Y, de otro, y es lo que aquí me interesa destacar, porque tiende a operarse de manera habitual con un concepto de la intermediación francamente cuestionable; entre otras cosas porque conecta con una concepción profundamente irracional de la prueba³.

La idea, nada discutible, de la necesidad de que el juzgador tome contacto directo con las fuentes de prueba suele encontrar prolongación mecánica en la de que esto se justifica, especialmente, porque le permite captar aspectos o matices singulares, cuya percepción no estaría al alcance de quien no haya podido gozar de esa relación presencial privilegiada. Obviamente, se piensa en ciertos rasgos particulares de la escenificación del testimonio o de la declaración del imputado⁴.

El punto de vista es sugestivo, en buena medida, porque conecta con algún tópico de sentido común. Pero su general aceptación acrítica en los tribunales se debe, a mi entender, a que enlaza con la interpretación psicologista de la libre convicción como intíma convicción, muy presente todavía en cierta (sub)cultura de la jurisdicción. El asunto dista mucho de ser banal. Por el contrario, es particularmente rico en implicaciones negativas, desde el punto de vista de una concepción racional de la valoración probatoria.

³ Cfr. sobre este asunto mi "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", en Doxa, 12/1992, pág. 297.

⁴ Me parece útil al respecto transcribir el siguiente párrafo, tomado de una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 9 de octubre de 1999. Dice así: "Muchas veces se ha dicho y ahora hay que repetirlo, que la presencia del testigo, o acusado, en el juicio oral aporta, no sólo una declaración, coincidente o no con las verdades anteriormente, sino también unos signos –forma de decir lo que se expresa, los silencios, las miradas, los gestos, que son manifestaciones elocuentes de unos sentimientos que a veces no se saben o no se quieren expresar con claridad, por piedad, por miedo, por vergüenza, etc.–, y éstos son aspectos muy importantes de la función judicial..."

La primera es que en ese modo de entender la intermediación se sobrevalora la significación de datos, cierto, sólo apreciables para quien los percibe en directo, pero que son los más ambiguos y equívocos, los más abiertos al uso incontrolado del arbitrio y a la inducción al error en el juicio. Curiosamente, escribe Cataldo Neuburguer “muchos jueces y abogados o jurados serían proclives a considerar que un observador puede descubrir más fácilmente la mentira en una conversación si tiene la posibilidad de ver las caras y los cuerpos de los que hablan. La investigación psicológica ha demostrado que esta convicción es falsa. El descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso sólo a la clave verbal de la comunicación en vez de a ésta y a la visual, al mismo tiempo”⁵. De donde resulta que, paradójicamente, en la obtención de la verdad judicial tendría la condición de supuesta ventaja un recurso fundadamente cuestionado como productor de calidad de conocimiento en el ámbito del saber científico, precisamente, el especializado en la psicología del testimonio.

Un segundo y grave inconveniente, es que la aceptación de esa dudosa máxima de experiencia en materia de intermediación conduce a blindar el juicio y la decisión de primera instancia frente a la crítica en otro plano jurisdiccional; puesto que algunos elementos de convicción, considerados fundamentales para la formación del criterio judicial en tema de hechos, por su difícil o imposible verbalización, por su práctica intraducibilidad en palabras, resultarían infiscalizables. El asunto tiene, además, notable trascendencia en el plano de la motivación, ya que produce el efecto de que ciertos aspectos de la valoración de la prueba y ciertas decisiones cuando la fuente de conocimiento sea exclusiva o básicamente personal, serían de imposible –o muy difícil- justificación⁶.

Por otro lado, la vigencia del tópico que se examina estimula inevitablemente a los jueces a una (cómoda) aproximación intuitiva o preconsciente al cuadro probatorio, creando el riesgo de que acaben por no ver en él más elementos relevantes que los aprehensibles en esa peligrosa clave hipersubjetiva, que hace mucho más cómoda y fácil la decisión. Y, en fin, conduce de forma inevitable a una pérdida de significación de la segunda instancia como momento de crítica o de juicio sobre el juicio de la primera, con la subsiguiente degradación de ese fundamental momento de garantía.

No se trata de pasar de un extremo a otro: la intermediación debe jugar un papel relevante como presupuesto necesario (aunque no

⁵ L. De Cataldo Neuburguer, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Cedam, Padova, 2000, pág. 13.

⁶ Un caso paradigmático y de cierta recurrencia en la práctica judicial es el de las causas penales por agresión sexual en las que el cuadro probatorio se reduce en exclusiva al señalamiento del acusado como autor por parte de la víctima y a la negación por éste de cualquier implicación en los hechos, sin corroboraciones posibles. En supuestos así, no es inusual que recaiga una sentencia condenatoria fundada en la simple afirmación –desnuda, por más retórica que se le eche encima- de que la testigo y perjudicada le pareció más creíble al tribunal.

suficiente) de un juicio de cierta calidad, para el que los datos procedentes de fuentes personales de prueba serán siempre importantes. Si bien a condición de que los tomados en consideración sean siempre y sólo datos verbalizables y suficientemente verbalizados, para que resulten intersubjetivamente evaluables, susceptibles de un control racional de su valor convictivo mediante la puesta en relación con los de otra procedencia. Tendría poco sentido convocar a las partes a la interlocución rigurosa en el marco del juicio si el destinatario de lo producido en él pudiera, al fin, decidir como lo haría oráculo.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, REGLA DE JUICIO

En la jurisprudencia española de la etapa postconstitucional son frecuentes las proclamaciones entusiastas del valor central de este principio en la economía del enjuiciamiento. Y hay que reconocer que, ciertamente, juega un papel relevante. Pero también es cierto que se está bastante lejos de reconocerle el que constitucional y metodológicamente le correspondería en toda su profundidad y extensión.

Una primera limitación es la que se expresa en la afirmación de que entre el principio de presunción de inocencia y el *in dubio pro reo* existe una diversidad de naturaleza, que tiene el consiguiente reflejo en la relevancia de la garantía y de las posibles vulneraciones: constitucional en el primer caso, y de mera legalidad ordinaria en el segundo. El Tribunal Constitucional español y, por su influencia, todos los restantes, entienden que el campo de operaciones del primero es el de la verificación de la existencia (objetiva) de verdadera prueba de cargo; mientras que el segundo sólo entraría en juego en un momento posterior, el de la valoración de la previamente constatada como existente. Con el resultado –conexo al aludido modo de entender la inmediación– de que así cabría que otro tribunal, en vía de recurso, pudiera apreciar una eventual vulneración del principio de inocencia en la sentencia de primera instancia, puesto que se trataría de constatar la existencia de un objetivo vacío probatorio; mientras carecería, en cambio, de aptitud para conocer tratándose del *in dubio pro reo*, por el carácter personalísimo e intransferible de la valoración de la prueba realmente existente, en particular las manifestaciones del imputado y de los testigos. Esta demarcación tajante entre ambas dimensiones del principio de inocencia, erróneamente tratadas como si fueran dos principios distintos, ha experimentado cierta atenuación al entenderse que el de presunción de inocencia se vería asimismo comprometido cuando, existiendo materialmente prueba susceptible de ser valorada como de cargo, lo hubiera sido con infracción o al margen de las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. Pero, en todo caso, permaneciendo siempre firme el aludido criterio de pretendida delimitación conceptual,

por razón de la diversidad de naturaleza de esos dos planos.

La vigencia del principio de presunción de inocencia como regla de juicio impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación como una hipótesis que sólo puede llevarle a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación, según lo que resulte del juicio. Cuando esa hipótesis no pueda entenderse confirmada habrá de prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado. Así, desde este punto de vista, es claro que no cabe establecer una suerte de diferencia ontológica entre la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, por razón de su modo de incidir en el fenómeno probatorio. Antes al contrario, el segundo carece de autonomía conceptual respecto del primero, desde el momento en que todo lo que no es acreditada culpabilidad queda necesariamente comprendido en el ámbito de la inocencia, cuya afirmación definitiva después de un juicio debe ser incondicionada. Cuando se parte de la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación –sea cual fuere la causa– sólo puede confirmar el status de inocencia preexistente.

Otro terreno en el que el principio de que me ocupo experimenta un padecimiento sensible es el de la determinación de su ámbito de incidencia en relación con los elementos del delito. La cuestión a que me refiero tiene acabada expresión en numerosas sentencias de la sala penal del Tribunal Supremo español. Así, en la 935/1998, de 13 de julio, cuando proclama la necesidad de distinguir “el problema de la existencia o no de prueba de cargo [del] tema de las deducciones o inferencias, llamadas también juicios de valor sobre intenciones, que por no ser hechos en sentido estricto y no ser aprehensibles por los sentidos no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y quedan fuera del ámbito de la presunción de inocencia”. Con otras palabras, la intención, en tanto que factor integrante de la acción, que merece la consideración de elemento subjetivo del tipo, no se probaría propiamente hablando, sino que su determinación en el supuesto concreto será el resultado de una valoración jurídica (axiológica, se dice a veces), de un juicio de valor del juez o tribunal, cuyo espacio propio es el de la subsunción⁷. Este desplazamiento de la comprobación de la existencia de un elemento nuclear del delito al área de la interpretación, cual si se tratase de un aspecto más de la atribución de significado al enunciados normativo y no de la constatación de la existencia o no de un dato real que pertenece al thema probandum, expresa una notable precariedad en el aparato conceptual, que difícilmente puede darse sin consecuencias

⁷ En esos términos la sentencia de la misma sala 2084/2001, de 13 de diciembre, en la que se lee que es “el lugar propio de consideración de tales elementos subjetivos el proceso de subsunción de tales hechos en la norma jurídica aplicable”.

para la calidad del enjuiciamiento.

Una implicación esencial del principio de presunción de inocencia es la prohibición de valorar cualquier elemento probatorio obtenido con vulneración de un derecho fundamental en el acceso a la fuente o al medio de prueba correspondiente; ello en razón de que sólo puede condenarse en virtud de prueba de cargo válida. Tal exigencia tiene clara expresión en el art. 11,1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Hasta el año 1998, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español el imperativo de exclusión de las pruebas ilícitamente obtenidas, incluidas las indirectas o reflejas tenía plena vigencia. Pero desde la sentencia nº 81/1998 se produce un significativo recorte en el alcance de la garantía, con la acuñación de una categoría, la “conexión de antijuridicidad”.

El nuevo paradigma puede expresarse así: no basta que la información que permite acceder a una fuente de prueba haya sido adquirida a partir de otra obtenida mediante la violación de un derecho fundamental. Es decir, en un ejemplo recurrente, no resulta suficiente la ilegitimidad constitucional de la intervención telefónica que hizo posible la incautación de la droga, para que la declaración autoinculpatoria del imputado por la tenencia de la misma, al ser interrogado sobre la base del conocimiento obtenido a través del control de su teléfono, tenga que considerarse inválida e inutilizable. Además de esa relación genética (calificada de) natural entre los dos momentos del cuadro probatorio –dice el Tribunal Constitucional- deberá darse una conexión jurídica, la llamada conexión de antijuridicidad. Para determinar la existencia de ésta –continúa la alta instancia- hay que operar en dos planos. En el primero, denotado como interno, se ha de comprobar si la prueba refleja puede considerarse constitucionalmente legítima, esto es, jurídicamente ajena a la vulneración originaria del derecho fundamental. En el ejemplo aludido, tal sería el caso de las manifestaciones del imputado, reputadas prueba independiente y ajena a la interceptación telefónica viciada, porque en el momento de esa declaración el derecho al secreto de las comunicaciones no habría experimentado –¡obviamente!- una (otra) vulneración actual, por lo demás ya innecesaria. En el segundo plano, calificado de externo, habría que comprobar si la prohibición de valoración viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental. Y al respecto, en casos como el contemplado, la respuesta suele ser que no, debido a que el imputado en cuestión habría declarado con todas las garantías, al haberlo hecho voluntariamente y asistido por su defensor en el juicio. De este modo, mientras un acusado que, en las condiciones dadas, negase la existencia de la droga, tendría que ser absuelto por

falta de prueba válida; el que, rendido ingenuamente a la evidencia física del hallazgo de la droga en su poder, aceptase este dato, resultaría condenado. Y todo, en virtud del aludido artificio formal, construido a base de ignorar que cualquier pregunta acerca de la tenencia de la sustancia sólo podría hacerse desde la premisa de una existencia de la misma procesal y lógicamente insostenible en el contexto normativo que impone el precepto citado.

En efecto, con este modo de razonar, el Tribunal Constitucional olvida que su jurisdicción no se extiende al campo del diccionario ni al de la lógica. Al primero pertenece el sentido de los términos “directa o indirectamente”, empleados por el legislador para señalar de forma imperativa el alcance de la prohibición absoluta de utilizar los elementos de prueba viciados de inconstitucionalidad. Y, al segundo, la conclusión ineludible de que la expulsión efectiva del proceso de la fuente de prueba viciada y de su rendimiento, implica de forma necesaria eliminar del discurso probatorio una premisa que sería imprescindible para la identificación y el ulterior examen de la prueba indirecta o refleja. De manera que, al ser la prohibición de utilizar prueba ilícita una implicación lógica del principio de presunción de inocencia, en la forma que lo acoge el legislador español, la única clase de vinculación legítimamente atendible, y relevante, por tanto, es también de carácter lógico. Así las cosas, trasladar arbitrariamente el asunto a otro terreno es una forma, también arbitraria, de redimensionar gravemente a la baja la proyección de esa garantía constitucional.

LA FORMACIÓN Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONVICCIÓN JUDICIAL

Hoy cualquier profesional de la jurisdicción suscribirá sin reservas la doble afirmación de que la convicción del juez debe formarse en virtud de criterios racionales, a tenor del resultado del juicio contradictorio, y motivarse debidamente. Ahora bien, abundan las sentencias que se abren con rotundas declaraciones en tal sentido, desmentidas a continuación por un modo de operar judicial que no se ajusta a ese paradigma.

Entre nosotros, la declaración del imputado ante la policía no tiene otro valor que el de simple denuncia y el contenido de la misma no podría ser objeto de lectura en el juicio para contrastar la veracidad de lo manifestado en él por aquél⁸. Sin embargo, se ha considerado prueba válida al afecto de fundar la condena, la manifestación de un imputado, que no declaró ante el juez instructor ni ante el tribunal, sólo porque los funcionarios policiales ante los que sí lo había hecho en comisaría comparecieron en el juicio como testigos (Sentencia de la

⁸ Esta afirmación tiene apoyo nunca discutido en los arts. 297 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sala Penal del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002). Con lo que el atestado policial que, por escrito, sólo tendría valor de denuncia en versión oral, resulta transustanciado en prueba plena. Con llamativa ruptura de esa lógica de fondo del proceso acusatorio que se cifra en la esencialidad del juicio en régimen de contradicción; y del principio *nemo tenetur se detegere*, hoy de indudable relevancia constitucional, que veta toda posibilidad de subrogación de alguien en el papel del imputado, asistido del derecho al silencio y de una singular y personalísima posición procesal. Máxime cuando resulta que la opción por el modelo de proceso que se expresa en estas exigencias responde no sólo a razones de garantía de derechos, sino también a requerimientos de método, tenidos como esenciales para alcanzar una verdad procesal de calidad.

En una sentencia del mismo tribunal, de 12 de febrero de 1993, se lee: “la convicción, que a través de la inmediación forma el tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de una motivación”. Un conocido magistrado encontraba una buena razón para relativizar el deber constitucional de motivación en el hecho de que “en un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de culpabilidad, y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido”, por lo que no sabe “como habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos”, pues “ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio”⁹. Y en otra sentencia de la misma instancia, de 15 de mayo de 1992, se afirmaba: “Si en los hechos probados se describe de manera inequívoca la participación del acusado en los hechos y su actuación voluntaria y causal del resultado lesivo que luego se declara, supone una motivación más que suficiente”.

Las tres citas que acaban de hacerse ilustran con fidelidad hasta qué punto el paradigma del proceso acusatorio con todas sus implicaciones, tiene una vigencia que puede resultar bastante limitada. Entre otras cosas, por la relativización del valor del juicio como momento de adquisición de conocimiento válido; por la deficiente asunción de la mencionada dimensión de método del proceso contradictorio, debida a la creencia muy instalada de que en la decisión actúa un sexto sentido incontrolable, y que el deber de motivación sólo opera *ex post* y *ad extra*, de manera que su incumplimiento no obliga necesariamente a cuestionar la calidad de la decisión.

En efecto, el juicio oral, con la mayor frecuencia, tiene a

⁹ E. Ruiz Vadillo, “Hacia una nueva casación penal”, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, nº 1585, pág. 5685.

convertirse en un espacio para la sanción meramente formal de informaciones obtenidas, en general, de forma unilateral en un anterior momento procesal (o incluso preprocesal); sin tener en cuenta que éstas, si aptas para justificar la necesidad de abrir el juicio, no pueden ocupar el lugar de las pruebas, que únicamente pueden producirse dentro de aquél. El conocimiento relevante para la decisión no llega al juicio desde afuera, sino que, como regla, debe obtenerse en él, de ahí su centralidad, que no es meramente ritual o simbólica, sino de raíz epistémica: sólo en ese contexto de interlocución real entre las partes, el juez puede gozar de la condición de tercero y de la aptitud precisa para evaluar como tal, con el debido rigor, la calidad explicativa de las hipótesis en presencia. Por eso, cabe decir, el principio de contradicción sólo actúa como garantía en la medida en que resulte activamente asumido en esa primera dimensión metódica.

De ahí también que la motivación, además de cumplir una función explicativa o de justificación a posteriori, debe hacerse presente como conciencia actual de deber en todo el curso del enjuiciamiento, bajo la forma de control de racionalidad de las propias inferencias y del propio proceso discursivo por parte del juez. Este, en rigor, sólo está autorizado a introducir en su razonamiento decisorio aquellas impresiones que sea capaz de verbalizar y se abstendrá de decidir lo que no pueda justificar satisfactoriamente. Es la única manera de que el deber de motivación preactúe, haciendo que el juez se mueva sólo en el ámbito de lo justificable. Por eso, si podría decirse que no hay conocimiento válido antes y fuera del juicio, cabe afirmar que tampoco puede haberlo con independencia o al margen de una rigurosa observancia del deber de motivar.

Tomar el proceso en serio, que es una condición *sine qua non* para hacer lo propio con los derechos, reclama asumir con coherencia la aludida polivalencia del mismo, y la recíproca interconexión y condicionamiento de las dos dimensiones o momentos reiteradamente aludidos. Sólo así podría llegarse a una eficaz superación de la lógica inquisitorial que sigue latiendo en la cultura y en la práctica de muchos jueces y fiscales y en amplísimos sectores de juristas con tanta fuerza como ponen de manifiesto los ejemplos traídos aquí. Es claro, pues, que la tarea –como las propias implicaciones de la experiencia procesal– reclama de forma vehemente una clase de compromiso que desborda con amplitud los límites del palacio de justicia, para interpelar vivamente a la cultura jurídica.