

Perfecto Andrés Ibáñez

Prueba y convicción judicial en el proceso penal

Prólogo de Daniel R. Pastor

claves del derecho procesal penal | 4 Francisco Muñoz Conde · Marcela De Langhe dirección



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



© Copyright by
editorial hammurabi s.r.l.

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

Producción integral



concept design

de Fernando Lucas Depalma

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

Esta edición de 1000 ejemplares,
más sobrante para reposición
se terminó de imprimir
en el mes de mayo de 2009
en los talleres gráficos «St Gráfico»
San Antonio 834, Buenos Aires - Argentina

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

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-407-7

Andrés Ibáñez, Perfecto
Prueba y convicción judicial en el proceso penal

1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009

248 ps., 19,5x12 cm.

[claves del derecho procesal penal; 4 / dir. por Francisco Muñoz Conde y Marcela De Langhe]

ISBN: 978-950-741-407-7

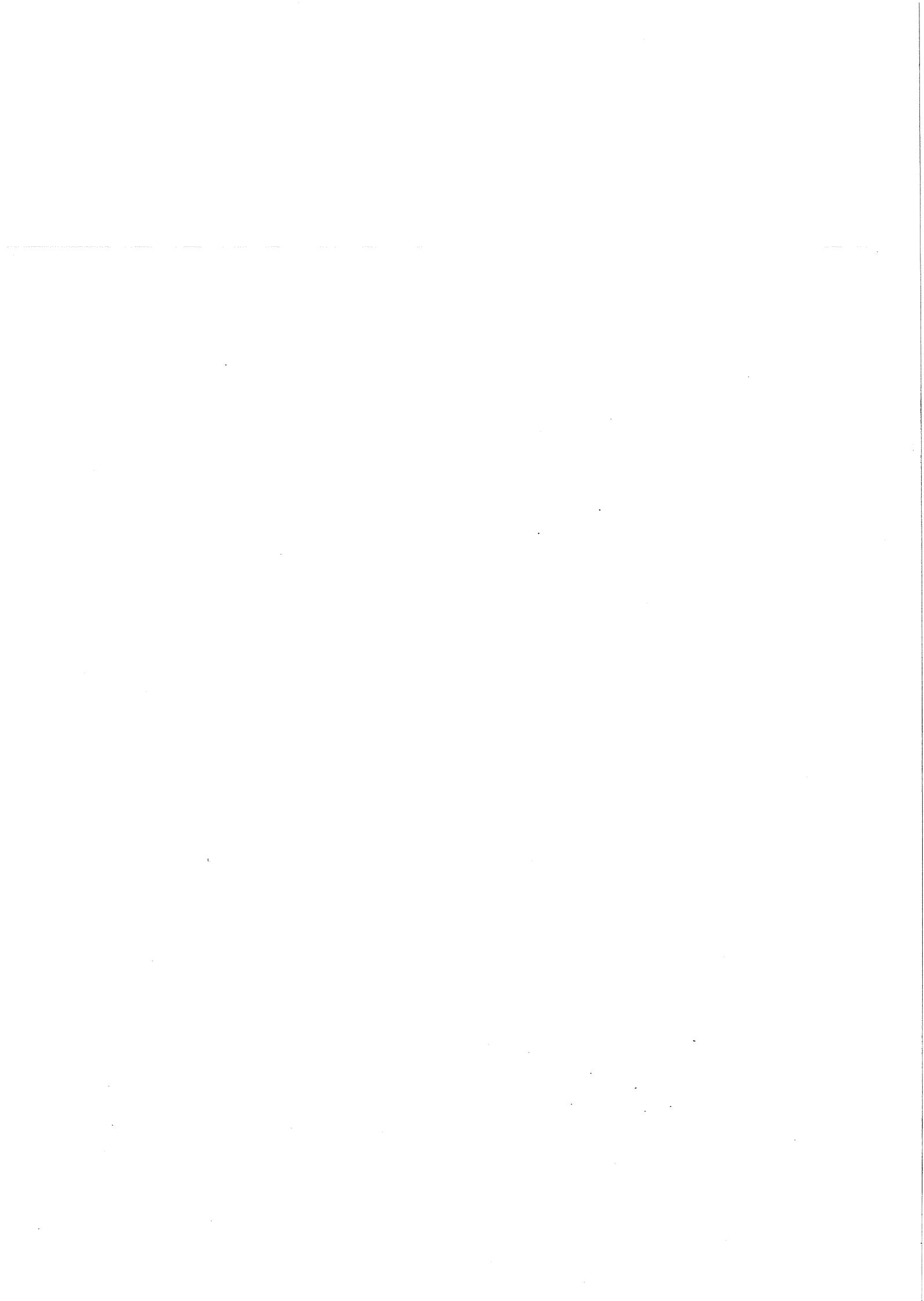
CDD 347.05

Fecha de catalogación: 22/4/2009

A LUIGI FERRAJOLI y SALVATORE SENESE,
*cuando hace ya más de treinta años de una inolvidable
madrugada en Viale Ippocrate, por su amistad
y su impagable magisterio*

A PIER LUIGI ZANCHETTA,
*ser humano y amigo excepcional,
por el ejemplo de su coraje*

A ALBERTO JORGE BARREIRO
y ADRIAN VARILLAS GOMEZ,
*por lo vivido y lo aprendido en diez años
de una riquísima experiencia jurisdiccional compartida*



Índice general

<i>Prólogo</i>	13
----------------------	----

— § 1 —

Vicisitudes e itinerarios de la convicción probatoria en el proceso penal

a) Secular búsqueda de un criterio... sin reparar en medios	27
b) «Soberanía» del juzgador	38
c) Pero hay reglas	48
d) Una mística de la intermediación	58
e) El cuadro probatorio	64

— § 2 —

Presunción de inocencia e «in dubio pro reo»

a) El accidentado camino de la inocencia como principio	75
b) Más allá de toda duda razonable	87

— § 3 —

La supuesta facilidad de la testifical

a) Una prueba bajo sospecha	99
b) El laberinto de la memoria	107
c) La memoria del testigo, factor de riesgo	112
d) Prácticas institucionales que tampoco ayudan	116

— § 4 —

*Sobre el valor probatorio
de las actuaciones judiciales
en la fase de investigación*

.....	127
-------	-----

— § 5 —

*Presentación de un caso en tema de valoración
de la prueba*

a) Hechos probados	147
b) Fallo	149
c) Antecedentes	149
d) <i>Thema probandum</i>	150
e) Partes en el juicio y sus posiciones	150
f) Cuadro probatorio	151
g) Valoración de la prueba	154
h) Máximas de experiencia pertinentes al caso	159

— § 6 —

En materia de prueba pericial (notas)

.....	161
-------	-----

— § 7 —

*La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión
de legitimidad*

a) Garantías procesales y calidad de verdad	181
b) Con garantías, sí, pero... ..	190
c) Una disciplina constitucional exigente	194
d) Falaz vía de escape	199

I — APENDICE JURISPRUDENCIAL

A — *Jurisprudencia extranjera*

Análisis de las instrucciones en conjunto. Evidencia moral
y certeza moral. Mera duda posible. Duda real y sustan-

Índice general 11

cial. Certeza moral. Probabilidades sólidas. [«Victor v. Nebraska», 511 U.S. 1, Suprema Corte de los Estados Unidos, 22/3/94, junto con «Sandoval v. California»] 209

B — Jurisprudencia nacional

- I. Inobservancia de la regla de la sana crítica. Teoría de la *Leistungsfähigkeit*. Límites de la revisión. Inmediación. Admisibilidad y valoración de la prueba. [CSJN, «Casal», 20/9/05, *CSJN-Fallos*, 328:3399] 214
- II. Facultad de los jueces para revisar traducciones de oficio según la sana crítica. [CSJN, «Báez», 3/4/03, *CSJN-Fallos*, 326:991] 224
- III. Facultad de revisión de sentencias que se apartan de la sana crítica racional. [CSJN, «Matte», 18/7/02, *CSJN-Fallos*, 325:1845] 226
- IV. Valoración de testificales de oídas, de la opinión de un especialista o del peritaje psicológico. [CSJN, «M., H. H. c/H., M. C.», 29/6/04, *CSJN-Fallos*, 327:2660] 228

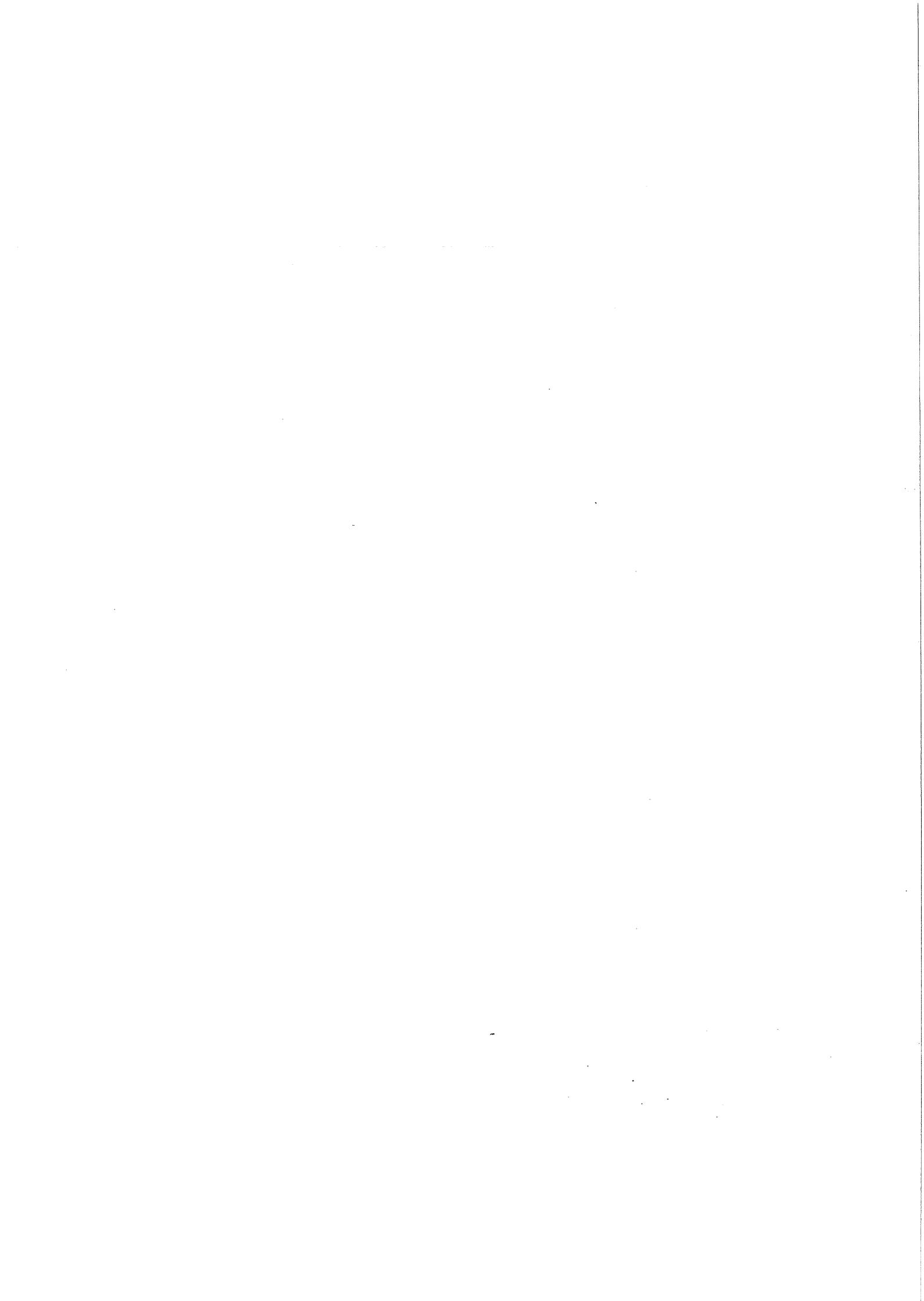
II — APENDICE LEGISLATIVO

A — Legislación española

Ley de Enjuiciamiento Criminal española 233

B — Legislación argentina

- I. Código Procesal Penal de la Nación 242
- II. Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 244
- III. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires 245



Prólogo

Este libro enseña que la prueba despeja dudas. Coherente con ello nos deja también otra certeza: Perfecto Andrés Ibáñez es uno de los más eruditos y refinados estudiosos del derecho procesal penal contemporáneo. En todo el tratamiento de los temas reunidos en la obra se extiende luminosa la flama de su pluma, sabia para los problemas teóricos y filosa para los de la experiencia práctica.

Si uno tuviera que elegir cuál es el problema capital del proceso penal, lo cual equivaldría a optar entre prueba y coerción, ganaría la prueba, pues ella, tan central como la otra, tiene sin embargo un plus de relevancia: la prueba es condición también de las medidas de coerción. Ya lo había sentenciado von Ihering: El precio del pleito es la prueba.

Así que estamos ante la obra de un gran autor dedicada a un gran tema.

El primer capítulo del libro sirve para introducir la cuestión probatoria en el marco del proceso penal. Para ello es relatada la evolución histórica de un fenómeno presente en los modelos de enjuiciamiento desde siempre. Así, el autor describe las razones por las cuales la epistemología penal pasó de etapa en etapa buscando una racionalización de la convicción judicial en su tarea de despejar la duda que naturalmente siembra toda hipótesis inicial acerca de que se ha cometido un delito. Aquí es rescatado lo más relevante explicativamente del tránsito de las ordalías a las pruebas legales,

y de éstas a la íntima convicción, todo en clave indispensable para comprender que dichos sistemas de valoración probatoria son incompatibles con una comprobación de calidad de las proposiciones en pugna acerca de lo sucedido. Andrés Ibáñez demuestra que en lugar de todo ello el conocimiento probatorio, siempre inferencial, exige por consiguiente la fundamentación de las decisiones como criterio central en la materia: la motivación de la sentencia como garantía de garantías, en la terminología ferrajoliana. La originalidad de esta obra está en la idea de que no se trata de una opción, sino de una condición de legitimidad de la tarea judicial. En efecto, el modelo procesal penal del Estado constitucional de derecho determina que las condenaciones sólo serán legítimas si logran convencer motivadamente acerca de su calidad en términos probatorios. De este modo, nada del debido proceso, tal como se lo entiende hoy en día en los Estados de derecho avanzados, quedará asegurado si no se puede verificar su estricto respeto por medio de una sentencia debidamente motivada que permita ese control. Así, tenemos verificada una unión inseparable entre modelo garantista de enjuiciamiento y motivación de la sentencia. Para ello el Magistrado del Supremo español derriba con toda razón los mitos de la confianza ciega en la libre convicción judicial y de la imposibilidad fáctica de controlar lo que depende de la inmediación. En su lugar nos propone una concepción plena de sentido del «cuadro probatorio» que debe ser plasmado pormenorizadamente en la sentencia como resultado del examen de cada fuente de prueba, todas debidamente detalladas, y del rendimiento de cada una de ellas para crear plausibilidad respecto de las hipótesis en discusión. Aquí puede ser vista otra aportación original de este libro: también el contradictorio exige la motivación, pues para que la sentencia sea legítima es requerido «que el principio de contradicción trascienda el ámbito y el momento del juicio» para entrar en la sentencia «proyectando su incidencia en el curso de su elaboración, en el tratamiento del acervo probatorio». Para ello es necesario

que la resolución verbalice el modo en que se ha operado para formar la decisión respecto de la información probatoria obtenida válidamente. El autor señala que éste no es un procedimiento diabólico imposible de desarrollar. Antes bien, Andrés Ibáñez demuestra, coherentemente, «que se trata de un ejercicio perfectamente realizable».

El capítulo siguiente de la obra trata la cuestión de la presunción de inocencia y del principio in dubio, parangonado con razón a la versión anglosajona que lo devuelve al castellano traducido en la fórmula popular y bella de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. En el final la conclusión conecta con lo anteriormente dicho: sin fundamentación de la sentencia estos principios básicos del enjuiciamiento penal no pasan de vivir en los papeles; para que rijan efectivamente hace falta un discurso de la decisión que plasme la calidad inferencial de lo resuelto en materia probatoria, «tomando en consideración determinados datos y ciertos parámetros de valoración». La repercusión más relevante de esta manera de entender el mundo de la prueba reside probablemente en que su valoración es competencia del tribunal de instancia, «pero sólo en primera instancia», de modo que la sentencia deberá tolerar su fiscalización en segunda instancia también respecto de las inferencias relativas a las comprobaciones probatorias. El trabajo muestra la evolución histórica de la presunción de inocencia en la formación de la prueba. También que, en este punto, el principio in dubio es más que su corolario: «es sólo una forma de llamar a la presunción de inocencia». Esto lleva a que la cuestión carezca de todo protagonismo en sistemas inquisitivos que condenan aun en caso de duda (pena extraordinaria o de sospecha), pero también en sistemas acusatorios regidos por una visión de la libre convicción que en su lucha contra la prueba no libre (tasada) se pasan a una perspectiva intimista que ahorra al juez dar cualquier razón de su convencimiento acerca de la comprobación de la hipótesis en juego, dejando todo en manos del mayor arbitrio judicial. De ello deduce Andrés Ibá-

ñez: a) que no hay absoluciones «a medias», de esas que consideran culpable al acusado pero que como no pueden probarlo absuelven marcando diferencias entre los inocentes (en lugar de ello afirma el autor que toda resolución que termina con el proceso sin condenar implica ratificar la inocencia antes sólo presumida); b) que las exigencias probatorias no deben ser reducidas, según la práctica al uso en la jurisprudencia, en función de hechos tan graves o alarmantes que reclamen socialmente una sanción ejemplar; c) que el juzgador sólo es imparcial si, partiendo desde la inocencia, explica en el área de los fundamentos probatorios de la decisión el porqué razonado de su plausible convencimiento en favor de una de las proposiciones en disputa, lo cual supone «la aceptación intelectualmente honesta del deber de motivar» como «garantía de rigor» de la vigencia real de la presunción de inocencia y del principio *in dubio*, algo que se logra, aplicando el «máximo nivel de lucidez de conciencia», si se trabaja con «la objetivación del discurso mediante la escritura». Este apartado deja al pasar otras dos enseñanzas más. La primera dice que, como ya se sabe, no todo lo acusatorio es valioso ni todo lo inquisitivo es despreciable; algo que se ve aquí, por un lado, en la deriva autoritaria de la reacción ilustrada (acusatoria) contra la prueba legalmente condicionada (intima convicción) y, por el otro, en el valor de la escritura —generalmente despreciada por los ingenuos como síntoma de la grafomanía inquisitorial— para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del acusado. La segunda dice que no hay tanta distancia entre los dos mundos jurídicos que cuentan pues *in dubio pro reo* (civil law) o culpabilidad más allá de toda duda razonable (common law) son únicamente dos formulaciones diferentes de lo mismo.

En el capítulo III el autor se detiene en las vicisitudes de la testimonial. Una opción obligatoria en una obra sobre prueba, dado que la testimonial es la única prueba propiamente directa y es la única que respalda las características constitutivas del modelo de enjuiciamiento oral: todo lo demás ya

quedó escrito antes de la vista pública. Una vez más Andrés Ibáñez vuelca todo su potencial en el tratamiento de este problema desde una perspectiva teórica sumamente erudita y desde una consideración práctica decisivamente experimentada. Así nos ilustra al mostrar los conflictos centrales de este medio probatorio calificado con razón de tan desconfiable como imprescindible. La desconfianza es explicada por las dificultades ya de observación que supone este modo de adquirir información en forma casi siempre inesperada y en un ambiente en general conflictivo o directamente violento, pero también por los mayores inconvenientes que supone la recreación de lo observado, verdadera reelaboración de lo sucedido que, como si no fuera suficiente con que sea un procedimiento arduo por naturaleza por las dificultades de retención y recuperación de la información adquirida, se ve más complicado por los factores distorsivos que se desprenden del ambiente institucional y de conflicto en el que declara el testigo y también por el posible interés que éste tenga en el resultado del litigio. Para afrontar todos estos contratiempos de la testimonial, sin arrojarla a la cesta de los papeles, el autor nos propone sabiamente unas cautelas a tener en cuenta a partir de los tres momentos de la práctica de esta prueba, a saber, la audición del declarante, la determinación de su credibilidad y la evaluación de la veracidad de lo declarado. Con razón señala el Magistrado del Supremo español que la segunda es la etapa más complicada, pero también que con sentido común y la ayuda de la moderna psicología del testimonio sus dificultades pueden ser superadas. Aquí el problema mayor lo aporta el testigo-víctima, cuestión tratada con detenimiento en la obra, especialmente en lo que respecta a la tendencia a aceptar ligeramente que en el delito «clandestino» (sin testigos; típico el abuso sexual) la voz de la víctima manda; ello no es así y el autor nos invita razonablemente a pagar el inevitable y preferible costo amargo de la impunidad en un cierto número de estos casos. El capítulo se ocupa finalmente del grave problema de los reconocimientos, en particular

del fotográfico, de los mitos jurisprudenciales en torno a la testimonial (especialmente, claro es dado el autor, el de los «valores» de la inmediación) y del método para otorgar confiabilidad a la información testimonial, exposición en la cual el libro alcanza uno de sus tantos pasajes sublimes al ser descrita la labor judicial de presentación de la «prueba testimonial corroborada», para lo cual, ante todo, se reconoce que una refutación de un testimonio de cargo bastará para no condenar, mientras que para hacerlo se requerirá de varias comprobaciones, pues «corroborar es dar fuerza a una afirmación inculpatoria de fuente testifical con datos probatorios de otra procedencia...»; y estos son «los obtenidos de una fuente atendible y dotados de contenido informativo contrastado». La información del testigo debe ser cruzada con las demás. Así pues, «corroborar es probar». Y un dato corrobora «...si versando sobre hechos distintos del principal pero relacionados con él, al ser cruzado con la información inicial relativa al mismo, produce el efecto de conectar también—aunque indirectamente— al imputado con la acción delictiva». Simplemente formidable.

En el capítulo IV Andrés Ibáñez demuestra que no va a dejar de lado ninguna de las cuestiones espinosas del derecho probatorio penal y enfrenta el problema del valor para la sentencia de las actuaciones de la investigación, otro tema primordial en la materia del cual pende en gran medida la supervivencia de un juicio oral efectivo, especialmente en estos tiempos en los que, como bien lo sabe y lo manifiesta el autor, el juicio oral ha perdido centralidad y se bate en retirada frente a tantas alternativas que, aunque bienintencionadas, no hacen más que derogarlo y convertir lo que era un principio cardinal del enjuiciamiento en una rara excepción. Por eso es usual oír a Andrés Ibáñez defender este principio con la consigna de presentar al juicio como una alternativa a las alternativas al juicio, para que la oralidad no sea solamente «media» y para que, si hace falta deflacionar el sistema penal, se piense en los «inputs» que lo recargan y no en la

supresión del juicio. En esta materia también el trabajo se mueve en el marco de la sensatez, de la elaboración de ideas para no descartar todo valor a las diligencias previas a un juicio como medida drástica para preservarlo, aunque ellas sólo podrán ser excepcionalmente aprovechadas para la sentencia bajo condiciones rigurosas en extremo. Aquí el autor detecta el problema de fondo, esto es, los alcances de la investigación preliminar y se previene bien de que la euforia por el juicio no conduzca, como es usual entre los enamorados de lo acusatorio a ultranza, a que todos los casos, a partir de una «liviana investigación», vayan a parar a la vista. En lugar de ello propone una adecuada consideración de la preliminar como fase del proceso destinada a «la elaboración de hipótesis e individualización de posibles fuentes de prueba destinadas a ser objeto de una evaluación provisional del posible rendimiento». He aquí la clave para resolver el problema, pues esa evaluación servirá para desechar lo que no asegure que el sufrimiento del imputado en el juicio esté justificado por la verificación con cierto detenimiento de la concurrencia de las circunstancias que avalan una acusación. En lo demás, el capítulo, como era de esperar, trata el asunto del «juicio mediante lecturas» poniendo unos límites exactos a los pocos casos en los cuales podrá entrar válidamente en la sentencia una prueba o bien sin oralidad, ni inmediación ni contradicción o bien sin oralidad ni inmediación pero al menos con contradicción. También se ocupa de la habitual perversión práctica de incorporar al juicio oral una confesión virtual del inculpado mediante el cuento del funcionario policial que la escuchó. Por último, el colega español hace hincapié en que en los delitos no naturales de nuestro tiempo es donde la investigación preliminar debe ser necesariamente algo más profunda y prolongada para que, sin reemplazar al juicio, garantice que, para un debate con algo de rigor, las partes dispongan previamente de toda la información necesaria. El autor sabe también salvar la centralidad del juicio aun en estos casos, dado que la imparcialidad del tribunal

de juicio asegurará la calidad explicativa que en definitiva, según la prueba del debate, corresponda asignar a las hipótesis en conflicto.

El capítulo V presenta con gran éxito un caso en tema de valoración de la prueba. Se trata de un gran aporte didáctico para comprender cómo debe discurrir con calidad la decisión acerca de lo probado de un caso. La exposición comienza afirmando los hechos que se consideran probados. A continuación recae el fallo. A partir de allí sigue la fundamentación, que comienza con los puntos descriptivos de los antecedentes del caso, el «thema probandum» (que supera lo descriptivo pues encierra ya en su formulación naturalmente la pista de aquello que se considera decisivo probar), la posición de las partes y el cuadro probatorio objetiva y completamente presentado. Finalmente el autor plantea la valoración centrada especialmente en la justificación del valor explicativo comprobado de cada una de las hipótesis que estaban en debate, para terminar con la relación de las máximas de experiencia utilizadas en el caso.

En el capítulo subsecuente son discutidos los principales problemas de la prueba pericial. En esta materia se percibe también la nueva imagen del derecho probatorio que surge de la moderna delincuencia denominada no convencional, lo que el autor refleja en el hecho de la importancia creciente que ha experimentado la pericial en los últimos tiempos. En esto el libro nos pone en contacto con los problemas actuales de este medio de prueba, ante todo con el conflicto que aparece entre los cada vez mayores requerimientos de auxilio especializado con el viejo principio según el cual el juez es en definitiva peritus peritorum. Y si bien en este punto también se destaca la discusión contradictoria de los peritajes en el juicio como el mejor método para aumentar el rendimiento de esta prueba, lo cierto es que justamente éste es un campo apto para la tan temida como necesaria iniciativa probatoria del juez, siempre que, como lo expone con maestría el autor, sea un recurso utilizado con buen tiento. El trabajo brinda los

critérios a tener en cuenta para otorgar confiabilidad a la información pericial y para seleccionar entre informes periciales contrapuestos. Asimismo denuncia el extendido defecto de la jurisdicción actual que en tantas ocasiones delega prácticamente sus propias responsabilidades en las tareas de los peritos. También nos pone en contacto con otra desviación de la práctica: la «pericial de inteligencia» (policial). Al respecto el autor descalifica esta extravagancia con razones y hasta con buen humor: «lo aportado por el perito al juzgador es inteligencia». En último término el trabajo critica la habitual desconfianza que sufre la pericial de parte con argumentos muy inteligentes que van desde el que reza que «en rigor, procesalmente todas lo son» hasta el que destaca los valores de la contradicción también en la existencia de visiones técnicas opuestas que pueden ser debatidas en el juicio como instancia de las hipótesis parciales permitiendo que en este punto probatorio también haya un aporte epistemológico de calidad debido a que siempre las partes han de sostener su propia verdad, también pericialmente, en lo que puedan. Como siempre, la garantía final la brinda la correcta motivación de la sentencia estimulada en este punto a utilizar el mayor rigor argumental posible en razón de la disputa planteada incluso entre expertos no litigantes.

En el VII y último capítulo el autor aborda el único problema pendiente entre los propios de la materia de la obra: la prueba obtenida ilícitamente. Para empezar el tratamiento de la cuestión nos recuerda la función predominantemente epistemológica del proceso penal: saber qué ha pasado respecto de una acción humana que se reputa como probablemente delictiva. Este saber confiere legitimación al poder del derecho penal: las consecuencias de la ley sustantiva sólo serán aplicadas después de una comprobación adecuada de aquella hipótesis que presidió la necesidad de conocer. Tras repasar los avatares históricos de tal función cognitiva Andrés Ibáñez la conecta con la moderna función política del proceso: evitar que ese saber sea falsificado y con ello el poder

abusivamente aplicado, para lo cual el orden jurídico cuenta con cautelas de efectividad de los derechos fundamentales del imputado (garantismo). Al final de estas consideraciones preliminares del problema de la prueba ilícita aparece una definición altamente rentable del objeto de conocimiento del proceso penal (función epistémica) determinada por los alcances de la presunción de inocencia (función política). Se trata, entonces, de obtener una verdad «menos ambiciosa en su alcance, como corresponde a un fruto del método inductivo. No real o material, y menos aún absoluta, pues, sino la propia del conocimiento probable, y, desde luego, de infinita mayor calidad que la asegurada por el proceso inquisitivo, dado el carácter racional y racionalmente controlable del curso de su obtención». Este método de conseguir los datos relevantes para resolver el caso penal comienza ya con la determinación precisa y exacta de lo jurídico-penalmente «relevante» (principio de estricta legalidad) y desemboca, por medio del principio de inocencia y su cuadro de garantías, en un contradictorio que asegura una verdad de calidad, especialmente porque exige del proceso, desde el comienzo, juego limpio en su trabajo de discusión de hipótesis. Desde esa antecala el trabajo pasa a considerar el problema de fondo de este apartado. Para ello afirma la constatación siguiente: la vulneración de los derechos fundamentales del imputado en la obtención de fuentes de prueba implica no sólo irregularidad por la ruptura de la forma prevista, «sino que, además, acarreará la degradación sustancial de la actuación, pues lo que quiebra no es sólo aquella sino, mucho más y más profundo: el paradigma de legitimidad de la actuación del ius puniendi en cuanto tal». La riqueza en consecuencias de esta afirmación del autor es invaluable. El trabajo demuestra que los peligros en este campo no están concentrados en la calificación de una prueba como inválida, algo que de modo usual es expresamente claro porque se trata de burdas transgresiones, sino en la determinación del valor de la prueba derivada. El autor, después de un provechoso repaso de la si-

tuación en la práctica de los EE.UU. y de la situación en Europa ataca con solvencia la tendencia jurisprudencial endémica que, sobre todo si el hecho es grave, trata de salvar siempre algo de prueba para condenar a ultranza. Andrés Ibáñez demuestra categóricamente la falacia de la doctrina judicial que hace sobrevivir conectada a un artefacto jurídico a una prueba que está muerta por causas naturales. Se trata de la conocida teoría de los tribunales supremos alemán y español que sólo invalidan la prueba derivada si existe con la ilícita una conexión de antijuridicidad además de una vinculación de causalidad. Aquí resultaba criticada con éxito la idea de una ponderación, «a la americana» (balancing test) pero contra la ley y la Constitución, producto de la cual, ¡oh casualidad!, siempre sobrevive la prueba derivada en caso de delito grave. Como es sabido, son tantas y tan amplias las ponderadas excepciones a la regla de exclusión que, como dice el autor, lo excepcional es que se aplique la regla. Pues la búsqueda de esa conexión es sólo «un ejercicio de prestidigitación judicial y jurídica» que únicamente encubre el decisionismo pragmático de un juzgador que resuelve bajo sus preferencias, discrecionalmente, con valoraciones de pura oportunidad y sin atadura que lo ligue al respeto del derecho fundamental afectado que termina reducido a la categoría de «promesa vacía». Más cuestionable todavía es esta tendencia a la ponderación en España debido a que la ley excluye expresa y categóricamente las pruebas que directa o indirectamente sean el fruto de la violación de derechos o libertades fundamentales. Así, para evitar la impunidad se recurre a un «demoledor todo vale, que da aliento a una recusable y peligrosa subcultura de la ilegalidad, y contribuye a incentivar prácticas policiales y judiciales inconstitucionales y de una sonrojante falta de profesionalidad». Por aportar ya al final de mi tarea algo propio como prologuista a la ya contundente posición del autor en el tema de este apartado creo que frente a prácticas de este tipo, que llevan a una providencial salvación de los resultados de graves ilegitimidades

(juego sucio), lo mejor sería considerar que la consecuencia de estas graves ilegitimidades es la pérdida de la aptitud punitiva estatal en el caso (descalificación procesal del Estado) con la clausura definitiva del proceso y con independencia de la suerte de las demás fuentes de prueba. Ello evitaría la invención y la reinención de doctrinas, de las cuales la conexión de antijuridicidad es sólo una, para salvar lo insalvable y a que los derechos fundamentales sean realmente tomados en serio, si es verdad que esta ruptura de la forma quiebra ante todo el «paradigma de legitimidad de la actuación del ius puniendi en cuanto tal».

En resumen, el libro contiene un tratamiento exhaustivo de lo más relevante respecto de su objeto de atención. Ese tratamiento, por otra parte, es de alta calidad jurídica y política. Por lo demás, la redacción es tan exquisita que la lectura se vuelve atrapante: es una obra escrita con pasión que sólo permite ser leída apasionadamente. En toda ella se percibe como hilo conductor una caracterización humanista, ilustrada y culta del poder penal como instrumento válido de aseguramiento de la vida social básica siempre que su ejercicio esté sometido al imperio superior de la legalidad y de los derechos fundamentales. El autor sabe que para ello, muchas veces, el precio es alto, pero es el costo que separa, por tanto nítidamente, la Democracia del fascismo. Esa legitimidad democrática y jurídica sólo es posible a través del respeto limpio de las reglas constitucionales y legales del juego. Ciertamente es que esto, como concluye Andrés Ibáñez, «conllevaría, en lo inmediato y a corto plazo, un incremento de las absoluciones y algunas impunidades, pero éste es sin duda un precio —por lo demás, constitucionalmente obligado— que valdría la pena pagar a cambio del resultado de desterrar una infinidad de malas prácticas profesionales que hoy ensombrecen la ejecutoria de la generalidad de los sistemas penales».

DANIEL R. PASTOR

§ 1.

Vicisitudes e itinerarios
de la convicción probatoria en el proceso penal

*a — Secular búsqueda de un criterio ...
sin reparar en medios*

Al decir de Lévy-Bruhl, «prueba» viene de *probus* —bueno, honesto—. Y es la operación merced a la cual una alegación puede ser considerada válida. Un mecanismo para establecer una convicción sobre un hecho —aquí jurídico-penalmente relevante— acerca de cuya realidad y/o sobre cuyas particularidades existe alguna incertidumbre que tendría que despejarse. El recurso a la prueba se explica, pues, por la previa existencia de una duda y por la necesidad de obtener un saber cierto en la materia¹.

La preocupación por la prueba es antigua y se justifica porque la acreditación probatoria de un hecho incierto merecedor de la consideración de delito lleva siempre aparejadas consecuencias muy graves, generalmente de privación de derechos. Es por lo que admi-

¹ Lévy-Bruhl, H., *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Éditions Marcel Rivière et Cie., Paris, 1964, pp. 14-15.

nistrar la prueba, decidir sobre ella, confiere poder. De ahí la preocupación por el uso judicial de ese instrumento en el juicio de hecho, y que la misma se haya proyectado históricamente en la búsqueda de reglas seguras de valoración al respecto. En los sucesivos intentos de racionalizar el uso de los distintos instrumentos probatorios y de sus aportaciones.

Esta racionalización se ha perseguido, en cada momento, tratando de someter el procedimiento judicial de adquisición y valoración de la prueba al paradigma de racionalidad a la sazón imperante. En el caso de las *ordalías*² la verdad sobre el hecho criminal se persigue apelando a fuerzas ultraterrenas; por eso, las pruebas se buscan, y operan, al margen del hecho objeto de averiguación: ciertamente no tienen nada que ver con él. La opción es coherente con el dato presupuesto de la fe en la existencia de un ser superior, providente y, en cuanto tal, preocupado por el curso de los acontecimientos humanos, al que nada de éstos debería, por tanto, resultar indiferente. Menos aún los asuntos generalmente remitidos a la justicia criminal, dada su gravedad. Así, explica García Pelayo, «en las ordalías se recurre a Dios o a Cristo para que —mediante la prueba del fuego o del agua, realizada con arreglo a la fórmula litúrgica— determine, como *iudex iustus, fortis e patiens*, la culpabilidad o inocencia de una persona»³.

² «Cualquier mecanismo decisorio fundado en el axioma de que el ritmo físico del mundo responda a expectativas morales o un dios intervenga en la secuencia causal desviándola cuando lo exija un caso justo» (Cordero, F., *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 768).

³ García Pelayo, M., *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, p. 70.

Visto el método, por coherencia con una concepción jurídico-privada del delito, como hace ver Radbruch, «era el demandado quien debía probar su inocencia», pues «los medios de prueba eran de tal índole que estaban a la disposición de cualquiera que se considerara inocente: juramento de inocencia, apoyado por testigos que juran corroborando; juicio de Dios; reto al acusador para el duelo judicial. De tal suerte [razona el mismo autor] que si el lesionado no tenía poder ni coraje bastante para atreverse a presentar la demanda, o si el malhechor era lo bastante desvergonzado, y contaba con partidarios suficientes para liberarse mediante juramento con la cooperación de corroboradores que lo apoyasen, el delito permanecía impune»⁴. El sistema, de relativa funcionalidad a las necesidades de *control* de una sociedad como la feudal, muy aleatorio y abierto a la casualidad en sus resultados⁵, se manifestó en-

⁴ Radbruch, G., *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de L. Recasens Siches, prólogo de F. de los Ríos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 176. Escribe también Meccarelli: «Aquí está el eslabón débil del sistema de prueba legal tomado en los términos estrictos de la prueba típica, en su limitada capacidad de ser usado con elasticidad. Este sistema de prueba en el momento en que se hace presente la exigencia de utilizar el instrumento procesal para las operaciones del sistema de poder constituido está destinado a mostrar toda su debilidad, creando 'amplios márgenes de impunidad', que hacen ya intolerable la irrelevancia o el demasiado escaso peso de las pruebas indiciarias. El problema de los *indicia ad condemnandum* se convierte, sustancialmente, en un problema de efectividad del derecho penal» (Meccarelli, M., *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 243-244; citando a Alessi, G., "Processo penale (diritto intermedio)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 385).

⁵ Marchetti, P., *Testis contro se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 67.

seguida inidóneo al producirse el debilitamiento de los vínculos que la articulaban, merced, entre otras cosas, a la transformación de las relaciones sociales inducida por el incremento de la movilidad y las comunicaciones entre las personas y del intercambio de bienes, que derivó también en cierta evolución de los rasgos de la delincuencia. Esto, con la incipiente concentración del poder en manos del monarca, el que se ha descrito como modo judicial de gobernar⁶, llevará a la oficialización progresiva de la persecución de los delitos y a la evolución del proceso penal en sentido inquisitivo. Transición favorecida por la actitud de la Iglesia, que en el IV Concilio de Letrán proscribió las ordalías: paradójicamente, en la cruzada de la misma contra la herejía, el juicio de Dios, con la llamada a éste *en causa*, no fue reputado un buen medio. Por otra parte, en su sentido de la penitencia como forma de expiación de los pecados a través de la confesión, se daba una correlación entre pena física y búsqueda de la verdad que propiciaba extraordinariamente la recuperación procesal de la tortura⁷, que enseguida se produjo.

Lo cierto es que, a partir del siglo XIII, imperará el régimen de la *prueba legal*: que es como se conoce a la

⁶ Cfr. al respecto Mannori, L., "Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime", en Romanelli, F. (ed.), *Magistratura e potere nella storia europea*, Il Mulino, Bologna, p. 39 y ss. También, entre muchos, puede verse Marongiu, A., *Un momento típico de la monarquía medieval: el rey juez*, «Anuario de Historia del Derecho Español», v. XXIII, 1953, p. 701 y ss.

⁷ Cfr. Marchetti, *Testis contro se...*, *op. cit.*, pp. 68-69. Asimismo puede consultarse con provecho Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, facsímil de la edición de París, 1882, Topos Verlag A. G., Vaduz, Liechtenstein, 1978, p. 93 y ss.

predeterminación en abstracto del valor conferido a cada medio de prueba (*testis unus testis nullus, testes in auditu alieno* no hacen prueba completa ...). Vía por la que, según señala Nobili, se perseguiría «un doble objetivo: la racionalidad de la averiguación procesal del hecho y, al mismo tiempo, la exclusión del arbitrio del juez»⁸. Y por la que, como ha escrito Cordero, se llegó a una suerte de «álgebra legal»⁹, estructurada en torno a la confesión del reo y al uso de la tortura como instrumento procesal. Aunque, en rigor, las reglas de la prueba legal no fueron legales, sino debidas a la elaboración de los juristas, bajo cuyo impulso experimentaron una evolución que, de la escolástica a la cultura barroca, se tradujo en un complejo proceso de sofisticación, mediante la atribución de valores cuantitativos expresados en fracciones y computados mediante sumas y restas¹⁰, cáusticamente ridiculizado por Voltaire¹¹.

En la adopción del nuevo sistema, junto al factor de orden práctico, antes apuntado, late una preocupación de índole epistémica: fundar la respuesta punitiva en la determinación de la verdad real sobre los hechos y no en una verdad ingenuamente formal e incierta como la que habían hecho posible las ordalías. Es lo que lleva a

⁸ Nobili, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 6.

⁹ La expresión es de Cordero (*Riti e sapienza...*, *op. cit.*, p. 563).

¹⁰ A ello se debe que Lévy-Bruhl haya hablado de «una contabilidad pedante y complicada», en *La preuve...*, *op. cit.*, p. 48.

¹¹ Voltaire, *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias*, apéndice a Beccaria, C., *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, con introducción y notas de J. A. del Val, Alianza Editorial, Madrid, 1968, p. 158.

la exigencia de proceder *secundum allegata et probata et non secundum conscientiam*; a la búsqueda de *probationes luce meridiana clariores*; y a la adopción del *id quod plerumque accidit*, predeterminado en términos tendencialmente objetivos, como criterio de valoración ideal, que, para ello, se sustrae al juez¹² y cristaliza en las aludidas reglas prefijadas con carácter general.

Esa aspiración a alcanzar un saber veraz, seguro y pleno sobre el delito, contribuye a dar el mayor relieve a las pruebas directamente representativas del hecho (declaración de dos testigos presenciales y concordes, o bien la confesión judicial precedida de indicios suficientes y luego formalmente ratificada). Y, en este contexto, se entiende que para los casos de ausencia de una testifical de esa calidad, el imputado era la fuente de información por excelencia. Información que, de existir indicios de delito relevantes en su contra, podría/tendría que serle extraída mediante tortura. Así, el cuadro se completará con la generalización del recurso a ésta, genuina expresión «de la estructural violencia del integrista religioso y político»¹³ imperantes; que —como ha escrito Fiorelli— «colmaría el vacío dejado por las ordalías»¹⁴. Tal es —explica también este último— la

¹² En efecto, se trata de hacer de éste un autómatá, en lo relativo al tratamiento de la prueba: «El juez es como un teclado, que responde inevitablemente cuando se presiona ciertas teclas», es la expresión en la que Esmein condensa el paradigma teórico del régimen de la prueba legal (en *Histoire de la procedure ...*, *op. cit.*, p. 260).

¹³ Alessi, G., *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene, Napoli, 1979, p. 38.

¹⁴ Fiorelli, P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Giuffrè, Milano, 1953, t. I, pp. 71-72.

premisa negativa de su resurgimiento; la positiva fue el reforzamiento de la autoridad estatal, que halló en el derecho romano, recibido a través de los textos justinianos, un consistente sustrato ideológico y legitimador; también para un instrumento tan demoledor como el tormento. Al mismo tiempo poderoso y eficaz, pues sin él, no cabe duda, el sistema de la prueba legal, con su rigor, no habría podido funcionar con eficiencia, fuera de los casos de delitos cometidos ante testigos.

A conferir legitimidad al tormento, aparte de ese precedente romano, contribuyó de manera decidida la Iglesia Católica, con su idea del proceso como un episodio de la global cruzada contra el mal absoluto y su concepción medicinal de la pena, que serviría para revalorizar el sufrimiento en la perspectiva de la *salus animae* del imputado. El resultado, muy bien descrito por Alessi, fue el de un sistema procesal en estructural y profunda tensión debido a sus «contradicciones: la primera entre todas, la existente entre el garantismo exasperado con expresión en la predeterminación de las pruebas y en la desconfianza hacia la prueba indiciaria, y el contemporáneo, inevitable recurso a la violencia física, a través de la tortura»¹⁵.

Las «exigencias de ejemplaridad y represividad»¹⁶ —escribe también Alessi— harían mella en el rigor formal del sistema de la prueba legal, flexibilizándolo sensiblemente *contra reo*. Una adecuación que, en efecto, como señala Meccarelli, «se llevará a cabo sin una ex-

¹⁵ Alessi, G., *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 71.

¹⁶ Alessi, en *Prova legale...*, *op. cit.*, p. 20.

plícita superación del sistema de prueba legal, sino a través de una subterránea eficaz recuperación de la prueba indiciaria. La solución gira en torno a la combinación de dos instituciones: el *indicium indubitandum* y la pena extraordinaria»¹⁷. Esta línea de tendencia tiene, así, algunas manifestaciones de las que vale la pena dejar constancia. La primera fue «el amplio recurso al régimen de prueba privilegiada [...] consistente en cualificar previamente como prueba plena [...] una serie de elementos meramente indiciarios o materiales»¹⁸, rompiendo de este modo con el paradigma normativo en el asunto. También, a falta de presupuestos probatorios suficientes (*plena probatio*), para imponer una pena ordinaria, se acudirá a las penas extraordinarias¹⁹, más leves y *adecuadas* a la calidad de unos indicios de cargo que, en rigor, no habrían habilitado para la condena²⁰. Recurso éste legitimado expresivamen-

¹⁷ Meccarelli, *Arbitrium...*, *op. cit.*, p. 244.

¹⁸ En *op. cit.*, p. 25.

¹⁹ Sobre el particular, cfr. Meccarelli, *Arbitrium...*, *op. cit.*, p. 195 y siguientes.

²⁰ La superación de la vía indirecta de la pena extraordinaria con «la explícita equiparación entre indicios (si bien con la especificación de indubitados) y prueba plena, suficiente para la condena, hizo su ingreso oficial, en los ordenamientos de los antiguos Estados italianos —escribe Alessi— a través de una importante pragmática napolitana de 1621, que autorizaba la imposición de la pena ordinaria en el caso de indicios que probados legítimamente induzcan a la mente del juez a creer firmemente que el delito hubiera sido cometido por el indagado, permaneciendo su intelecto en esta firme creencia» (en *Il processo penale...*, *op. cit.*, p. 107. Un tratamiento *in extenso* de este interesantísimo asunto puede verse en, de la misma autora, *Prova legale...*, *op. cit.*, p. 192 y ss.).

te, en otro contexto, por un autor español, Pedro de Castro, con el argumento de que ya «la sospecha justa es punible»²¹. Por su parte, los tribunales superiores hicieron uso de la prerrogativa derivada de esta condición jerárquica preeminente para autoatribuirse la más amplia discrecionalidad y, recuerda también Alessi, «juzgar *secundum conscientiam*»²². De manera que en el seno mismo del sistema de la prueba legal, se abriría paso toda una práctica de enjuiciamiento fundada en la libre convicción, pero, entiéndase bien, sólo como atributo exclusivo, como prerrogativa de las altas cortes, de manera que las demás instancias seguían sujetas al régimen general. Para lo que resultará sumamente útil, en el plano de la justificación, el recurso al concepto de *causa*, objeto de una hábil interpretación manipuladora: «*ex causa licet jura transgredi*»²³. De este modo, «el mecanismo de las garantías, aparente-

²¹ Pedro de Castro, *Defensa de la tortura*, parte 2, p. 128, citado, en clave de crítica, por Lardizábal y Uribe, M., en *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes de España para facilitar su reforma*, Joaquín Ibarra, Madrid, 1792, p. 251.

²² *Ibidem*, p. 30.

²³ *Ibidem*, p. 38: «En las hipótesis más graves de delito «como repetían los criminalistas [...] «*ordo est ordinem non serbare*»» (Alessi, *Il processo penale...*, *op. cit.*, p. 79). Otra forma de expresión del «axioma férreo dictado por la flaqueza más cruel: «*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet jura transgredi*»», justamente demonizado en tales términos por Beccaria (*De los delitos...*, *op. cit.*, nota, p. 46). «Máxima errónea —escribiría Filangieri— que ha sacrificado a la imbecilidad de nuestros jurisconsultos un número infinito de inocentes y que ha sido casi generalmente adoptada en los tribunales de Europa como un axioma, a pesar del error evidente que contiene» (*Ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villal-

mente rígido y reguladísimo, resolvía gran parte de sus operaciones dentro de un ámbito subjetivamente amplio, en realidad escasamente controlado: el intelecto y la conciencia del juez»²⁴.

Como hizo notar expresivamente Radbruch, del mismo modo que la necesidad de fortalecer la respuesta punitiva condujo del proceso medieval al proceso inquisitivo, fue la necesidad de protección del inocente frente al Estado lo que impulsó el abandono del régimen de la prueba legal basado en la tortura²⁵. A ese tránsito contribuyó decididamente el fermento crítico de la Ilustración, que situó la cuestión penal en el centro de sus preocupaciones y de su reflexión, en una línea que, como bien se sabe, tiene su punto de partida

pando, Madrid, 1821, t. III, p. 99). Mucho antes; también en abierto contraste con el planteamiento que expresan esos brocardos, F. Spee von Langenfeld, en su *Cautio criminalis* (1631) había tachado de falso el criterio de que en los delitos extraordinarios por su gravedad estuviera permitido alejarse de todas las reglas y limitaciones prescritas en la ley. Al entender, por el contrario, con H. Rimini, que cuanto más grave y atroz es un crimen, más serios y violentos deberán ser las presunciones y los indicios, porque el peligro es más grave. Y «si el crimen es oculto y se desarrolla en las tinieblas de modo que sólo difícilmente se puede probar, será necesaria más luz y no menos para aclarar y descubrir la verdad. Si es difícil la prueba, se necesitarán, pues, argumentos más fuertes, no más débiles». Y afirmaba no entender «cómo puede convenirse en que una cosa más difícil de probar se debe probar más fácilmente. Pues, si en un crimen ordinario y de fácil prueba se rechazan las conjeturas, con más razón tendrán que rechazarse en los crímenes difíciles de probar» —en Maurel, O. (ed.), *Allemagne 1631: un confesseur de sorcières parle. Cautio criminalis*, L'Hartman, Paris-Montréal, 2000, *doutes* 5 y 37, pp. 62 y 205—.

²⁴ Alessi, *Prova legale...*, *op. cit.*, p. 42.

²⁵ En *op. cit.*, p. 179.

más caracterizado en Montesquieu²⁶; y continuidad en la obra de autores como Beccaria y Filangieri y, según ha señalado recientemente Ippolito, de forma muy expresiva también en Pagano, que identificaría en la inefectividad de la ley y el ilimitado arbitrio represivo los rasgos caracterizadores de la justicia penal del antiguo régimen, y a ésta como una «insidiosa red, en la que los pequeños y pobres ciudadanos quedaban presos, mientras los reos grandes y poderosos, rompiéndola, conseguían escapar»²⁷.

Así se entiende que la mirada de una opinión europea continental, justamente conmocionada por esa «historia de errores» y «también de sufrimientos»²⁸ que es la del proceso penal, se dirigiera, en éste y otros asuntos, hacia Inglaterra, y hallase particularmente sugestiva la figura del *jury* inglés y su razonable valoración de la prueba, de naturaleza argumentativa, basada en el sentido común, para acabar importando el principio de libre convicción, rector en la materia. Una vez constatado, además, que no existen reglas capaces

²⁶ Cfr. *Del espíritu de las leyes*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, en particular el Capítulo II del Libro XII, p. 173.

²⁷ Ippolito, D., *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, G. Giappichelli, Torino, 2008, pp. 162-163, donde consta la precisa referencia a la obra del autor citado en el texto. Del mismo autor, de particular interés, cfr. *Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano*, trad. de P. Andrés Ibáñez, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», 61/2008, p. 61 y ss.

²⁸ Ferrajoli, L., *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, 8ª ed., 2007, p. 603.

de asegurar la verdad de la conclusión del proceso inferencial de carácter inductivo, categoría a la que pertenece la valoración de la prueba.

b — «Soberanía» del juzgador

El paso se dio en el plano legislativo, de forma paradigmática, en Francia, inicialmente, en el contexto de las reformas legales de 1789-1791, esto es, en un marco procesal de claro marchamo acusatorio; vinculado, por tanto, a la pretensión de fundar la decisión en el juicio propiamente dicho, realizado en la vigencia de los principios de oralidad e inmediación y en régimen de jurado puro.

Pero, en realidad, la definitiva consolidación del principio tendría lugar bajo la forma de *intime conviction*, según una interpretación del mismo bien calificada de «fetichista»²⁹, incorporada al proceso propio del sistema mixto, gestionado por jueces profesionales. Con lo que, al decir de Nobili, aquél, «de ser un rasgo típico del proceso acusatorio, se transmutó en un equivalente de la máxima que postula un poder tendencialmente ilimitado del juez en la averiguación del hecho y según el cual ningún precio es demasiado alto cuando el objetivo es la indagación de la 'verdad material' y la represión de la criminalidad»³⁰.

Hay que señalar que a este resultado no se llegó sin polémica. En efecto, pues ya Voltaire, crítico acervo, como se ha visto, de la degradación del sistema de prueba

²⁹ Así, Scapini, N., *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 61.

³⁰ En *op. cit.*, p. 23.

legal, expresó su preocupación por la que podría experimentar un régimen de convicción libre sin restricciones. Los errores surgidos «del seno de las propias leyes», escribió el ginebrino, podrían muy bien llevar incluso a «desear que toda ley fuese abolida y que su puesto fuera ocupado por la conciencia y el buen sentido de los magistrados». Para terminar, cargado de razón, inquiriendo: «Pero quién nos responderá de que esta conciencia y este buen sentido no sufran extravíos»³¹. Precisamente, con el fin de evitar que éstos pudieran llegar a producirse, presente —como se ha visto— ya en las prácticas de las magistraturas profesionales el uso del principio de la libre convicción, como *intime conviction*, se ideó una variante correctora, la de las *pruebas legales negativas*³², consistente en exigir para la condena la existencia de una prueba ajustada al estándar legal, pero, además, la convicción judicial de la culpabilidad. En otro caso, la sentencia sería absolutoria. Dicho por Mittermaier, se trata de un sistema que prohibiendo al juez «condenar cuando faltan tales y cuales condiciones; nunca le obliga a aceptar contra su voluntad los hechos ciertos; porque por muy cumplidas que le parezcan las formalidades de la ley, puede siempre absolver si no tiene entera convicción»³³. Este punto de vista encontró particular seguimiento en los prin-

³¹ Voltaire, *Prix de la justice et de l'humanité*, L'Arche, Paris, 1999, p. 74.

³² Cfr., al respecto, Nobili, M., *Il principio...*, *op. cit.*, p. 192 y ss. También Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 147-148.

³³ Mittermaier, C. J. A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, sin referencia de traductor, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1877, p. 81, nota.

cipales exponentes de la Escuela Clásica italiana. Así, por ejemplo, en el caso de Carmignani, que expresó su preocupación por circunscribir el uso de la libertad en la valoración judicial de la prueba, proponiendo equilibrar «el criterio instintivo del hombre juez» con «la autoridad de la ley» que si bien no podría «da[r] una norma al criterio del juez», sí, en cambio, «marcar[le] un límite que no pueda transgredir»³⁴.

Carrara, tras preguntarse si el nuevo sistema autorizaba a enjuiciar «*por impresión*» se respondía diciendo: «Si así fuera, resultaría completamente inútil el conocimiento de la ley y de las reglas críticas de la ciencia»³⁵; reclamaba, lúcidamente, una decisión judicial «según la razón y según el proceso»³⁶; y con ello se decantaba decididamente por un método de «convicción *razonada*» frente al fundado en la «mera inspiración del sentimiento», que caracterizó como de «convicción *autocrática*»³⁷. Una inteligencia, pues, del principio en clave lógico-racional. La propia de una concepción del proceso entendido como instrumento gnoseológico para la adquisición de conocimiento sobre hechos mediante la prueba, que, en realidad, según han puesto

³⁴ Carmignani, C., *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Fratelli Nistri, Pisa, 1832, t. IV, pp. 120 y 122.

³⁵ Carrara, F., «El antiguo procedimiento penal de Luca», en *Opúsculos de derecho criminal*, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1976, vol. II, p. 36.

³⁶ Carrara, *Programa de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero Leconte, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1957, vol. II, p. 356.

³⁷ Carrara, *Programa...*, *op. cit.*, vol. II, p. 233.

de relieve Ferrajoli y Taruffo, como ya antes Lucchini, desplaza todo lo relacionado con la misma al terreno de la epistemología³⁸.

Al fin prevalecería una inteligencia psicologista del principio³⁹, en la que la convicción resulta asimilada a una suerte de estado emocional y el *iter* de su formación a un proceso psíquico. Con lo que, al decir de Nobili, «el nuevo método» que tendría que haber servido para abrir «el discurso sobre las técnicas del razonamien-

³⁸ Para L. Lucchini: «La libre convicción, o certeza moral, quiere decir una sola cosa: la exclusión de la certeza o prueba legal, es decir, la exclusión de un sistema de criterios artificiales, con apreciaciones preestablecidas por la ley, que, en cambio, debe ser sustituida por la valoración lógica, natural y concienzuda de los elementos de prueba» (en *Elementi di procedura penale*, G. Barbèra Editore, Firenze, 3ª ed., 1905, p. 176). En similar sentido, en la actualidad, Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 139: «La fórmula de la libre convicción [...] por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo, que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba». Y lo mismo Taruffo: «el principio de la libre convicción opera en el sentido de excluir [...] el recurso a reglas de prueba legal, pero no dice nada de particularmente significativo en torno a lo que el juez debería hacer en sede de valoración de la prueba» (en *La prova scientifica nel processo civile*, «Rivista Trimestrale di Diritto di Procedura Civile», 4/2005, p. 1083). Porque, como ha escrito el mismo autor, «cuando cae (en los límites en que lo hace) el sistema de la prueba legal, ésta no se sustituye por una nueva racionalidad, sino por el vacío» (*La prueba de los hechos*, trad. de J. Ferrer y Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, p. 396).

³⁹ F. Cordero ha hablado muy expresivamente de «la imagen de la libre convicción como de una voraz potencia superlógica» en cuyo modo de operar sucedería que, «como en el culto de los misterios sobreviene un instante pánico en el que la razón queda en suspenso y el fiel comunica con lo absoluto» («Diatribes sul processo accusatorio», en *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 229-230).

to probatorio», en cambio, «ofreció a menudo la coartada conceptual para cerrar[lo]»⁴⁰.

La experiencia jurisdiccional, escribe Illuminati, opera en tres planos o momentos: el de adquisición y práctica de la prueba; el de la decisión final sobre el hecho objeto de imputación; y el de la valoración del material probatorio⁴¹. El primero se halla ampliamente tratado en los códigos procesales, que regulan minuciosamente el modo de operar con los distintos medios de prueba. El segundo está sujeto al principio *in dubio pro reo*, ahora de presunción de inocencia, del que aquél es, en realidad, una implicación. El tercero, en la onda de esa concepción de la libre convicción a que acaba de hacerse referencia, ha estado tradicionalmente librado, como lo está aún hoy en no desdeñable medida, a la más absoluta discrecionalidad judicial.

Lo ponen claramente de manifiesto algunos ejemplos. Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa, autores de una obra de derecho procesal penal concebida en función de la práctica, verdadera *summa* del saber que en el momento contaba en los tribunales, hablaron del tratamiento de la valoración de la prueba en la sentencia en estos expresivos términos: «... no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción ...»⁴².

⁴⁰ En *op. cit.*, p. 9.

⁴¹ Illuminati, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 90-91.

⁴² Sáez Jiménez, J. - López Fernández de Gamboa, E., *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Santillana, Madrid, 1968, t. IV, vol. II, p. 1287.

En la jurisprudencia de la Sala 2ª (penal) del Tribunal Supremo español se encuentran, en la materia, pronunciamientos como éstos: «... dicha valoración [...] debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores [...] el Tribunal no puede, ni debe dar explicaciones ...» (1978). «[La convicción] depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación ...» (1993).

En el campo doctrinal, Ruiz Vadillo no creía «obligado ni necesario [explicar] el porqué de la relevancia dada a [lo obtenido de] cada medio»⁴³ de prueba. Y, todavía hoy, De la Oliva, en una obra de amplio uso en medios universitarios, identifica en la decisión judicial un algo de inexpresable a través de la motivación, debido a que tiene que ver con «lo inefable»⁴⁴. Esto es, con lo que no puede expresarse con palabras; y, por ello, sería sólo accesible a un *motus animae*.

Pero lo cierto es que, a partir de momentos todavía recientes, el estado de opinión sobre la prueba judicial patente en esas citas ha empezado a convivir con otro, que implica un verdadero cambio de paradigma en el modo de concebir ese asunto, merced a singulares esfuerzos de procesalistas como Taruffo, Ferrua, Ubertis; y de exponentes de alguna filosofía y teoría del derecho

⁴³ Ruiz Vadillo, E., *Hacia una nueva casación penal*, «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», nº 1585, p. 5685.

⁴⁴ De la Oliva, A., en AA.VV., *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 514: «Y tampoco parece razonable pedir que se exprese lo que pertenece a los internos procesos psíquicos de convicción, muchas veces parcialmente objetivables, sí, pero también parcialmente pertenecientes al ámbito de lo inefable».

como Ferrajoli, y, entre nosotros, Gascón Abellán, Igartua Salaverría, Ferrer Beltrán y González Lagier.

Precisamente, Ferrajoli ha escrito que el proceso es un saber/poder. Es decir, una forma de relación de estas dos variables, en la que históricamente ha prevalecido la segunda, a expensas de la primera. Y ha hecho especial hincapié en la dimensión cognoscitiva de la jurisdicción, que constituye el rasgo más caracterizador de ésta y, además, su específica fuente de legitimación⁴⁵.

Se trata de un punto de vista que, obviamente, con menos elaboración, ya estaba presente en el pensamiento jurídico ilustrado. Así, es paradigmático al respecto el caso de Beccaria con su reivindicación de un proceso «informativo», en el que el juez fuera «un indagador indiferente del hecho»⁴⁶. También resulta particularmente ilustrativo el parecer de Muratori, que piensa en los jueces como «ministros fieles de la verdad» y en su función como un ejercicio de conocimiento⁴⁷.

En el mismo sentido, Pagano, que vinculará la obtención de buen saber sobre los hechos a la observancia del principio de contradicción, dice: «la verdad es como la luz, cuyo destello nace del choque de dos cuerpos»⁴⁸. Con una imagen que expresa con total plasticidad algo cierto: que el proceso acusatorio es una trasposición del método hipotético-deductivo a este campo específico.

⁴⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 36 y ss.

⁴⁶ Beccaria, *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁷ Muratori, L., *Defectos de la jurisprudencia*, trad. de V. M. De Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, pp. 135 y 17.

⁴⁸ Pagano, F. M., *Logica de' probabili applicata a' giudizij criminali*, Agnello Nobile, Milano, 1806, p. 31.

Con una primera fase de investigación, de búsqueda de fuentes de prueba y de elaboración de hipótesis; y una segunda, el juicio, de examen contradictorio (intersubjetivo) de las pruebas y de control-evaluación de la hipótesis ofrecida por la acusación, en concurrencia con la de la defensa.

Hacer explícita esta dimensión del proceso obliga a considerarlo en una doble perspectiva, como corresponde a la existencia en él de dos dimensiones: una jurídica, de instrumento de garantía de derechos; y otra epistémica, de medio de obtención de conocimiento acerca de un supuesto fáctico⁴⁹.

El asunto acusa un primer nivel de dificultad, el representado por la tradicional, y todavía actual, falta de cultura acerca de su carácter problemático, debido al endémico déficit de formación e incluso de información al respecto⁵⁰. Que es a lo que se debe la habitual trivialización de la *quaestio facti*, con el endémico aban-

⁴⁹ Cfr. Ferrua, P., «Il giudizio penale: fatto e valore giuridico», en AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 199. Sobre esta doble dimensión del principio de contradicción, cfr. asimismo Guzmán, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, prólogo de L. Ferrajoli, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 137 y ss.

⁵⁰ E. Fassone ha escrito con razón: «La valoración de la prueba no es operación para la que el jurista de profesión reciba particular preparación mental. Educado para buscar la norma apta para subsu- mir el caso, y avezado a cumplir esencialmente actos de interpretación y de correlación entre normas [...] está por regla desprevenido culturalmente frente al cometido de micro-historiador que el proceso le atribuye antes de llamarlo a desarrollar su función técnica» («De la «certezza» all'ipotesi» preferibile: un metodo per la valutazione», en la obra colectiva *La prova penale*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 1997, p. 13).

dono de la misma a la conciencia del juzgador, a su intuición o a su *certeza moral*⁵¹. En coherencia con una idea según la cual éste, por razón de carisma, estaría habilitado para decidir como por iluminación. De «unción carismática»⁵² habló De Miguel Garcilópez, caracterizado defensor del punto de vista en el que la objetiva ausencia de garantías resultaba racionalizada y sublimada como innecesariedad de las mismas, en presencia de un juez adornado con los valores *proprios* del cargo. Según un criterio para el que esa suerte de *disposición moral* es lo que de verdad importa.

La disposición moral no es, en modo alguno, irrelevante en una función como la de que aquí se trata. Pero no la produce *per se* ninguna investidura sacramental y tampoco sería sin más garantía de la necesaria imparcialidad, dotada de una relevante vertiente técnico-jurídica, constitucional y procesal, además de la de carácter epistémico aludida.

La falta de conciencia de la dificultad y los problemas de la *quaestio facti* se ha visto notablemente favorecida por la generalizada vigencia del positivismo formalista en los medios de la magistratura convencional, en los que, por lo demás, no sólo la —prácticamente inexistente— cuestión de hecho, sino incluso la misma

⁵¹ Sobre este concepto, críticamente, escribe Taruffo: «si el juez hubiese verdaderamente alcanzado una convicción cierta sobre los hechos, no sería necesario adjetivarla de «moral», lo que indica que en realidad la convicción no es de verdad cierta; por otra parte, el adjetivo «moral» parece aludir a la naturaleza puramente subjetiva de la certeza, más bien fundada en la ética individual del juez que sobre bases racionalmente controlables» (en *La prova scientifica...*, *op. cit.*, p. 1083).

⁵² De Miguel Garcilópez, A., *Ley penal y Ministerio Público en el Estado de derecho*, en «Anuario de Derecho Penal», 1963, p. 266.

quaestio iuris resultó abiertamente banalizada, por el reduccionismo mecanista de la interpretación⁵³.

La asunción del principio de libre convicción en la clave inaceptable a la que antes se ha hecho referencia, produjo el resultado de convertir la falta de reglas *legales* de valoración probatoria en una total ausencia de pautas de cualquier índole. Un criterio bien perceptible en sentencias como ésta de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español, de 1993, en la que se lee: «El principio de libre valoración de la prueba [...] supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase [...] sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente».

De esta misma peligrosa subcultura de lo jurisdiccional forma también parte un modo de entender los hechos, teñido de cierto «objetivismo ingenuo»⁵⁴, que los considera limpiamente accesibles en su misma realidad, en su existencia fuera del proceso, a través de la observación sensorial, y susceptibles de ser *trasladados* como tales al tribunal. Sobre todo, en virtud de la prueba *directa* por antonomasia, la testifical, concebida como idónea para poner al juez en contacto inme-

⁵³ Es paradigmático al respecto el tratamiento del asunto por J. L. Requejo Pagés, para quien «el juez debe limitarse a recoger en el continente de sus resoluciones el producto que le llega desde las primeras fases del ordenamiento». Esto en el marco de una concepción del orden jurídico metafóricamente descrito como «una red de distribución de agua» en la que el juez tendría atribuido el papel de «manipular la llave de paso» (en *Jurisdicción e independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 153-154).

⁵⁴ Tomo la expresión de González Lagier, D., *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra-Temis, Lima-Santa Fe de Bogotá, 2005, pp. 24-26.

diato con los mismos: «El tribunal ha percibido *directamente* el contenido de cuanto expresa el testigo, esto es, *los hechos* que vio personalmente» (la *cursiva* me pertenece), se lee en una sentencia del mismo tribunal antes citado, ésta de 2002⁵⁵.

c — Pero hay reglas

Como ya había advertido Carrara, el material de trabajo propio del enjuiciamiento fáctico está constituido por proposiciones⁵⁶, que son el contenido de enunciados, mediante los que se afirma o niega acerca de los acontecimientos sobre los que versa la causa. Enunciados de carácter asertivo cuya verdad o falsedad se trata de establecer a través de un conjunto articulado de trámites procesales, que sirve de vehículo a un discurso probatorio, integrado por una diversidad de aportaciones. Discurso probatorio en el que la habitual referencia a «hechos» es sólo una manera elíptica de aludir a enunciados o juicios que tienen a aquéllos como referentes extralingüísticos.

⁵⁵ También en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español pueden encontrarse expresivas reiteraciones de este tópico inaceptable: «la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado: documentos, testigos, etcétera [...] Su valoración no presenta dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad y por tanto de imparcialidad» (STC 169/1986).

⁵⁶ Carrara, *Programa...*, *op. cit.*, vol. II, p. 381: «En general se llama *prueba* todo lo que sirve para darnos *certeza* acerca de la *verdad* de una proposición».

No podría ser de otro modo cuando, es obvio, el juez —como las partes— opera en el presente, pero tratando de saber acerca de algo que, en su caso, se habría producido en el pasado. De obtener información relativa a *hechos* que, de haber existido, hoy carecerían de realidad actual; que no son, pues, verificables y tampoco posible objeto de recreación experimental, sino sólo susceptibles de *comprobación*. Así, es claro que el juez, que no ha visto y tampoco puede constatar⁵⁷, se encuentra constreñido a operar a partir de vestigios que la acción de referencia hubiera podido dejar en las personas u objetos y en el ambiente afectados por ella, y de trazas de memoria de las que serían portadores los eventuales testigos de la misma. En este caso, de datos transmisibles por vía discursiva, mejor, signos, material semiótico.

Así, la prueba es la única vía de acceso al conocimiento del hecho objeto de la causa (hecho imputado o hecho principal). Y puede propiciarlo *representándolo*, si, como en el caso de la deposición del testigo presencial, vierte directamente sobre él; o bien de forma indirecta. Lo que acontece cuando la prueba aporta datos fácticos que no son parte constitutiva de aquél, pero cuya acreditación contribuye a formar la evidencia de que, en efecto, ha tenido lugar de una cierta manera. Se trata de los «hechos *conocidos*, argumentos de un hecho *desconocido*», de que gráficamente habló Carmignani⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. Fassone, *La prova penale...*, *op. cit.*, p. 19 y ss.

⁵⁸ En *op. cit.*, t. IV, p. 103. Para un examen *in extenso* de la naturaleza de la prueba judicial, en esta perspectiva, cfr. Gascón Abellán, M., *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 101 y ss.

Por tanto, «cualquier prueba es siempre indiciaria⁵⁹», ya que todo conocimiento probatorio es inferencial⁶⁰, en cuanto obtenido en el tránsito de un enunciado particular de contenido empírico a otro del mismo carácter, pero de mayor riqueza informativa, al que se accede mediante el tratamiento del primero según una máxima de experiencia⁶¹. Esto es, del criterio formado merced a una generalización de saber empírico que ha demostrado su rendimiento explicativo en otras utilidades del género; a partir de la constancia socialmente adquirida de que determinados actos producen de manera habitual ciertos efectos, en el orden del comportamiento humano.

Las acciones de los hombres suelen dejar alguna impronta o huella en las cosas y ámbitos de la realidad sobre la que inciden. Circunstancia que ha permitido, históricamente, a través de la observación, establecer al-

⁵⁹ Pagano, F. M., *Principios del Código Penal*, introducción y notas de S. Moccia, trad. de E. R. Zaffaroni, revisión de M. de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 98. O, como escribe Iacoviello, F. M.: «toda prueba es indicio: tanto porque toda prueba comporta inferencias, como porque el indicio puede derivar de cualquier medio de prueba» (*La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 204).

⁶⁰ En el mismo sentido, Ferrua, P., *Il «giusto processo»*, Utet, Torino, 2005, p. 71.

⁶¹ Sobre este asunto de las máximas de experiencia puede consultarse con provecho: Taruffo, M., «Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez», en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, trad. de B. H. Quintero de Prieto, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2006; p. 107 y ss.; y Mannarino, N., *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in cassazione*, Cedam, Padova, 1993, p. 57 y ss.

gunas conclusiones sobre ciertas regularidades fundadas en la relación causa/efecto. De este modo, en presencia de uno de éstos cabe considerar producida con mayor o menor grado de probabilidad la intervención de un cierto antecedente causal, que podría explicarlo. A este propósito, como es sabido, se habla de indicios, porque remiten a ..., señalan.

Los indicios, en el sentido de datos que indican, son, en general, los que se tienen como fuente de conocimiento judicial: «Hasta las mejores pistas sólo conducen a otras», afirma, con harta razón, el inspector Somerset, en *Seven*, la película de David Ficher. Y es que entre las dos clases de pruebas a que acaba de aludirse no hay ninguna diversidad ontológica, ni de estructura, ni tampoco, a priori, de rendimiento. Pues, en el curso del proceso probatorio el avance sólo es posible por el paso de algún dato o hecho-base a otro. Y en tal modo de operar, cada dato probatorio vale lo que valga por sí mismo, con lo que la adición de uno dotado de un débil potencial informativo a otro de la misma —deficiente— calidad indiciaria no se traducirá en el reforzamiento recíproco del respectivo valor de partida, debido a que no interactúan en ese plano; de manera que, en el desarrollo del proceso inferencial, cada uno mantendrá sus propios rasgos. Por tanto, un indicio débil no dejará de serlo por el hecho de que concurra con otro del mismo tenor y ni siquiera con otro de mayor fuerza.

Lo que prueba es sólo la convergencia de indicios de calidad, que procedan de una diversidad de fuentes. Indicios, en plural, porque generalmente no suelen ser unívocos. De ahí la exigencia de que constituyan una pluralidad y guarden una relación de concordancia, que permita referirlos a la misma hipótesis que se tra-

ta de sufragar, y que, dicho con los términos de la ley procesal italiana, sean «graves» (art. 192), es decir, cuenten con un relevante potencial *indicador*, por la atendibilidad y fiabilidad de la fuente, por razón de su contenido informativo, por la relación con el objeto de la imputación. Estas connotaciones no son de carácter ontológico, o pertenecientes al indicio *por naturaleza*, sino que entran en juego como el resultado de una atribución de valor llevada a cabo por el juzgador en función de las circunstancias del contexto probatorio y a tenor de alguna máxima de experiencia merecedora de consideración.

Esquemáticamente expuesto, ese *iter*, el del proceso como mecanismo de obtención de conocimiento, comenzaría en el clásico escenario de los hechos, tras la constatación de un resultado perturbador, atribuible en principio a una acción humana, al menos en apariencia, penalmente relevante, cuyos perfiles reales y autoría se trataría de establecer. A tenor del marco, lo primero será *interrogar* a ese escenario, en concreto, a los vestigios dejados en él por aquélla. Es el fin que tratan de asegurar las pautas contenidas en las leyes de enjuiciamiento, que miran a la recogida y conservación, en condiciones de la mayor genuinidad, de todo lo que pudiera ser ulterior fuente de datos.

En Sherlock Holmes⁶² hay un paradigma literario de este modo de operar, muy acreditado por su ilimitada habilidad de hacer *hablar* a los rastros dejados por el acto criminal. Por su arrolladora capacidad heurís-

⁶² Cfr. Eco, U. - Sebeok, T. A. (eds.), *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Bompiani, Milano, 1983; Sebeok, T. A. - Umiker-Sebeok,

tica, su inventiva a la hora de formular las primeras hipótesis mediante las cuales orientar la investigación.

Tal es lo que, de forma sin duda menos brillante y mucho más modesta, realizan los investigadores judiciales en esas mismas circunstancias. En efecto, su manera de operar se concreta en la formulación de una primera hipótesis de trabajo, acerca de la dinámica comisiva del posible delito, para deducir de ella algunas conclusiones y comprobar si tienen correspondencia con los elementos de convicción hasta ese momento recabados, del escenario de aquél o de su contexto. La existencia de un grado de compatibilidad apreciable será sugestiva de la fecundidad de la misma, que, así, abrirá el camino a otras complementarias, que, a su vez, de dar también fruto, llegarían en el curso de la causa a ofrecer una explicación plausible de lo sucedido y a la individualización del posible autor. Para ello será preciso que la hipótesis que se formule integre armónicamente los datos presentes y no resulte incompatible con alguno o algunos de ellos de carácter fundamental.

Cuando esto sucede, esa hipótesis, con los correspondientes datos de apoyo y sus respectivas fuentes, podrá transformarse en acto de acusación dotado de la aptitud necesaria para instar la apertura de la fase de enjuiciamiento. Algo que carecería de sentido en otro caso, donde lo razonable y legal sería desecharla, cosa que no siempre sucede.

J., *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de la investigación*, trad. de L. Güell, revisada por J. M. Pérez Tornero, Paidós, Barcelona, 1987.

El núcleo de esa hipótesis, ahora convertida en acusación, es, con palabras de Taruffo⁶³, el *hecho a probar*, o hecho principal, aquí el determinante de la persecución, por su carácter de, al menos en principio, subsu- mible en un precepto del Código Penal. Los comunes elementos fácticos que forman el material probatorio, son, según este autor, *objeto de la prueba*, y ya no jurídica sino lógicamente relevantes y, por eso, secundarios⁶⁴. En cuanto dotados de aptitud para operar como premisas del razonamiento que, por esta vía, indirecta, aportará los elementos de juicio idóneos para avanzar en el conocimiento del que es objeto de la imputación. Será mejor decir de algún aspecto de éste, pues, por lo general, el *thema probandum* estará dotado de cierta complejidad⁶⁵, que exigirá su descomposición en segmentos de acción que demandarán a su vez actuar con una pluralidad articulada de (sub)hipótesis. Y es que, por lo general, las imputaciones no se prueban *de una vez*, sino en el curso de lo que es normalmente una secuencia probatoria.

⁶³ Taruffo, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 453 y ss.

⁶⁴ Es por lo que F. M. Iacoviello, dentro del marco probatorio, establece la distinción entre «un procedimiento principal de prueba, que está dirigido a probar la imputación y una pluralidad de procedimientos incidentales de prueba, dirigidos a probar las pruebas» (*La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 157).

⁶⁵ «En teoría se puede concebir un hecho de absoluta simplicidad [...] En la práctica no ocurre nada semejante; un hecho de que se habla como de un hecho único, no es sino una agregación de hechos» (Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio y Florit, Ejea, Buenos Aires, 1959, t. I, p. 27).

Es a la luz de esta distinción postulada por Taruffo como cabe, en rigor, atribuir a algún medio probatorio el calificativo de *directo*. Pues lo será, no porque aporte un conocimiento de este carácter acerca de lo que habría que probar, lo que obviamente, ya se ha visto, no resulta posible al tratarse de un evento del pasado; sino porque el correspondiente enunciado vierta sobre el propio hecho imputado, caso éste en el que el objeto de la prueba es el mismo *thema probandum*. Mientras que la prueba será *indirecta* cuando el enunciado en que se concreta vaya referido a elementos circunstanciales del hecho principal, que remiten a éste de una manera incidental.

Pues bien, la hipótesis acusatoria, elaborada del modo esquemáticamente ilustrado, llegaría al juicio para ser sometida a discusión y evaluada en su potencial explicativo, a través de la apreciación de su plausibilidad, su coherencia interna y el apoyo de las pruebas de sustento, en el curso de la actividad de enjuiciamiento.

Cabe que al juicio concorra una sola hipótesis *stricto sensu*, la de la acusación, frente a la que la defensa podría adoptar una actitud de pura negación, retando a aquélla a cumplir la función que le corresponde en el reparto de papeles propio del proceso contradictorio. Es decir, a probar frente a quien, ideal y constitucionalmente, tiene derecho a situarse en el punto de arranque de la experiencia jurisdiccional con su inocencia intacta. Pero también puede ocurrir que la afirmación de ésta discurra por la vía de la contestación de una hipótesis alternativa, que en el supuesto más caracterizado sería la consistente en el mantenimiento de la existencia de una coartada.

Como asimismo señala Taruffo, en el operar jurisdiccional debe hacerse exclusivamente uso de métodos acreditados como racionales⁶⁶; tomando en consideración todos los datos en presencia; con la atención dirigida a calibrar el rendimiento concreto de cada medio probatorio en elementos de prueba; con conciencia clara de los pasos inferenciales que los mismos permiten, a sabiendas de que a mayor número de éstos mayor será el riesgo de error.

Aun cuando, con frecuencia, los jueces y tribunales califican de deductivo el conocimiento final resultante de sus operaciones con la prueba, lo cierto es que el que se alcanza mediante tal *modus operandi* es de naturaleza inductiva y, por eso, probable⁶⁷; porque en el razonamiento probatorio el saber fáctico que se expresa en la conclusión no se sigue necesariamente de las premisas, debido a que no está previamente contenido en ellas. Pues no existe ninguna ley de validez general universal que autorice a asociar indefectiblemente un cierto hecho a una determinada acción y a poner ésta a cargo de alguien. Por eso la exigencia de fundamenta-

⁶⁶ Taruffo, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 422 y ss.

⁶⁷ Ahora bien, que el conocimiento judicial acerca de «los hechos» no sea de naturaleza deductiva, al no estar mediado por una ley general universal, no quiere decir que la deducción no juegue un papel relevante en la obtención de ese saber empírico, que tiene lugar en el paso de un enunciado particular de contenido fáctico a otro de la misma naturaleza mediante una *regla* de experiencia. En este proceso, como, en general, al operar con hipótesis, se *deducen* silogísticamente consecuencias, que conducen a un conocimiento de naturaleza probable, en cuanto obtenido, por *modus ponens* merced al uso de alguna regla fundada en el criterio de la probabilidad.

ción de las decisiones, la obligación de motivar, juega un papel central en la materia⁶⁸, ya que se trata de justificar una inducción, la calidad de cuyo resultado depende de la de las premisas y del rigor lógico en el tratamiento de las mismas para llegar a una afirmación de síntesis. De ahí la importancia de que el imperativo de motivación sea honestamente asumido, de modo que pueda operar no sólo *ex post* —sino, diría que, sobre todo— en una perspectiva *ex ante*, a fin de que la conciencia del mismo actúe previamente bajo la forma de autocontrol racional por parte del juez del curso de su propio proceso cognoscitivo. En efecto, es esencial que, según escribe gráficamente Iacoviello, éste se mantenga dentro del campo de lo motivable, decida sólo lo que pueda motivar⁶⁹, para evitar deslizamientos en el peligroso terreno de las certezas subjetivas no suficientemente contrastadas al que puede llevar cierto sentido inaceptable de la inmediatez, fuertemente arraigado en la cultura judicial⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. al respecto, Senese, S., «La motivazione della «verità fattuale»», en Gianformaggio L. (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 323 y ss.

⁶⁹ Iacoviello, F. M., «I criteri di valutazione della prova», en Besone, M. - Guastini, R. (comps.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padova, 1995, p. 396.

⁷⁰ Se trata de un concepto de inmediatez que, como ha recordado J. Ferrer Beltrán, forma un todo articulado de elementos con la íntima convicción, la debilidad o inexistencia de una exigencia de motivación en la decisión sobre los hechos, y un sistema de recursos que dificulta extraordinariamente el control de la valoración de la prueba, hasta constituir un recusable modelo de tratamiento de la *quaestio facti*, caracterizado por su profunda irracionalidad (en *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 62-63).

d — *Una mística de la inmediación*

El término «inmediación» se emplea para denotar el carácter in-mediató, es decir, no mediado o libre de interferencias, que se predica como necesario en la relación de todos los sujetos procesales entre sí y con la materia de la causa. Es una exigencia del proceso contradictorio, que, según Calamandrei, «significa presencia simultánea de los varios sujetos procesales en el mismo lugar y, por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse oralmente comunicaciones»⁷¹.

Tratándose del proceso criminal, lo esencial se cifra en la relación directa del juzgador con las fuentes personales de prueba, en lo que, por convención, se ha considerado un contacto intransferible y personalísimo, que asociado a la ya aludida concepción irracionalista de la libre convicción ha derivado históricamente en la conformación de toda una mística de lo judicial que goza todavía de consistente presencia en tales medios. En semejante modo de entender la experiencia jurisdiccional, la certeza resultante del juicio es «un estado anímico»⁷² formado a partir de «la impresión» que cada medio de prueba produce en el componente de un tribunal. Está es, algo que le *acontece*, por un curso y en función

⁷¹ Calamandrei, P., *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 330.

Como recuerda D. R. Pastor, la inmediación, a la aludida dimensión espacial, une otra temporal «entre la adquisición de las distintas pruebas y entre esa adquisición y la sentencia» (*El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Konrad Adenauer Stiftung - Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 53).

⁷² Sala 2ª del Tribunal Supremo, sent. del 27/11/91.

de variables que el propio interesado no podría controlar y tampoco verbalizar, en cuanto dependientes «de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables»⁷³.

De este modo se hace referencia a los datos probatorios perceptibles a través de la gestualidad del que declara en la audiencia, que —se cree— ofrecerían un valioso complemento de sus expresiones en lenguaje verbal, formando un todo integrado en el que la intermediación permitiría al juez leer con eficacia, y con supuesta seguridad.

Esta manera de discurrir sobre las pruebas personales y su evaluación ha sido llamativamente insensible a las aportaciones de la psicología experimental, que dan cuenta, desde antiguo, del riesgo de tal clase de apreciaciones. Pues, en efecto, se pierde de vista la complejidad de los elementos implicados en la utilización de las mismas, y su constitutiva ambigüedad; las peculiaridades y condicionamientos del espacio y del operar procesales; y que el juez, obviamente, no dispone, ni tendría por qué disponer, de una historia clínica ni de la anamnesis del declarante, ni de la aptitud técnica requerida para operar con ellas. Pero, con todo, lo cierto es que en la cultura dominante y en la práctica procesal ha estado y sigue estando muy arraigada la idea de que la expresión corporal ofrece elementos de juicio de particular valor para apreciar la calidad del testimonio, que deben ser atendidos. Apesar de que, según ha escrito De Cataldo Neuburger, «la investigación psicológica ha demostrado que esta convicción es fal-

⁷³ Sala 2ª del Tribunal Supremo, sent. del 12/2/93.

sa», que «el descubrimiento de la mentira es más fácil si el observador tiene acceso sólo a la clave verbal de la comunicación y no también a la visual»⁷⁴.

Como escribiera muy plásticamente Pablo Neruda, «se hace lenguaje hasta la cabellera ...»⁷⁵, porque es cierto que *habla* también el rostro y, en general, el cuerpo, que lo hace de forma más genuina, por más espontánea y menos controlable⁷⁶. El problema, en el campo en que se mueven estas consideraciones, es de aptitud del observador judicial para servirse con eficacia y, sobre todo, con alguna seguridad de los datos que pudieran proceder de tal clase de fuentes⁷⁷.

⁷⁴ De Cataldo Neuburger, L., *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Cedam, Padova, 2000, p. 13.

⁷⁵ En el poema «La palabra», del libro *Plenos poderes*, en *id.*, *Obras completas*, Losada, Buenos Aires, 4ª ed., 1973, II, p. 1975. También, expresivamente, J. A. Muñoz Rojas: «Miradas, voces del alma ...» (*Cancionero de La Casería*, en *Obra completa en verso*, edición de C. Martínez Mesa, Pre-Textos-Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, Valencia-Madrid, 2008, p. 187).

⁷⁶ «Quien quiere comunicar intencionadamente un mensaje falso tiende a controlar los movimientos del rostro descuidando así los movimientos del cuerpo, los de los miembros sobre todo» (Cavedon, A. - Calzolari, M. G., *Come si esamina un testimone. L'intervista cognitiva e l'intervista strutturata*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 16).

⁷⁷ «Sin embargo, es muy importante no olvidar que se puede dar valor al análisis de la comunicación no verbal sólo basándose en indicadores específicos para cada clase de mensaje y contando con instrumentos interpretativos adecuados. En efecto, este análisis es complejo en cuanto requiere observar al mismo tiempo muchas variables, por lo que difícilmente se logra obtener con él conclusiones válidas y atendibles, sobre todo cuando se carece de la preparación adecuada» (Cavedon - Calzolari, *Come si esamina un testimone...*, *op. cit.*, p. 17). No haría falta decir que un caso paradigmático de falta de esa prepa-

En cualquier caso, no creo que los mismos sean indiferentes y no jueguen un papel en el marco del juicio oral con inmediación⁷⁸. Pero entiendo que no para el juez, sino para los interrogadores, la acusación y la defensa. En efecto, la zozobra o el embarazo del declarante ante una pregunta que pudiera comprometerle será un indicador para quien la ha hecho de que, probablemente, debiera abundar en ella, insistir en esa dirección. En cambio, el juzgador tendría que atenerse a los aspectos de contenido del discurso, evaluando su consistencia, la coherencia de la información, *cruzándola* con la que el mismo sujeto hubiera aportado en otros momentos de la causa (que sea legalmente valorable) y con la procedente de otras fuentes que forme parte del cuadro probatorio, en busca de elementos externos de corroboración.

En el supuesto hipotético de que éstos no existan y, en consecuencia, fuera preciso decidir entre dos afirmaciones *desnudas*⁷⁹, inculpatoria una y exculpatoria

ración técnica es el del juez cuyo examen del testigo transcurre, además, en un marco ritualizado, es de breve duración y, obviamente, el eventual *analista* carece de cualquier información sobre el declarante, que no sea la de «las generales de la ley».

⁷⁸ De este asunto me he ocupado con cierto detalle en *Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica)*, ahora en Andrés Ibáñez, P., *En torno a la jurisdicción*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 177 y ss.

⁷⁹ No es habitual que esto suceda. Por lo general, suelen concurrir datos contextuales que, de hallarse bien documentados y si hubieran sido regularmente introducidos en el cuadro probatorio, resultarían de gran utilidad a la hora de evaluar la calidad convictiva de esas manifestaciones. Ahora bien, existe un riesgo que no debe infravalorarse.

la otra, a mi juicio, sería obligado aplicar el principio *in dubio pro reo*, pues lo contrario trasladaría la decisión al plano puramente emotivo, o, lo que es lo mismo, llevaría al juez a tener que decantarse por empatía (y, consiguientemente, por antipatía), realizando una suerte de acto de fe, como tal inmotivable e inapelable.

En general, se pasa por alto que la intermediación no es un método⁸⁰ que garantice por sí y sin más un efecto de buen conocimiento, sino un medio. De necesaria utilización, sobre todo en la perspectiva del supuesto ideal —que no suele darse— de una relación no sólo directa sino original (y no contaminada por otras anteriores del género) con las fuentes personales de prueba. Que facilita, pero no resuelve, porque la calidad del resultado depende de la calidad del uso.

El sentido de la intermediación que aquí se cuestiona conduce directamente a la apreciación holística de la prueba, a la «valoración conjunta» de ésta, conforme a un patrón de mucho arraigo en la jurisprudencia tra-

rarse y es que un nada hipotético investigador judicial o instructor de la causa, que profesase la inaceptable concepción intimista de la libre convicción y el sentido asimismo rechazable de la intermediación que aquí se cuestionan, de contar con una firme identificación y declaración inculpativa de la víctima, podría muy bien dejar de lado esos otros elementos periféricos, con el consiguiente insubsanable empobrecimiento de la información disponible. Puedo asegurar que se trata de un riesgo de incidencia no despreciable.

⁸⁰ Un punto de vista contrario a la habitual aceptación de este tópico de tanto arraigo jurisprudencial, y favorable al control por vía de recursos del juicio de credibilidad del juzgador de instancia, puede verse en Vecina Cifuentes, J., *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 125.

dicional⁸¹. Un *modus operandi* al que ya opuso reservas Carrara, porque «de todos es sabido que a menudo nos sucede estar persuadidos de alguna opinión mientras la miramos en su conjunto y luego sentirnos obligados a rechazarla si, al exigírsenos que pongamos por escrito las razones de ella, el análisis nos describe sus puntos débiles»⁸². El mismo análisis que Carmignani consideraba «necesario» y del que, entendía, es «mortal enemiga la síntesis»⁸³ que no lo tenga como antecedente.

En efecto, porque la adquisición de conocimiento judicial no se produce en un solo y único momento al final del enjuiciamiento, sino en virtud de un proceso, integrado por una diversidad, una sucesión de juicios; que no es lineal ni unidireccional, sino dialéctica, y pasa por una pluralidad de estadios, de estados de conocimiento. Por eso, en realidad, no es correcto hablar, como suele hacerse, de «la prueba», cuando lo que hay es una, generalmente compleja, secuencia probatoria, como corresponde a una actividad intersubjetiva, presidida, además, por el principio de contradicción, cuya incidencia deberá hacerse presente asimismo en la

⁸¹ A él se ha referido, con toda razón, muy incisiva y críticamente, Igartua Salaverría, J., como «barullo y mogollón impresionista que, todavía hoy, se empaqueta con la etiqueta de «valoración de la prueba»» (en *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 188. Cfr. asimismo Igartua Salaverría, J., *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 149.

⁸² Carrara, *El antiguo procedimiento...*, *op. cit.*, p. 48.

⁸³ Carmignani, *Teoría...*, *op. cit.*, t. IV, p. 124.

resolución, si es que se quiere dotarla de la necesaria transparencia.

De ahí que lo pertinente sea proceder a la reflexiva objetivación del material probatorio producido, formando con él *un cuadro*. Éste, el de «cuadro probatorio», es un concepto que va teniendo presencia en la semántica jurisprudencial; que, sin embargo, no es una presencia *viva y activa*, en el sentido de que la generalidad de los jueces y tribunales *no operan* con él como instrumento en las sentencias que dictan.

e — *El cuadro probatorio*

El sintagma «cuadro probatorio» no es aplicable al simple resultado de la utilización en la causa de los distintos medios de prueba propuestos, tomado en su conjunto como virtual materia prima del juicio. Resultado que, eventualmente, pudiera estar más o menos bien documentado; pero que de no ser así —algo muy normal— sólo *existiría* de manera implícita en la mente del juez o tribunal ante el que se hubiese producido esa fase procesal. Una situación bastante habitual, de la que ese acervo de datos nunca llegará *a salir* completamente, salvo en el supuesto, no muy común, de que ese juez o tribunal haga el esfuerzo —a mi juicio, imprescindible— de verter en la sentencia con el suficiente detalle —todo— el material probatorio aportado a la causa y no sólo —que es lo más común— los antecedentes puestos como fundamento de su decisión.

En rigor, ya que *la prueba* no tiene una hegeliana existencia *en sí*, la expresión «cuadro probatorio» sólo puede ser usada con propiedad para designar el aludido material cuando ha sido objeto de un primer, básico,

tratamiento en la sentencia. El consistente en la presentación analítica del mismo, con tendencial objetividad, mediante la individualización de cada fuente de prueba —lícitamente utilizable— y la concreción de lo aportado por ella. Es un dejar constancia, que no debería ser mera reproducción del acta del secretario (si es que existe y contempla ese aspecto), sino traslado al cuerpo de la sentencia de lo acontecido en el ámbito de la actividad probatoria, en síntesis intelectualmente honesta y suficientemente expresiva.

En un segundo momento, ese material básico suficientemente identificado en la totalidad de sus componentes esenciales, tendrá que ser objeto de elaboración en sentido propio, destinada a determinar el rendimiento, todavía individual, de cada medio probatorio, para concretar los distintos elementos de prueba utilizables⁸⁴. Luego, se impone otro paso, la valoración sintética de la prueba como «cuadro probatorio» propiamente dicho, es decir, en su conjunto: en la interrelación de los diversos elementos de juicio que la integran, mediante el *cruce* de la información que los mismos contienen.

Cuando en la sentencia no existe un área específica dedicada a presentar este material de forma articulada, o, lo que es lo mismo, si los elementos de prueba no aparecen suficientemente verbalizados de manera que resulten identificables, hablar de «cuadro probatorio»

⁸⁴ Igartua Salaverría ha denunciado con todo fundamento «la escasa proclividad hacia la valoración atomizada —es decir, una por una— de las distintas pruebas» en la práctica de los tribunales y que la misma convive con cierta marcada tendencia a la generosidad en la motivación jurídica (en *La motivación...*, *op. cit.*, p. 157).

no pasa de ser el modo meramente evasivo de referirse a ellos como conjunto, en su existencia *implícita* o *in pectore*, en el conocimiento del juez o tribunal. El uso riguroso de la expresión demanda, pues, una racionalización necesaria de la experiencia probatoria, sólo alcanzable a través de la objetivación individualizada de las piezas que la integran.

Por lo regular, la tendencia es a la exposición de algunas conclusiones de síntesis fruto del tratamiento de unos antecedentes probatorios que, en su primera concreción, generalmente se eliden. Y, con la mayor frecuencia, esa exposición esquemática se limita a la prueba de cargo, ya que es bastante habitual que si la sentencia es condenatoria —y la mayoría lo es— se prescinda de la prueba de descargo. En esos casos, muchísimos, hablar de «cuadro probatorio» sería un sarcasmo.

Pues bien, creo que se impone la adopción cabal del «cuadro probatorio» como verdadera herramienta de trabajo. Esto demanda la apertura en las sentencias de un área específica (yo la he llamado de “antecedentes procesales”⁸⁵) donde se haga figurar con el necesario pormenor lo que realmente constituye el elenco de las aportaciones probatorias de las partes en el juego del contradictorio⁸⁶: es decir, el resultado del examen

⁸⁵ Me he ocupado de este asunto con algún detalle en *Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción*, ahora en Andrés Ibáñez, P., *Los «hechos» en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005, p. 177 y ss.

⁸⁶ «El contradictorio de las partes, que recorre el proceso en su totalidad, no puede detenerse en el umbral de la motivación», escribe

de cada una de las fuentes de prueba, su rendimiento individualizado, todo, en una primera consideración en clave esencialmente descriptiva. Por tanto, el «cuadro probatorio» tendría que ser *presentado* en un apartado de la sentencia específicamente dedicado a este fin. Esta tarea, que corresponde al juez y únicamente a él, no es un mero esfuerzo de documentación directa de lo acontecido en el juicio; algo necesario, desde luego, y que ha de realizarse con rigor literal, pero que es competencia del secretario⁸⁷. Se trata de operar con y

Iacoviello, en *La motivazione...*, *op. cit.*, p. 226. Entre nosotros, en el mismo sentido, cfr. Igartua Salaverría, *La motivación...*, *op. cit.*, p. 158.

⁸⁷ Por coherencia con el sentido de la inmediación que aquí he defendido, aunque no sólo, creo —y lo digo también por experiencia— que el mejor modo de documentar los juicios es el acta literal (incluyendo preguntas y respuestas, así como todas sus incidencias), mediante el recurso a la estenotipia, por ejemplo, hoy perfectamente accesible; prescindiendo, pues, de la grabación de imagen. Esto porque, como he dicho, la clave visual, lejos de ser una ayuda útil para el juzgador, desvía su atención hacia formas de expresión como las gestuales, que constituyen una peligrosísima fuente de *información*. Hay, además, un argumento colateral, de orden práctico, ciertamente importante. Es que un acta permite trabajar con rapidez y operar muy fácilmente con las declaraciones prestadas, en su literalidad. En cambio, la registración audiovisual obliga al redactor de la sentencia a escribir una suerte de acta informal para su manejo y para llevar al texto de la misma aquellas manifestaciones que fueran de obligada inclusión. Además, los tribunales de segunda instancia, que, como ahora sucede en España, tengan que recurrir al DVD para el seguimiento de la prueba, se verán constreñidos a seguir el desarrollo del juicio en tiempo real, lo que, en no pocas ocasiones, siendo rigurosos, podría exigirles una permanencia de días, semanas, e incluso meses, delante de la pantalla. Algo ciertamente impracticable, que llevará

a partir del material así recogido, para incorporar a la sentencia lo que habrá de ser el fundamento fáctico de la decisión. En un ejercicio de verbalización de los presupuestos de la convicción, que representa el único modo fiable de saber a qué atenerse en la formación de la misma, para dotar de la necesaria transparencia a este *iter*, y mantener a aquélla dentro del marco de lo justificable. Es algo que, en la experiencia española, en general no se hace, pues lo común es abordar la prueba al tratar de los fundamentos de derecho, sobre todo, al hablar de la autoría, para argumentar con los datos probatorios acerca de si la misma puede entenderse o no acreditada. Algo que, con facilidad y con frecuencia, en las sentencias de condena, lleva a privilegiar los elementos de cargo, como dando por descontado que los de descargo no merecían consideración, algo no necesariamente obvio.

El contenido del «cuadro probatorio» deberá ser examinado a la luz de las hipótesis presentes, cuyo potencial explicativo ha de verificarse⁸⁸. Si están dotadas de

con toda seguridad a la delegación, a operar a partir de notas tomadas apresuradamente mientras discurre la imagen, cuando no a prescindir de esa clase de examen, con grave riesgo para la calidad de las decisiones. Me he ocupado brevemente de este asunto en *Juicios en DVD*, diario «El País», ejemplar del 19/5/06.

⁸⁸ Según I. M. Copi y C. Cohen, las exigencias que ha de satisfacer una hipótesis para que pueda ser tomada en consideración son —en síntesis— las siguientes: *relevancia* (el hecho que se trata de explicar debe ser deducible de ella, o de ella en relación con ciertas leyes causales); *susceptibilidad de control* (ha de resultar posible formular observaciones que permitan confirmarla o invalidarla); *compatibilidad con las hipótesis bien establecidas con anterioridad* (una hipótesis

la exigible coherencia interna, que será el presupuesto de partida, se tratará de *comprobar* si sus distintos componentes guardan una relación de compatibilidad con los datos probatorios; o si, por el contrario, no es así. En fin, si alguna de ellas acoge armónicamente los elementos de juicio, se valorará su plausibilidad y si ofrece una explicación racional de lo sucedido en el caso. Para que una hipótesis pueda ser acogida como válida es preciso que resulte confirmada por una pluralidad de pruebas, que dé sentido a los datos disponibles (podría quedar algún «cabo suelto» no esencial en el conjunto) y no aparezca desmentida por alguna prueba contraria.

En alguna ocasión, propuestas como la que aquí se presenta han sido descalificadas como supuestamente expresivas de la exigencia de una suerte de motivación *diabólica*, impracticable, de la decisión en materia de hechos. Pero lo cierto es que se trata de un ejercicio perfectamente realizable y, además, obligado. De un lado porque, según se ha dicho, aquélla debe moverse sólo en el terreno de lo susceptible de justificarse expresamente; y, de otro, porque la motivación debe cubrir con

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— (*Introduzione alla logica*, trad. de R. Lupacchini, de la edición americana de 1994, ed. italiana de G. Lolli, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 541 y ss. Hay trad. castellana de la primera americana de 1953, de N. Míguez, revisada por G. Klimowsky, de Copi, I., *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 379 y ss.).

eficacia todos los segmentos del fallo. Es a lo que se debe la necesidad de que la conciencia del deber de motivar presida el desarrollo del discurso sobre la prueba en su totalidad. Lo contrario, es decir, confinarlo de manera exclusiva en el momento de dotar de fundamento a la decisión ya adoptada, sería exponente de una concepción demediada del mismo, por desatención a esa otra dimensión *ex ante*, fundamental en el plano del método.

No es infrecuente que los mismos jueces, al hablar de la motivación de la sentencia, se refieran a ella como descripción de un *iter* psicológico; es decir, cual si el juzgador, en una especie de desdoblamiento, pudiera asistir como espectador a algo acontecido en él mismo, en su interior, para luego contarlo. Pero el curso de decisión no discurre en ese plano oscuro del psiquismo y, por eso, tampoco es algo que le *ocurra* al juez, sino que integra un proceso cognoscitivo que él debe pilotar de forma consciente y con racionalidad, de cara también a su ulterior justificación. Por eso, motivar no es develar ningún arcano, sino verbalizar el modo en que se ha operado con la información obtenida —válidamente— en el desarrollo de la causa; la manera como la misma ha sido tratada mediante el uso de máximas de experiencia de rendimiento acreditado, para llegar, primero, normalmente, a conclusiones sectoriales sobre los diversos aspectos del *thema probandum*, y, finalmente, a una decisión sobre éste en su conjunto.

Ya que hay que dar cuenta de un proceso discursivo con una pluralidad o sucesión de inferencias, la asunción, responsable e intelectualmente honesta del deber de motivar, deberá preactuar bajo la forma de un proceder ordenado y consciente en el desarrollo de aquéllos;

en el que se identifique y sistematice la información de partida, de manera que resulten claros los distintos *pasos* y pueda conocerse el porqué de cada uno de éstos. Es obvio que podrá no ser necesario discurrir de manera exhaustiva sobre lo totalmente obvio, y que lo apuntado es una línea de método, que debe iluminar todo el campo de la valoración probatoria, de manera que, eso sí, no queden *agujeros negros* en el ámbito de la decisión.

Al respecto, considero importante insistir en la necesidad de personalizar este trabajo, que no es en absoluto delegable. Es imprescindible que sea el propio juzgador quien presente los distintos tramos de ese proceso, como único modo de adquirir plena conciencia del mismo. Porque entiendo que sólo aquello que resulta verbalizable puede formar parte del fundamento de la decisión; así, el de *la escritura* es un control de calidad de la convicción al que deben someterse todos los diversos momentos del tratamiento del material probatorio⁸⁹; ya que como bien dice Pascal Mercier: «uno no está del todo despierto cuando no escribe»⁹⁰. Por eso, la inteligencia rigurosa del término «motivar» demanda una racionalización necesaria de la experiencia proba-

⁸⁹ Como escribió J. Frank a propósito de este asunto: «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*, trad. de C. M. Bidegain, revisión de G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 97).

⁹⁰ Mercier, P., *Tren nocturno a Lisboa*, trad. de J. A. Campos, El Aleph Editores, Barcelona, 2008, p. 141.

toria, sólo alcanzable a través de la previa objetivación individualizada de las piezas que la integran.

Si se trata de que la sentencia se autoexplique o, para decirlo con Maier, «se baste a sí misma, como explicación de las conclusiones del tribunal»⁹¹, que es como decir que se autolegitime en tanto que acto de autoridad, es necesario que el principio de contradicción trascienda el ámbito y el momento del juicio, y entre también en ella, proyectando su incidencia en el curso de su elaboración, en el tratamiento del acervo probatorio. Sólo así será posible dar cuenta cumplida del porqué de la decisión en tema de hechos, pues, de otro modo, el *iter* discursivo en la materia no sería lo bastante explícito ni inteligible por la ausencia de sus presupuestos.

⁹¹ Maier, J. B. J., *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª ed., 1996, p. 871.

§2.

Presunción de inocencia

e «in dubio pro reo»

*a — El accidentado camino de la inocencia
como principio*

Ya en la *Carta Magna* (1225), cuando condiciona la privación de la libertad y la limitación de los demás derechos, por razón de delito, a la previa celebración de «un juicio legal», puede verse un atisbo anticipador de la asunción de la inocencia como principio; pues, en efecto, y según Illuminati ha puesto agudamente de manifiesto, «si no se parte de la presunción de inocencia, no habría ninguna necesidad lógica del proceso»¹. En España, en la misma época, el *Código de las Siete Partidas* consagró de manera inequívoca el *in dubio*

¹ Illuminati, *La presunzione d'innocenza...*, *op. cit.*, p. 84. En la misma línea, Lucchini escribió expresivamente: «La presunción de inocencia es un corolario lógico del fin racionalmente asignado al proceso. Si tal fin práctico consiste en el descubrimiento de la verdad respecto a la imputación del delito, es natural que se le contraponga la hipótesis de que el acusado sea inocente» (en *Elementi di procedura penale*, G. Barberá Editore, Firenze, 1905, p. 15).

*pro reo*²; cierto que en términos muy distintos, pero que expresan parecida sensibilidad, pues asocian el deber judicial de absolver a la carencia de pruebas o a la constatación de un resultado probatorio apto para suscitar dudas³. Pero es con la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, como el prime-

² *Partida Séptima*, Tít. XXXI, Ley IX: «E aún dezimos, que los Judgadores todavia deuen estar mas inclinados, e aparejados, para quitar los omes de pena, que para condenarlos, en los pleytos que claramente non pueden ser prouados, o que fueren dudosos; ca mas santa cosa es, e mas derecha, de quitar al ome de la pena, que mereciesse por yerro que ouiesse fecho, que darla al que la non mereciesse, nin ouiesse fecho alguna cosa por que» (en *Los códigos españoles concordados y anotados*, Antonio de San Martín Editor, Madrid, 1872, t. IV, p. 472).

³ Tomás y Valiente escribió que, dada la formulación de la ley de *Partidas* —«más santa cosa es»— en ella no estaría «en juego ningún derecho del individuo a quien se juzga, sino sólo la virtud del juzgador» («*In dubio pro reo*», *libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, «*Revista Española de Derecho Constitucional*», 20, may.-ago. 1987, p. 11). La observación es pertinente, pero creo que no puede perderse de vista que ese enunciado es explicativo del que le precede. Y éste se produce en términos prescriptivos: «*los Judgadores todavia deuen*». Seguramente del único modo en que en el siglo XIII cabría expresar un imperativo de tal naturaleza, referido a quien ejercía, por delegación, lo que, en realidad, era una prerrogativa regia. En un ejercicio de jurisdicción, que, dada la época, no podría hallar correspondencia en algún «derecho del individuo» en sentido propio; cuando, en el contexto jurídico de referencia, sería incluso problemático hablar de «individuo» como sujeto autónomo, centro de imputación de derechos.

En lo relativo a la fundamentación religiosa —santidad— del *in dubio*, resulta curioso comprobar que las *Partidas* tienen, al menos, un antecedente, relativamente remoto, en las *Capitulares* (Lib. VII, Cap. 186), de Carlomagno, que imponían a los jueces «en caso de duda [...] dejar [al acusado] a la justicia divina», por considerar que la duda era señal de que Dios no había querido iluminarlos, sino que había reservado para sí el juicio sobre el hecho objeto de la causa (tomo la cita de Carrara, *Programa...*, *op. cit.*, vol. II, p. 491).

ro ingresará, de manera formal y ya con la semántica contemporánea, en el constitucionalismo, al resultar proclamado el derecho de «toda persona [a ser] presumida inocente hasta que sea declarada culpable» (art. 9º). Un derecho que no abandonará, hasta mediados del siglo XX, la condición de mera propuesta de carácter ideal, *sobrevolando* unas legislaciones procesales de objetiva —aunque inconfesada— inspiración inquisitiva. Y que, en fin, cobrará efectividad, como criterio de enjuiciamiento y principio rector del proceso, en la, mucho más articulada, disciplina de éste que incorporan la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 11.1), y, sobre todo, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (art. 6º.2); y constituciones como la italiana (art. 27.2)⁴, la portuguesa (art. 32.2) o la española (art. 24.2).

⁴ Ciertamente consagrado como presunción de *no culpabilidad*. La opción por esta fórmula, considerada «menos drástica» (cfr. Falzone, V. - Palermo, F. - Cosentino, F., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, 1976, p. 98), a juicio de V. Grevi, responde al propósito de «abr[ir] un cierto espacio a la previsión de institutos limitativos de la libertad personal, entre los que destaca la prisión preventiva» (*Libertà personale del imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 39). Ahora bien —recuerda O. Dominioni— «tras el cambio de dicción, en todas las intervenciones siguió hablándose de «presunción de inocencia», y quienes se declararon contrarios al principio no dudaron en reconocer la equivalencia de significado de las dos formulaciones, y, lo que más cuenta, la individualización de las consecuencias prácticas del principio se orientó, con todo, hacia su más intensa aplicación» (en Alessandri, A. - Dominioni, O. - Fiandaca, G. - Merusi, F. - Clarich, M., *Rapporti civili*, en Branca, G. - Pizzorusso, A. (eds.), *Commentario alla Costituzione. Art. 27-28*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1991, p. 194).

Conforme señala también Illuminati, la originaria proclamación de la presunción de inocencia buscaba «sobre todo, poner de relieve la exigencia de legalidad de la sanción y del juicio penal [...] Pero al restringido valor originario del principio se sobrepusieron enseñanzas significadas bastante más ricas en implicaciones, que proyectaban su eficacia sobre el modo de ser de los institutos más importantes del proceso»⁵. Un desarrollo, éste, prefigurado en la propia lógica del instituto, que en cuanto exige despejar cualquier asomo de duda antes de pronunciarse sobre la realidad de un hecho considerado como delito y la identidad de su autor, si tomado en serio, impone fuertes exigencias en materia de calidad del enjuiciamiento, que es de lo que aquí se trata.

Ya en este plano, cabe afirmar que la adopción del principio de presunción de inocencia, en la forma que resulta de textos constitucionales como el español actual, equivale, en primer término, al imperativo de promover un tipo de juez idóneo para situarse en la posición de neutralidad —«perplejidad»⁶, dirá Muratori— que corresponde a un operador racional, al «indiferente indagador de la verdad»⁷ postulado por Beccaria. También un proceso penal inequívocamente acusatorio, por tanto, «informativo»⁸, de nuevo en palabras del mismo autor. Regido por el paradigma indiciario y en el que la *notitia criminis* juegue, en el orden episté-

⁵ Illuminati, *La presunzione...*, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁶ Muratori, *Defectos de la jurisprudencia...*, *op. cit.*, p. 17.

⁷ Beccaria, *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 58.

⁸ *Ibidem*, p. 59.

mico, como hipótesis que el afectado —en tanto que presunto inocente— podrá discutir desde el comienzo. Lo que supone que la presunción de inocencia haya de presidir todo el curso de formación de la prueba⁹, en régimen de efectiva contradicción, en el respeto de los derechos fundamentales del imputado y de la legalidad procesal. En fin, la misma tiene que operar como regla de juicio o criterio de decisión sobre el hecho incierto, que no podrá fundar una condena.

Por tanto, y esquemáticamente, la presunción de inocencia —en el correcto decir de Illuminati, «el único modo aceptable de plantear la investigación judicial, hasta el punto de haber llegado a ser, en el Estado de derecho, más que una opción normativa contingente, casi un principio de razón»¹⁰— es, además y antes incluso que una regla de juicio —o, precisamente, como regla de juicio—, una regla probatoria, que debe imperar eficazmente en la formación de la prueba¹¹. Tan-

⁹ «Todo el curso del procedimiento [para] atemperarlo y equilibrarlo», al decir también de Lucchini (*Elementi...*, *op. cit.*, p. 15). Y según Garraud, R., «La regla de que la duda aprovecha al acusado —*in dubio pro reo*— ejerce su influencia, no solamente sobre la solución del proceso penal, sino sobre todas sus fases» (*Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, J. B. Sirey, Paris, 1907, t. I, p. 484).

¹⁰ Illuminati, *La presunzione...*, *op. cit.*, p. 80.

¹¹ Para un punto de vista crítico sobre esta dimensión epistémica del principio de presunción de inocencia, cfr. Atienza, M., *Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», 22/1994; ahora también en *íd.*, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, p. 25 y ss. Puede verse mi respuesta, *De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza*, en el

to que, en rigor, puede hablarse de un derecho fundamental para el que, constitucionalmente, no se prevén atenuaciones, a diferencia de lo que sucede con distintos derechos fundamentales de los llamados sustantivos. Si bien es cierto que otra cosa es lo que suele suceder en la jurisprudencia¹².

Según escribió también Tomás y Valiente¹³, refiriéndose a España, el principio *in dubio pro reo* tuvo, primero, escasa aplicación en un orden procesal como el inquisitivo, en el que, en la práctica, la duda habilitaba para la imposición de una pena extraordinaria. Más adelante, no parece que en nuestra cultura ilustrada quepa hallar un tratamiento del asunto de particular calidad. Y, vigente la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, y en el marco de su aplicación, la vulneración de aquél, obviamente, no podía ser invocada como motivo de casación, al tratarse de un recurso reservado para cuestiones de legalidad, altamente formalizado e inadecuado, por tanto, para abordar críticamente la formación del juicio de hecho, librada a la *intime conviction* del juzgador. Por eso, y porque tal dimensión del pronunciamiento judicial pertenecía al ámbi-

mismo número de la revista; y ahora en *id.*, *Los «hechos» en la sentencia penal*, Fontamara, México, 2005, p. 95 y ss.

¹² Pienso, en particular, en la tendencia a modular (a la baja) el estándar de suficiencia de la prueba de cargo en función de la gravedad de los delitos, de su capacidad de suscitar alarma en la ciudadanía, de la demanda social de ejemplaridad en los fallos, que, lamentablemente, han incidido y siguen incidiendo de forma negativa en las actitudes de los tribunales y en sus decisiones.

¹³ Tomás y Valiente, «*In dubio pro reo*» ..., *op. cit.*, p. 14 y ss.

to de *soberanía* de este último, resultaba del todo infiscalizable. Que es lo que objetivamente —sería la conclusión del mismo autor— degradaba el principio de duda a la calidad de «orientación o norma moral»¹⁴.

El principio *in dubio pro reo*, de larga historia, ha conocido y estado presente en diversos momentos de la cultura jurídica y judicial¹⁵; y, aun sin tener, precisamente, en el proceso inquisitivo un medio acogedor, desde luego, en línea de principio, no podría decirse incompatible con él¹⁶. Lo acredita el dato ya aludido de que el expediente de la *semiplena probatio* y de la pena

¹⁴ *Ibidem*, p. 19.

¹⁵ C. Roxin escribe que «no está claro cuán lejos se remonta la vigencia histórica del principio *in dubio pro reo*» y que «su validez en el derecho romano y en el proceso penal de la recepción, hasta ahora aceptada, ha sido puesta en duda por nuevos trabajos» (*Derecho procesal penal*, trad. de G. E. Córdoba y D. Pastor, revisada por J. B. J. Maier, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 112). Pero lo cierto es que, recuerda Maier, existen claras referencias al principio en el derecho romano de la última época imperial: «*Statius esse impunitur relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*»; y también en el derecho canónico: «*actore non probante reus absolvitur*»; luego trasladada al derecho común inquisitivo: «*Innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur, Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus*» (*Derecho procesal penal ...*, *op. cit.*, p. 494).

¹⁶ Alessi se ha referido al «tono marcadamente garantista» de las fuentes jurídicas medievales, en las que se encuentran repetidas hasta la monotonía la recomendación de obtener clarísimas pruebas para la condena, la invitación al juez a valorar bien la seriedad de la propia sentencia, la reiteración de la máxima «*sanctius est nocentem dimittere quam innocentem condemnare*» (en *Prova legale e pena...*, *op. cit.*, p. 38).

Sobre la compatibilidad del principio *in dubio pro reo* con el régimen de la prueba tasada, cfr. Fernández López, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 163-164.

extraordinaria fuera en realidad una suerte de desnaturalización del sistema genuino de la prueba legal, conforme al que en defecto de prueba plena habría tenido que imponerse la absolucón. Y también el mismo enunciado de la ley de *Partidas* que se ha transcrito, al prescribir al juez como deber ese modo de decidir sobre el hecho incierto.

Ahora bien, la integración del principio de duda en el marco de una disciplina constitucional del proceso articulada en torno al de presunción de inocencia, caracterizado como se ha dicho, comporta una significativa transformación del primero, que pasa a ser implicación esencial del segundo, del que podrá distinguirse mediante el análisis, pero no disociarse. Tanto que —para Foschini— «la presunción de inocencia del imputado se resume en el principio *in dubio pro reo*»¹⁷. Pues si, al valorar la prueba, resulta forzoso absolver en caso de duda es sólo *porque* se parte de la inocencia del imputado, de la que aquél «proviene hoy, a la letra», en palabras de Maier¹⁸. Todo, consecuencia lógica de que el objeto del proceso es la culpabilidad y no la inocencia.

En efecto, si ésta se presume, sólo cabrá atribuir la condición de autor del hecho delictivo a un acusado cuando, visto el resultado del juicio, exista certeza pro-

¹⁷ Foschini, G., *Sistema del diritto processuale*, Giuffrè, Milano, 2ª ed., 1965, t. I, p. 422.

¹⁸ Maier, J. B. J., *Derecho procesal penal ...*, *op. cit.*, t. I, p. 494. Acerca del principio «*in dubio pro reo*» como corolario del de presunción de inocencia, sobre la necesidad de un uso racional y justificado del mismo, que debería incluir la posibilidad legal de su control en casación, cfr. Langer, M., *El principio «in dubio pro reo» y su control en casación*, en «Nueva Doctrina Penal», 1998, p. 215 y ss.

batoria de que realmente lo es. Tal clase de certeza es la única *llave* que puede franquear al juzgador en su discurso la puerta de salida del *recinto* de la presunción de inocencia y el acceso al de la incriminación. La duda al respecto no goza de semejante virtualidad, que es por lo que la acción sobre la que se proyecte permanecerá, mientras la misma subsista¹⁹, dentro de ese primer ámbito. De este modo, es claro, la pretensión de autonomía conceptual del principio *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia resulta rigurosamente invariable, pues todo lo que no sea acreditado como culpabilidad, es decir, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación, sólo puede ser incondicionada afirmación del estatus de inocencia preexistente. Y ello, cualquiera que fuere la causa de ese fracaso, porque de otro modo se llegaría a la distinción inaceptable de una absolución por inexistencia de pruebas y otra sólo por insuficiencia de éstas, y, como consecuencia, a establecer categorías de inocentes. De aquí lo inobjetable de la expresiva afirmación de Sentís Melendo, en el sentido de que «la absolución, además de libre, como dispone la ley, debe ser *limpia*. No se debe absolver molestando»²⁰.

¹⁹ Por cierto que de esta circunstancia no puede derivarse la adjetivación de la de inocencia como una presunción «interina», que recurre en cierta jurisprudencia, y sugiere, impropriamente, una provisionalidad necesaria.

²⁰ Sentís Melendo, S., *In dubio pro reo*, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 161. Maier se opone también a quienes «siguen pensando que existen dos tipos de absoluciones, una plena o libre y otra de gracia o por duda, duda que expresan en la parte dispositiva de la sentencia a manera de sanción moral, en abierta contradicción con el principio constitucional de presunción de inocencia» (*Derecho procesal penal ...*, op. cit., t. I, p. 497).

A partir de estos presupuestos se hace insostenible la falaz distinción jurisprudencial —al uso, cuando menos, en los tribunales españoles— entre principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*²¹, como dotada de un supuesto fundamento *ontológico*; según concurra lo que sería *ausencia* —objetiva, se dice— de prueba de cargo, o una discrepancia sobre la valoración —*subjetiva*, por tanto, en el planteamiento— de la existente²².

Tan cuestionable tópico parece sugerir la viabilidad de algún modo de comprobación *desde afuera* de la efectiva concurrencia de prueba por razón de algo así como su *materialidad*, en un momento previo al de su apreciación judicial propiamente dicha, que precede al fallo. Como si las pruebas estuvieran dotadas de un valor acreditativo, que resultase eficaz por autoevidencia; cuando lo cierto es que existen y, en su caso, operan como tales, esto es, como pruebas *que prueban*, a tra-

²¹ Un detallado tratamiento de este asunto, en clave expositiva y crítica, puede verse en Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia...*, *op. cit.*, p. 168 y ss.

²² El criterio que se cuestiona tiene expresión en multitud de sentencias del Tribunal Constitucional y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo españoles; y, de las de éste, muy gráfica, en la nº 168/2008, cuando dice que «es preciso deslindar como fases perfectamente diferenciadas dentro del proceso de análisis de las diligencias, las dos siguientes: Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas [...] Una segunda de carácter predominantemente subjetivo, para la que habría que reservar *stricto sensu* la denominación usual «valoración del resultado o contenido integral de la prueba», ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, sobre la base de los cuales se forma libremente la conciencia del tribunal. En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio *in dubio pro reo*».

vés de la valoración. En efecto, pues predicar algún potencial probatorio de un determinado medio es acto de atribución de esa propiedad, que exige evaluación y no simple constatación *externa*. No es el mero fruto de la observación elemental que parece sugerirse, sino la conclusión de síntesis de un razonamiento complejo, precedida de un análisis de los rasgos de la fuente de información y de la apreciación de su rendimiento²³.

A la afirmación de que concurre o no la manida «mínima actividad probatoria», de que habla la jurisprudencia²⁴, sólo puede llegarse en virtud de una valoración, primero analítica de lo aportado por cada medio de prueba y, después, de cada una de estas aportaciones en el contexto de todas las restantes que integren el «cuadro probatorio». Un momento, este segundo, al que no cabe llegar *per saltum*.

Desde este punto de vista, sólo existe un supuesto de vacío probatorio apreciable con esa clase de objeti-

²³ De su rendimiento potencial, en el caso del juicio de relevancia, en el trámite de admisión, que también exige del juez una valoración, en este caso, en términos hipotéticos, de prognosis, sobre la pertinencia y eventual productividad del medio probatorio. Cfr. al respecto Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970, pp. 233-234.

²⁴ La del Tribunal Constitucional como presupuesto para desestimar la demanda de amparo, porque —conforme al criterio de referencia— la mera *existencia* de prueba de cargo desactivaría la dimensión constitucional del asunto, determinando la falta de habilitación legal de esta instancia para conocer de él. Pero también, por mimetismo acrítico, muchas veces, otros tribunales hacen uso de este criterio, como si una «mínima actividad probatoria» bastase para destruir la presunción de inocencia, perdiendo de vista aquel matiz, y sugiriendo con ello, impropriamente, que la prueba de cargo podría ser una cuestión de mínimos.

vidad: es el que concurrirá en el caso de la prueba ilícitamente obtenida. Por ejemplo, en el de un registro constitucionalmente ilegítimo por falta de autorización judicial²⁵—circunstancia de fácil comprobación—cuando la hipótesis acusatoria no contase con más apoyo que el de los datos procedentes de esa actuación gravemente ilegal. Pero, precisamente, porque los rasgos de radical ilegitimidad de ésta impiden entrar en una apreciación del potencial convictivo de los elementos de juicio derivados de aquélla.

Por tanto, y en realidad, decir *in dubio pro reo* es sólo una forma de llamar a la presunción de inocencia, en una de sus dimensiones, con actualización en un preciso momento de la experiencia procesal sobre cuyo conjunto esta última se proyecta. A saber, cuando la apreciación del resultado final de la actividad probatoria del juicio provoca en el juzgador una situación de duda.

Lo razonado lleva también a cuestionar, asimismo por falaz, la idea de que cabe discernir, separar limpiamente, lo que sería la valoración de la prueba, esto es, de los elementos de esa clase efectivamente disponibles, del mero diagnóstico sobre la racionalidad del propio modo judicial de operar. Pues evaluar la calidad del trabajo del tribunal de instancia en este punto es, precisamente, lo que constituye la valoración: un juicio sobre el juicio de hecho formulado por aquél, dado

²⁵ Cuando, por ejemplo, como es el caso de la legislación española, existe una regla legal de exclusión de las pruebas ilegítimamente obtenidas, que implica una prohibición radical de valoración por el juzgador. Este asunto en particular es objeto del último capítulo, al que me remito.

que se tratará de verificar la corrección del uso de la presunción de inocencia como regla de juicio en el supuesto concreto. De ver la manera cómo, a partir de determinadas fuentes y de la utilización por las partes de los correspondientes medios de prueba, el juzgador ha llegado a un cierto resultado de esta clase, a través de un proceso inferencial dotado de la corrección metodológica y de la transparencia necesarias.

Operar así, por ejemplo, con la testifical, reclama extender el juicio incluso al dictamen sobre la credibilidad del testigo, ya que cualquier conclusión al respecto no brota, como por arte de magia, de la pura inmediatez, del simple contacto personal del juez con las fuentes de prueba, sino, como se verá, de la calidad del juicio inferencial realizado al efecto, tomando en consideración determinados datos y ciertos parámetros de valoración.

En realidad, lo que hay detrás de la jurisprudencia sobre la prueba someramente examinada es la necesidad práctica del Tribunal Constitucional de establecer un filtro en materia de recurso de amparo, para hacer manejable la carga competencial. Una necesidad real y atendible, pero a la que tendría que hacerse frente por otras vías, y de la que en modo alguno pueden extraerse conclusiones de orden conceptual como las que acaban de cuestionarse. Pues, claro que la valoración de la prueba es competencia del tribunal de instancia. Pero sólo en primera instancia.

b — Más allá de toda duda razonable

La valoración de la prueba está inevitablemente abierta a posibles excesos de la subjetividad del juzga-

dor y esto ha suscitado, justamente, una histórica preocupación por la identificación de algún estándar idóneo para contribuir a conjurar o limitar, al menos, los riesgos de esa procedencia, haciendo que este momento central de la actividad jurisdiccional se desarrolle en un marco de racionalidad²⁶. Es lo que impone la vigencia del principio de presunción de inocencia asociado al de libre convicción, entendido como aquí se postula, interrelación de la que se derivan inobjetables requerimientos de método. Y como bien dice Ferrua, en este plano el «único criterio que puede establecerse por ley es el de la «culpabilidad más allá de toda duda razonable»; pero la fórmula, bella y sugestiva, no resuelve todos los problemas. Razonable no equivale a «lógico» sino a «plausible», porque la duda en sentido propiamente lógico es siempre admisible; por evidentes que sean

²⁶ Taruffo sugiere, al respecto, el empleo de una serie de «criterios razonables de racionalidad de la valoración de la prueba». A saber, y en síntesis: que la misma no se realice con métodos calificados como irracionales por la cultura común del contexto social en el que la decisión se formula; que se contemplen de manera adecuada todos los datos empíricos disponibles; que se haga uso de esquemas idóneos de argumentación, con reconocimiento de la naturaleza inferencial de los pasos; que se acuda únicamente a máximas de experiencia sobre las que exista un amplio consenso en la cultura media del lugar y el momento de la decisión; que se prescinda de nociones vagas e inaceptables de probabilidad y se reconduzca al ámbito que le es propio el recurso a la probabilidad estadística; que se tomen en consideración todos los elementos de prueba disponibles para la determinación positiva o negativa del hecho; que la valoración se base en un razonamiento internamente coherente; y que no se presenten contradicciones entre los resultados de la valoración conjunta de las pruebas (en *La prueba de los hechos...*, *op. cit.*, p. 423 y ss.).

las pruebas, se puede ser sólo «verosímilmente», «probablemente» culpable, nunca «lógicamente»²⁷.

Ajuicio de Stella, la regla de referencia, «entendida como sustancia concreta de la presunción de inocencia, constituye hoy —en el terreno de los enunciados de principio— patrimonio común de los países del continente europeo y de los países del *common law*». Si bien advierte que en la Europa continental la misma «carece sustancialmente de *efectividad*»²⁸, por la forma en que se ha venido interpretando el principio de libre convicción, a despecho de esfuerzos como el de algunos autores a los que aquí se ha aludido de manera reiterada. Y concluye que el problema del «cómo juzgar» sólo puede ser resuelto reconociendo la ausencia de criterios de valoración de la prueba que subyace al recusable modo tradicional de considerar y aplicar el principio de libre convicción y llenando ese vacío con sólidos «criterios de referencia» a los que tiene que vincularse la decisión judicial²⁹.

Para Illuminati, según la doctrina del *common law*, hay más bien equivalencia entre los dos conceptos aludidos, pues «decir que el imputado se presume inocente significa que la acusación debe probar su culpabilidad «más allá de toda duda razonable»³⁰. Con lo que,

²⁷ Ferrua, P., *Il «giusto processo»*, Utet, Torino, 2005, p. 42.

²⁸ Stella, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 98. La regla ha sido recientemente incorporada al Código Procesal Penal italiano (art. 533) por ley 46/2006.

²⁹ *Ibidem*, p. 30.

³⁰ Illuminati, *La presunzione...*, *op. cit.*, p. 95.

en realidad, la adopción de esta fórmula no puede decirse que suponga un avance, y menos esencial, respecto de la proclamación del principio de presunción de inocencia. Pues éste sólo decae en vista de la culpabilidad acreditada, obviamente en términos de certeza práctica. Es decir, de buen conocimiento probable, o lo que es lo mismo, cuando, situados en esta perspectiva gnoseológica —la propia del saber empírico— no existan motivos racionales para dudar de la conclusión probatoria alcanzada.

El principio de libre convicción, aplicado al tratamiento de la presunción de inocencia, ha experimentado las negativas vicisitudes a las que se ha hecho alusión y ha servido para dar cobertura a ejercicios de discrecionalidad incontrolable y de decisionismo inmotivado y autoritario cargados de arbitrariedad. Pero estos datos, que, lamentablemente, son historia no del todo superada, no pertenecen a la identidad *genética* del instituto. En efecto, pues no cabe olvidar que su ingreso en la experiencia jurisdiccional del continente europeo fue postulado, precisamente, para corregir el lacerante estado de cosas a que había llevado el régimen de prueba legal con sus prácticas degradadas; e introducido como principio rector de las actuaciones de jueces profesionales, que no jurados³¹. Y los autores

³¹ Conviene recordar que leyes como la procesal penal española de 1882 se atienen al paradigma indiciario y prescriben al juez instructor la exhaustiva recolección de los vestigios dejados por el delito, la precisa individualización de las fuentes de prueba, para propiciar su examen, y una decisión que tenga como soporte informativo las aportaciones probatorias llevadas al juicio, en lo que no es difícil ver un positivo interés por asegurar la adherencia de las resoluciones a la

comprometidos con esta empresa dejaron inequívoca constancia escrita, según se ha visto, de que lo perseguido era un modelo de decidir judicial fundado en el resultado de la actividad probatoria, valorado de la manera más racional. Tan es así que las implicaciones de método que autores como Illuminati, Ferrajoli y Ferrua extraen del principio de inocencia están, desde luego, presentes *in nuce* en tratamientos de la materia como los de Beccaria, Muratori y el mismo Voltaire, en textos que ya han sido citados.

En realidad la deriva *intimista* del principio de libre convicción es una suerte de *traición*, ya, incluso, a la propia semántica del último vocablo, que es sinónimo de convencimiento; que, a su vez, es acción y efecto de convencer; que, en fin, consiste en mover con razones o probar una cosa de manera que racionalmente no se pueda negar. Todo según el diccionario.

Así, decidir jurisdiccionalmente conforme a la presunción de inocencia, en rigor, equivale a entender que sólo procederá la condena cuando, razonablemente (es decir, en términos de racionalidad inductiva) no exista ninguna duda³² acerca de la realización del delito y de

realidad de los hechos, y no al concepto que de ellos pudiera formarse, arbitrariamente, el eventual juzgador.

³² En este sentido, G. Canzio: «La regla de juicio del «más allá de la duda razonable» pretende, pues [...] cursos epistemológicamente correctos, argumentaciones motivadas acerca de las opciones valorativas de la prueba, justificación racional de la decisión, estándares conclusivos de alta probabilidad lógica en términos de certeza procesal, debiendo reconocerse que el derecho a la prueba, como expresión del derecho de defensa, extiende su ámbito hasta comprender el derecho de las partes a una valoración legal completa y racional de la prue-

la identidad del autor. Y, ya se ha dicho, que a esa conclusión sólo puede llegarse a partir de la existencia de una hipótesis acusatoria eficazmente sustentada por pruebas, una y otras producidas y valoradas en el marco de un proceso contradictorio.

La expresión que ha hecho fortuna en el mundo anglosajón³³ podría ser, quizá, algo más expresiva que la acogida en nuestro ámbito, pero no incorpora ningún matiz diferencial de calado, más allá del hecho de que ambas, por razones textuales y de contexto, reclaman un proceder jurisdiccional racional y rodeado de ciertas garantías.

Como también se ha anticipado y es bien sabido, el tratamiento de la *quaestio facti* en el proceso penal obliga a partir de vestigios y trazas de memoria, eventualmente dejados por ciertos hechos que ni siquiera en el caso de que, en efecto, hubieran tenido lugar, existirán

ba» (*L'«oltre il ragionevole dubbio» come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, en «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1/2004, p. 306).

³³ Ahora bien, es importante tener en cuenta que la reflexión generada en torno a la fórmula está presidida por la preocupación de facilitar a los jurados populares criterios para administrar el principio de duda, algo que se pone de manifiesto en las sucesivas redefiniciones jurisprudenciales de la misma, dictadas también por la evidencia de la falta de aptitud cultural del ciudadano medio-jurado para operar con el necesario rigor inductivo en el manejo del cuadro probatorio. Sobre tales vicisitudes en la experiencia jurisdiccional norteamericana, cfr. D'Alessandro, F., *L'oltre ragionevole dubbio nella revisione del processo*, en «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 2/2004, p. 682 y ss. También puede verse Piergallini, C., *La regola dell'«oltre ragionevole dubbio» al banco di prova di un ordinamento di «civil law»*, en la misma revista, 2-3/2007, p. 593 y ss.

ya, pues serán *pasado*. De este modo, solamente cabe operar con tales rastros mediante hipótesis y por comprobación.

En el contexto en que se sitúan estas reflexiones, el principio-guía es la presunción de inocencia, que, como tantas veces se ha dicho, reclama un operador imparcial, colocado en posición de neutralidad en el punto de partida, que es lo que le habilita para decidir con tendencial objetividad sobre la(s) hipótesis presentes.

Desde esta perspectiva, y dado que, en la materia, sólo cabe acceder a un grado de certeza probable, que, por lo demás, es el que está en la base de todo saber científico, la certeza del juez, la que asegura una verdad procesal de calidad, dependerá del rigor en la formación del cuadro probatorio (que deberá incorporar todos los elementos de prueba disponibles) y de la racionalidad del tratamiento que se le dispense.

Ferrajoli³⁴, contando con la natural ambigüedad de los elementos de juicio, recuerda que el apoyo en un solo resultado de prueba no basta para confirmar una hipótesis. Y subordina la seguridad de la convicción judicial, esto es, la eliminación de la duda razonable, a que la hipótesis acusatoria —siendo internamente coherente— resulte del todo confirmada por las pruebas de la acusación y no sea desmentida por ninguna de las de la defensa (tomando en consideración todas las pertinentes al caso). Así, prevalecerá la hipótesis que acoja armónicamente el mayor número de confirmaciones; que explique de manera satisfactoria, en términos de experiencia, el porqué del hallazgo en el lugar de los

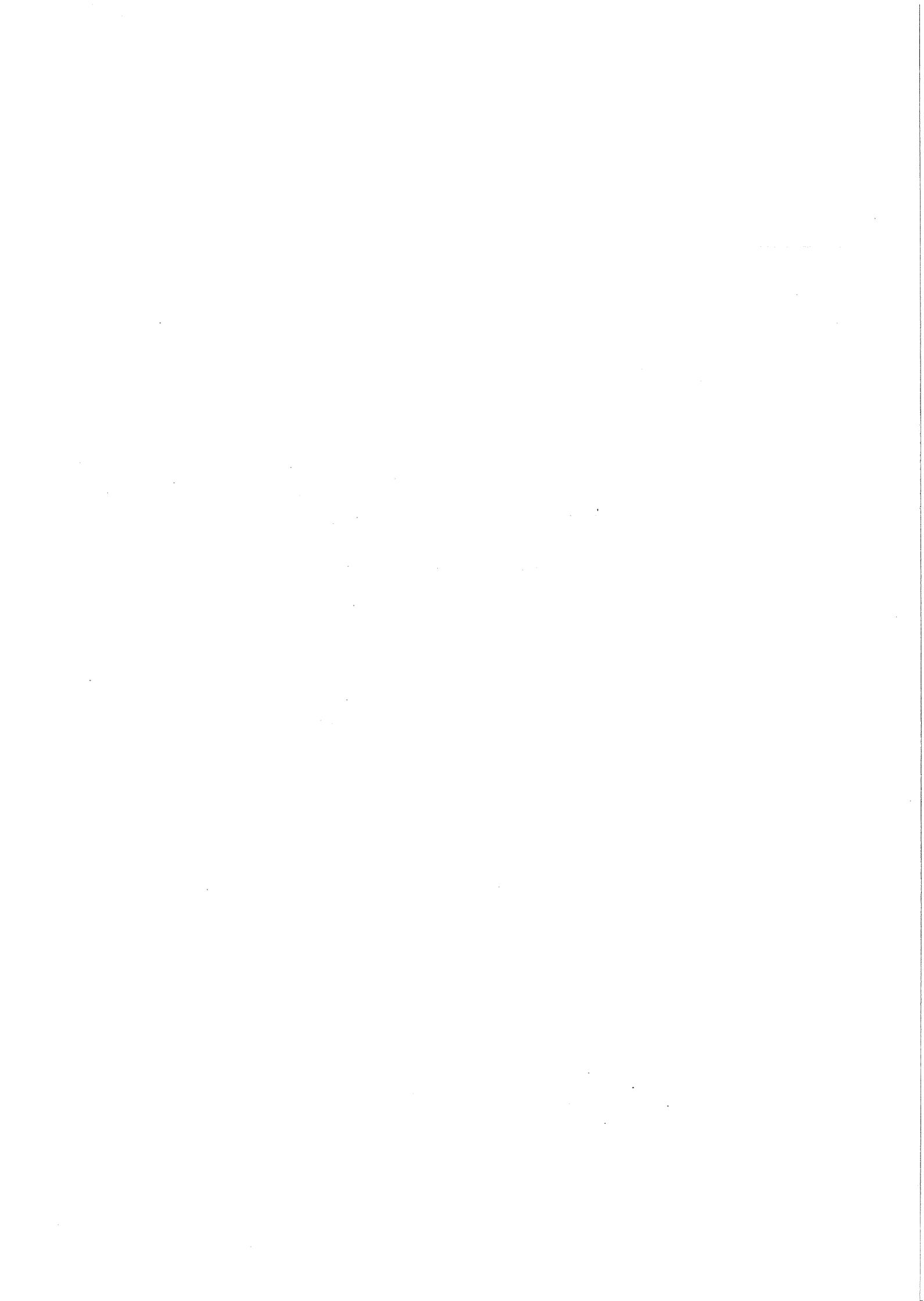
³⁴ Cfr. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 147 y ss.

hechos y en el contexto de la acción del mayor número de los datos probatorios relevantes, sin dejar fuera alguno fundamental; y que, al mismo tiempo, resista las contrapruebas que se le hayan opuesto; al contrario de lo ocurrido con las hipótesis alternativas, que no habrán podido soportarlas.

Este modo de proceder tiene una garantía de rigor —contando con la efectividad de todas las propias del proceso acusatorio— en la aceptación intelectualmente honesta del deber de motivar, que, como también se ha dicho, debe incidir *ex ante* —presidir— en todo su trayecto el discurso probatorio. A fin de evitar deslizamientos en el terreno de *lo inefable* y de hacer coextensivos el ámbito de la decisión y el de lo justificable; presupuesto necesario para que ese proceso intelectual sea eficazmente pilotado por el juzgador, verbalizable y dotado de la necesaria inteligibilidad. Ese mismo deber, así asumido, tiene que proyectarse, y desde tales presupuestos, en el área de los fundamentos de la resolución, mediante la individualización suficiente de las fuentes de prueba examinadas; de la expresión del rendimiento de cada una de ellas en elementos probatorios; de los cursos inferenciales que éstos posibilitan y de los criterios de uso; de lo que resulte de cruzar tales informaciones; de la forma en que ese resultado reacciona al entrar en relación con cada una de las hipótesis en presencia; del porqué se ha entendido que la información obtenida presta fundamento a cierta hipótesis; de cómo ésta ha resistido a las pruebas contrarias.

No es raro que semejante propuesta de método suscite reservas en medios judiciales convencionales por lo que suele tacharse de exceso de sofisticación, de propuesta de tratamiento del material probatorio y de la

justificación de la decisión casi *diabólicos*. Pero, en realidad no hay tal, pues, el juzgador que no quiera decidir holísticamente y como *por olfato*, a partir de las meras *impresiones* espontáneamente obtenidas del juicio, tendrá que optar por la consideración articulada de todos los elementos presentes, debidamente analizados, primero, y luego apreciados en su conjunto. Pues bien, se trata de seguir este sistema de decisión, con el máximo nivel de lucidez de conciencia, a lo que, según he explicado, ayuda sobremanera la objetivación del discurso mediante la escritura.



§3.

La supuesta facilidad de la testifical

a — Una prueba bajo sospecha

Ya se ha aludido al más tópico sentido de la prueba directa y a su implantación desde antiguo en cierta subcultura judicial. También a que, en ese contexto, es, precisamente, la testifical la prueba de tal clase por antonomasia. Así, por ejemplo, en una sentencia de la casación penal española —nº 1423/02—, puede leerse: “El tribunal *ha percibido* directamente el contenido de cuanto expresa el testigo, esto es, *los hechos* que vio personalmente” (la *cursiva* me pertenece). En este modo de discurrir, que, como indica Taruffo¹, fue acogido en algún momento por Carnelutti², se parte de la idea

¹ Taruffo, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 454.

² Carnelutti, en efecto, cifra la distinción entre prueba directa e indirecta en el modo como se produce y opera la percepción del juez en cada caso, pues en el primero «el juez percibe con los propios sentidos [...] el hecho mismo que se debe probar» lo que no se daría en el segundo (*La prueba civil*, con apéndice de G. P. Augenti, trad. de N. Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 1982, p. 54). Como asimismo pone de relieve Taruffo, en el propio autor puede encontrar-

incorrecta de que el juzgador podría entrar en contacto real con el *thema probandum* verdadero y propio, merced al potencial representativo de éste y algún otro medio de prueba; y ello gracias al tipo de apreciación que haría posible el ejercicio de la inmediación.

Taruffo reprocha, con razón, a Carnelutti que hable de «percepción» y de «percepción directa», sin hacer un análisis del concepto «como si éste fuese simple e intuitivo»³. Y es que, ciertamente, tal es como se le imagina en la concepción de la prueba a la que se está haciendo referencia. Es un modo de entenderla que tiene su razón histórica de ser en la ya aludida reacción frente a los excesos del régimen de la prueba legal, que llevó, al fin, en una suerte de movimiento pendular, a abrazar el principio de libre convicción en su versión intimista, fuertemente connotada de irracionalidad. Aunque, si bien se mira, entre el punto de vista al que ahora se alude y el representado por el viejo criterio de prueba legal no hay tanta distancia en el plano del método. En efecto, pues en ambos se parte, acriticamente, de una simplificación. En este último, la de que el *id quod plerumque accidit* goza de un potencial explicativo general universal, que justificaba su traducción en reglas legales de valoración probatoria, de ahí la incondicionada validez de, por ejemplo, lo dicho por dos testigos presenciales. Mientras en el primero mencionado, so-

se un apunte de rectificación de este punto de vista, cuando relativiza claramente la relación entre prueba directa e indirecta fundada en el criterio que acaba de transcribirse (cfr. Carnelutti, F., *Derecho y proceso*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, pp. 145-146).

³ Taruffo, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 454, nota 49.

bre el que se discurrirá en lo que sigue, se presupone, sin ningún fundamento racional, la aptitud del juez en régimen de intermediación para alcanzar la verdad *de los hechos* con sólo escrutar al testigo cuando declara.

Este modo de entender el asunto está muy bien expresado por Meyer, cuando remite la valoración de las pruebas a «la impresión que han hecho sobre la conciencia» del juzgador y precisa que «a menudo la convicción se forma por la actitud, el gesto, el acento de aquellos a los que se ve y escucha [...] por lo que es difícilísimo dar razón a sí mismo e imposible instruir a otro de lo que ha producido la opinión»⁴.

Y aún hoy y para muchos jueces (no hablemos de jurados), —como ya se ha anticipado— de «impresiones» se trata, por la relevancia generalmente atribuida a la gestualidad en la apreciación de la prueba testifical, dando por sentado, sin planteárselo siquiera como problema, que el sujeto que enjuicia se halla en condiciones de actuar con discernimiento en ese resbaladizo terreno, a partir de lo que se supone sería una constatación fotográfica y, por eso, fiable, del testigo presencial.

Tal actitud de fondo se aprecia con toda claridad en sentencias como, por ejemplo, la del mismo tribunal ya aludido (nº 845/04), cuando, discurriendo sobre el tratamiento de la prueba en la decisión impugnada, afirma: «Elemento esencial para esa valoración es la intermediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también por su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la segu-

⁴ Meyer, *Spirito, origini e progressi...*, *op. cit.*, t. V, p. 281.

ridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble o no, para formar una convicción judicial. Por ello las afirmaciones del recurrente negando credibilidad a las declaraciones de la perjudicada son de difícil aceptación en la medida en que sólo el tribunal de instancia ha dispuesto de esta herramienta esencial de la valoración de la prueba».

Como se ve, el pronunciamiento, a más de siglo y medio de distancia, reproduce con total fidelidad el estado de opinión en la materia ofrecido por Meyer, que, importa señalarlo, escribía todavía en una clave, podría decirse, *militante*, cuando lo que estaba en juego era la superación teórico-práctica de la cultura de la jurisdicción propia del antiguo régimen. En efecto, pues en esta sentencia, al igual que en aquel texto, se da idéntica relevancia a esos datos como únicamente aprehensibles en el contacto directo y sólo por quien haya dispuesto de la posibilidad de contar con él; de ahí el carácter libre, en el sentido de no tasado, y necesariamente *íntimo* de la convicción; que, por esto mismo, resulta intransferible y, en consecuencia, infiscalizable.

En idéntico sentido, por ejemplo, un tribunal provincial hablará de «unos signos, formas de decir lo que se expresa», que serían «los silencios, las miradas, los gestos [...] manifestaciones elocuentes de unos sentimientos que a veces no se saben o no se quieren expresar con claridad, por piedad, por miedo, por vergüenza, etcétera». Y otro se referirá, para dar fundamento a la decisión, al «sentimiento de sinceridad y absoluta credibilidad de [la versión de un testigo] que se deriva de la ventaja de la inmediatez ...».

En definitiva, lo propio de una actividad de *conocimiento* en la que —como se lee en otra sentencia de

la misma Sala 2ª del Tribunal Supremo español (nº 2005/04)— «se trata de escudriñar en la mente humana». Nada menos.

A partir de estos presupuestos, es decir, de semejante modo de concebir el enjuiciamiento, resulta de lo más coherente que en las sentencias fundadas en tales *topoi* se hable, con frecuencia, de la credibilidad como algo que el tribunal *concede* u *otorga* al declarante, según le *crea* o no le *crea*⁵.

De este modo de entender la prueba testifical lo primero que cabe decir es que tiene algo de autocontradictorio, porque, mientras atribuye al que la presta una auténtica capacidad de transmitir datos fácticos, incluso —como se ha visto— *hechos* al tribunal: elementos, por tanto, dotados de supuesta consistencia objetiva; al propio tiempo asocia el valor de verdad de tales informaciones a la apreciación de elementos tan inaprehensibles y de tanta relatividad como los de referencia, cuya lectura, siendo función personalísima, no podría dejar de variar según el sujeto que la lleve a cabo.

Al discurrir de ese modo se pierde de vista la complejidad real de ese medio de prueba, ya puesta de manifiesto por autores clásicos, como Gorphe, y hoy bien patente a partir del abundante material empírico y teórico producido por la moderna psicología del testimonio.

⁵ Es el criterio ya anticipado por Bentham: «Cuando una narración de hechos se presenta al juez bajo la forma de testimonio, el detalle de cada circunstancia puede ser objeto de un juicio afirmativo o negativo: en una palabra, el juez la cree o no la cree» (*Tratado...*, *op. cit.*, t. I, p. 42).

Un primer aspecto de *la testifical* que suele descuidarse es que sus aportaciones le llegan al tribunal como discurso. Y sorprende que en el marco de la subcultura judicial que aquí se toma en consideración —de la que ya forma parte cierta cautela frente al lenguaje del legislador, sus *trampas*, a veces, y sus dificultades de interpretación— no exista algo equivalente con referencia a este otro campo, en el que el juego del habla, de las hablas en presencia es siempre de una mayor complejidad, aunque sólo sea por el carácter constitutivamente conflictual del medio y la parcialidad de las posiciones que en él se enfrentan. No obstante lo cual, se trata de una dimensión del asunto muy descuidada.

Hay también otra circunstancia típica del contexto de la jurisdicción, a la que no suele darse todo el relieve que merece y es la constituida por la habitual reiteración, y consiguiente superposición, de interrogatorios —e interrogadores— y de declaraciones testificales, de inevitables consecuencias distorsionadoras, porque cada una de esas oportunidades es una invitación a reelaborar, para *mejorar*, la expresión y el contenido de las precedentes.

A todo esto, centrando ya el examen en la figura del testigo como sujeto-fuente de información de relevancia procesal, es de señalar que todo lo problemático que de él suele predicarse en esta perspectiva se limita a la posible mutación consciente de la verdad, generalmente por razón de interés. Riesgo que, desde luego, constituye un problema de importancia no desdeñable, cuando lo que subyace en la causa es un conflicto, con frecuencia grave, de intereses; pero riesgo que dista de ser el único e, incluso, el más relevante.

El testigo cuenta como quien, espectador de algún acontecimiento jurídicamente relevante, ha observado lo ocurrido y, por eso, es depositario de una información que debe transmitir al juzgador para que la evalúe. Como he dicho, la dimensión propiamente discursiva resulta, por lo general, poco atendida y, pasando como por encima de ella, se otorga particular importancia en el enjuiciamiento a esos otros datos que forman lo que Bentham llamó el «testimonio personal involuntario», integrado, esencialmente, por «el efecto de emociones internas que se manifiestan en la conducta, los gestos, la fisonomía de los testigos»⁶.

Así resulta que el tratamiento de la prueba de testigos más habitual en la cultura judicial y que prevalece en la materia, es inquietante lugar de encuentro de tres criterios abiertamente mistificadores del asunto. El primero se resume en la afirmación a que antes se ha aludido, de que aquéllos pueden poner al tribunal en contacto *directo con los hechos*, cual si gozasen de la capacidad de presentarlos, casi físicamente, ante él, como sugiere una de las sentencias antes citadas; una entre muchísimas. El segundo se cifra en la presunción, cuando menos implícita, de que en la percepción del dato empírico, la conservación de la información sobre el mismo y su posterior traslado al juzgador, hay un proceso lineal, no particularmente problemático, que es el que permite a éste operar con «lo visto y oído»⁷; fórmula jurisprudencial en la que suele concretarse el acervo de *impresiones* que fundarían la convicción. En

⁶ En *op. cit.*, t. I, p. 31.

⁷ STS 2039/2001.

fin, esas *impresiones* serían las obtenidas «a través de la intermediación»⁸, que permite a los jueces perseguir con eficacia la verdad leyendo con rigor en las actitudes con que los testigos acompañan a sus manifestaciones verbales, que, así, resultarían cabalmente calibradas en su grado de adherencia a la realidad.

Pero es claro—ya se ha dicho— que *los hechos* no tienen existencia actual como tales, ni siquiera en el mundo extraprocésal, del que podrían haber formado parte en algún momento si hubieran efectivamente acontecido, por lo que las fuentes personales de prueba no pueden *trasladarlos* al tribunal, que, así, tampoco podría operar a partir de un imposible *da mihi factum*. Precisamente porque para el observador presencial, eventual futuro testigo, aquéllos no son un simple dato bruto de fácil aprehensión. Esto, por el carácter mismo de la percepción: en realidad, respuesta a un estímulo que suscita lo que constituye una hipótesis perceptiva y no, precisamente, una imagen fotográfica. Un proceso éste, además, sobredeterminado por la circunstancia de la frecuente implicación del espectador en el suceso contemplado; implicación que llega al límite en los supuestos de la víctima de una acción brutal que luego deberá informar sobre ella. Todo lo que, en definitiva, acredita que la observación, que acostumbra a presentarse como un acto simple es, en cambio, un proceso complejo integrado por una diversidad articulada de momentos⁹. Que enlazan, formando un *continuum*,

⁸ STS del 12/2/93.

⁹ Sigo, por su claridad, la exposición de Cavedon - Calzolari, *Come si esamina...*, *op. cit.*, p. 9 y ss.

con otros dotados, a su vez, de una específica complejidad, como es el caso de la memoria y comunicación¹⁰.

b — *El laberinto de la memoria*

Hoy se sabe bien que el proceso mnemónico no arranca con un acto de simple observación¹¹ ni operará por mero almacenamiento y recuperación mecánicos, sino que, en todo su recorrido, tiene un alto componente de reelaboración¹². Lo escribió muy expresivamente Pes-

¹⁰ De Leo, G. - Scali, M. - Caso, L., *La testimonianza. Problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 7.

¹¹ «La observación es siempre interpretada en el sentido de que contiene más de lo que incide en el globo ocular» (De Cataldo Neuburger, L., *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Cedam, Padova, 2000, p. 42). Lo que «se conserva es el dato interpretado» (Mazzoni, G., *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 22).

¹² La hipótesis explicativa más extendida es que mientras leemos, mientras observamos lo que sucede a nuestro alrededor o mientras nos cuentan una historia construimos significados e inferencias y son esos significados e inferencias lo que almacenamos en nuestra memoria. Posteriormente, cuando queremos recordar tal evento, lo que hacemos es evocar la construcción que llevamos a cabo durante la experiencia de la historia y reconstruimos los detalles de acuerdo con el conocimiento que poseemos acerca del mundo o del grupo social y cultural al que pertenecemos» —Ruiz-Vargas, J. M., «¿Cómo funciona la memoria? El recuerdo, el olvido y otras claves psicológicas», en ídem (comp.), *Claves de la memoria*, Trotta, Madrid, 1997, p. 127—. Cfr. también De Cataldo Neuburger, L., «Il testimone come elaboratore di informazioni», en Gulotta, G. (ed.), *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale. Metodologia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 118 y ss.

Diges ha escrito expresivamente que «muchas personas creen que el único problema de la memoria está en el olvido», al comienzo del

soa, en un contexto muy alejado del propio de esta clase de consideraciones: «Decir es renovar»¹³. En efecto, pues, según Cavedon y Calzolari, «el recuerdo no es una fotocopia del evento [...] porque el ser humano no percibe pasivamente las informaciones, sino que actúa sobre ellas, codificándolas y elaborándolas»¹⁴.

Según explica con mucha claridad Ruiz-Vargas, estudios experimentales de años todavía recientes y en curso para tratar de «entender cómo trabaja la memoria han permitido definir una estructura, unos procesos y un sistema de control»¹⁵ que se articulan en lo que

libro *Los falsos recuerdos. Sugestión y memoria*, Diges M. (ed.), Paidós, Barcelona, 1997, eficazmente dirigido a ilustrar sobre «la posibilidad de que los recuerdos sufran cambios, añadidos, o incluso que lleguen a inventarse completamente» (p. 17).

¹³ Pessoa, F., *El libro del desasosiego*, trad. e introducción de A. Crespo, Círculo de Lectores, Barcelona, 1989, p. 450.

También muy gráficamente E. Haro Tecglen, dejó escrito que «el recuerdo no sólo destruye, sino que construye. Odia el vacío. Inventa con irresponsabilidad...» (en *El niño republicano*, Suma de Letras, Madrid, 2000, p. 9).

¹⁴ Cavedon - Calzolari, *Come si esamina...*, *op. cit.*, p. 5. Son muy interesantes al respecto ciertos experimentos destinados a «investigar cómo la información facilitada después de un suceso influye en la memoria de un testigo para ese suceso», de los que dan cuenta Loftus, E. F. - Miller, D. G. - Burns, H. J., «Integración semántica de información verbal en una memoria visual», en Diges, *Los falsos recuerdos...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss. Es obvio que esta clase de mecanismos, fuente de posibles distorsiones involuntarias, tiene un papel importantísimo en el caso de los testigos presenciales de acciones delictivas, una condición que les llevará a hacer de lo presenciado objeto de múltiples conversaciones y comentarios, con ese efecto de posible incidencia negativa en la genuinidad de lo recordado como visto.

¹⁵ Ruiz-Vargas, J. M., *Memoria y olvido. Perspectivas evolucionista, cognitiva y neurocognitiva*, Trotta, Madrid, 2002, p. 237.

califica expresivamente de «arquitectura funcional»¹⁶, la propia de «un sistema complejo de procesamiento de información con múltiples fases interrelacionadas y no como algo que media entre la presentación de un estímulo y la eventual respuesta del sujeto»¹⁷. En el plano *organizativo*, en general, se habla de tres *cajas* o *contenedores* de datos que dan lugar a otras tantas modalidades de aquélla: la memoria o registro *sensorial*, la memoria *a corto plazo* y la memoria *a largo plazo*»¹⁸. Se sabe que en la primera la información (visual, acústica, táctil u olfativa) se mantiene por brevísimo espacio de tiempo —milésimas de segundo— en el formato original, es decir, en la forma, precategorial, en que ha sido percibida. La memoria *a corto plazo*¹⁹ constituye un sistema con capacidad limitada de retención temporal —durante segundos— de datos, que cuenta con «dos compartimentos», uno para el material verbal o fonológico y otro para el vidoespacial²⁰. La memoria *a largo plazo*, la que aquí más interesa, retiene de forma permanente —desde pocos minutos hasta un número ilimitado de años— un acervo de información también virtualmente ilimitado, representado bajo una forma de naturaleza semántica, es decir, por referencia al sig-

¹⁶ *Ibidem*, p. 143.

¹⁷ *Ibidem*, p. 144.

¹⁸ Un examen más detallado de este asunto puede verse en Ruiz-Vargas, *Memoria y olvido...*, *op. cit.*, p. 289 y ss.

¹⁹ Para un preciso análisis conceptual, cfr. también Ruiz-Vargas, *Memoria y olvido...*, *op. cit.*, pp. 152-153.

²⁰ Papagno, C., *Come funziona la memoria*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 9 y ss. (hay trad. cast. de Martí, M., *La arquitectura de los recuerdos. Cómo funciona la memoria*, Paidós, Barcelona, 2008).

nificado de los recuerdos²¹, que es lo que en ella «se codifica»²². Y no opera como un simple *almacén*, sino que relaciona lo último recibido con lo ya acumulado y conservado, y es así como el sujeto puede reconocerlo perceptivamente. La memoria *a largo plazo* es, a su vez, un sistema complejo, del que forma parte la memoria *semántica* y la *episódica*²³. La primera, explica Vargas-Ruiz, es la «encargad[a] de la adquisición, retención y utilización de conocimiento acerca del mundo en el sentido más amplio, esto es, hechos, conceptos y vocabulario» y no acoge «información alguna relativa al contexto espacio-temporal en el que se ha producido la adquisición». La segunda, formada a partir de la primera —lo que hace difícil una separación tajante de ambas²⁴— y más evolucionada: «es la memoria de los sucesos vividos personalmente» y gracias a ella «podemos recuperar conscientemente los sucesos personales y los eventos de nuestro pasado que ocurrieron en un momento y en un lugar específico»²⁵. Sus contenidos, relativos a la experiencia directa del sujeto y dotados de

²¹ Cfr. Papagno, *Come funziona...*, *op. cit.*, p. 30 y ss.

²² Mazzoni, *Si può credere...*, *op. cit.*, p. 61.

²³ Se identifica también la llamada *memoria procedimental*, de carácter más bien operativo, encargada de retener las conexiones entre estímulo y respuesta. Cfr. al respecto Vargas-Ruiz, *Memoria y olvido...*, *op. cit.*, p. 302 y ss.

²⁴ «La interacción entre memoria episódica y memoria semántica se produce en el curso de las tres fases principales de la memorización: en el curso de la fase de adquisición de la información, también llamada de codificación, en el curso de la fase en la que la información resulta representada en la memoria a largo plazo, y en el curso de la recuperación» (Mazzoni, *Si può credere...*, *op. cit.*, p. 37).

²⁵ Vargas-Ruiz, *Memoria y olvido...*, *op. cit.*, pp. 306-307.

una dimensión espacio-temporal, se encuentran codificados bajo una forma asimismo semántica, son representaciones abstractas, pero incorporan también información circunstancial relativa al contexto de origen. Ésta es, pues, podría decirse, *la memoria del testigo*. Que, como se infiere de lo que acaba de exponerse y en contra de lo que sugiere tanta jurisprudencia, no opera con datos sensoriales, o propios de la memoria de ese carácter sino con información codificada en la memoria a largo plazo o semántico-episódica, que para traducirse a la declaración debe ser decodificada.

En el funcionamiento articulado de esos tres sistemas de memoria, a partir de los trabajos de Loftus, se identifican tres fases. La *de adquisición*, que corresponde a la percepción de lo ocurrido, en la que inciden dos grupos de factores, los ligados a la calidad del suceso (tiempo de exposición, relevancia, violencia ...) y los que tienen que ver con las particularidades del testigo (estrés, miedo, expectativas). En este segundo plano se considera acreditado algo que suele olvidarse en el juzgado: que «un fuerte estado emotivo resta, en la fase de almacenamiento, energías y atención necesarias para captar el mayor número de informaciones posibles y desplaza estos recursos al control y desahogo de las emociones [...] con empeoramiento de la agudeza perceptiva global»²⁶. Durante la fase *de retención*, se sabe bien, la traza mnésica se degrada progresivamente y el paso del tiempo juega, ya sólo por sí mismo, en sentido negativo; sin contar con la eventual incidencia, consciente o inconsciente, de nuevas informaciones. En fin,

²⁶ Cavedon - Calzolari, *Come si esamina...*, op. cit., p. 11.

la fase *de recuperación* tiene, para lo que aquí interesa, un relieve singular, porque es la del interrogatorio, más bien interrogatorios sucesivos, a veces compulsivos; con frecuencia sugestivos, siempre selectivos y tácticamente orientados y por lo general articulados en preguntas, preferentemente, cerradas. Cuando es notorio que lo más funcional a una buena actualización del recuerdo es dar al testigo la oportunidad inicial de una narración libre.

c — La memoria del testigo, factor de riesgo

Pues bien, según estas consideraciones, es inevitable señalar que en el caso de la prueba testifical, sobre todo en el proceso penal, a las dificultades inherentes a toda indagación sobre hechos a partir del rastro que, eventualmente, éstos hubieran podido dejar en la memoria de testigos, se unen, para reforzarlas, algunos factores propios de este campo específico. Primero, el determinado por la naturaleza de las acciones, generalmente inesperadas²⁷, siempre conflictivas, por lo general violentas y, muchas veces, de una violencia que se proyecta, precisamente, sobre el propio observador, implicándolo, cuando menos, en el plano emocional. Ocurre, además, que los interrogatorios propiamente judiciales suelen haber estado precedidos por uno a cargo de la policía, normalmente unilateral y articulado en preguntas cerradas, orientado no tanto a *saber*

²⁷ «La mayor parte de los sucesos a que asistimos y por los que podríamos ser llamados a testificar son inesperados, y, por ello, por definición, el proceso de adquisición es de tipo incidental. Esto hace que el recuerdo sucesivo sea escaso y fragmentario» (Mazzoni, *Si puo credere...*, *op. cit.*, p. 61).

como a confirmar alguna hipótesis, y en tal sentido *interesado*, como lo es, por consecuencia, la información que en ellos se transmite, implícitamente, al interrogado. En fin, a lo largo de la causa, se da una reiteración de declaraciones, que no favorece nada la espontaneidad y autonomía de las respuestas y, por el contrario, induce a reelaboraciones y *perfeccionamientos* de la narración, que, aunque sólo estuvieran movidos por la pretensión de ser creído en una información que se tiene y se transmite, sinceramente, como verdadera, objetivamente la distorsionan. A todo esto habría que añadir que, en no pocas ocasiones, debido a que la transcripción de las respuestas dadas al investigador policial o judicial no es literal, el testigo, al declarar en momentos ulteriores, y hacerlo con algún dato o matiz diferencial, puede verse enfrentado a afirmaciones tomadas de su declaración precedente, en demanda de aclaraciones que, paradójicamente, no tendrían que ser de su incumbencia, sino más bien del redactor-intérprete policial o judicial. Esto, en la dialéctica, muy dura, a veces, de la *cross examination*, puede llevar a los testigos a situaciones de perplejidad y de auténtica confusión, en serio perjuicio de la calidad del testimonio y de su tratamiento.

Entrando ya en la valoración del rendimiento de este medio probatorio, una vez introducido como tal en un proceso concreto, es claro que su apreciación requiere dos juicios. Uno primero —externo— sobre el hablante; otro sobre lo hablado. Esto último, a su vez, ha de examinarse en dos planos: en sí mismo, como discurso, para evaluar su grado de consistencia interna; y desde el punto de vista de la información que contenga, que ha de ponerse en relación con la obtenida a par-

tir de otros medios probatorios. Así, la práctica de la testifical se articula en tres tramos: el de la audición del declarante; el de la determinación del crédito que como tal pudiera o no merecer; y el que tendría por objeto evaluar si lo narrado es o no cierto.

No hay duda de que el segundo momento es el de mayor dificultad. En efecto, pues en él se trata de calibrar la sinceridad del deponente, es decir, de saber si cuenta realmente lo que cree que presencié. Para ello habrá que estar a las particularidades de la declaración, al modo de prestarla, a la existencia o no de motivos —interés— para desfigurar u ocultar la verdad, a la coherencia de la actual con anteriores manifestaciones recogidas en la causa. Pero no sólo, porque asimismo tendría que saberse si disfrutó de una percepción de calidad de lo presenciado y si ha conservado con fidelidad los correspondientes datos. Para lo que será imprescindible formar juicio acerca de si en las circunstancias ambientales del caso se daban condiciones para una clase de observación compatible con la riqueza de datos ofrecidos, y si la hacía posible la propia naturaleza del hecho. Y sobre si el sujeto a examen denota o no tener dotes de observador —la perspicacia que sugiere el grado de detalle de su relato— y la memoria requerida para el caso, a tenor de las particularidades de lo narrado y del tiempo transcurrido. Todo, considerando que, como se ha visto, la memoria es una facultad particularmente compleja²⁸, en cuanto articulada

²⁸ «La memoria —ha escrito T. Todorov— no se opone en absoluto al olvido. Los dos términos para contrastar son la *supresión* (el olvido) y la *conservación*; la memoria es, en todo momento, y necesaria-

en distintas fases y planos temporales, y que se desarrolla no en un simple acto sino como proceso, en el que inciden diversos factores, internos y externos al propio sujeto. Así, las distorsiones pueden producirse en la percepción, en el almacenamiento, durante la retención, en la recuperación, en la exposición.

De todas las variables posibles ofrecidas por la testifical a tenor de la posición del sujeto ante el hecho procesalmente relevante, hay una, la del testigo-víctima, que presenta un *plus* de dificultad en la apreciación, porque sobre él inciden circunstancias que le exponen a un mayor riesgo de desviación, tanto en la obtención de la información relevante como en la conservación, recuperación e, incluso, transmisión de la misma. En efecto, pues no hay duda de que en su calidad de perjudicado tendrá interés —legítimo— en una determinada decisión de la causa. Y esta misma condición, sobre todo si la acción criminal ha sido especialmente degradante, generará, aparte el natural deseo de vindicación, una intensa necesidad de ser creído, básicamente por razón de autoestima.

Esto resulta tanto más real cuando el testimonio versa sobre la identificación de personas, en general, y sobre todo en procesos seguidos por agresiones de naturaleza sexual; ya que se trata de sucesos violentos en los que es normal que las circunstancias ambientales (acometimiento por la espalda, precauciones adoptadas por el autor para no ser observado, escasa o nula iluminación) obstaculicen, incluso seriamente, la

mente, una interacción de ambos» (*Los abusos de la memoria*, trad. de M. Salazar, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 15-16).

percepción. Sobre la que influirá también de forma muy negativa la inevitable tensión emocional. «Es claro—dice De Cataldo Neuburger— 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»²⁹. Porque, explica, «las necesidades y las emociones pueden actuar de modo que se seleccionen determinados aspectos de un estímulo: de estos aspectos se desarrolla un conocimiento que puede desviarse no poco del verídico porque tenderá a ser congruente no con la realidad sino con las emociones y las necesidades del sujeto. Se sabe desde hace tiempo que las emociones pueden influir en el «aspecto de las cosas»³⁰.

*d — Prácticas institucionales
que tampoco ayudan*

Las diligencias judiciales—e incluso policiales—de identificación de personas *en rueda* son recurso de uso

²⁹ En *op. cit.*, p. 57. Como señala A. Bernasconi, «cuando la actividad perceptiva se desarrolla en el ámbito de un contexto de alta significación emotiva, como es una *crime scene* [...] el testigo no está preparado para observar, concentrarse, almacenar datos. Se encuentra catapultado a una situación altamente dinámica y caótica, con personajes y rostros en movimiento, imposibilitado para atribuir un valor de sentido, orden y racionalidad a los acontecimientos; su experiencia es filtrada a través de una particular coloración psíquica cuyo espectro comprende estados de ánimo como la curiosidad, la ansiedad, el estrés, la sensación de peligro actual...» (en *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 12-13).

³⁰ *Ibidem*, p. 59.

habitual en la práctica procesal penal, en la que, además, es frecuente atribuirles, burocráticamente, un alto índice de fiabilidad. A pesar de que, incluso en medios judiciales, no ha faltado algún autor que ya desde antiguo pusiera en guardia sobre sus enormes riesgos. Así, Gorphe, cuando escribía que «los errores de reconocimiento no pueden contarse; un volumen no bastaría para relatar todos los que han sido descubiertos»; señalando que el fenómeno es «esencialmente *afectivo*, residente en una impresión de objeto *familiar*, de ya *conocido*, antes de expresarse en un juicio de identidad»³¹. Y que esas desviaciones pueden verse acentuadas por el uso de fotografías³².

³¹ Gorphe, F., *La crítica del testimonio*, trad. de M. Ruiz-Funes, Reus, Madrid, 1933, pp. 226 y 229-330.

³² «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» (ibídem, p. 237).

En esta línea ha abundado, mucho más recientemente, Sobral Fernández, al poner de manifiesto que «una revisión de doscientos noventa y un 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 filmicas) arrojó el resultado de porcentajes de identificaciones correctas que oscilan entre el mínimo de 34,3% y el máximo de 44,2%» —en «La toma de decisiones judiciales: el im-

Tal es el modo normal de operar, con la consecuencia de que, por lo general y, sobre todo, tratándose de delitos que crean «alarma social», el señalamiento positivo por parte de la víctima lleva aparejada la prisión provisional del identificado, cierra *de facto* otras posibles vías de investigación y conduce, muy probablemente, a la posterior condena.

El asunto tiene perfiles que incrementan aún más los riesgos de este tipo de diligencias. Me refiero al hecho de que, por lo regular, las actuaciones propiamente judiciales habrán estado precedidas por otras policiales realizadas, muchas veces, sin el rigor exigible, y, lo que es todavía peor, sin que cuando la causa ha entrado en el juzgado exista ya la menor posibilidad de saber cómo se actuó en ese ámbito, dado que, muy probablemente, el *modus operandi* no estará bien documentado y, al respecto, la opacidad, más allá de alguna inexpressiva diligencia de constancia meramente burocrática, puede ser total. Así, es lo más seguro que no pueda saberse cómo discurrió la exhibición de fotografías, ni la calidad de éstas, ni el criterio de selección, ni si se dio o no al testigo algún tipo de información previa al respecto, ni de qué carácter, ni cuántas veces fue sometido a esta práctica. De donde resulta que el perfil de una actividad policial de riesgo, por los posibles efectos contaminantes de lo que posteriormente se haga en sede

pacto de los testimonios», en Stangeland, P. (ed.), *La criminología aplicada*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 338—. También M. L. Alonso Quecuty ha advertido del riesgo de transferencia inconsciente que produce la exhibición de fotografías —en «Creencias erróneas sobre testigos y testimonios: sus repercusiones en la práctica legal», en Álvarez Álvarez, G. (ed.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 420—.

judicial, permanecerá en la sombra, sin que quepa ya hacer luz sobre ella para adoptar eventuales cautelas; con el resultado de una más que probable gravísima indefensión.

Aunque parezca mentira, diría que falta un protocolo que pautе con el exigible rigor el desarrollo de estas prácticas, sumamente extendidas y de las que, por otra parte, sería difícil prescindir, porque, no cabe duda, el uso de fotografías puede ser un buen medio para orientar las identificaciones. Eso sí, siempre que se lleve a cabo con las necesarias garantías. Pero no es tal la forma habitual de proceder³³, que, si algo refleja, es una alarmante falta de cultura sobre los peligros a que se está haciendo referencia. Falta de cultura muy extendida en los medios judiciales, en los que con la mayor frecuencia, y también con una preocupante transposición subrepticia de criterios propios del régimen de la prueba legal, de la evidencia formal de que había tenido lugar un reconocimiento en rueda, hecho con regularidad en el juzgado (que lo documentó de manera meramente formularia), ratificado luego, también rutinariamente, en el juicio, se deriva, sin más, la responsabilidad de la autoría del delito.

³³ En España, hasta momentos todavía próximos, era frecuente que la Policía realizase ruedas de identificación con el sospechoso, a pesar de tratarse de una clase de diligencias que la Ley de Enjuiciamiento Criminal considera estrictamente judiciales; algo que contaba con la lamentable tolerancia cómplice de los propios jueces instructores y tribunales, que muy raramente se pronunciaron en contra. Creo que hoy estas prácticas han caído, afortunadamente, en desuso, cierto que para ser sustituidas con el empleo muy poco riguroso de fotografías al que he hecho referencia.

Lo cierto es que un medio de investigación y de prueba, tan fundada y universalmente bajo sospecha en los medios de la psicología experimental, sigue siendo objeto de usos que denotan una sorprendente impermeabilidad de quienes los llevan a cabo a llamadas de atención de aquella procedencia, cargadas de sentido, y de soporte empírico.

Hoy se sabe que, en general, los testigos operan con el presupuesto de que el recurso a la rueda de identificación, si se produce, es porque se ha encontrado al culpable. A lo que hay que añadir el comprensible interés de aquéllos en no quedar como despistados y producir una buena imagen, respondiendo positivamente a la demanda de señalamiento de alguno de los expuestos³⁴. Lo cierto es que, informa Mazzoni, en conocidos experimentos en los que el culpable está ausente y el testigo tendría que pronunciarse en ese sentido, el porcentaje de falsas identificaciones llega hasta el 76%. «Lo que quiere decir —concluye la autora— que en 76 *lineup* sobre 100, en ausencia del verdadero culpable, será cualquier otro el inculminado»³⁵.

En la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español cabe registrar un cierto esfuerzo de racionalidad crítica en la valoración de las aportaciones del testigo-víctima, a partir de sentencias como la del

³⁴ Cfr. De Cataldo Neuburger, *Il testimone come elaboratore...*, *op. cit.*, pp. 151-152.

³⁵ En *op. cit.*, pp. 177-178. De Cataldo Neuburger (citando a Malpass y Devine) ofrece datos escalofriantes: «Particularmente interesante es la andadura de los falsos reconocimientos: de un porcentaje del 48% después de 2 días, se sube al 62% después de 21 y al 93% después de 56» (*Il testimone come elaboratore...*, *op. cit.*, p. 147).

28 de septiembre de 1988, que han derivado en una doctrina consolidada, por la vía de consagrar tres criterios de apreciación de la credibilidad del testigo: «la ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones procesado/víctima», la «verosimilitud» y la «persistencia en la incriminación».

En rigor, se trata de pautas idóneas para ser usadas en la segunda de las tres fases aludidas del tratamiento de la testifical. Es decir, para evaluar el grado de sinceridad del testigo y su fiabilidad como tal. Pero, sin embargo, es frecuente que en la práctica de los tribunales se las califique de parámetros idóneos para valorar —toda— *la testifical*, es decir, incluido lo declarado. Sin reparar en que ésta es una clase de estimación que desborda ampliamente el potencial informativo de esas indicaciones. Y que sólo si se entendiera que la actitud del declarante satisface las exigencias que las mismas representan, es decir, superado ese test, podría entrarse en el examen crítico del contenido de la declaración. Y nunca, obviamente, con suficientes garantías de acierto en la apreciación final, salvo cuando ésta fuera de descalificación *a limine* de un relato, por abiertamente inverosímil. Pues la verosimilitud de lo manifestado por quien no estuviera animado por un móvil espurio y hubiese mantenido la coherencia en todas las declaraciones prestadas en la causa, es plenamente compatible con la falta de adecuación del testimonio a lo verdaderamente acontecido.

Y, no obstante, lo cierto es que los criterios de referencia son frecuente objeto de un uso presidido por el automatismo, en virtud de un razonamiento falaz —todo un *revival* del sistema de prueba legal— del siguiente tenor: concurre la abstracta verosimilitud del

relato, más la ausencia de móvil espurio (generalmente apreciada —muy— *en conciencia*), más la reiteración de la misma versión ... *ergo* lo declarado se ajusta a lo realmente sucedido. Así, una Audiencia Provincial, razonaba, recientemente, de este modo: «Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo *concede* valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia ...» (la *cursiva* me pertenece) a una declaración prestada ajustándose a estos requerimientos³⁶.

³⁶ No sólo. Hay algo que dota todavía de mayor riesgo al uso habitual de estos criterios. En el caso del único testigo-víctima, por lo general, de agresiones sexuales, suele argumentarse que es necesario atribuir valor convictivo a su testimonio porque de otro modo quedarían impunes conductas de suma gravedad que, habitualmente, se producen en la clandestinidad. Modo de discurrir que implica una recuperación del —nunca abolido— principio inquisitivo, antes citado, duramente denostado por Beccaria y Filangieri: «*Propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi*».

Se trata de un criterio totalmente inaceptable, pues el estándar de valoración probatoria no puede hacerse depender de un estado de opinión, ni de la gravedad del delito, ni tampoco de la demanda social de represión de determinadas conductas. Y es que el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio goza de una vigencia absoluta y no condicionada ni condicionable, y requiere que la condena tenga como fundamento la acreditación del delito y su autoría con certeza práctica, alcanzada como fruto de un discurso sobre la prueba presidido por la racionalidad, que se exprese en un fallo suficientemente justificado. Siendo así, pretender que las circunstancias de clandestinidad y de dificultad para la observación en las que suelen cometerse ciertos delitos pudieran traducirse legítimamente en un rebajamiento de ese estándar es un verdadero despropósito. Los delitos cometidos en esas circunstancias depararán inevitablemente un plus de ventaja sus autores, que será un también inevitable plus de impunidad; y sería aberrante postular un derecho probatorio especial para esta clase de supuestos.

Pues bien, así las cosas, parece que la prueba de testigos dista de ser el medio de obtención de conocimiento, diáfano, llano y fácilmente manejable, sugerido a partir de una concepción carismática del juez y su función, de una idea falaz de la intermediación como *método* que le haría, o casi, el trabajo, y de la convicción judicial como una suerte de *raptus* con algo de místico. De este modo, afrontada la testifical con la necesaria conciencia de su *dificultad*, y, al mismo tiempo, a sabiendas de que se trata de un recurso probatorio imprescindible en el proceso penal, se impone cierto cambio de paradigma en su tratamiento, que pasa, básicamente, por atenerse a los aspectos más objetivos de la información que un testimonio puede transmitir, que son los que tienen como vehículo la clave verbal. Por estar a los datos de esa procedencia, que debidamente cruzados con otros y así corroborados, normalmente arrojarán luz sobre lo acontecido y sus circunstancias, pero tam-

En un escrito del fiscal, de 2008, oponiéndose a un recurso de casación, se lee: «Por lo que se refiere a la declaración de las víctimas, debe recordarse, como hace la STS 409/2004, del 24/3/04, la oportuna reflexión de esta Sala (STS del 24/11/87, 104/2002, del 29/1/02 y 2035/2002, del 4/2/02) de que nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad. Por ello es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia». Con lo que resulta que de ese «nadie debe sufrir» queda excluido el inculpado, cuyo disfrute del derecho a la presunción de inocencia resulta ser de inferior calidad al estándar constitucional en supuestos de esta índole, en los que se hace especial hincapié en la virtud del convencimiento judicial obtenido con intermediación, como si de un método infalible se tratase.

bién sobre las facultades del deponente en lo relativo a la capacidad de observación, a la agudeza de la percepción, a su retentiva. Una luz que el juzgador nunca podría obtener mirando a los ojos ni escrutando la gestualidad, como antes se ha visto.

Aunque en la práctica jurisdiccional es lo más frecuente referir la exigencia de corroboración a las declaraciones heteroinculpatorias del imputado³⁷, lo cierto es que su necesidad se hace patente en todo el ámbito de la prueba —de la testifical, sobre todo—, en la que el cruce de información deberá ser la manera habitual de operar. Por un imperativo elemental del método inductivo; pues mientras en el *modus tollens* una prueba contraria bastaría para descartar una hipótesis acusatoria, se requerirán varias convergentes en apoyo de la misma para confirmarla, dado el carácter habitualmente polisémico de las informaciones probatorias.

Corroborar, para lo que aquí interesa, es dar fuerza a una afirmación inculpatoria de fuente testifical con datos probatorios de otra procedencia. Donde fuerza es calidad convictiva. Algo que sólo transmiten los elementos de juicio que gocen de ella, es decir, los obtenidos de una fuente atendible y dotados de contenido informativo contrastado. Pues la adición de indicios o indicadores débiles no corrobora ni refuerza.

³⁷ Al respecto es paradigmático el art. 192.3 del Código Procesal Penal italiano, que prescribe: «Las declaraciones prestadas por el coimputado del mismo delito o por persona imputada en un procedimiento conexo según la norma del art. 12 serán valoradas conjuntamente con los demás elementos de prueba que confirmen su atendibilidad».

Así pues, aquí, corroborar es reforzar el valor probatorio del aserto de un testigo relativo al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente a ese hecho, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el primero.

Elemento de corroboración³⁸ es un dato de contenido empírico, suficientemente acreditado y distinto de los que vierten sobre el hecho principal o de la imputación. Esto, tanto por su fuente, que es otra, como por su alcance, más limitado —referido a aspectos complementarios—. Y su eficacia o rendimiento probatorio radica en que la información interfiere con la relativa al hecho principal porque recae sobre algún aspecto significativo del contexto de acción.

En definitiva y, por tanto, corroborar es *probar*, pero no directamente la acción que da contenido a la imputación, sino un hecho relacionado con ella y con el inculpado, cuya producción en determinadas circunstancias abonaría en términos de experiencia la certeza de que, en efecto, la misma ha tenido lugar con intervención o merced a la acción de aquél.

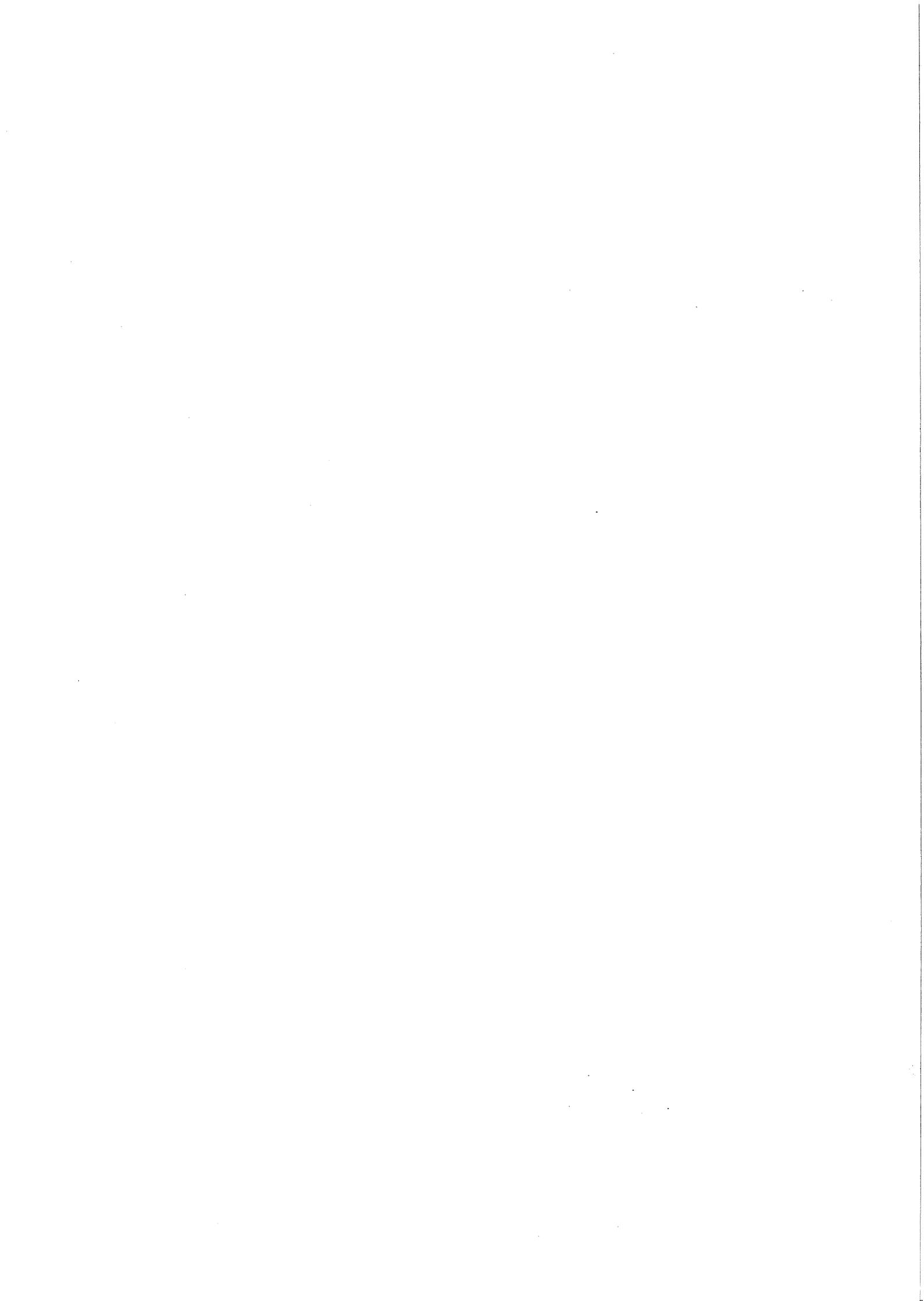
Tratándose de un testimonio, el elemento de corroboración debe recaer, pues, no sobre la atendibilidad del deponente —que habrá sido valorada—, sino sobre lo declarado por él acerca de circunstancias que relacionan, de una manera colateral, al inculpado con el hecho que es objeto de imputación. Debe, pues, ir refe-

³⁸ Cfr. al respecto, Bevere, A., *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 125 y ss.

rido no genéricamente a este último, sino a él *en relación* con el hecho de la causa. Por tanto, un dato corrobora si versando sobre hechos distintos del principal pero relacionados con él, al ser *cruzado* con la información inicial relativa al mismo, produce el efecto de conectar también —aunque indirectamente— al imputado con la acción delictiva que se le atribuye.

§4.

Sobre el valor probatorio
de las actuaciones judiciales
en la fase de investigación



Recuerda Cordero que «los mecanismos del sistema mixto duplican el trabajo sobre las pruebas, [porque] obtenidas por el juez instructor o el ministerio público durante el sumario, se practican de nuevo en el juicio oral, a menudo [habiéndose dado la circunstancia] de que el instructor trabaja sobre material policial»¹. Y tiene toda la razón, desde luego, en casos como el español, donde el proceso, claramente tributario del sistema mixto, ha evolucionado, también claramente, en sentido acusatorio en términos, por más que insuficientes, que no sería sensato despreciar. En efecto, pues la fase de investigación o *sumarial* se ha hecho, en general, en el proceso estándar, contradictoria; y el juicio oral ha experimentado una patente revalorización².

¹ Cordero, F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 7ª ed., 2003, p. 698.

² Que convive, ciertamente, con una tendencial ampliación de la influencia de las fórmulas negociales. Por eso, habría que decir, el juicio oral, *cuando se celebra*. Ciertamente que esto acontece, por lo general,

Pero, al mismo tiempo, se da la circunstancia de que cada vez son más frecuentes las causas por hechos complejos que se dilatan en el tiempo, lo que hace que, para conjurar el riesgo de pérdida de datos esenciales, se concentre en la investigación la práctica de actuaciones que, idealmente, serían más propias de la vista, en la que, por lo general, tendrán que reproducirse siempre que quepa.

En esta situación hay algo de aporético, que se manifiesta en la jurisprudencia, en particular en la del Tribunal Constitucional, en el énfasis con que se afirma que, en rigor, sólo es prueba la formada por el conjunto de actividades con fines de acreditación de la veracidad de afirmaciones relativas a los hechos objeto del proceso, que se practica en el acto juicio oral, con sujeción a los principios de inmediación, oralidad y contradicción; énfasis enseguida desmentido por el cuadro de excepciones, que, muchas veces hacen que, realmente, lo excepcional sea la aplicación de la regla.

El propio Cordero entiende que las dificultades que se evidencian en la afirmación antes transcrita no tienen una solución perfecta, por lo que a su juicio habría que buscar la forma de solución «menos imperfecta», ya que «repugna a la economía del trabajo decisorio excluir del juicio toda palabra emitida en las fases anteriores; pero si este material fuese indiscriminadamente valorable, no habría cambiado nada *ab illo tempore* y estaríamos ante una media oralidad»³.

si se trata de delitos de alguna gravedad y, desde luego, siempre que el acusado pueda pagarse una buena defensa de confianza.

³ Ibidem, p. 699.

En realidad, es donde estamos, y quizá habría que decir: esto sólo cuando se dan las mejores condiciones, en el mejor de los casos. Es una situación de la que no me parece que pueda salirse fácilmente, menos en el contexto de los vientos que corren, sobre todo para el juicio oral, como producto económicamente costoso, *un lujo* que no puede dispensarse así como así, según los epígonos de cierta escuela de modernos *operadores* jurídicos, vecina si no colindante con la de economistas de Chicago; del mismo modo que para los entusiastas del «derecho penal del enemigo». Todos empeñados en *deflacionar* el proceso penal, mediante drásticas alternativas no jurisdiccionales al mismo, que, en realidad, equivalen a su destrucción. Eso sí, sin preguntarse por —y menos cuestionar— la calidad del vigente uso del *ius puniendi* y el porqué de los *inputs* que hoy desbordan al proceso penal.

Pues bien, dadas estas preocupantes circunstancias de contexto —que ya oscurecen el futuro inmediato e incluso el presente— es de la mayor importancia establecer claridad sobre la naturaleza del juicio y de las garantías, para operar con éstas y en el primero de la manera más racional y, sobre todo en el caso del juzgador, a sabiendas de lo que se hace.

A tal efecto —no importa insistir— creo necesario que en el proceso acusatorio y contradictorio se distingan claramente los dos planos que intervienen en su configuración. El propiamente jurídico, de garantías, dirigido con prioridad a dar seguridad al inocente. Y el epistémico, traducción del principio comúnmente aceptado, y bien acreditado, de que «de la discusión sale la luz». Uno y otro, no obstante la distinta naturaleza, están íntimamente ligados por una relación de funcio-

nalidad⁴, porque sólo unas partes procesales con derechos podrían servirse con eficacia de los instrumentos de alegación y prueba que el ordenamiento pone a su disposición; y porque sólo allí donde las partes ocupen plenamente el lugar que les corresponde en la escena del proceso, el juez estará también *en su sitio* y en condiciones, por tanto, de actuar con imparcialidad. Ello debido a que el ámbito espacio-temporal de aquél, en general, y, particularmente, del juicio no es elástico y cualquier extralimitación de alguno de los sujetos de esa relación triangular sólo podría darse en perjuicio de uno de los otros y de la calidad del enjuiciamiento.

Se ha argumentado, a veces, sobre la eventual contradicción de los aludidos dos planos. Y existe cierta tendencia a ver en la posibilidad de contradecir sólo una implicación del derecho de defensa. Ciertamente lo es, por cuanto ya en el plano del léxico la misma sugiere un «decir contra»: frente a una acusación preexistente. Pero es claro que la dialéctica procesal, la in-

⁴ En efecto, como ha escrito G. Perrault: «Las garantías concedidas por la ley al sospechoso, y luego al inculcado, no son otras tantas barricadas levantadas en el camino de la verdad, sino pretilos para impedir que la investigación y la instrucción se introduzcan en el callejón sin salida de una falsa verdad. Estas garantías han nacido de una larga experiencia que demuestra hasta qué punto es fácil el error» (*El jersey rojo*, trad. de E. Sordo, Argos Vergara, Barcelona, 1979, p. 169). Esto, precisamente, en un libro estremecedor, extraordinariamente lúcido y documentado, sobre el proceso a Christian Ranucci (un joven francés guillotinado en 1976), que pone meridianamente de manifiesto hasta qué punto la unilateralidad del proceso inquisitivo puede llevar a la construcción de un culpable, a despecho—como fue el caso—de la existencia de datos probatorios aptos para fundar una duda más que razonable a favor de la inocencia del encausado.

terlocución, es un medio asimismo imprescindible para argumentar con eficacia a favor de la hipótesis acusatoria. Un instrumento de proyección bilateral.

Es también cierto que, en ocasiones, el fin de búsqueda de la verdad perseguido con el proceso podría declinar ante el riesgo de padecimiento de algún derecho fundamental que el orden jurídico estimase desproporcionado, dando lugar a una situación de contradicción de los dos planos de que se trata. Pero fuera de estos casos, creo que, en general, cabe hablar de una compatibilidad esencial. Porque el proceso es, se ha dicho, *proceso de adquisición de conocimiento*, y se orienta, precisamente, a hacer posible este fin, al que sirve también el paradigma indiciario, generalmente consagrado en las legislaciones procesales de inspiración liberal, que busca conjurar el riesgo de los posibles excesos de subjetivismo, ya en la actuación del investigador judicial (y, antes, en la del policial).

Es por lo que en el mismo momento de la recogida de los vestigios del delito se impone al encargado de hacerlo esa especie de desdoblamiento de personalidad —una forma embrionaria de contradicción—, que consiste en interrogarse a sí mismo por la objetividad de los datos sobre los que recae su personal observación, y por la calidad de ésta, que deberá verbalizarse, por un imperativo de constancia y para que la hipótesis de partida cuente con ese mínimo de objetividad que es presupuesto de racionalidad en el tratamiento de las informaciones eventualmente probatorias.

En esta perspectiva, es decir, del proceso como técnica de averiguación, la fase de investigación o de instrucción debería ser sólo momento de elaboración de hipótesis e individualización de posibles fuentes de prue-

ba, idealmente destinadas a ser objeto de una evaluación provisional del posible rendimiento; para, en función de éste, en su caso, ser propuestas y en su día llevadas al juicio de la manera más genuina, para, dentro de él, ser sometidas a una valoración contradictoria.

En la práctica, con la mayor frecuencia, no es así y lo que llega a la vista son *pruebas* formadas con anterioridad (y no siempre porque concurra el riesgo de imposibilidad de ulterior práctica), introducidas en el juicio mediante lecturas. Los tribunales suelen hablar también en estos casos de *contradicción*, pero es algo que sólo cabe al precio de incurrir en una auténtica falacia. Lo expresa muy bien Platón, poniéndolo en boca de Sócrates en el *Fedro*, cuando reprocha a las palabras escritas que, aunque parezcan vivas, si se les interroga, «callan con gran solemnidad»; y «si se les pregunta con el afán de informarse sobre algo de lo dicho, expresan tan sólo una cosa que siempre es la misma»⁵.

En efecto, en el supuesto tan frecuente de lecturas en el juicio de declaraciones producidas en la fase anterior del procedimiento, concurre no sólo ausencia de contradicción, sino también ausencia de intermediación. Y es que una relación dialógica actual sólo resulta posible entre sujetos presentes.

Aun así, no es lo mismo *llevar a juicio* una prueba —de imposible reproducción— preconstituida contradictoriamente en su día, es decir, con presencia de la defensa frente al investigador; caso éste en el que, en la interrelación de las dos fases, habría que hablar de con-

⁵ Platón, *Fedón. Fedro*, introducción, traducción y notas de L. Gil Fernández, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 268.

tradición sin intermediación —del juzgador—; que hacer otro tanto con lo que sólo fuera resultado de una actuación unilateral de aquél, supuesto del que estarían ausentes tanto la intermediación como la efectiva contradicción.

Según se ha dicho antes, el Tribunal Constitucional español, en una jurisprudencia muy consolidada, ha declarado que auténticas pruebas lo son sólo las *practicadas* en el juicio oral, en el marco de un debate contradictorio oral producido con intermediación, es decir, ante el juzgador. En cambio, las diligencias sumariales son actos de investigación que no constituyen en sí mismas pruebas, pues su finalidad no es fijar definitivamente los hechos sino preparar el juicio. Ahora bien, *excepcionalmente*, cabe otorgar valor probatorio a estas últimas, siempre que se hubieran practicado con las formalidades constitucionales y legales y fueran reproducidas en la vista.

Con ello, cabe hablar de tres modalidades de contradicción: una genuina, la producida directamente en el juicio. Otra, un sucedáneo, con dos variantes. La del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (acceso al juicio por lectura de diligencia sumariales de imposible reproducción). Y la del art. 714 del mismo texto (oposición de declaraciones sumariales, en caso de divergencia con las que estuvieran prestándose en la vista). Y una tercera, cuando aquélla se tiene por efectivamente producida tanto en supuestos en los que, habiendo sido viable, no llegó a darse por la inactividad o el descuido de la defensa, o porque el imputado se halla en rebeldía; como, asimismo, cuando la presencia de la defensa no estaba legalmente prevista ni era exigible, por ejemplo, debido a que el acusado todavía no ha-

bía sido identificado o, siendo conocido, no estaba personado en la causa y no existía aún el deber legal de convocarle⁶. De donde resulta una clara confusión de los dos planos antes señalados, el jurídico-procesal y el de método o epistémico⁷. Grave confusión, porque la observancia de ciertas formalidades legales no es asimilable, no equivale a la contradicción efectiva, que no concurrirá en modo alguno si falta la confrontación dialógica actual de las partes. Y, lo cierto es que cuando la misma realmente no se dé, habrá, con toda probabilidad, un déficit de calidad en el enjuiciamiento, que debería pesar en la conciencia del juez, y que ningún *como si* formal-legal podrá subsanar eficazmente⁸.

⁶ El actual marco legal ha experimentado un cambio importante en este punto. El art. 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su nueva redacción debida a la ley 38/2002, prescribe que «desde la imputación o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada». Y esto tanto en las actuaciones del fiscal como en las propiamente judiciales y también en las policiales.

⁷ Es una confusión que generalmente se plasma en un falaz razonamiento de este tenor: se cumplió el trámite legal-jurisprudencial ... *ergo* hubo efectiva contradicción. Es *como si* leer en juicio la transcripción de una declaración sumarial (o incluso oír a un policía sobre lo declarado por el imputado en comisaría) fuera realmente equivalente a escuchar en vivo al propio interesado. Con lamentable olvido de que una cosa es la validez formal (además, en algunos casos más que discutible) y otra muy distinta la calidad de la actuación como fuente de información probatoria.

⁸ En este sentido, I. Sánchez Yllera, para quien esa clase de supuestos, que previamente analiza con detalle, plantea «un problema que no es de *validez* sino de *suficiencia* de la prueba» —en «*Razones para dudar: las manifestaciones inculpativas prestadas antes del juicio oral (a propósito del art. 46.5 de la Ley del Jurado)*», en Aguiar

Por eso, es tan importante que el juzgador opere con claridad de criterio y evite mixtificaciones como las, tan frecuentes en la jurisprudencia, que se expresan en dar por eficazmente *probado* en régimen de contradicción efectiva, lo producido en virtud de una actuación formalmente regular, y por eso sólo. Como en el caso de aquellas condenas fundadas, por ejemplo, en la existencia de una identificación en rueda con resultado positivo, y *justificadas* con el argumento de que la diligencia se había producido «con las debidas garantías»; perdiendo de vista que el respeto de éstas no es más que el mínimo exigible para entrar en ese *otro plano* que es el examen de la calidad acreditativa de la prueba. Es por lo que entiendo que, en presencia de situaciones de esta índole, habría que operar como sugiere Binder, para los casos en que concurre alguna irregularidad: el defecto debería funcionar como «un aviso, una advertencia sobre el peligro de afectación de un principio»⁹. Lo que aquí significa que la simple observancia del trámite, en rigor, no podrá eximir nunca del examen crítico de las aportaciones probatorias ni prejuzgar su potencialidad convictiva, que se mueve y debe ser apreciada en otro plano.

A mi juicio, no existe suficiente conciencia de la necesidad de distinguir limpiamente esas dos dimensiones de la jurisdicción. Seguramente porque la endémica degradación burocrática del ejercicio de ésta ha lle-

de Luque, L. - Varela Castro, L. (eds.), *La Ley del Jurado: Problemas de aplicación práctica*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 399—.

⁹ Binder, A. M., *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 94.

vado a una hipertrofia de los aspectos formales, formularios más bien, en perjuicio de la relevancia —y autonomía relativa— del momento propiamente decisonal. De ahí la frecuente manifiesta incapacidad, o renuncia a discernir entre ambos momentos, que inevitablemente lleva a conclusiones apresuradas en la aludida clave convencional, que, al fin, es otra de las recusables supervivencias del antimodelo de la prueba legal.

En la jurisprudencia española, básicamente la de la Audiencia Nacional en asuntos de terrorismo, se ha producido una distorsión del sentido de la contradicción, gravísima, a mi juicio, que afecta negativamente también a la vigencia del principio *nemo tenetur se detegere*¹⁰. Me refiero a los supuestos en los que un acusado que hubiera declarado —incluso con locuacidad (suele ocurrir)— ante la Policía o la Guardia Civil, se acoge al derecho constitucional a no hacerlo, en el juzgado, y adopta, luego, idéntica actitud ante el tribunal, durante el juicio. Pues bien, en estos casos —abusivamente interpretados como supuestos de *imposibilidad* de acceso a la fuente de prueba, del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, antes citado— se ha arbi-

¹⁰ Un excelente estudio de la significación de este principio desde el punto de vista histórico y teórico, con particular referencia a la legislación italiana, se encuentra en Grevi, V., «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972. En la bibliografía reciente en lengua castellana, puede verse con provecho, Córdoba, G. E., «*Nemo tenetur se ipsum accusare*»: ¿principio de pasividad?», en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 279 y ss.

trado el recurso a la declaración en la vista de los agentes que recibieron la manifestación de aquél en el atestado¹¹; de modo que bastará con su afirmación de que transcribieron con fidelidad lo dicho por el declarante, para que se entienda que es *como si* éste — presente en el juicio — se hubiera pronunciado en él en términos autoinculpatorios, en una prueba practicada con contradicción e intermediación actuales. El modo de razonar es totalmente falaz. Por una razón de simple legalidad: las prestadas por policías sólo «tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio» (art. 297.2º, *LEC*); lo que aquí no sucede, porque el contenido de la declaración del imputado no es, en rigor técnico y procesalmente hablando, *un hecho* para quienes la reciben. Además, tampoco sería posible hablar de una testifical de referencia, dada la presencia actual de la fuente genuina. A lo que debe unirse que la ley española atribuye al contenido de los atestados policiales — integrados por la documentación de todas las actividades producidas en ese ámbito — el valor legal de denuncia (art. 297.1, *LEC*). Por lo que, en alguna sentencia y en algún voto

¹¹ El Código Procesal Penal italiano dispone en su art. 62 que las declaraciones prestadas en el curso del procedimiento por el imputado o por la persona investigada no pueden ser objeto de testifical. La jurisprudencia más rigurosa y garantista entiende que la prohibición es de carácter absoluto y no hace distinción entre declaraciones solicitadas o espontáneas, del imputado o del investigado por delito conexo, del formalmente imputado o del que no tenga todavía tal condición.

Y el art. 195.4 prohíbe a los funcionarios policiales deponer sobre el contenido de las declaraciones recibidas a testigos, aunque hubieran sido prestadas de manera espontánea al presentar denuncia, querrela o con ocasión de otras manifestaciones orales.

particular, se ha hablado, con razón, de que lo producido de ese modo es una introducción del atestado verdadero y propio, sólo que «por oral», en el juicio. Con lamentable olvido de que ya el legislador liberal —en general, y el nuestro en particular— concibió la prueba al margen de la confesión del imputado, haciendo pasar a ésta, de *regina probatorum*, a fuente de conocimiento bajo sospecha, y más si es producida en sede policial, supuesto en el que no tendría valor probatorio en ningún caso.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo español ha incurrido en lo que, a mi juicio, implica una reescritura de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Me refiero al acuerdo del pleno, del 28 de noviembre de 2006, que dice: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia».

Como formas de incorporación válidas, según la jurisprudencia, estaría la que acaba de cuestionarse; y también la que resulta del art. 714 de la *LEC*: «Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe»¹². Este precepto ha experimentado dos

¹² Esta disposición ha sido también gravemente desvirtuada, cuando una jurisprudencia muy común interpreta que, en presencia de dos declaraciones contrastantes, una vertida en el sumario —e incluso, ya se ha dicho, ante la Policía— y otra en el juicio, el tribunal puede *optar* por atribuir veracidad a la que considere más plausible.

extensiones significativas. La primera es que la referencia al testigo comprende al imputado. La segunda es que el término «sumario» incluye también las actuaciones de la Policía en el atestado. A pesar de que en la propia ley (art. 300, entre otros) es meridianamente claro que esa fase del proceso está integrada exclusivamente por las actuaciones propias del juez de ins-

De lo que se sigue una profunda alteración del sentido de la relación entre la fase de investigación y la del juicio, al situar sus aportaciones en el mismo plano, con olvido de que sólo la segunda es hábil para producir prueba. Y de que, como ha escrito Cordero, «una cosa es medir la credibilidad de un testimonio a tenor de las precedentes declaraciones de ciencia (de la misma persona), usadas con este fin exclusivo; otra elegir entre dos manifestaciones narrativas, ambas idóneas para determinar el contenido de la decisión sobre la cuestión de hecho. La diferencia es sensible: en el primer caso, supuesto que el testigo haya ofrecido versiones contradictorias en la instrucción y en el juicio, el juez podrá negar crédito a ésta pero no acoger aquélla» (en *Tre studi sulla prova penale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 212).

En la misma línea, P. Ferrua señala que «la declaración utilizada como elemento de contraste es un medio que *sirve* al contradictorio, en cuanto constrañe al examinado a dar cuenta del cambio en la versión de los hechos [...] pero no ha sido *formada* en contradictorio [...] el hierro con el que se trabaja el oro no se transforma en oro sólo porque se le ponga en contacto con el precioso metal. Ningún virtuosismo verbal, ninguna acrobacia lógica permitirá acreditar como prueba «formada en contradictorio» una declaración recibida unilateralmente de la parte [...] la pregunta sirve para dar sentido a la respuesta, para interpretarla del modo más correcto, por tanto, para definir el contenido de la proposición probatoria [...] y es como debe ser atentamente valorada por el juez. Pero ella misma nunca podrá convertirse en una proposición probatoria, ni autónoma ni añadida a la única admisible que está representada únicamente por lo que el testigo afirma en el juicio oral» —en «*La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*», en Kostoris, R. E. (ed.), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 10-11—.

trucción. Algo por demás consecuente con la afirmación legal, ya aludida, de que «los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales» (art. 297). Es decir, asertos que no prueban sino que, por el contrario, deben ser probados.

Tornando sobre el aspecto más general de la relación entre las dos fases a examen, y para concluir estas observaciones, diré que hay, en fin, un aspecto de la fase de investigación o de instrucción, en su conexión con la de enjuiciamiento, de especial interés aquí (que, por cierto, evidencia la necesidad de que la dirección de la misma corresponda a un sujeto imparcial). Me refiero a su incuestionable relevancia para el eficaz tratamiento jurisdiccional de la generalidad de los casos, sobre todo los de mayor dificultad. En efecto, la idea, ciertamente atractiva, del proceso dotado de una liviana investigación, en el que el juicio, susceptible de inmediata convocatoria, ocupase prácticamente todo el espacio, es hoy, en muchísimos supuestos, casi naif. Salvo excepciones, dada la presencia de indicios de delito, será preciso verificar con algún detenimiento la concurrencia —o no— de datos *prima facie* hábiles para formalizar una hipótesis acusatoria dotada de aptitud explicativa. Lo que puede llegar a extremos de complejidad, si concurre una pluralidad de sujetos, se trata de conductas dotadas de cierta —a veces gran— sofisticación, de desarrollos dilatados en el tiempo, con diversidad de escenarios, distantes entre sí y posiblemente sujetos a regímenes jurídicos diferenciados, realizadas mediante el uso de los habituales recursos in-

formáticos y otros ... Cuando se dan estas circunstancias —pero hay que insistir: incluso sin llegar a tanto—, es necesario que las aportaciones instructorias alcancen un apreciable grado de concreción y gocen de la objetividad tendencial sólo obtenible en régimen de contradicción y con garantía judicial. Y no pienso en los típicos casos, ya aludidos, de previsible *imposibilidad* objetiva de aportación al juicio, que obligarían a acudir al incidente probatorio verdadero y propio. Me refiero a esos otros, tantos, en los que, simplemente, no es pensable un debate en vista pública sin contar antes con un cierto caudal de datos fijados preliminarmente de manera fiable.

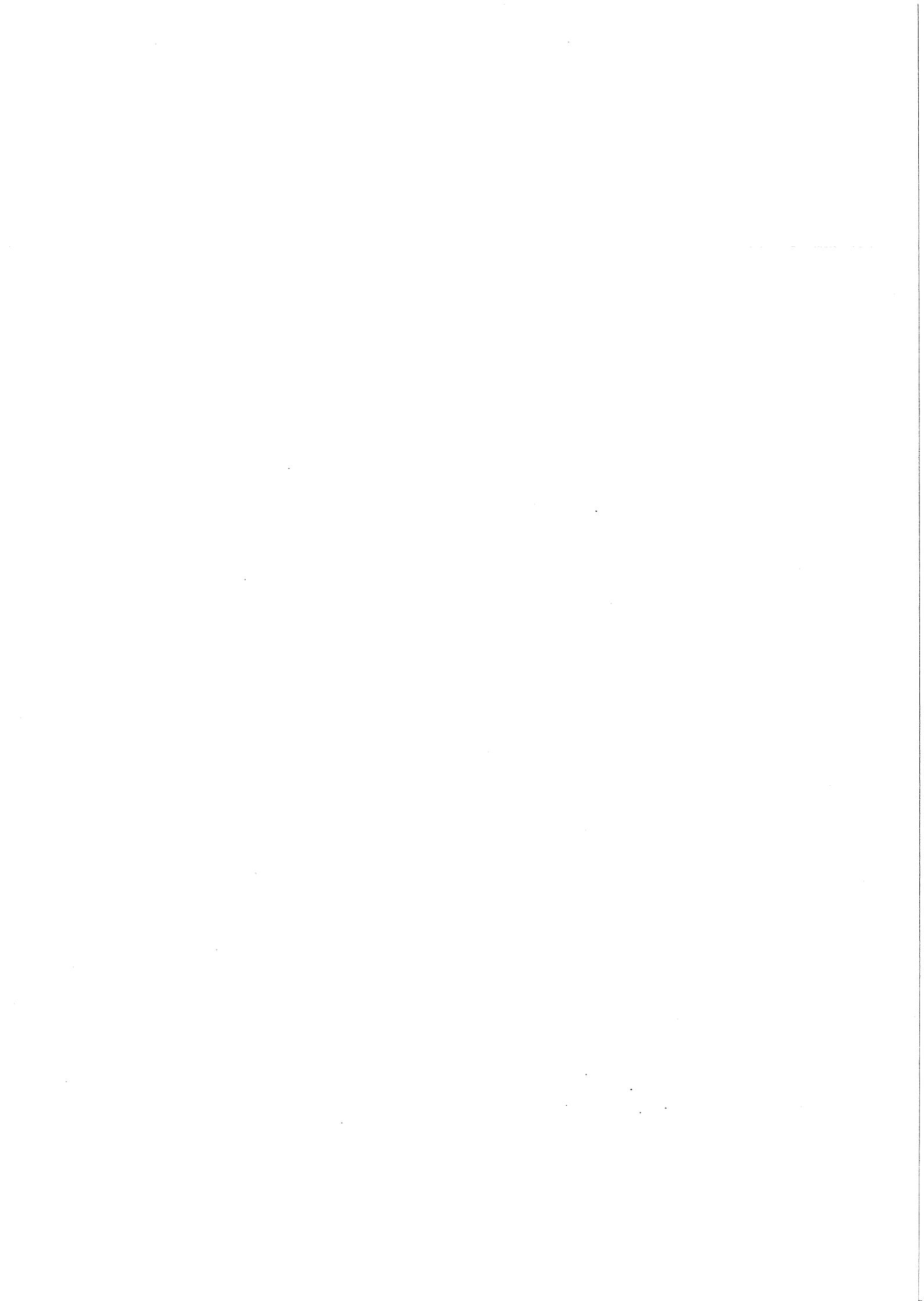
Así resulta que, salvo aquellas causas relativas a los históricos «delitos naturales», debidos a acciones elementales, cometidas en presencia de testigos, en los que instruir equivale a la fácil constatación provisional de elementos de singular plasticidad y a la identificación de algunas personas para su citación posterior, la instrucción estará llamada a tener inevitable relevancia objetiva y alguna, también inevitable, extensión. Ciertamente es que, de ningún modo, a desplazar al juicio; pero tan cierto como que su celebración en condiciones que hagan posible un debate entre partes de algún rigor, requiere que éstas dispongan de un caudal de información. Un *dossier* cuyo conocimiento —si se trata de preservar la genuinidad y autonomía de aquél— podría/debería hurtarse al tribunal. Salvo en lo que fuese fruto de auténtica prueba preconstituida que éste tenga que valorar.

No se me oculta que de este cúmulo de circunstancias resulta un contexto con algo de aporético, pues se postula la centralidad del juicio, y, al mismo tiempo,

una instrucción dotada de la calidad y entidad que asegure la satisfacción de las exigencias de que he dejado constancia, pero que de ninguna manera debe prevalecer sobre aquél. Mas la aporía es sólo aparente, porque, visto el asunto en el plano epistémico (del proceso como medio de adquisición de conocimiento), en la instrucción se tratará de comprobar si hay base empírica para elaborar con rigor una hipótesis acusatoria, que, en caso positivo, será trasladada a un ámbito de discusión, al juicio oral, ante un sujeto imparcial, por ajeno a la elaboración de la misma: el encargado de evaluar su calidad explicativa y la de las demás de eventual concurrencia. Es el momento del enjuiciamiento y de la decisión, realmente esencial e insustituible, no sólo por imperativos de orden jurídico-normativo, sino porque las hipótesis no se validan o invalidan por sí solas, ni evaluarlas es función de la que pudiera ocuparse el responsable de su formulación, sino necesariamente, por elementales razones de imparcialidad y de método, un sujeto tercero, por ajeno a la misma.

§5.

Presentación de un caso
en tema de valoración de la prueba



a — Hechos probados

«El día 10 de enero de 1991, cerca de las 21:40 horas, T₁, nacido en 1972, conducía la furgoneta Renault-4, M-5280-KP, rotulada con el nombre de la empresa familiar. En ella le acompañaba T₂, a la sazón de dieciseis años. Ambos venían de una academia próxima en la que estudiaban, y se dirigían a sus domicilios.

Cuando realizaban un cambio de dirección a la derecha, de la calle Lope de Vega a la de León, P₁, agente de policía, que, pilotando un turismo oficial sin distintivo alguno, se acercaba al cruce indicado, se vio obligado a frenar, ya porque transitara a cierta velocidad, o bien porque el primer vehículo hubiera irrumpido en la segunda vía con brusquedad.

Contrariado por lo sucedido, junto con P₂ y P₃, también funcionarios de policía y todos componentes de la patrulla que mandaba el primero, éste inició la persecución de la furgoneta, sin hacer uso de señales acústicas o luminosas. El seguimiento se produjo a través de diversas calles de la zona (Prado, Cedaceros, Plaza de Santa Ana, Príncipe, Carrera de San Jerónimo y Alcalá), en las que ambos automóviles fueron deteniéndose ante pasos de peatones y en algún semáforo.

En una de tales ocasiones, los agentes hicieron señales a T₁ y T₂, ya muy nerviosos por lo que estaba sucediendo,

exhibiéndoles una placa de identificación a través de los cristales, de modo que ellos percibieron algún movimiento, sin advertir con claridad de qué se trataba, puesto que era de noche. Hubo otro momento en que T₁ pudo preguntar a través de la ventanilla si eran policías y estaban de servicio, recibiendo una respuesta del tipo de: «¡Para so mierda!».

Finalmente, T₁ detuvo la furgoneta a la entrada de la calle Virgen de los Peligros, junto a la de Alcalá, parando detrás el otro automóvil.

En ese momento, P₁ se dirigió a aquél, haciéndole salir, recriminándole por su comportamiento al volante, que T₁ justificó, y pidiéndole que se identificase, obteniendo así su documentación. Acto seguido, hizo que sacase todo lo que llevaba en los bolsillos y que se situase frente a la furgoneta, con las manos sobre ella, al tiempo que le abría las piernas con dos patadas, antes de hacerle un cacheo.

P₁ dio también un manotazo en el rostro a T₁ y, cuando éste le advirtió que le denunciaría, le hizo saber que estaba detenido por resistencia a agente de la autoridad.

Mientras, otro de los funcionarios identificaba y cacheaba a T₂, al que, a continuación, dejaron marchar.

T₁ fue conducido a la comisaría, donde P₁ instruyó, él mismo, un atestado, en el que comparecía junto con sus dos compañeros ya citados, imputando a T₁: «que circulaba a gran velocidad», «que amenazó de manera velada a P₁, y en los siguientes términos 'el que te va a denunciar soy yo, pero no una vez sino las veces que me dé la gana'»; haberse resistido a la detención, manteniendo un pequeño forcejeo; no llevar ningún tipo de documentación del vehículo.

P₁ hizo asimismo que T₁ fuera sometido al test de alcoholemia por agentes municipales, durante su permanencia en las dependencias policiales. La prueba, realizada dos veces, dio resultado totalmente negativo. Los funcionarios que la practicaron hicieron también constar que el examinado no presentaba ninguno de los síntomas característicos de la impregnación etílica.

*T₁ fue cacheado de nuevo, esta vez por P₂, que le exigió se desnudase íntegramente y que, en tal estado, hiciera flexiones de piernas.
Ya de madrugada, y tras prestar declaración, T₁ fue puesto en libertad».*

b — Fallo

Se absuelve:

- a P₃ de todos los delitos que le habían sido imputados;*
- a P₁ y P₂ del delito de denuncia falsa;*
- a P₁ del delito de coacciones;*
- a P₂ del delito de detención ilegal.*

Se condena:

- a P₁ como autor de un delito de detención ilegal y de una falta de malos tratos;*
- a P₂ como autor de un delito de coacciones.*

No obstante la declarada falsedad de la imputación de una falta a T₁, contenida en el atestado, se absolvió del delito de denuncia falsa por la razón, previa y meramente formal, de que existía alguna duda acerca de la concurrencia de una condición objetiva de perseguibilidad.

c — Antecedentes

El policía (P₁) instruyó un atestado contra un joven (T₁), que fue detenido. Le imputaba:

- Circular a gran velocidad por el casco viejo de Madrid.
- Haber amenazado con denunciar a uno de los agentes que le interceptaron.
- Haberse resistido (forcejeado) en la detención.

También ordenó en comisaría que le fuera practicado el test de alcoholemia (con resultado negativo).

Esa denuncia policial dio lugar a la incoación de un juicio de faltas contra el joven denunciado (T₁). Éste, en el acto de la vista del juicio de faltas, comunicó al juez su decisión de interponer una querrela contra los agentes que le habían detenido, a su entender, sin motivo. El juez, en vista de esta manifestación, acordó suspender el juicio de faltas.

T₁ presentó la querrela, que dio lugar a la apertura de una causa contra los policías. Y, en vista de ello, se produjo la acumulación del juicio de faltas seguido contra T₁ a las diligencias abiertas contra los policías, como consecuencia de aquélla.

En el curso de esas actuaciones, el juez que conocía de la causa, tras la acumulación, dispuso el sobreseimiento en lo relativo a la denuncia policial, al no encontrar materia de delito en la conducta reprochada a T₁.

La causa contra los policías siguió su curso.

d — «Thema probandum»

¿Existió razón legal para perseguir al vehículo que conducía T₁ y detener a éste?

¿Se le maltrató físicamente al producirse la detención y durante ésta?

¿Se le impuso alguna conducta indebida?

¿Se formuló una denuncia contra él sin motivo?

e — Partes en el juicio y sus posiciones

El fiscal acusó de detención ilegal a los policías (P₁, P₂, P₃).

La acusación particular (en nombre de T_1), los acusó de:

- a) Detención ilegal.
- b) Falta de malos tratos.
- c) Coacciones.
- d) Denuncia falsa.

La defensa de los acusados (P_1, P_2, P_3) instó su absolución.

f—Cuadro probatorio

1 — Declaraciones de los acusados

P_1 (jefe de la patrulla) dijo:

Patrullábamos por la calle León en un coche sin distintivos, cuando otro salió de forma temeraria, por nuestra derecha, en el cruce con Lope de Vega.

Era una furgoneta y teníamos información de que un vehículo de esas características se usaba para distribuir drogas por la zona.

Iniciamos la persecución con señales ópticas y acústicas. El conductor de la furgoneta no respetó los límites de velocidad y tuvimos que interceptarlo, cruzando delante el coche policial, para que se detuviera, a pesar de que en algún momento éste circuló en paralelo y uno de nosotros le mostró la placa a través de la ventanilla.

T_1 (conductor) se negó a identificarse y no acreditó la propiedad del vehículo.

Dada la resistencia, dispuse la detención y el traslado a comisaría, donde instruí yo mismo el atestado.

Creo que mis compañeros registraron la furgoneta.

Ordené el test de alcoholemia.

No sé si T_1 fue obligado a desnudarse en comisaría para el cacheo, pero es lo habitual.

Hubo una persona que se ofreció como testigo, y se tomó nota de su filiación.

P₂ declaró de modo coincidente con el anterior sobre las circunstancias en que se inició la persecución de la furgoneta y sobre su desarrollo. Y luego manifestó:

*Salió de una forma que nos obligó a frenar.
Yo iba sentado delante en el coche patrulla y me identifiqué a través de los cristales mostrando la placa, cuando estábamos en paralelo, en un semáforo.
El conductor se negó a identificarse y nos insultó.
Hubo que cachearlo, pero no se le dio ningún golpe.
Fue P₁ quien acordó la detención.
La persona que acudió mientras interveníamos trató de mover a los ciudadanos contra nosotros.*

P₃ coincidió con los anteriores en lo relativo a las circunstancias del inicio de la persecución y la forma de ésta; igualmente en la descripción del comportamiento atribuido a T₁. Explicó que él mismo también se identificó, mediante su placa, desde el coche; y que fue P₁ quien ordenó la detención.

2 — Declaraciones de los testigos

T₁ dijo:

*Entonces tenía diecinueve años. Venía de la academia (con T₂) y salí con cuidado de la calle Lope de Vega a la de León.
Ambas calles son estrechas y no se puede entrar en el cruce con velocidad.
En el momento en que giraba, vi un coche que venía por la de León, a mi izquierda.
Desde dentro me hicieron señas para que me detuviera, no lo hice, pensando que sería gente de bares.
Seguí la marcha, parando para dejar pasar a los peatones. El coche que nos seguía daba acelerones.
No sabía que fueran policías, el coche no tenía ningún distintivo.*

En algún momento me enseñaron algo dentro del coche, no lo distinguí. Podría ser una placa.

Una vez estuvieron a nuestra altura y les pregunté por la ventanilla si eran policías y si estaban de servicio. Me respondieron: «¡Para so mierda!».

Al fin, como no sabía qué hacer, paré.

Entregué el DNI y la cartera, no me pidieron la documentación del vehículo.

P₁ dijo que me cachearan a fondo.

No amenacé ni insulté. Sólo tuve un encontronazo verbal con P₁, cuando me preguntó si no conocía la Ley de Seguridad Vial y le contesté que la derecha (que era mi posición en el cruce) seguía siendo la derecha. Entonces me dio un golpe en la cara.

Fui detenido y llevado a comisaría.

Allí P₂ me obligó a desnudarme completamente y a hacer flexiones.

Me practicaron la prueba de alcoholemia.

No registraron la furgoneta.

Mi conducción fue tranquila, a pesar de tenerlos encima, son calles estrechas por las que no se puede correr, hay que tomar curvas y hay coches aparcados.

Durante el incidente, se acercó una persona diciendo a los agentes que no le parecía bien lo que hacían y me ofreció una tarjeta para que pudiera llamarle a testificar, pero los policías no me dejaron cogerla.

T₂ coincidió con T₁ en el relato de las vicisitudes iniciales y de la persecución; luego dijo:

Yo tenía dieciséis años.

Nos pusimos muy nerviosos porque pensamos que era gente de la calle.

Nos detuvimos en los pasos de cebra y en las paradas obligatorias.

T₁ les preguntó si eran policías y estaban de servicio, era una pequeña esperanza.

A T₁ le separaron las piernas con un par de patadas.

Nunca pusieron luces ni sirena. Ni se bajaron del coche para identificarse, cuando lo podrían haber hecho en el trayecto en alguna de las paradas.

T₁ recibió un golpe de P₁. T₁ le dijo que le iba a denunciar y P₁ le respondió que era él quien iba a hacerlo.

Los policías fueron bruscos sobre todo con T₁.

No registraron la furgoneta.

T₃ dijo:

Vi una furgoneta con un rótulo y el coche policial parado detrás, sin sirena ni luces.

Vi salir de ella a dos chicos asustados; y vi también cómo los agentes los echaban contra el capó y que manejaban carteras y llaves, con movimientos bruscos.

Percibí que era una cuestión de tráfico: que si «me has cerrado», que si «te has pasado».

Dije a P₁ que no era forma de tratar y éste ordenó que me pidieran la documentación.

Pregunté al chico si le podía ayudar.

Intervine porque vi algo incorrecto.

No recuerda nada de que pidieran la documentación al chico y se negara a entregarla.

T₄ dijo:

Vi parar la furgoneta y al coche detrás sin luces ni sirena.

Pusieron a los chicos contra el capó, haciendo que dejasen todo encima de la furgoneta.

Oí claramente: «sal del coche o te saco».

Vi que a T₁ le separaron las piernas con dos patadas.

La furgoneta tenía un rótulo visible.

g — Valoración de la prueba

1 — Concurren varias hipótesis

H₁ (fiscal):

Los policías, sin motivo que lo justificase, privaron indebidamente de libertad a T₁.

H_2 (acusación particular):

- a) Los policías privaron indebidamente de libertad a T_1 .
- b) También le maltrataron físicamente.
- c) Le obligaron a desnudarse y a realizar flexiones.
- d) Elaboraron un atestado atribuyéndole hechos incriminables que no había cometido.

H_3 (defensa):

Los agentes tenían una confianza por la que se implicaba al conductor de una furgoneta como la de T_1 en actividades relacionadas con las drogas. Es por lo que, al verla, trataron de llevar a cabo la detención.

La persecución fue necesaria por la actitud de T_1 , que intentó huir al comprobar que le seguía la Policía.

La actuación durante la detención fue proporcionada a la oposición de T_1 .

El test de alcoholemia fue correctamente realizado en vista del comportamiento de T_1 al volante.

La acción consistente en obligarle a que se desnudase respondió a la necesidad de comprobar que no llevaba oculto algún instrumento con el que lesionar o autolesionarse.

La denuncia estuvo justificada por la actitud de falta de respeto y desobediencia a los agentes.

2 — Qué y cómo explican

H_1 :

Tiene confirmación en los siguientes datos:

Lo inverosímil del argumento de la confianza sobre la relación de la furgoneta con una actividad de tráfico de drogas, por dos razones:

No figuraba en el atestado sino que se introdujo en una declaración de P_1 producida ya durante la ins-

trucción, cuando de haber sido cierta su existencia tendría que haber figurado en aquél, como justificante de la intervención.

Se omitió el registro de la furgoneta, que, de haber existido esa información, habría tenido que producirse.

La manifestación coincidente de todos los testigos acerca de que los agentes no utilizaron señales acústicas ni luminosas, algo elemental en una persecución.

La evidencia de que no solicitaron la colaboración de otras patrullas, que habría sido lo normal.

La evidencia también (lo afirman T_1 y T_2 y lo reconocen los propios agentes) de que llegaron a estar en algún momento a la altura de la furgoneta.

Lo afirmado por T_1 y T_2 sobre la forma en que se produjo su desplazamiento en la furgoneta es lo más compatible con la naturaleza del trazado de las calles que recorrieron (casco antiguo de Madrid), estrechas, con vehículos aparcados que reducen más el espacio, con intersecciones en ángulo, que imponen cambios de dirección.

Lo dicho por T_3 , persona sin relación con T_1 , que reacciona indignado ante un comportamiento que considera ilegítimo, adoptando una actitud que iba a incomodar a los policías. Además, este testigo precisó que el reproche escuchado a P_1 era sugestivo de un suceso relacionado exclusivamente con la conducción.

Lo dicho por T_4 , que además dio el dato de que la furgoneta tenía un rótulo visible, que habría formado parte de la confidencia, de haber existido ésta realmente.

Con todo, H_1 (acusación del fiscal) es una hipótesis parcial, pues abarca sólo un segmento de los hechos. Y, además, es inconsecuente y arbitraria, porque no

toma en consideración, sin dar razón del porqué, una parte significativa del comportamiento de los agentes.

H₂:

Comprende en su integridad todo lo abarcado por H₁ y en esto resulta confirmada del mismo modo. Además, encuentra apoyo para el resto en los siguientes elementos de juicio:

La furgoneta no era asociable a sospecha alguna de actividad delictiva y tampoco hubo conducción imprudente, así, la persecución y la interceptación de aquélla fueron arbitrarias.

La falta de razón reprochada por T₁ explicaría el comportamiento airado, la forma violenta de llevar a cabo el registro, y la bofetada.

Otro tanto sucede con el traslado a comisaría, no demandado por la calidad infractora de la conducta de T₁, y por eso sólo una forma de cubrir la falta de fundamento de la actuación policial.

Ocurre lo mismo con la incoación del atestado —tan falto de justificación que fue enseguida archivado— y parte, por tanto, del mismo intento de formalizar y dar apariencia de regularidad a la intervención; y en idéntica lógica se inscribe la orden de detención, el registro corporal y la prescripción del test de alcoholemia, cuando T₁ no presentaba ningún síntoma de embriaguez, estaba identificado y la conducta imputada, de haber sido cierta, sólo integraría una simple falta.

P₁ actuó en comisaría de forma antirreglamentaria, pues, en vez de comparecer como denunciante ante el instructor de servicio, que es lo reglamentario, confeccionó él mismo el atestado.

T₁ y T₂ mantuvieron con total coherencia su versión de lo sucedido, a lo largo de las actuaciones. Sus declaraciones son también coincidentes entre sí y con las de T₃ y T₄.

T₁ y T₂ (un adolescente) no daban en modo alguno la imagen que ofreció de ellos la Policía.

P₁ era un funcionario con bastantes años de experiencia que en este caso dirigía a sus compañeros de patrulla.

H₃:

No encuentra confirmación ni siquiera en las afirmaciones y el comportamiento de los policías:

Por la tardía y nada creíble introducción del argumento de la confianza que asociaba a una furgoneta como la de la causa a la distribución de drogas.

Porque la furgoneta tenía un rótulo que no habría podido pasar desapercibido a un hipotético informador.

Porque, de haber existido tal confianza, la furgoneta habría sido registrada, dejando constancia del resultado de esta intervención en la correspondiente diligencia, que sería lo regular.

Tampoco le presta aval:

La forma de realizarse la persecución, que no fue regular, pues no se emplearon señales acústicas ni luminosas y tampoco se requirió la colaboración de otras patrullas.

El modo de proceder con el atestado, cuya redacción corresponde al instructor de guardia en la comisaría, y no al agente que realiza la intervención.

La evidente gratuidad de la práctica del test de alcoholemia y del ingreso en el calabozo, que nunca podría estar justificado por hechos que únicamente dieron lu-

gar a un juicio de faltas (con posterior sobreseimiento) y cuando la imputación se dirigía contra una persona perfectamente identificada y con domicilio conocido.

*h — Máximas de experiencia pertinentes
al caso*

Cuando una calle estrecha forma ángulo recto con otra de similares características es difícil que un automóvil procedente de una de ellas, en circunstancias de normalidad, pueda entrar en la otra a gran velocidad, máxime si ambas son muy concurridas.

Los funcionarios de policía cuando emprenden una persecución y tratan de detener a un vehículo hacen uso de dispositivos acústicos y luminosos y solicitan por radio la colaboración de otras patrullas.

La confección de atestados corresponde reglamentariamente al instructor de guardia, ante quien comparece el agente que ha realizado la intervención de que se trate, presentando al detenido o detenidos si los hay.

Sólo un propósito de ocultación de datos puede explicar que se eluda la actuación del agente instructor de guardia.

Lo regular y habitual es que conste en el atestado el motivo central de la intervención.

El test de alcoholemia sólo se practica en presencia de indicios de un consumo de alcohol que inhabilita para conducir.

No hay causa legal para detener a una persona a la que se impute una simple falta y se encuentra identificada.

Una descripción de hechos internamente inconsistente y que guarda cierta relación de incompatibilidad

con las características del escenario en que se los sitúa sugiere que el que la hace falta a la verdad.

Una versión de hechos regularmente mantenida a lo largo del tiempo, dotada de consistencia, coherente con la ofrecida por terceras personas ajenas a los hechos, y compatible con las particularidades del escenario en que se los sitúa, sugiere veracidad.

Un ciudadano razonable no suele increpar a la Policía por su comportamiento cuando realiza una actuación regular, y tampoco se ofrece como testigo de la misma a quien está siendo detenido con buen fundamento legal.

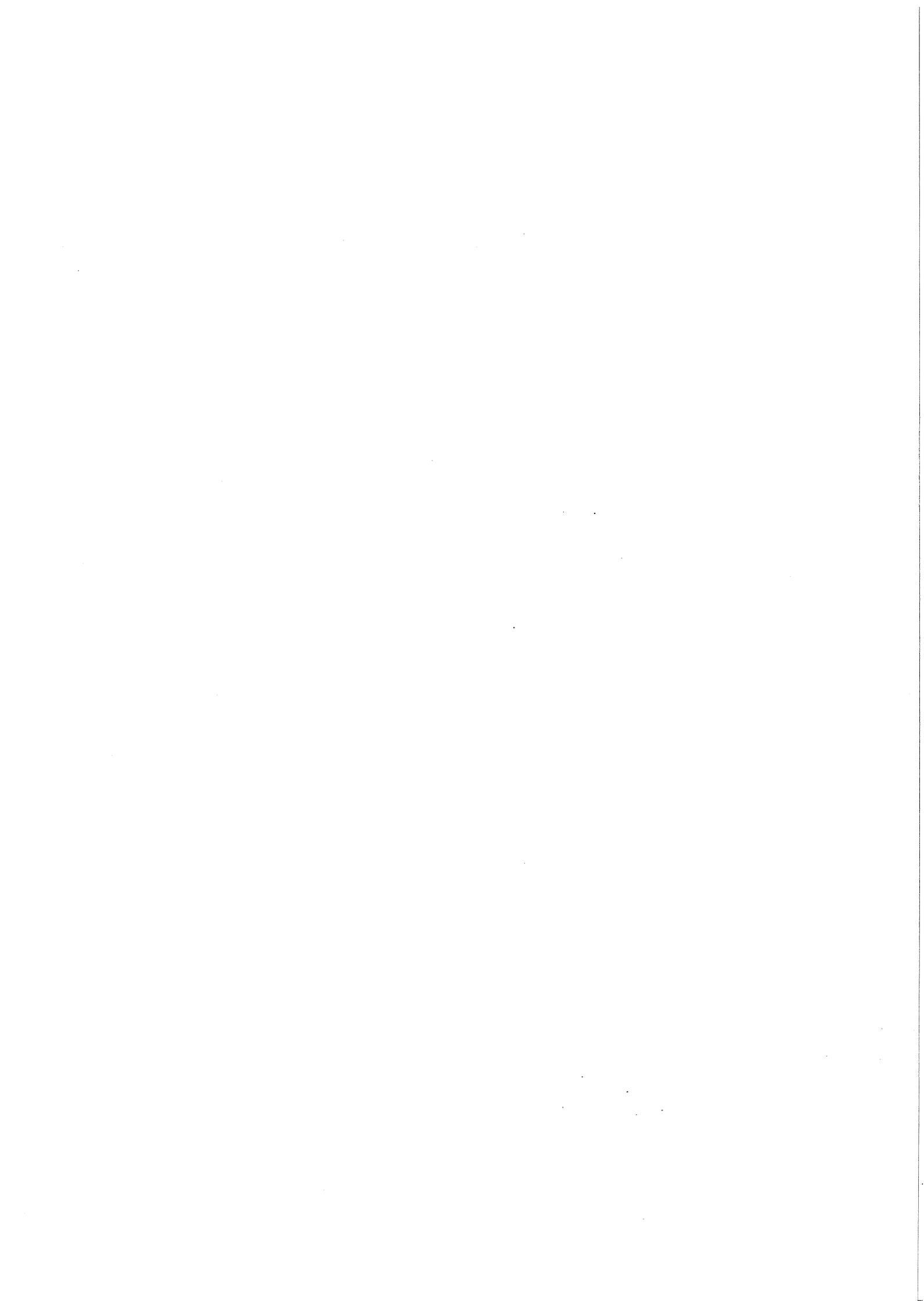
Las intervenciones policiales regulares suelen ser proporcionadas a las características de las actuaciones que las ocasionan.

No es infrecuente que los agentes de policía protagonistas de una actuación irregular o ilegal traten de cubrirse atribuyendo a la víctima o víctimas de aquélla acciones incriminables dirigidas contra ellos, formalizando la imputación mediante el correspondiente atestado.

11 11 11 11 11 11

§6.

En materia de prueba pericial (notas)



El recurso a la prueba pericial está indicado cuando la decisión sobre la cuestión de hecho haga necesarios conocimientos de carácter extrajurídico que no forman parte de la experiencia y la cultura común del hombre medio, sino que pertenecen al acervo de saberes propios de alguna ciencia o técnica¹. El juez, en esta pers-

¹ En la jurisprudencia española actual, a partir de diversas sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo, se ha abierto camino a una práctica que expresa toda una clara desnaturalización de ese elemental criterio. En efecto, con el fin de introducir en el juicio, con un valor probatorio reforzado, apreciaciones policiales que de otro modo serían simple parte del atestado, se ha venido a acuñar una llamada «pericial de inteligencia policial», que, se dice, «no es más que una variante de la pericial a que se refieren los arts. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya finalidad no es otra que la de suministrar al juzgado una serie de conocimientos técnicos, científicos, artísticos o prácticos cuya finalidad es fijar una realidad no constatable directamente por el juez» (Sala 2ª, Tribunal Supremo nº 783/2007). El error que acusa tal modo de discurrir no puede ser más patente y salta a la vista ya en la propia denominación del peculiar *medio de prueba*, de la que resulta que lo aportado por el *perito* al juzgador —que de precisarlo es que no pertenecería al bagaje de éste— es *inteligencia* (!).

pectiva, un sujeto asimilable al ciudadano culto estándar, goza de habilitación bastante para desenvolverse dentro del campo de la experiencia común, pero no así en este otro.

La incidencia de la prueba pericial en el proceso penal ha registrado en estos años un crecimiento notorio, debido en gran medida a que el derecho penal se ha abierto a la tutela de nuevos bienes jurídicos de carácter fundamental, como la calidad del medio ambiente, frente a inéditas modalidades de conductas e incluso de riesgos, cuya determinación obliga con frecuencia a poner en juego procedimientos de detección y análisis de particular complejidad. Y también por la presencia de nuevos delitos cometidos con medios técnicos de cierta, a veces, notable sofisticación. Estas circunstancias dan lugar, asimismo, a que, en ocasiones, las pericias, como los propios conocimientos que resulta necesario

Pero es claro que apreciaciones como la relativa a la adscripción o no de alguien a una organización criminal o la intervención de un sujeto en una acción delictiva a tenor de ciertos datos son del género de las del común saber empírico. Salvo, claro está, en aquellos aspectos puntuales cuya fijación pudiera eventualmente reclamar una precisa mediación técnica, como sucede, por ejemplo, si se trata de dictaminar sobre improntas dactilares. Por eso, el agente policial que investiga un cierto sector de la criminalidad podrá tener un mayor cúmulo de datos que el tribunal que enjuicia un supuesto concreto relacionado con la misma. Pero tal plus de información no se traduce en la posesión de un saber *cualitativamente* distinto, y tampoco especializado en sentido propio. Por el contrario, ese bagaje seguirá perteneciendo al género de los conocimientos comunes, y formará parte del atestado policial cuando tenga que adoptar la modalidad de un informe de síntesis o de situación, sobre el que podrían pedirse aclaraciones, nunca periciales; o tendrá como vehículo una testifical, cuando se trate de datos percibidos de forma directa por un agente.

importar en el proceso, se muevan en ámbitos científicos de última generación, en zonas de frontera, con lo que los saberes de que se trata —podría decirse que en movimiento y permanentemente abiertos a la innovación— se separan bastante del tranquilizador concepto positivista de «ciencia». Ello puede representar, para el juez, una ulterior fuente de incertidumbre y un factor de inseguridad sobreañadido.

Es un topos de la cultura procesal convencional² que el juzgador es *peritus peritorum*. Pero esto, claramente, sólo en el sentido de que es él quien, al fin, debe optar, fundadamente, entre las informaciones o apreciaciones de carácter científico o técnico llevadas a la causa, en función de su calidad convictiva, para incorporarlas o no a la *ratio decidendi* de su resolución. Ahora bien, no obstante esto, el aforismo resulta a veces interpretado en el sentido que se refleja en el texto que sigue, tomado de una sentencia de un tribunal provincial, de estos años: «La Sala estudia en su conjunto el contenido del o los informes periciales y, en su caso, las explicaciones orales, reflexiona sobre lo que se dice y, finalmente, los hace suyos o no, o los hace parcialmente [...] La Sala como perito de peritos analiza las declaraciones en su conjunto sin necesidad de individualizar todas las cuestiones médicas suscitadas en el plenario para llegar a la conclusión ...».

² Una excelente caracterización del estado de cultura jurisdiccional en la materia, de sus insuficiencias, y de las vías de salida del insatisfactorio estado de cosas, con referencia a España, puede verse en Zubiri de Salinas, F., *¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», 50/2004, p. 52 y ss.

En lo transcrito es fácil advertir una traslación del criterio de la *intime conviction*, pero, con evidente paradoja, a un campo en el que la presencia del perito se justifica, precisamente, por el déficit de conocimiento del juez. Con lo que se olvida que éste sólo podría ser *peritus peritorum* en el sentido de que su papel institucional le coloca por encima de éstos, en la condición de responsable de la decisión. Como quien, conocedor del cuadro probatorio, debe integrar las aportaciones de procedencia pericial en el contexto de todas las demás, previo un juicio crítico sobre la racionalidad, la controlabilidad, la aptitud explicativa y la justificación del dictamen o dictámenes disponibles.

La cualificación científica está en el perito, pero no es él quien juzga, por lo que el juez o tribunal debe —en la confrontación de las aportaciones periciales— formar criterio sobre algún aspecto del *thema probandum*, para resolver al respecto. Por eso, al contrario de lo que se dice en la cita que acaba de hacerse, el juzgador debe discurrir analíticamente, con racionalidad, de forma crítica, sobre las aportaciones de los peritos, como un segmento que son del cuadro probatorio. Y debe hacerlo con fundamento objetivo y acorde con la naturaleza de la materia y con la índole del conocimiento relevante para la decisión³.

³ S. Jasanoff recuerda un proceso, «Wells v. Ortho Pharmaceutical Corp.», seguido en reclamación de responsabilidad por las graves malformaciones de una niña atribuidas a un espermicida fabricado por esta firma. En la sentencia, el juez Shobb se decantó por un informe debido a que su autor «durante el contrainterrogatorio mantuvo el mismo parecer que en su exposición ... Ésta, detallada, sobre como había llegado a excluir otras posibles causas, demostró claramente

Es por lo que el juez debe estar en posesión de cierto bagaje esencial de teoría de la ciencia y método científico; contar, siquiera, con el mínimo de capacidad necesaria para discernir entre pericias por razón de su calidad, leer en ellas y hacerlas rendir. Y, de este modo, obtener el conocimiento preciso para decantarse con buen fundamento por algunos de sus resultados. Por eso, no puede descansar en una apacible pasividad, ya que su papel le obliga a optar, y a hacerlo con solvencia, de una manera reflexiva y argumentada, convincente. De ahí que no pueda, en modo alguno, situarse por encima de la cuestión para acoger facultativamente alguna de las propuestas en presencia, en el ejercicio de una supuesta *potestas* asentada sobre la simple ignorancia, en este caso, no sólo acerca de la materia objeto de dictamen, sino también del propio papel institucional.

Teniendo esto en cuenta, es de suma importancia que la prueba pericial sea rigurosamente sometida a

que su parecer se basaba en un razonamiento atento y metódico y no era sólo fruto de una conjetura. Su conducta como informante fue excelente: respondió a todas las preguntas con lealtad y de manera equilibrada, traduciendo términos y resultados técnicos a un lenguaje común y comprensible, y no dio ninguna impresión de prejuicio o de querer favorecer a su parte». Pero, en cambio, no dio valor a otro dictamen, por la «diferencia entre la aparente certeza mostrada durante el interrogatorio directo y el tono más incierto mantenido durante el contrainterrogatorio». El modo de justificar la decisión —concluye la autora— evidencia que para el juzgador «la credibilidad personal del perito equivalía a su credibilidad en el plano científico. Cuando, por el contrario, según el *ethos* científico generalmente aceptado, la veracidad de una afirmación debe establecerse con independencia de las cualidades personales de quien la sostiene» (en *La scienza davanti ai giudici*, edición de M. Tallacchini, trad. de M. Graziadei, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 99-100).

las reglas del juicio contradictorio, es decir, discutida con amplitud⁴. El imperativo de contradicción, ya se ha dicho, es en el proceso bastante más que una exigencia ritual. Representa, en el plano epistémico, la única vía de acceso a un saber de calidad sobre hechos. Y si esto es claro en general, resulta todavía más patente en el caso de las aportaciones de fuente pericial. Hasta el punto de que el juez no está simplemente obligado a garantizar la confrontación dialéctica de los técnicos entre sí y con las partes procesales, sino que incluso —sin pérdida de la obligada equidistancia— deberá él mismo estimular la contradicción en lo necesario y hasta donde le resulte preciso, para situarse con la obligada seguridad en el asunto. En efecto, pues no está autorizado a pronunciarse a ciegas sobre algún particular del mismo cubierto por la prueba de que se trata.

Por eso, el juez, que no estará en el plano científico o técnico a nivel del perito, sí deberá contar con la capacidad necesaria para interpretar sus conclusiones; y, con

⁴ No es lo que sucede cuando el juzgador presenta en la sentencia como saber común el técnico especializado del que dispone particularmente por cualquier motivo, por ejemplo, en virtud de una afición; y que si se inscribe en la *ratio decidendi*, tendría que haber sido tratado de forma contradictoria, con intervención de peritos, en el juicio. Es el caso de una sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de estos años, en la que se lee: «... una avería en el motor, que luego resultó ser un simple ajuste de «taqués», lo cual no constituye avería sino simplemente ajustar el recorrido de las válvulas del motor, levantando la tapa de balancines y con el uso de una «galga» adecuada y aflojando y apretando las tuercas idóneas, regular la tolerancia del mecanismo de apertura y cierre de las válvulas, operación de ajuste que puede ser realizada por una sola persona, sin más herramientas que las llaves de tuercas y las galgas milimétricas adecuadas, circunstancias éstas de general conocimiento».

este fin, y cuando el asunto lo requiera, para mantener la imprescindible interlocución con él en demanda de las explicaciones que juzgue oportunas. Es, pues, un área en el que, con prudencia y equilibrio, el juzgador estará autorizado a hacer uso de la iniciativa probatoria que suelen prever las leyes procesales⁵. Un recurso, ciertamente delicado, que exige buen tiento en su uso, pues, de un lado, es claro que aquél nunca podría subrogarse en el papel de alguna de las partes (y menos aún en el de la acusación) pero tampoco salir «en blanco» de la vista en lo relativo a una cuestión relevante para la decisión y llenar ese vacío con elementos de juicio obtenidos particularmente al margen del debate.

No es extraño que los jueces, en algunos casos, en vez de someter la prueba a contradicción, tiendan a ponerla *por encima o fuera* del juicio, como si de un *saber superior* se tratase. Sobre todo, cuando las pericias son de fuente oficial, por la garantía de imparcialidad que cabe esperar de la calidad pública del perito y de su ajenidad a la causa. Esto da lugar a que, en ocasiones, los peritos se prevalgan de esta condición para emitir dictámenes escasa o pobremente fundados, pero *de autoridad*⁶. Y, en la misma línea, no es raro que el técni-

⁵ «El juez no puede mostrarse pasivo cuando, por ejemplo, no alcanza a entender las conclusiones o las bases metodológicas de las mismas» sino que «en estos casos, la intervención aclaratoria del juez deviene obligada» (Hernández García, J., *Conocimiento científico y decisión judicial. ¿Cómo accede la ciencia al proceso y cómo puede valorarse por los jueces?*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», 54/2005, p. 80).

⁶ Por ejemplo, tengo constancia directa de una causa seguida por el fallecimiento debido a una gravísima patología isquémica, en la que el juez de lo Penal condenó a un médico intensivista, siguiendo el

co-funcionario interrogado sobre el desarrollo de su pericia muestre incomodidad por el cuestionamiento que ello supone y tienda a refugiarse en el carácter científico —y, por eso, supuestamente indiscutible— de sus conocimientos, olvidando que no es en su condición de operador público donde éstos encuentran respaldo, sino en la racionalidad y el rigor, justificados, de su actuación.

A esto se debe que no resulte inútil reiterar la obviedad de que ningún perito entra en el juicio con un *plus* de atendibilidad, sino que —por el contrario— todo perito debe acreditarse, actuando dentro de él, por la calidad de su dictamen y la franca aceptación de las reglas del contradictorio. En cuanto a lo primero, tomando expresamente en consideración todos los perfiles del *thema probandum* y la totalidad de los datos presentes, emitiendo un juicio internamente coherente y fundado en conocimientos científicos o técnicos acreditados en la materia. En cuanto a lo segundo, haciendo patente una actitud receptiva y abierta en el interrogatorio, y la mayor disponibilidad a responder a las cuestiones que en él se susciten, por más que puedan

parecer de un médico forense generalista, que entendió que en el supuesto habría sido imprescindible la permanencia del paciente en la unidad de cuidados intensivos, una vez remontada la crisis, frente a distintos informes especializados, incluidos los de algún organismo académico, que se produjeron, de manera concorde, en el sentido de que, dado el carácter del cuadro clínico de referencia, sólo cabía obrar del modo que lo había hecho el acusado, pues, de seguirse el criterio del primero, lo comprometido de la situación del paciente, como la de todos los que se encuentren en estados críticos similares, impondría hacerlos vivir de manera estable en departamentos hospitalarios de esa clase. Algo obviamente imposible.

suponer el —legítimo— cuestionamiento de su trabajo y de sus conclusiones.

Si a estas alturas es, en general, claro que el juez no puede operar como un oráculo, sino que debe fundar sus decisiones, no siempre puede decirse lo mismo de los peritos, que con alguna frecuencia, al menos implícitamente, parecen aspirar al reconocimiento de cierta condición de depositarios de un saber esotérico que debe ser aceptado como tal, es decir, acríticamente. Pero lo real es que tampoco en los terrenos en los que habitualmente incide la pericia las opiniones y las soluciones son unívocas ni existe unanimidad en los criterios, y menos en su concreta proyección en los casos. Sin contar con que, como se sabe, o debería saberse, la posición del observador, incluso del más neutral, incorpora siempre algún sesgo⁷, que es por lo que la validez y el rigor técnico no pueden ni deben presumirse de ningún dictamen, y menos aún el acierto.

Esto cobra especial importancia en el caso de las pericias psicológicas y psiquiátricas, ahora tan abundantes⁸. Una clase de supuestos en la que fundar el in-

⁷ Como recuerda G. Ubertis, al tratar de «la ilusión del «conocimiento judicial objetivo»», se sabe por Heisenberg que resulta imposible fijar con exactitud y en tiempo real la posición y la velocidad de una partícula atómica, ya que ni siquiera en el ámbito de la física atómica puede prescindirse de las modificaciones introducidas por el propio examen, sobre el objeto observado (en *Sistema di procedura penale. Principi generali*, Utet, Torino, p. 44).

⁸ Que, por cierto, cuando versan sobre el propio imputado, en particular, si niega su intervención en el hecho perseguido, plantean el espinoso problema del papel y la posición del perito, porque, como bien apunta G. Perrault: «cuando [el psiquiatra] sale del locutorio, el detenido ignora qué parte de su conversación será tomada en cuenta y

forme implica aportar mediante grabación la totalidad del material empírico de que se haya hecho uso; especificar el método utilizado, y si existen, como suele ocurrir, varios en contraste, justificar la opción; dejar constancia del tipo de entrevista —cognitiva, estructurada...— de que se haya hecho uso, consignando literalmente las preguntas y respuestas; analizar no sólo los contenidos sino el lenguaje empleado y, en su caso, la evolución de éste que sea observable a través del análisis de las distintas declaraciones o exámenes, como indicador —en el caso de los niños— de la probable interacción con adultos interesados en la causa; y

en qué términos se transcribirá; y si algún malentendido se ha deslizado en la conversación, si se ha creado algún *quid pro quo* en la mente del psiquiatra, el detenido no sabe nada de ello y sólo lo descubrirá cuando lea el informe; es decir, demasiado tarde» (en *El jersey rojo*, *op. cit.*, p. 169).

Lo apuntado es un problema bien real, pues no resulta infrecuente que de este tipo de pericias se derive información incriminatoria o apta para reforzar la ya existente de tal clase, por causa de la ambigüedad de la posición que el médico forense o, en general, el perito médico, pudiera adoptar en su relación con el inculpado objeto de examen. Es responsabilidad del médico evitar la confusión de roles y mantenerse en los límites estrictos de su papel, necesariamente respetuoso con el derecho del imputado al *nemo tenetur*. La pericia médica puede/debe legítimamente contribuir a ilustrar en materia de imputabilidad, pero nunca ser fuente de datos para la imputación. Y es por demás obvio que el juzgador está obligado a evitar desviaciones de esta naturaleza. A la aludida ambigüedad de la figura del médico en el sistema penal y a su deber de neutralizarla se ha referido Manacorda, A., *Il manicomio giudiziario. Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di un'istituzione totale*, De Donato, 1982, p. 216.

A las complejidades y dificultades de valoración de la pericia psiquiátrica se ha referido, con justificado acento crítico, Muñoz Conde, F., *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 43-44 y 84 y ss.

ajustar las intervenciones a alguno de los protocolos de uso en la materia, dejando constancia de los requerimientos que el mismo imponga al perito y de que éstos han sido satisfechos.

Este asunto, el del papel de los peritos psicólogos en la determinación de la responsabilidad por razón de posibles violencias o abusos sexuales, tiene hoy excepcional importancia⁹. En efecto, pues se da la circunstancia, casi habitual, de fallos condenatorios exclusivamente fundados en lo declarado por él/la denunciante-víctima, con el respaldo de algún informe psicológico concluyente en el sentido de que aquél/aquella no fabula y dice la verdad. Y malo es que en tales supuestos el juicio técnico, acogido acríticamente, ocupe el lugar del jurisdiccional; pero resulta peor todavía que esto suceda, con frecuencia alarmante, en presencia de informes de una calidad deleznable, por la precariedad científica, por la falta de material empírico de soporte. Incluso por la patente carencia de objetividad, dado que, en muchos casos, la hipótesis de partida, y con la única que se opera, es la acusatoria; y, en no pocos, la alternativa se toma en consideración solo *pro forma* y en clave meramente retórica.

Con actitudes judiciales como las que acaba de apuntarse, de implícita *delegación* de la responsabilidad de la decisión en el perito —insistiré: a despecho incluso de la falta de calidad de su trabajo— se da la

⁹ Cfr. al respecto Ruiz Tejedor, M., *Valoración pericial de la credibilidad del testimonio de menores abusados sexualmente*, en «Jueces para la Democracia. Información y debate», 55/2006, p. 59 y ss.; y *Falsas alegaciones de abuso sexual infantil, detección y abordaje pericial*, en la misma revista, 57/2006, p. 91 y ss.

paradoja de que cuando los jueces empiezan a tomar conciencia de la necesidad de motivar suficientemente sus fallos, se reconoce a los técnicos una ilimitada discrecionalidad, para que la ejerzan, además, en el vacío de justificación¹⁰.

¹⁰ Lo expuesto pone bien de manifiesto la importancia de que los juzgadores se hallen en condiciones de apreciar, siquiera, el grado de dificultad de ciertas pericias, y si los dictámenes se ajustan o no a parámetros básicos de racionalidad técnica que deben operar en la materia. Sobre todo cuando, por ejemplo, es el caso de los exámenes psicológicos de niños, hay cultura bastante de la complejidad, y buena constancia de que como han escrito Caffo, Camerini y Florit (en *Criteri di valutazione nell'abuso all'infanzia. Elementi clinici e forensi*, Mc Graw-Hill, Milano, 2004, p. 285): «los niños son interlocutores colusivos», es decir, tienden a confirmar lo que declara el adulto, a responder de un modo que complazca al interlocutor y a responder incluso a preguntas extravagantes». Y más aún, cuando el asunto es que pudieran haber sido víctimas de delitos contra la libertad sexual, en contextos familiares conflictivos, supuestos en los que la interacción compulsiva con los adultos suele ser una constante. Buenas razones todas para que las estimaciones periciales de que se trata sean tomadas con particular cuidado y para que se extreme el nivel de exigencia en su valoración.

Dará mayor visibilidad al problema que se señala, la referencia a un supuesto tomado de la experiencia jurisdiccional española. Se trata de un caso de abuso sexual, atribuido al padre de dos niñas que fue condenado por un tribunal provincial. En la causa informaron tres psicólogas que emitieron dictámenes, por su ínfima calidad técnica, paradigmáticos de lo que nunca debería ser un trabajo de esa clase. Tan escandalosa deficiencia fue puesta de relieve por otro psicólogo, profesor de una facultad, en un informe sumamente riguroso y fundado. Pues bien, éste fue descalificado en la sentencia, en estos términos: «la Sala, empleando las normas interpretativas de la sana crítica, como establece el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (supletoria de la de Enjuiciamiento Criminal), estima que este último dictamen no tiene valor concluyente, pues en definitiva se trata de una crítica autorizada de un proceso técnico de investigación, que el peri-

En general, para el tratamiento de las pericias, es de particular interés lo resuelto, en EE.UU., en el caso «Daubert»¹¹ (de resarcimiento por daños causados a un niño, debido a que su madre, durante la gestación, había tomado un fármaco llamado *Bendectin*). En concreto, en lo relativo a la fijación de ciertos criterios de evaluación de la validez y fiabilidad de las pruebas. Son los siguientes: verificabilidad y falsabilidad de la teoría o de la técnica que fundamenta la prueba; tanto por ciento de error conocido o potencial y si se respetan o no los estándares relativos a la técnica empleada; si la teoría o técnica en cuestión ha sido difundida en publicaciones y expuesta a la crítica de la comunidad científica, permitiendo así su control por otros expertos; y si existe consenso general de la comunidad científica concernida.

Pues no cabe duda —dicho con Stella— de que «el juicio sobre el grado de aceptabilidad de una hipótesis es un juicio vinculado a los cánones de uso en la ciencia»¹², lo que supone que el juez, al momento de la de-

to no estima tener seriedad suficiente, pero no una pericial directa tras el examen del objeto de la pericia, que consiste en las manifestaciones de las menores». La sentencia de instancia (que había impuesto un total de quince años de pena) fue casada y sustituida directamente por otra absolutoria, en razón de la escasísima fiabilidad de la testifical inculpatória (de las menores, su madre y su abuela); de la objetiva ausencia de estigmas de abuso, que se habían dado por descontados; y de la abrumadora falta de calidad técnica y el sesgo de los informes psicológicos.

¹¹ Cfr. al respecto, Jasanoff, *La scienza...*, *op. cit.*, p. 115 y ss.

¹² Stella, F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 227.

cisión, o sobre un aspecto de la misma, deba contar con tal clase de fundamento, no puede *escapar* de ese ámbito, sino que estará constreñido a moverse dentro de él, con la solvencia necesaria y el exigible rigor lógico en el tratamiento de los datos, en la extracción de sus conclusiones y en la justificación de las mismas¹³.

Junto al tópico aludido del plus de fiabilidad de los informes debidos a organismos oficiales, tiene consolidada vigencia el contrario, que sugiere parcialidad y, por tanto, un sesgo inevitable, que haría siempre cuestionables las pericias de parte. Es cierto que éstas proceden, al menos objetivamente, del mercado, y que nadie *compraría* y llevaría a juicio un dictamen que pudiese perjudicarlo. Pero también lo es que, en la generalidad de los supuestos, los casos presentan una variedad de perfiles, de los que algunos siempre podrían dar juego a legítimos ejercicios de defensa, de fundamento científico o técnico.

En cualquier caso, hay un argumento que obliga a revisar críticamente esa actitud de apriorística desconfianza y descalificación de las periciales *de parte* —en rigor, procesalmente todas lo son— y no para asumir sin más un punto de vista opuesto a ese criterio, sino para considerar el asunto en otra perspectiva. Me explico.

La pericial, incluso la más parcial e infundada, actualiza con su puesta en escena el principio de contra-

¹³ «El juez no puede bajo el falso paraguas de la tecnicidad de la conclusión pericial huir de la construcción argumental de su decisión sobre los hechos» (Hernández García, *Conocimiento científico...*, op. cit., p. 76).

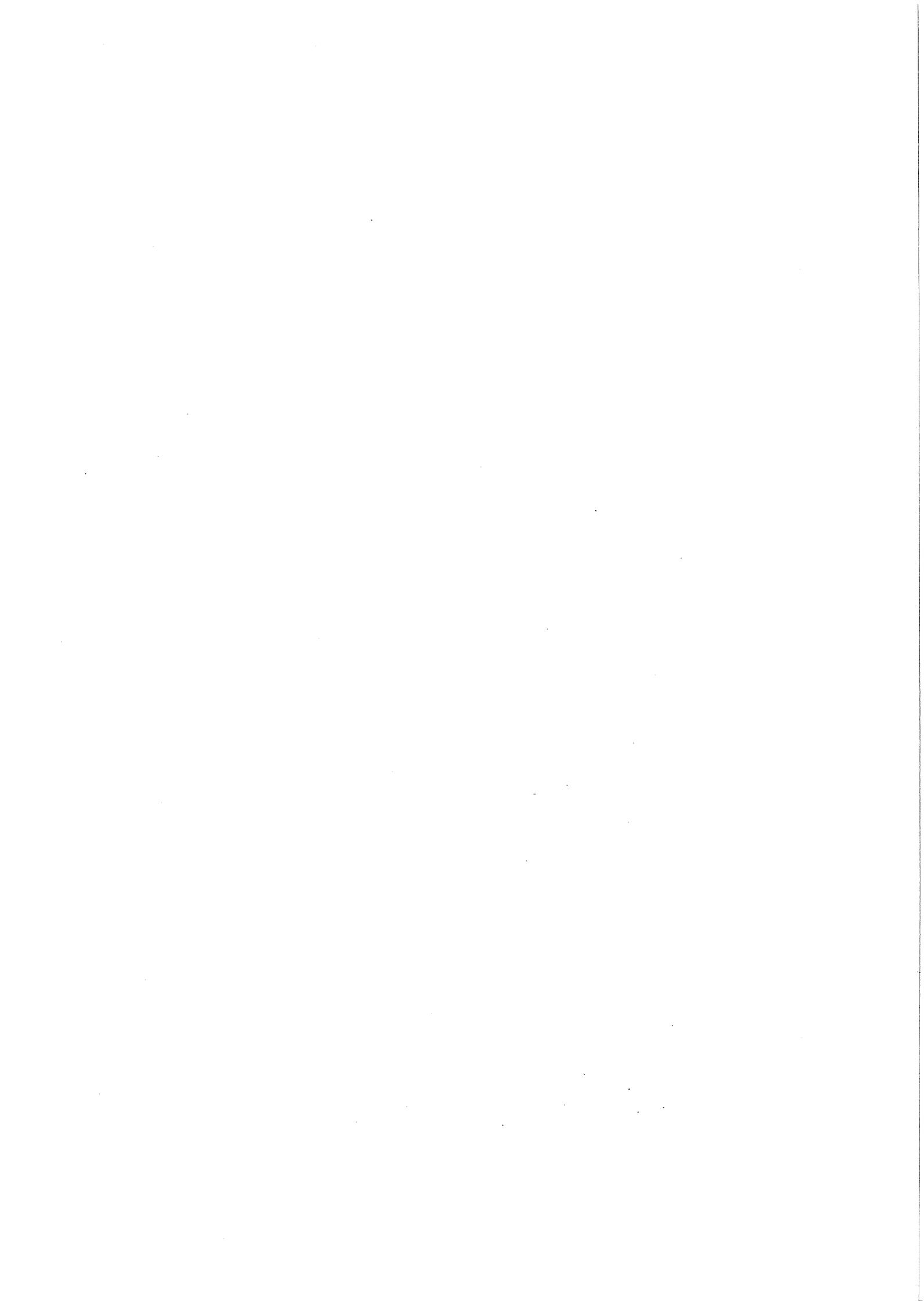
dicción, acreditada vía de procesal acceso a un conocimiento de calidad. Y, por esto solo, tiene un valor, que, normalmente, se traducirá en estímulo para la fundamentación y en una invitación al ejercicio del rigor argumental por parte de contrario, con el resultado de enriquecer el contenido del juicio y potenciar la calidad informativa de sus resultados.

Lo ha expresado muy bien Ferrua, refiriéndose en general al interrogatorio cruzado de todos los declarantes en juicio, poniendo de relieve que tal clase de examen no se funda en «la idea quimérica y platónica de que las partes cooperen a un fin común de búsqueda de la verdad (a la que no se puede pretender que aspire el imputado, cuando sea culpable). El presupuesto epistemológico es, en cambio, que la verdad se manifiesta, independientemente del querer de las partes, precisamente en el conflicto de perspectivas opuestas, en la confrontación dialéctica y ritualizada entre los antagonistas durante la formación oral de la prueba»¹⁴.

¹⁴ P. Ferrua, *Studi sul processo penale. Il anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 78.

§7.

La prueba ilícitamente obtenida:
una cuestión de legitimidad



a — Garantías procesales y calidad de verdad

La de «verdad» es una categoría central del proceso penal, que constituye un cierto universal en la materia, al menos como referencia ideal y con independencia de la mayor o menor funcionalidad real de los medios puestos en juego para tratar de obtenerla. Ello se debe a que el proceso penal suele estar en principio presidido por la pretensión de saber «qué ha pasado», a partir de la constatación de un hecho perturbador de la normalidad que, al menos *prima facie*, se presenta como resultado de una acción humana, posiblemente delictiva. Es lo que dota a aquél de una inequívoca dimensión cognoscitiva.

En efecto, el proceso penal, que es expresión de poder, constituye al mismo tiempo la manifestación de una voluntad de saber. Esa relación de saber-poder siempre en estrecha implicación, la puso de manifiesto Foucault¹, y sobre ella ha discurrido, más reciente-

¹ Escribió M. Foucault que «poder y saber se implican directamente el uno al otro: que no existe relación de poder sin constitución

mente, con agudeza, Ferrajoli: «el juicio penal —como por lo demás toda actividad judicial— es un «saber-poder», es decir, una combinación de conocimiento (*veritas*) y decisión (*auctoritas*)»².

El «saber» en la materia confiere al poder seguridad, a la vez que le aporta legitimación. Conocer —para reaccionar—, si es posible, de inmediato, el autor y la naturaleza de la acción que ha causado alguna conmoción en la ciudadanía es algo que da a ésta seguridad y solvencia política a quien se la proporciona.

Es por lo que el proceso penal, incluso en sus modalidades arcaicas, aparece siempre orientado a la búsqueda de una verdad de hecho. Siempre, también, en un marco diversamente reglado. Por lo general, con el fin de dotar a las actividades en que se expresa de la racionalidad necesaria en la relación medios/fines. Obviamente, según los criterios de racionalidad imperante.

El proceso inquisitivo constituye un punto de referencia de consideración imprescindible a la hora de dis-

correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder» (en *Vigilar y castigar*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, p. 34).

² Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 45-46. «En semejante entrelazamiento [continúa el autor] cuando mayor es el poder tanto menor es el saber, y viceversa». Lo que le lleva a advertir de la existencia de «un nexo indisoluble entre el esquema epistemológico de tipo convencionalista y cognoscitivista y el sistema de garantías penales y procesales: en el sentido de que los vínculos metodológicos asegurados por el primero a la definición y la comprobación de la desviación punible como condiciones de *verdad* corresponden a los límites normativos impuestos por el segundo al abuso potestativo como condición de *validez*» (p. 46).

currir acerca de la relación entre proceso penal y verdad. Tenido, a causa de la intensa influencia religiosa, por una forma particular de la general lucha contra el mal, partía de una idea de verdad de hecho como entidad metafísica y al tiempo objetivamente existente en la realidad fáctica. Siendo así, y dada la singular relevancia del aludido objetivo institucional, el indicio de delito fue tomado como parte atendible o anticipo de lo efectivamente acontecido, de lo que el sospechoso sería la mejor y más auténtica fuente de conocimiento. En ese contexto, al expresivo decir de Cordero: «el depositario de una verdad a expresar»³.

Con todo, lo cierto es que el proceso inquisitivo también conoció reglas, entre otras, la de que cualquier indicio no habilitaba para la aplicación de la tortura. Por eso, Farinacio —según recuerda Damaska— argumentó en sus *Consilia* (siglo XVI) que ni siquiera el príncipe podía dispensar de la observancia del rito en tema de tortura, y consideró ilegítima una condena obtenida con violación de los *derechos naturales* del imputado⁴.

Pero no puede decirse que ése fuera un criterio universalmente imperante. Al contrario, si alguna regla tenía general vigencia en la materia es la consagrada en el brocardo ya recordado: «*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*». Esto es: «En los delitos más atroces bastan las más leves conjeturas y es lícito al juez transgredir el dere-

³ Cordero, F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 6ª ed., 1982, p. 19.

⁴ Damaska, M. J., *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. de F. Cuomo Ulloa, Il Mulino, Bologna, p. 26, n. 17.

cho». O lo que es lo mismo, en presencia de la sospecha de un delito particularmente grave, se atenúa la fuerza vinculante de las reglas que rigen la materia probatoria y el grado de eficacia acreditativa de los elementos de juicio precisos para la condena.

Como es sabido, el proceso penal inquisitivo hizo crisis por la interacción de dos causas: su radical injusticia y la mala calidad de verdad que producía, no obstante no reparar en medios para conseguirla. De ello da cuenta de forma altamente expresiva Manzoni en *Historia de la columna infame*⁵. Contribuyó de manera decisiva al cambio de situación, según se ha visto, la comprometida reflexión crítica de los juristas de la Ilustración, en cuyos exponentes más caracterizados, a la conmoción por la crueldad de las prácticas aludidas, se unió la preocupación por los demoleedores efectos de las mismas en la dimensión cognoscitiva del proceso penal. De esta preocupación hay un buen exponente en Pagano y su defensa del paradigma del juicio contradictorio, como alternativa. Y en Bentham y su demanda de transparencia para el enjuiciamiento, porque «la publicidad [...] es el alma de la justicia»⁶.

Con estos materiales como fundamento y por reacción frente a las atrocidades del proceso penal del antiguo régimen, es como se abrirá camino el proceso penal de inspiración liberal-democrática. En él late con fuerza la idea matriz de que la indagación de un posible delito afecta siempre a personas concretas en su digni-

⁵ Manzoni, A., *Historia de la columna infame*, con nota de Leonardo Sciacia, trad. de E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

⁶ Bentham, *op.cit.*, t. I, p. 140.

dad, libertad, fama, a lo que se debe la asunción del principio de presunción de inocencia como piedra angular del nuevo sistema. Y, como resultado de esta opción, la asunción de un distinto concepto de verdad. Ésta ya no es un fetiche al que todo deba sacrificarse; tampoco un resultado que pueda obtenerse a cualquier precio. Lo buscado es una evidencia intersubjetivamente controlable que fluya a través de un procedimiento respetuoso con los valores de las personas afectadas.

Tal es el contexto en que se fraguan las garantías del imputado, para Carrara, reglas procesales ordenadas a frenar la violencia de los jueces; asegurar la obtención de la verdad por procedimientos racionales; que deben ser necesariamente vinculantes, pues, de otro modo operarían como simples «consejos»; para lo que su inobservancia habrá de ser conminada con la sanción «natural» de nulidad, pues, de otro modo, se incurriría en una «mixtificación maliciosa»⁷.

También Lucchini entendió que las reglas procesales son presupuesto necesario de la tutela de los fines del proceso y que su incumplimiento tendría inevitable repercusión negativa en la calidad del juicio. Por eso, a su entender, si concurriera, no bastaría la mera declaración de la nulidad del juicio, sino que ésta debía tener la consecuencia práctica de llegar hasta donde lo hiciera el nexo causal, privando de efectividad a los actos correspondientes⁸.

⁷ Carrara, *Programa...*, *op. cit.*, pp. 277-278. En idéntico sentido en *El antiguo procedimiento penal de Luca*, *op. cit.*, p. 37: «Si las formalidades impuestas a la instrucción no se ordenan bajo pena de nulidad, sería una insulsa irrisión haberlas decretado».

⁸ Lucchini, *Elementi di procedura penale*, *op. cit.*, pp. 243-244.

En definitiva, la clase de verdad procesal resultante del esfuerzo doctrinal y práctico de que da fe este breve elenco de aportaciones, es la asociada al principio de presunción de inocencia. Menos ambiciosa, más modesta en su alcance, como corresponde a un fruto del método inductivo. No *real* o *material*, y menos aún *absoluta*, pues, sino la propia del conocimiento probable, y, desde luego, de infinita mayor calidad que la asegurada por el proceso inquisitivo, dado el carácter racional y racionalmente controlable del curso de su obtención.

En esta perspectiva, como ya se ha visto, el principio de presunción de inocencia tiene dos dimensiones: una jurídica, de raíz ético-política, y otra epistémica o de método. La misma doble vertiente que Ferrajoli atribuye, en general, a las garantías procesales, que, en su criterio, lo son simultáneamente «de libertad» y también «de verdad»⁹.

A este planteamiento, hoy de relieve constitucional en la generalidad de los países, se suele oponer un doble tópico, que se concreta en dos afirmaciones: el principio de presunción de inocencia es un límite, por tanto, no funcional, a la obtención de la verdad; y, así, opera exclusivamente en beneficio del imputado. Del «culpable», se dirá a veces, extremando el discurso.

La primera afirmación es inaceptable, pues con ella se pierde de vista que el principio de presunción de inocencia impone, según ya se ha dicho, un modo de actuar rigurosamente inspirado en el paradigma indiciario. Éste exige que el proceso se instale únicamente en pre-

⁹ Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 541.

sencia de indicios de delito lo bastante objetivables como para que puedan ser intersubjetivamente valorados; que las hipótesis de significación acusatoria se formulen con el necesario rigor.

El paradigma indiciario tiene indudable trascendencia epistémica. En efecto, como se ha dicho, impone deliberada *ignorancia*, o, lo que es lo mismo, la ya aludida neutralidad en el punto de partida, es decir, ausencia de prejuicios. Exige un índice razonable de contenido empírico en la imputación, que la dote de plausibilidad: no sirve cualquier sospecha; proscribire operar por simple olfato o por corazonada. Y, con ello, procura una aproximación tendencialmente objetiva a la verdad empírica ya desde el inicio.

Ocasionalmente, es cierto, el principio de presunción de inocencia podrá entrar en contradicción con el imperativo de búsqueda de la verdad. Será en aquellos casos en los que, por razón del superior rango de algún derecho fundamental, se dé preferencia a los valores que éstos encarnan. Por lo que la tensión de los dos polos —«verdad» y «libertad»— resaltados por Ferrajoli, se resolverá en perjuicio del primero.

Pero lo cierto es que, en general, el principio de presunción de inocencia con el cuadro de garantías que impone es realmente funcional a la obtención de una verdad de calidad: por la señalada tendencial objetividad en el tratamiento de los indicios, que asegura; porque anticipa el umbral de la contradicción como método de obtención de los datos relevantes; porque exige desde el comienzo *juego limpio* en el tratamiento de éstos.

Tampoco la segunda de las afirmaciones citadas puede mantenerse. Pues el principio de presunción de inocencia responde a un interés no menos público que el

que informa la aplicación del *ius puniendi*, que, por otra parte, sólo se sostiene, constitucionalmente hablando, si se encuentra eficazmente presidida por aquél.

Esto era así, al menos en principio, ya en el Estado liberal y debe predicarse con mucha más razón del vigente Estado constitucional de derecho, que implica una constitucionalización normativa fuerte, tanto de los derechos fundamentales sustantivos generalmente afectados por el proceso (integridad física, dignidad y libertad personal, intimidad), como de las garantías procesales, que son función de los mismos y que, no por casualidad, han asumido, a su vez, en este modelo, la categoría de derechos fundamentales. Y siendo así, es claro que sólo el respeto a todos ellos legitima el ejercicio de la potestad punitiva.

Ésta —no importa insistir— afecta siempre de manera intensa a los derechos fundamentales, pues implica un ejercicio de poder especialmente incisivo en la microdimensión personal del implicado en una causa como imputado. Es por lo que la aplicación del derecho penal debe estar rodeada de garantías. Entre ellas, las primeras, las relativas a la formulación de las prescripciones de orden sancionador en que se concreta, que deben responder no simplemente al principio de legalidad, sino al que Ferrajoli ha llamado de *legalidad estricta*¹⁰, que impone que las conductas prohibidas se hallen descritas en la ley con el máximo de taxatividad, para evitar intolerables extensiones en la interpretación de la misma y facilitar la identificación práctica de las acciones infractoras. Ahora bien, con todo, esa vin-

¹⁰ Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 34-35 y *passim*.

culación del intérprete ni siquiera en el mejor de los supuestos será la ideal: es inevitable que él mismo, aquí, el juez, al adecuar el imperativo de la norma al caso, ponga algo de su propia cosecha. Es decir, haga uso de un segmento de poder que no estará efectivamente cubierto por la habilitación normativa, de lo que se sigue cierto coeficiente de *ilegitimidad* siempre asociado a esa dimensión de *extrapoder*, a la que Ferrajoli se ha referido de manera bien expresiva como «poder de disposición»¹¹. Por eso, en la materia tiene especial relieve la cuestión de las garantías, pues de la eficacia de su incidencia real dependerá la calidad del respeto de los derechos fundamentales y, como consecuencia, la propia legitimidad de la función jurisdiccional.

De otra parte, tal exigencia garantista, en la medida en que se orienta a modular y racionalizar normativamente el ejercicio del poder del juez, refuerza también su dimensión cognoscitiva, procurando la mejor calidad del enjuiciamiento. Es por lo que puede decirse con fundamento que en el Estado constitucional de derecho la doble vertiente de las garantías procesales se encuentra reflexivamente asumida. En efecto, pues en el proceso, además de la tutela de los derechos fundamentales implicados, ya se ha visto, cuenta su condición de *proceso de adquisición de conocimiento sobre hechos*. Esto es, su dimensión epistémica, que se concreta, esencialmente, en dos prescripciones de método: el tratamiento de la acusación como hipótesis y la vigencia, por regla general, del principio de contradicción en todo el curso de la causa. Se trata de planos que

¹¹ *Ibidem*, pp. 38-40.

están íntimamente relacionados, ya que en el proceso penal el juez sólo será tercero si el imputado goza de derechos que delimiten su espacio en relación con el de la acusación, que es lo que hará posible la dialéctica del contradictorio.

Pues bien, el esquemáticamente diseñado es el contexto jurídico-político de las ilicitudes probatorias, que, por lo dicho, en el Estado constitucional de derecho concurren cuando se produce una lesión de los derechos fundamentales del imputado en la obtención de una fuente de prueba. Es algo que, con mayor grado de probabilidad, acaecerá en el marco de las intervenciones de la Policía, donde las prescripciones legales de garantía están más expuestas al incumplimiento, por la habitual falta de transparencia, la unilateralidad de la actuación y su conocida incisividad. Pero no debe excluirse que los derechos fundamentales del imputado puedan resultar lesionados también con ocasión de alguna diligencia de investigación judicial o del fiscal.

b — Con garantías, sí, pero ...

A tenor de lo expuesto, es preciso afirmar que en la vigente disciplina constitucional del proceso, que es el referente de esta exposición, la vulneración de los derechos fundamentales del imputado implica no sólo irregularidad, por la ruptura de una particular forma legal, sino que, además, acarreará la degradación sustancial de la actuación, pues lo que quiebra no es sólo aquélla sino, mucho más y más profundo: el paradigma de legitimidad de la actuación del *ius puniendi* en cuanto tal. Con lo que la concreta intervención pasará a ser una pura vía de hecho, cuando no verdadera acción

delictiva. Y esto, por elemental coherencia normativa, impone la inutilizabilidad radical del conocimiento así obtenido, como consecuencia ineludible.

En efecto, en el Estado constitucional de derecho no puede permitirse —so pena de radical inconsecuencia— la actuación de la potestad punitiva en contra o fuera de sus propias reglas, a las que, además y por algo, ha dotado del máximo rango normativo. Hasta el punto de que mientras, en el texto fundamental, se prevén limitaciones constitucionales de los derechos fundamentales sustantivos, nada parecido ocurre, en cambio, con el derecho a la presunción de inocencia, que impone una drástica exigencia de legalidad a las actuaciones que pudieran afectarle.

La concepción teórica de la prueba ilícitamente obtenida¹² tiene un referente muy caracterizado en la doctrina y la práctica americanas de las reglas de exclusión de la prueba irregular, plásticamente denotada como teoría de «los frutos del árbol envenenado»¹³.

¹² Un tratamiento del asunto, en general y en nuestra experiencia procesal penal, puede verse en Miranda Estrampes, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2ª ed., 2004. Cfr. también Jorge Barreiro, A., «La prueba ilícita en el proceso penal», en *Recopilación de ponencias y comunicaciones. Planes provinciales y territoriales de formación*, CGPJ, Madrid, 1993, t. II, p. 1223 y ss.

¹³ Para un amplio y documentado tratamiento del asunto, cfr. Fidalgo Gallardo, C., *Las «pruebas ilegales»: de la «exclusionary rule» estadounidense al art. 11.1, LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. Por su interés, en una perspectiva comparatista del sistema americano con el español actual en la materia, véase Díaz Cabiale, J. A. - Martín Morales, R., *La garantía constitucional de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001. Tam-

En ella, los primeros, por imperativo de una lógica elemental, participarían de la propia contaminación inhabilitante de que estuviera aquejado el segundo, cuya degradación radical tendría, de este modo, un efecto expansivo.

Este planteamiento se encuentra acogido en decisiones como la del caso «Mapp vs. Ohio»: en el supuesto de no utilización de la prueba de cargo obtenida en un allanamiento ilegítimo, es la ley misma la que dispone la impunidad del delincuente. Lo contrario haría del derecho fundamental afectado una promesa vacía. La aplicación de las reglas del debido proceso no puede quedar al arbitrio de cualquier policía, porque si «el Estado admi[tiese] el uso de pruebas ilícitamente obtenidas, estimula[ría] la desobediencia a la Constitución»¹⁴.

Pero no es tal el criterio de la jurisprudencia dominante. Ésta reconoce la existencia de garantías procesales, si bien las mismas no gozan de la calidad de derechos fundamentales de naturaleza procesal. Y, así, no existe un derecho fundamental que excluya *per se* la prueba ilícita por violación de alguna de aquéllas. Pues,

bién Gascón Abellán, M., «Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita», en AA.VV., *Estudios sobre la prueba*, prólogo de P. Andrés Ibáñez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 47 y ss.

¹⁴ Greenbaum, J. (ed.), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, trad. de C. Tarpani Origliano, Giuffrè, Milano, p. 37 y ss., donde se recoge *in extenso* la tesis de la sentencia. La cita se encuentra en la p. 47. Un minucioso análisis de esta resolución puede verse en Fidalgo Gallardo, *Las «pruebas ilegales»...*, *op. cit.*, p. 160 y ss.

como escribe Fidalgo Gallardo, «la evolución de la doctrina jurisprudencial en el ámbito de la *criminal procedure* estadounidense ha desembocado en una situación en la que la regla de exclusión federal ha quedado configurada [...] como un mero *remedio* extrínseco» orientado a «disuadir a las fuerzas del orden público de la tentación de cometer violaciones de los derechos individuales en su labor de investigación de los delitos», en una línea que tiene su punto de arranque más caracterizado en la sentencia «United States v. Calandra» (1974): «la regla [de exclusión] es un remedio de creación judicial diseñado para salvaguardar los derechos de la Cuarta Enmienda generalmente a través de su efecto disuasorio, más que un derecho constitucional personal de la parte agraviada»¹⁵.

En el mismo sentido, en la sentencia «New York v. Quarles» (1984), las ilicitudes probatorias son «medidas profilácticas y no derechos en sí mismos protegidos por la Constitución»¹⁶. Lo que quiere decir que, en sus pretensiones, no van más allá de procurar el *deterrent effect*, un efecto disuasorio, es decir, desincentivador de prácticas del género, que, sin embargo, por lo común, serán válidas en sus resultados.

Para calibrar la eventual —inusual— necesidad de un efecto más radical, se impone la realización de un *balancing test*, al objeto de comprobar hasta dónde sería preciso llegar para la protección del derecho funda-

¹⁵ Fidalgo Gallardo, *Las «pruebas ilegales»...*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁶ Cfr. Guariglia, F., *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 47.

mental—sustantivo—concernido en el caso concreto. Partiendo de que la declaración de inutilizabilidad radical no será necesaria salvo que fuera imprescindible para *desalentar* a los agentes policiales de la realización de prácticas ilegales¹⁷.

c— Una disciplina constitucional exigente

Distinto es el caso del vigente sistema español. Aunque hoy, lamentablemente, hay que precisar que *sólo* en el plano normativo. Con una formulación, desde luego mejorable, pero clara, el art. 24 de la Constitución española consagra una disciplina del proceso, de ese rango, de la que forman parte el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de la acusación y el *nemo tenetur*. De otra parte, el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Así, es claro, en la lógica de esta norma, su aplicación, requiere como presupuesto causal, directo o indirecto, la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de una información de cargo. Que, una vez constatada, acarreará como consecuencia la absoluta exclusión de ésta, que no podrá operar de manera alguna en el proceso. Por tanto, acreditada la violación de un derecho fundamental, serán inutilizables los resultados tanto de la prueba *matriz* como los de la(s) prue-

¹⁷ Cfr. Díaz Cabiale, J. A. - Martín Morales, R., *La garantía constitucional...*, op. cit., pp. 77-78.

ba(s) refleja(s). Se trata, pues, de una regla de exclusión, y, como tal, llamada a operar en un momento previo al de la valoración de la prueba, ya que la que resulte afectada por ella, por prescripción legal, carecerá de aptitud para ser evaluada.

Este planteamiento tuvo acogida —no entusiasta, ciertamente— en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles, hasta la sentencia del primero nº 81/1998. Según ella, la antijuridicidad resultante de la vulneración de un derecho fundamental producida en la adquisición de una prueba no se transmite necesariamente a toda la información que pudiera tener origen en esa fuente. Para que ello suceda, hará falta que entre la prueba matriz y la prueba refleja medie —además de la conexión causal *natural*, que es la que actúa en el plano empírico y se concreta en la efectiva transmisión, dentro de la causa, del conocimiento de un cierto dato penalmente relevante, ilegítimamente obtenido— una conexión *jurídica*, ésta operante sólo en el plano jurídico-formal, de modo que aquella información de cargo llevase impresa la connotación de la antijuridicidad original.

En consecuencia, la prescripción del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial —a partir de esta interpretación— admite excepciones, en el caso de la prueba refleja, cuando *no se transmite* a ella la antijuridicidad que hubiera concurrido en la obtención de la prueba matriz.

Según el mismo Tribunal Constitucional, para determinar la eventual producción de ese efecto, o sea, para verificar si en el caso puede hablarse de «conexión —por transmisión— de [la] antijuridicidad», es preciso comprobar qué garantía se ha visto menoscabada y có-

mo, es decir, la índole, las características y el resultado de la vulneración (plano interno). Y, luego, en el plano externo, evaluar si se da y hasta qué punto la necesidad de tutela del derecho fundamental afectado.

Después de este doble juicio —en extremo discrecional y peligroso como *de oportunidad*— cabrá hablar de prueba refleja constitucionalmente *legítima* si la obtenida puede considerarse *jurídicamente ajena* a la vulneración del derecho fundamental producida en la obtención de la prueba matriz; y si la tutela del derecho fundamental afectado no exige mantener la prohibición de valorarla. Con lo que, puede decirse, del régimen de excepciones a la regla de exclusión probatoria propias del sistema vigente en los Estados Unidos de América (fuente independiente, nexo causal atenuado, descubrimiento inevitable), este criterio jurisprudencial se haría eco de la segunda¹⁸.

Supuesto tipo de un tal modo de operar es el del cuerpo del delito aprehendido, por ejemplo, en el curso de un registro domiciliario que resultase haber sido constitucionalmente ilegítimo (v. gr., por defecto de autori-

¹⁸ Díaz Cabiale y Martín Morales citan, como ejemplo clásico de supuestos de este género en la jurisprudencia estadounidense, el caso «Wong Sun v. U.S.» (1963), de una entrada ilegal que llevó a la detención de A, que acusó a B de haberle vendido droga. Se encontró droga a B, quien a su vez implicó a C, que, consecuentemente fue detenido como fruto de la ilegalidad inicial. Varios días después, C, hallándose en libertad bajo fianza, confesó voluntariamente ante los agentes que lo interrogaban. La Corte rechazó todas las pruebas menos ésta, por entenderla *sanada* en virtud de la voluntariedad de las manifestaciones inculpativas de C, que las hizo después de haber sido advertido de sus derechos (en *La garantía constitucional...*, *op. cit.*, pp. 83-84).

zación judicial), cuya existencia y posesión resultasen luego reconocidas por el imputado morador de la vivienda, al declarar en el juicio con todas las garantías inherentes a ese momento procesal. La razón es que, según la línea jurisprudencial que acaba de exponerse, en casos como éste, el juego de las garantías procesales en la obtención de la información que compromete al imputado, constante el *nexo causal natural*, tendría, sin embargo, la eficacia de rescindir el *nexo jurídico*. O lo que es lo mismo, por la incidencia de aquéllas, la información inculpatória contaminada —cuyo conocimiento permitió a la acusación formular el interrogatorio comprometedor— habría quedado depurada de su antijuridicidad original, con efecto retroactivo, por tanto. Todo un ejercicio de prestidigitación judicial y jurídica, que, seguramente, habría merecido la atención del Wiethölter interesado por *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*¹⁹.

Con semejante planteamiento, el Tribunal Constitucional prescinde de las exigencias del modelo diseñado en el art. 24 de la Constitución, en particular de la representada por el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, con la implicación necesaria de que la misma sólo podría ser destruida por pruebas de cargo válidas; con las consecuencias que en otro caso impone el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como prescinde también de las indicadas diferencias esenciales de nuestro ordenamiento con el propio de los Estados Unidos de América. Y, en fin, de-

¹⁹ Wiethölter, R., *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, trad. de M. A. Extreoz, Edersa, Madrid, 1991.

satiende ostensiblemente el sentido —clarísimo— del enunciado legal: «directa o indirectamente», conforme al cual: *tertium non datur*²⁰.

²⁰ Buscando un fundamento teórico a esa opción jurisprudencial, y ya que la estructura de su razonamiento de justificación guarda cierta relación de semejanza con el que da soporte a la construcción de la imputación objetiva, acuñada, en derecho penal, con el fin de evitar los desbordamientos en la atribución de la responsabilidad a que llevaría una inteligencia mecánica y *natural* del principio de causalidad, se ha sugerido que el Tribunal Constitucional habría operado con una técnica similar y con parecido objeto. Pero este argumento por analogía es tan forzado como la propia *teoría* de la «conexión de anti-juridicidad». Porque aquí no se trata de dotar de contenido y dimensionar razonablemente el alcance de conceptos tan abiertos como los de acción, realización del hecho o autor, en el plano empírico; pues el asunto discurre más bien en el plano de la epistemología del juicio. Por eso, en consecuencia, tampoco se corre ningún riesgo de extralimitación en los efectos del art. 11.1, *LOPJ*, ya que, en la materia, todo el recorrido hipotizable de la transmisión de la información de cargo mal adquirida, se agota en una trayectoria procesal perfectamente previsible, articulada en dos momentos, bien determinada, y, sin duda, tenida en cuenta por el legislador. Es la que puede llevar desde la actuación ilegítima que hizo posible la aprehensión del cuerpo del delito o la toma de conocimiento de un dato relevante para la prevención o persecución de éste, hasta la eventual emergencia de la correspondiente información como de cargo, merced al empleo de algún medio de prueba, que habría carecido de utilidad, e incluso de sentido, de no ser porque el proponente tenía previa constancia del resultado de aquella primera intervención ilícita y, de este modo, quería *depurarlo* y hacerlo valer. Pues, en efecto, no existe la posibilidad de remontarse a antecedentes más lejanos; y tampoco de ir, hacia adelante, más lejos. Un planteamiento, ciertamente matizado, como el que se cuestiona, puede verse en González Cussac, J. L., «La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida», en Gómez Colomer, J. L. (ed.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 279 y ss.

d — Falaz vía de escape

El Tribunal Constitucional, con su doctrina, incurre en varias graves falacias, de demoledores efectos anti-garantistas. Veámoslo.

Es, ciertamente, insostenible la distinción de dos tipos de conexión, *natural* y *jurídica*. Primero, porque en este caso, es bien claro, *lex non distinguet*. Y, en segundo término, porque no se entiende cómo sería posible abstraer la determinación o dimensión jurídica de la actuación de unos sujetos oficiales, que discurre por cauces formalizados, en un marco institucional y mediante el uso de medios de esta clase. Y, en consecuencia, no hay manera de entender cómo cabría *reconducir* a un supuesto ámbito de exclusiva *naturalidad* tales cursos de acción.

Hay que calificar asimismo de falacia la idea de que la prueba refleja sea considerada *independiente*. El elemento probatorio inmediatamente derivado de la misma podrá ser —también y sólo inmediata y formalmente— atribuido a un medio de prueba diferente, pero en absoluto dotado de *independencia* respecto del fruto de la viciada injerencia matriz. En efecto, las garantías procesales, como el respeto de las reglas del interrogatorio judicial y el derecho de defensa, tutelan al declarante con un efecto actual, es decir, de presente, en el acto de declarar. Pero, en el caso, lo hacen en la permanencia de la ilegitimidad insubsanable del presupuesto representado por la existencia del dato o datos aportados por la actuación original, constitucionalmente ilícita y, verdadera *condictio sine qua non* del ulterior proceder. Y esta ilegitimidad constitucional no es en modo alguno reversible, por lo que, no ya las respuestas del imputado que se autoinculpa, sino, an-

tes aun, las propias preguntas del fiscal, deben considerarse viciadas de raíz. Incluso «capciosas» en el sentido del art. 709.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues parten de la ocultación al declarante de un dato de extraordinaria relevancia de su contexto de derechos: a saber, que, en ese momento, la eventual condena dependería *en exclusiva* de su *confesión*²¹. Es asimismo frecuente que, en el trámite de casación, se invoque el carácter voluntario de la misma, aunque fuera obvio que el *confesante* obró con un patente grado de inconsciencia, por falta de información, sobre la particular situación creada por la emergencia de la ilicitud probatoria; y a pesar también de que, precisamente, la propia impugnación de la sentencia ilustra sobre la verdadera razón de su conducta procesal: el desconocimiento y, consecuentemente, la material indefensión.

En apoyo de la supuesta corrección del planteamiento cuestionado, se ha argumentado, incluso, con la legalidad de la confesión del acusado como fuente de prueba, y, a veces, hasta con la existencia de un cierto *derecho* de éste a manifestarse en tal sentido ante el juez, movido por un afán de catarsis. Pero, al respecto, es preciso señalar que la confesión formalmente *limpia*, es decir, sin tacha de origen, ya fue sospechosa para el legislador liberal, que, en el caso del español, veda al juez instructor estar mecánicamente a su resultado

²¹ Me consta un caso con dos imputados, de los que, interrogados en el juicio por la existencia de la droga hallada en el domicilio de ambos, en el curso de un registro declarado constitucionalmente ilegítimo, uno la admitió, mientras el otro negó. Pues bien, este último resultó absuelto, y, en cambio, el primero fue condenado, en virtud de esta confesión, valorada como prueba independiente.

y le impone persistir en la investigación. De modo que bastantes más motivos para abrigar reservas se dan en el supuesto de una confesión gravemente viciada en su origen, de un vicio, se ha visto, que es además insubsanable. Tampoco puede olvidarse que, incluso en ausencia de pruebas constitucionalmente ilegítimas, es una convención (cierto que en declive) que las fórmulas de la conformidad, como presupuesto de la condena, suelen reservarse sólo para delitos menos graves: una clara expresión de la *mala conciencia* del legislador.

De otro lado, la argumentación a partir de un supuesto derecho del imputado *a confesar* —cuando sienta la necesidad moral de hacerlo— y la idea de que tal comportamiento procesal tendría un efecto sanatorio como medio hábil para superar el obstáculo representado por la previa ilicitud probatoria, es del todo inaceptable. Porque el proceso penal no es un cauce *disponible* y menos para fines, de *contrición*, tan personalísimos. Pues parece que lo buscado en un supuesto de tal clase no sería tanto confesar, procesalmente hablando, como *confesarse*; algo para lo que existe otra clase de *tribunales*, al margen de los del Estado. Y si esa indisponibilidad puede predicarse en general del proceso penal, con más motivo cuando se trata de uno radicalmente viciado y de un vicio no susceptible de rehabilitación por inconstitucional desde la raíz.

En otro orden de consideraciones, se ha objetado que resulta falaz suponer, por ejemplo, en el caso de incautación de droga en un registro ilegítimo, que la misma es *inexistente*, cuando lo cierto es que cuenta con existencia real, hasta el punto de hallarse materialmente intervenida. Pero este modo de discurrir no se sostiene, ya que incurre en una grosera confusión de

planos del discurso. Las consecuencias legales de la ilicitud probatoria no inciden sobre la materialidad del objeto y lo que cuenta es sólo su forma de obtención e incorporación a la causa. Por eso, el resultado de la prohibición de utilizarlo con fines probatorios, en el supuesto de referencia, no convierte la droga ilegal en no-droga o en droga legal.

Se comprende que la distinción —tampoco especialmente sutil ni demasiado sofisticada— entre la existencia física del cuerpo del delito y una eventual inexistencia procesal, debida a la inconstitucionalidad del trámite de obtención del mismo, pudiera causar alguna perplejidad al profano, pero no así al jurista. Por eso, cuesta entender que objeciones del grado de banalidad de la ahora contemplada aparezcan incluidas en algunas sentencias.

Como conclusión de las precedentes consideraciones relativas a la línea jurisprudencial discutida, creo que cabe decir con todo fundamento, que el Tribunal Constitucional español ha reescrito el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y es que, donde éste dice que las pruebas obtenidas «indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales» —pues la excepción a la regla de exclusión se ha detenido ante la prueba matriz ilegítima— «no surtirán efecto», la alta instancia sostiene que podrán tenerlo *según y cómo*. Esto es, en virtud de una valoración discrecional, incluso *de oportunidad*, que corresponderá al tribunal que conozca de la causa, que, así, deberá *legislar* para el caso.

Lo que late como fundamento de esa opción jurisprudencial es una actitud de puro pragmatismo político-penal que, enmendando la plana al legislador, prescinde del imperativo constitucional y legal en la materia.

Con semejante modo de operar se trataría —ciertamente, sin confesarlo— de evitar la impunidad en supuestos del género del aquí ilustrado, pero, curiosamente, haciendo pagar al sistema penal un altísimo precio, mediante la consagración de un demoledor «todo vale», que da aliento a una recusable y peligrosa subcultura de la ilegalidad, y contribuye a incentivar prácticas policiales y judiciales inconstitucionales y de una sonrojante falta de profesionalidad.

No parece inútil en este contexto evocar a Carrara, cuando decía que el «verdadero escándalo» no lo ocasionan las sentencias absolutorias dotadas de fundamento legal, sino las condenatorias «precipitadas sobre falaces argumentos»²². Y falaces son, a más no poder, argumentos como los aquí contestados, concebidos para sortear una ilegitimidad que difícilmente podría ser más clara que en supuestos como los de referencia, en los que luce patente la consagración de la discrecionalidad judicial *contra legem* y *contra reo*.

Tomar en serio las prohibiciones de valoración probatoria por causa de ilegitimidad constitucional no sólo resulta obligado, en contextos legales como el español, por razón de constitucionalidad. En la manifiesta exigencia normativa eludida late, además, con idéntica claridad, una profunda aspiración a dotar de la necesaria legitimidad al ejercicio del *ius puniendi*. Una legitimidad siempre problemática, que, en la medida que cabe²³, sólo puede obtenerse a través del respeto de las reglas constitucionales y legales del juego.

²² Carrara, *Programa...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 279-280.

²³ No resulta inútil en este contexto recordar la conocida y siempre vigente constatación de Carnelutti, en el sentido de que el proce-

Y curiosamente —frente al manido tópico antigarantista— es obligado decir que la opción del constituyente y del legislador español responde asimismo a razones de eficiencia. Pues, en efecto, la —obligada— rigurosa aplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial rompería el círculo vicioso de un sinnúmero de actuaciones policiales y judiciales de bajísimo perfil y lesivas de derechos fundamentales, que si se prodigan es, precisamente, porque quienes las producen cuentan ya con su validación en última instancia; lo que implica un auténtico régimen de tolerancia *de facto* y, por lo que se ve, también *de derecho*: de un paradójico *derecho* no sólo infraconstitucional sino también infralegal²⁴. Y no cabe duda de que la ruptura de

so penal «no solamente hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Ésta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto» (*Las miserias del proceso penal*, trad. de S. Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 75). Parece por demás coherente, a tenor de esta evidencia, que el Estado constitucional, dado el papel central que atribuye a los derechos fundamentales de la persona (incluidas las garantías procesales), se prohíba a sí mismo, de la manera más drástica, el uso de instrumentos que atenten contra aquéllos.

²⁴ Es un dato de experiencia que en la raíz de muchas actuaciones policiales ilegítimas late simplemente la inercia. Es decir, se trata de la reiteración, por pura rutina, de pautas operativas degradadas, que, sin mayor esfuerzo podrían ser otras, si hubiera profesionalidad y voluntad al respecto. Y que si persisten en su recusable forma de ser es por la evidencia de que, en cualquier caso, terminan *valiendo*, porque encuentran la comprensión cómplice de los jueces y tribunales, en particular de los tribunales Constitucional y Supremo. Me he ocupado con algún detalle de este asunto, a propósito de las frecuentes modalidades

ese círculo contribuiría decididamente a inducir otro, éste virtuoso, conformado por intervenciones de esos mismos sujetos públicos respetuosas con los derechos, informadas por el necesario rigor inductivo en la obtención y tratamiento de los indicios de delito, y cargadas de razón; aptas, en fin, para dotar de legítima eficacia probatoria a datos limpiamente obtenidos. Cier­to es que semejante cambio de línea en la jurisprudencia, allí donde se produjera, conllevaría, en lo inmediato y a corto plazo, un incremento de las absoluciones y algunas impunidades, pero éste es sin duda un precio —por lo demás, constitucionalmente obligado— que valdría la pena pagar a cambio del resultado de desterrar una infinidad de malas prácticas profesionales que hoy ensombrecen la ejecutoria de la generalidad de los sistemas penales.

patológicas de injerencia en la intimidad domiciliaria y en el secreto de las comunicaciones, en «Motivación «por delegación» de las decisiones judiciales que limitan derechos fundamentales», en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, p. 743 y ss.

I — Apéndice jurisprudencial *

* Elaborado por MARCELA DE LANGHE

A — *Jurisprudencia extranjera*

*ANÁLISIS DE LAS INSTRUCCIONES EN CONJUNTO.
EVIDENCIA MORAL Y CERTEZA MORAL.
MERA DUDA POSIBLE. DUDA REAL Y SUSTANCIAL.
CERTEZA MORAL. PROBABILIDADES SÓLIDAS*

«Victor v. Nebraska», 511 U.S. 1, Suprema Corte
de los Estados Unidos, 22/3/94,
junto con «Sandoval v. California»*

a) Hechos

En este precedente de 1994, la Suprema Corte de los Estados Unidos analizó el concepto de “duda razonable” empleado en el estándar de prueba requerido para las condenas en causas criminales.

La Corte consideró válido el contenido dado al término en las instrucciones impartidas al jurado cuando se explicó a sus miembros qué debían entender por «duda razonable».

Se transcribe a continuación el sumario oficial publicado en la colección de la Suprema Corte (511 U.S. 1,

* Traducción de JOSÉ R. BÉGUELIN.

3), señalando que hemos agregado entre corchetes un orden del texto en números romanos, basado en la división estructural de la sentencia original.

b) Sumario oficial

El Estado debe probar más allá de una duda razonable cada elemento del delito por el que acusa —*in re* «Winship» (397 U.S. 358)—. Al confirmar las condenas de homicidio en primer grado y las sentencias de pena de muerte de los recurrentes Sandoval y Victor, las Cortes Supremas de California y Nebraska, respectivamente, rechazaron los argumentos de que el debido proceso había sido violado por las instrucciones modelo que fueron dadas en ambos casos a los jurados para definir la «duda razonable».

Se resolvió: Analizadas en conjunto, las instrucciones en cuestión expresaron correctamente el concepto de duda razonable, y no hay probabilidad razonable de que los jurados hayan entendido las instrucciones en el sentido de que permitiesen condenas basadas en prueba insuficiente para satisfacer el estándar de «Winship».

[I. Análisis de las instrucciones en conjunto]

a) La Constitución no ordena utilizar una fórmula particular de palabras para informar al jurado acerca de la carga de la prueba del Estado, en la medida en que «analizadas en conjunto, las instrucciones expresen correctamente el concepto de duda razonable», «Holland v. United States» (348 U.S. 121, 140). Al anular una acusación que declaraba, entre otras cosas, que una duda razonable «debe ser tal ... que dé origen

a una grave incertidumbre», «es una duda real y sustancial», y requiere «certeza moral», la Corte, en «Cage v. Louisiana» (498 U.S. 39, 40), advirtió que un miembro razonable del jurado podría haber interpretado las instrucciones en el sentido de permitir un fallo de culpabilidad basado en un grado de prueba por debajo de aquél exigido constitucionalmente. Sin embargo, en «Estelle v. McGuire» (502 U.S. 62, 72, y nº 4), la Corte dejó en claro que la pregunta correcta no es si las instrucciones «pudieron haber» sido aplicadas inconstitucionalmente, sino si existe una probabilidad razonable de que el jurado *efectivamente* las haya aplicado así.

[II. Evidencia moral y certeza moral]

b) Las instrucciones dadas en el caso de Sandoval definieron la duda razonable como, entre otras cosas, «no una mera duda posible», sino una «que depende de la evidencia moral», de manera tal que los miembros del jurado no puedan decir que sienten una convicción perdurable, «con certeza moral», acerca de la verdad de la acusación.

c) Se rechaza la objeción de Sandoval al uso por parte de la acusación de las frases decimonónicas «evidencia moral» y «certeza moral». A pesar de que la primera frase no es un pilar del léxico moderno, su significado hoy en día es consistente con su sentido originario: evidencia basada en la observación general de la gente, más que en lo que es demostrable. Su uso aquí no es problemático porque las instrucciones dadas indicaban correctamente a los miembros del jurado que debían prestar atención a los hechos del caso frente a ellos, no (como Sandoval afirma) a la ética o moralidad de sus actos criminales. Por ejemplo, en las instrucciones que declaran que «todo lo relacionado con las cues-

tiones humanas, y que depende de la evidencia moral, está expuesto a alguna duda posible o imaginaria», evidencia moral sólo puede significar evidencia empírica ofrecida para probar materias relacionadas con cuestiones humanas —la prueba presentada en el juicio—. De modo similar, mientras que «certeza moral», aisladamente, podría no ser reconocida por los miembros del jurado moderno como sinónimo de «prueba más allá de una duda razonable», su uso en conjunto con el lenguaje de la convicción perdurable debe ser considerado como que ha inculcado en el jurado la necesidad de alcanzar el estado subjetivo de certeza próxima de la culpabilidad, ver «Jackson v. Virginia» (443 U.S. 307, 315), y, de esa manera, que no ha sugerido una condena basada en algo menos que la prueba constitucionalmente exigida. Aun más, a diferencia de la situación en «Cage», no hay probabilidad razonable de que aquí el jurado hubiera entendido que la certeza moral estuviera desvinculada de la evidencia en el caso, dado que las instrucciones explícitamente informaron a los miembros del jurado, entre otras cosas, que su conclusión tenía que estar basada en tal evidencia. Por consiguiente, a pesar de que esta Corte no aprueba el uso de la anticuada frase «certeza moral», no se puede decir que su uso en el contexto de las instrucciones en conjunto haya tornado inconstitucionales a tales instrucciones.

[III. Mera duda posible]

d) También se rechaza la objeción de Sandoval a la sección de la acusación que declara que una duda razonable no es «una mera duda posible». Que las instrucciones emplean adecuadamente la palabra «posible» en el sentido de extravagante, es dejado en claro por el hecho de que también advierten que todo «está expuesto a alguna duda posible o imaginaria».

[IV. Duda real y sustancial]

e) Las instrucciones dadas en el caso de Victor definían a la duda razonable como, entre otras cosas, una duda que no permitirá una convicción perdurable, «con certeza moral», acerca de la culpabilidad del acusado, y una «duda real y sustancial» que no sea excluida por las «sólidas probabilidades del caso».

f) Se rechaza el argumento principal de Victor —de que equiparar una duda razonable con una «duda sustancial» exagera el grado de duda necesario para absolver—. Toda ambigüedad se elimina leyendo la frase en cuestión en su contexto: La acusación contra Victor distinguió de inmediato una «duda real y sustancial» de una «originada en una mera posibilidad, en la pura imaginación, o en una conjetura extravagante» y, de ese modo, informó al jurado que una duda razonable es algo más que una especulativa, que es una proposición inobjetable, «Cage», *supra*, en 41, según se distingue allí. Aun más, las instrucciones definían a la duda razonable alternativamente como una duda que causaría que una persona razonable dudaría de actuar, una fórmula que esta Corte ha aprobado reiteradamente y que otorga un punto de referencia de sentido común sobre cuán sustancial tiene que ser una duda razonable.

[V. Certeza moral]

g) La inclusión de la frase «certeza moral» en la acusación contra Victor no tornó inconstitucional las instrucciones. A diferencia de la situación en «Cage», el resto de la acusación contra Victor proveía un contexto suficiente para dar significado a la frase, que equiparaba una duda suficiente para descartar certeza moral con una duda que causaría que una persona razonable dudara del acto, y se informó a los miembros

del jurado que debían tener una convicción perdurable de la culpabilidad de Victor, que tenían que estar convencidos de tal culpabilidad «luego de una consideración total, justa e imparcial de toda la evidencia», que debían ser guiados únicamente por esa evidencia para determinar cuestiones fácticas y que no debían permitirse especulaciones, conjeturas o inferencias infundadas.

[VI. Probabilidades sólidas]

h) La referencia a «probabilidades sólidas» en la acusación contra Victor no subestima inconstitucionalmente la carga del Estado, dado que la acusación también informa al jurado que las probabilidades deben ser lo suficientemente sólidas como para probar la culpabilidad más allá de una duda razonable, ver «Dunbar v. United States» (156 U.S. 185, 199).

B — Jurisprudencia nacional

*I — INOBSERVANCIA DE LA REGLA DE LA SANA CRÍTICA.
TEORÍA DE LA «LEISTUNGSFÄHIGKEIT». LÍMITES DE LA REVISIÓN.
INMEDIACIÓN. ADMISIBILIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA*

CSJN, «Casal», 20/9/05, CSJN-Fallos, 328:3399

a) Hechos

El recurrente había sido condenado como coautor del delito de robo calificado por el uso de armas. Sin embargo, el arma no fue hallada y el peritaje sobre la lesión en la cabeza de la víctima (que habría sido golpeada con ese arma) carecía de certeza en relación con el objeto contundente que la produjo. La Cámara de Casación declaró inadmisibile el recurso porque sólo se trataría de una discrepancia con la manera en que el tribunal de

sentencia valoró la prueba y estructuró la plataforma fáctica, atribución ajena a la revisión casatoria.

La Corte Suprema revocó la decisión e interpretó de manera más amplia las facultades de revisión de la Cámara. El fallo aporta reflexiones interesantes sobre control del criterio de convicción judicial, en particular sobre la regla de la sana crítica. A continuación se transcriben los considerandos pertinentes.

b) Sentencia

[I. Inobservancia de la regla de la sana crítica]

22. Que la «inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad» abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. Una sentencia que no valore las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta.

[II. Teoría de la «Leistungsfähigkeit»]

23. Que nada impide que el art. 456 del Cód. Proc. Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegé-

ticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad—la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento—, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable.

[III. Límites de la revisión]

24. Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y—en el nivel jurídico— porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8º.5 Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8º.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8º.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo

único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso.

[IV. Inmediación]

25. Que se plantea como objeción que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera, es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etcétera.

En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magni-

ficar el producto de la intermediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del Derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilium nulla obligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto.

[V. Admisibilidad y valoración
de la prueba]

27. Que resulta ilustrativo, a los fines expositivos, destacar que este concepto de diferenciación entre cuestiones de hecho y derecho, vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, vicios de la actividad y vicios del juicio, o cualquier otra clasificación diferencial sobre las materias atendibles, ha deformado la práctica recursiva ante la casación nacional.

Los recurrentes en general, advertidos de la política restrictiva en la admisión de recursos, intentan centrar los agravios que desarrollan bajo la fórmula del art. 456, inc. 1º del Cód. Procesal, es decir, bajo el supuesto de inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, en casos en los cuales se discuten problemas de subsunción. La verdad es que gran parte de estos planteos introducen y a su vez versan sobre problemas vinculados con los hechos, con la prueba y la valoración que se haga de éstas, sea para demostrar la existencia o inexistencia de algún elemento del tipo objetivo, del dolo o de elementos subjetivos distintos del dolo que conforman el tipo penal.

Como ya fuera señalado, es difícil, cuando no imposible, realizar esta comparación entre cuestiones de hecho y de derecho y, además, es sabido que los defensores, conociendo la renuencia jurisprudencial a discutir agravios vinculados con el hecho o con la prueba y su valoración en el ámbito casacional, tiendan a forzar el alcance del art. 456, inc. 1º del Cód. Procesal. Sin embargo, ubicando la cuestión en sus correctos términos, estas cuestiones suponen como base interpretativa la conjunción de ambos incisos del artículo citado, con lo cual no puede realizarse una separación tajante de la materia a revisar. En virtud de ello, para cumplir con una verdadera revisión, no debe atenderse a una distinción meramente formal en el *nomen iuris* de las cuestiones expresadas en los agravios, como así tampoco de los incisos del art. 456 invocados para la procedencia del recurso. Por el contrario, se deben contemplar y analizar los motivos de manera complementaria, con independencia de su clasificación.

[VI. Arbitrariedad y sana crítica]

28. Que en función de lo enunciado y, debido a la inteligencia que corresponde asignar al art. 456 del Cód. Proc. Penal por imperio de su propia letra y de la Constitución Nacional (arts. 8º.2.h, Convención Americana y 14.5 del pacto internacional en función del art. 75, inc. 22, Const. Nacional), resulta claro que no pueden aplicarse al recurso de casación los criterios que esta Corte establece en materia de arbitrariedad, pues más allá de la relatividad de la clasificación de los recursos en ordinarios y extraordinarios —que en definitiva no tiene mayor relevancia—, es claro que, satisfecho el requisito de la revisión por un tribunal de instancia superior mediante el recurso de casación entendido en sentido amplio, esta Corte se reserva sólo la

función de corregir los casos en que resulte una arbitrariedad intolerable al principio republicano de gobierno. En general, podría sintetizarse la diferencia afirmando que, en materia de prueba, la casación debe entender en todos los casos valorando tanto si se ha aplicado la sana crítica, como si sus principios se aplicaron correctamente, en tanto que incumbe a esta Corte entender sólo en los casos excepcionales en que directamente no se haya aplicado la sana crítica. No es la Convención Americana la que exige el recurso del que conoce esta Corte, sino la propia Constitución Nacional. Desde la perspectiva internacional, el conocimiento de la arbitrariedad por parte de esta Corte es una garantía supletoria que refuerza la garantía de revisión, más allá de la exigencia del propio texto de la convención.

[VII. Sana crítica]

29. Que para aclarar en líneas generales el contenido de la materia de casación propio de los tribunales nacionales y provinciales competentes, en la extensión exigida por la Constitución Nacional (garantía de revisión), y diferenciarlo adecuadamente de la materia de arbitrariedad reservada a esta Corte, como complementaria de la anterior exigencia pero no requerida expresamente por el Derecho internacional incorporado a la Constitución, es menester reflexionar sobre la regla de la sana crítica.

La doctrina en general rechaza en la actualidad la pretensión de que pueda ser válida ante el Derecho internacional de los derechos humanos una sentencia que se funde en la llamada libre o íntima convicción, en la medida en que por tal se entienda un juicio subjetivo de valor que no se fundamente racionalmente y respecto del cual no se pueda seguir (y consiguiente-

mente criticar) el curso de razonamiento que lleva a la conclusión de que un hecho se ha producido o no o se ha desarrollado de una u otra manera. Por consiguiente, se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado.

[VIII. Método histórico]

30. Que aunque a esta tarea no se la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la *Introducción al estudio de la historia*, del profesor austriaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publicada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes.

La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado.

Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etcétera, y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etcétera. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede, en ocasiones, ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio Código Procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado

por la precisión de las reglas impuesta normativamente.

[IX. Sentencia infundada y sana crítica]

31. Que conforme a lo señalado, la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que, en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, ésta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder.

No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna —sobre todo— haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores. La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad de que entiende esta Corte. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte.

II — FACULTAD DE LOS JUECES
PARA REVISAR TRADUCCIONES DE OFICIO
SEGÚN LA SANA CRÍTICA

CSJN, «BAEZ», 3/4/03, CSJN-FALLOS, 326:991

a) Hechos

En este dictamen del procurador fiscal, al que remitió la Corte, se evaluó una solicitud de extradición emitida por un juez de los Estados Unidos de América con relación a la falta de comparecencia a una citación del magistrado estadounidense que previamente había dispuesto su excarcelación.

En lo que aquí interesa, la defensa impugnó la traducción de la solicitud en su aspecto material (también lo hizo, por cierto, respecto de las formalidades que debe revestir). El procurador general contestó al agravio interpretando directamente el texto en inglés. Justificó la revisión de la traducción en las reglas de la sana crítica. La Corte, al remitir a este dictamen, reconoció la facultad de prescindir parcialmente de la pericia del experto cuando su tarea ha sido «realizada defectuosamente».

b) Sentencia

VI. Queda dicho lo anterior respecto de las objeciones al aspecto formal de la traducción del pedido, pero también la defensa —ahora en lo que hace al contenido de dicha pieza— afirma que ésta ha sido parcial. Pero a poco de cotejar el original en inglés con la traducción al castellano, se advierte que no es así; por el contrario, la traducción es total. Sin embargo, también se advierte que lo que puede haber llamado a error a la defensa —y de allí su queja— es que en el requeri-

miento internacional en el idioma original, la transcripción de las normas se ha hecho en forma parcial, concretándola a los puntos normativos que resultan aplicables (confr. fs. 66/67).

Dentro de este contexto de presuntas falencias en el pedido queda comprendido también, vinculado a su traducción, el agravio de la defensa relativo a la omisión de remitir las normas correspondientes a la escala penal en que se incluye la conducta del requerido, en el entendimiento que las remitidas solamente son de aplicación a los nacidos en el país norteamericano. Ello sobre la base de considerar que en la traducción sólo se deja constancia de la escala penal correspondiente al «natural». -

Pero este criterio, creo discernir, responde, más bien, a una interpretación excesivamente exacta de lo traducido, que lleva a equiparar «natural» con nativo estadounidense.

[I. Facultad de los jueces
para revisar traducciones de oficio
según la sana crítica]

Aceptando que la traducción pudo haber provocado dicha incertidumbre, creo estar en condiciones de brindar a V. E. una explicación al respecto. Y ello lo considero posible, toda vez que los jueces están habilitados para revisar de oficio las traducciones (*Fallos*, 315:575) e inclusive, con arreglo a las reglas de la sana crítica, pueden apartarse de la realizada defectuosamente (*Fallos*, 314:1132), por lo que considero válida esta aclaración que no alcanza siquiera a ser otra versión para la interpretación del texto traducido, hipótesis máxima que el Tribunal ha admitido en *Fallos*, 272:283 al entonces procurador general de la Nación, doctor Marquardt.

La norma inserta en el pedido original, en lo pertinente, dice textualmente: «*if the defendant is an individual*», que el traductor bien volcó en idioma castellano, «*si el acusado es una persona natural*».

Ahora bien, los términos, «*an individual*», pueden también ser interpretados válidamente como «un individuo» e inclusive «una persona», a secas. La traducción «*persona natural*», equivale entonces, a *persona física o persona de existencia real*, respondiendo a una acepción rigurosamente técnico-jurídica, por oposición a persona jurídica, y lejana de cualquier referencia a la nacionalidad del individuo.

Acepción que se corrobora si se atiende a que la expresión cuestionada está condicionada al monto de la pena accesoria (... una multa que no será más de ... \$ 2.000.000 si *el acusado es una persona natural*) y no de la pena de prisión misma, donde la aclaración de persona natural se tornarí­a ociosa, puesto que tal pena no es de aplicación a las personas jurídicas.

III — FACULTAD DE REVISIÓN DE SENTENCIAS
QUE SE APARTAN
DE LA SANA CRÍTICA RACIONAL

CSJN, «Matte», 18/7/02, CSJN-FALLOS, 325:1845

a) Hechos

A continuación se transcribe la parte pertinente del dictamen del procurador fiscal, al que remitió la Corte, con la doctrina anterior al fallo «Casal». Ya entonces se admitía el control de las sentencias con relación a los límites impuestos por la sana crítica. También se hace referencia a la fundamentación de una injerencia estatal (intervenciones telefónicas) mediante la referencia a las «constancias de la causa».

b) Sentencia

[I. Facultad de revisión
de sentencias que se apartan
de la sana crítica racional]

VII. También resulta arbitraria la decisión de la alzada en cuanto rechazó la impugnación de la nulidad de las restantes intervenciones telefónicas por considerar que era una cuestión ajena a la temática del recurso intentado, ya que, si bien la naturaleza restrictiva del recurso de casación impide modificar las conclusiones de hecho efectuadas por el tribunal de juicio al valorar las pruebas, ello no impide determinar si la motivación de la decisión en el plano fáctico y en la interpretación de las normas legales, ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional (*Fallos*, 321:1385 y 3663, entre otros).

[En uno de los votos de la sentencia del tribunal de primera instancia, se] destaca que el magistrado ordenaba estas medidas a raíz de una petición expresa ya sea del fiscal o del personal policial interviniente y haciendo referencia a la solicitud. Es decir, en ambos casos se remitía a las consideraciones expuestas por el ocasional peticionante.

No basta con argüir que las providencias en cuestión eran «meramente formales» si las circunstancias que rodeaban este pedido justificaban su aceptación por parte del magistrado, ya que atentaría contra la sana crítica racional y las reglas de la lógica anular un procedimiento cuando su respaldo está dado, o puede encontrarse en las constancias de la causa anteriores al cuestionado decreto (*Fallos*, 322:3225). Cuestionar la restricción de las «formas» en la práctica tribunalicia es desconocer la realidad del pesado trabajo judicial en sede penal.

IV — VALORACIÓN DE TESTIFICALES DE OÍDAS,
DE LA OPINIÓN DE UN ESPECIALISTA
O DEL PERITAJE PSICOLÓGICO

CSJN, «M., H. H. c/ H., M. C.», 29/6/04,
CSJN-FALLOS, 327:2660

a) Hechos

En este voto en disidencia del ministro Belluscio en una sentencia de la Corte Suprema se analizó la valoración llevada a cabo por los jueces de la instancia anterior respecto de distintos elementos de prueba, todo ello a la luz de la regla de la sana crítica.

Si bien se trata de una causa civil (aunque en conexión con una penal), el fallo es ilustrativo como ejemplo de valoración de la prueba. En particular, se analiza el valor que se otorgó a un peritaje psicológico.

b) Sentencia

[S]i bien es cierto que, en principio, las reglas de la sana crítica aconsejan efectuar una valoración armónica y conjunta de las pruebas y que los magistrados no están obligados a analizar todos y cada uno de los elementos de juicio agregados al proceso, tales criterios requieren que la elocuencia de los elementos estudiados torne inoficioso continuar haciéndolo con los restantes, criterio que no resulta de aplicación cuando los elegidos no permiten formar convicción acerca de la racionalidad de la valoración efectuada (*Fallos*, 322:1522).

[I. Valoración de testificales de oídas]

7. Que el tribunal no pudo soslayar que las declaraciones testificales de las que ha hecho especial mérito

para tener por demostrada la causal de injurias provenían de personas que no habían conocido al actor, atestiguaban sobre la base de lo que les habría dicho la esposa varios años después de haberse interrumpido la convivencia o mantenían una relación de amistad con la actora (fs. 166/167; 167 vta. 169), circunstancias que debilitan su eficacia probatoria y debió llevar al tribunal a ser cauteloso al formar convicción, máxime cuando era la prueba principal en la que sustentó su decisión.

8. Que en efecto, los testigos en los que encuentra respaldo el fallo y llevaron a la Cámara a desmerecer la eficacia probatoria de quienes habían destacado que la relación matrimonial era normal, han declarado sobre hechos que no han percibido con sus sentidos o que se refieren a una época posterior a la separación de las partes. La testigo Moyano conoció a la demandada en el grupo de autoayuda para mujeres maltratadas al que recurrió en el año 1995 y sus dichos sólo expresan las conversaciones que habría tenido con la madre de la actora u otras integrantes del referido grupo, así como lo que la esposa habría contado en dichas reuniones. El testimonio de Pérez da cuenta de situaciones ocurridas después de la separación y el relato acerca del estado de angustia que vivía la esposa era reiteración de lo que ella misma le habría comentado (fs. 166/167; 167 vta. 169 del expediente principal).

[II. Valoración de la opinión de un especialista]

9. Que —por otra parte— el certificado odontológico acompañado por la cónyuge, aun cuando pueda ser considerado como un indicio, no otorga certeza alguna de que las lesiones a que alude obedecieran a golpes de un puño, que hubieran provenido del cónyuge ni que hubieran sido causadas durante la convivencia matri-

monial, más allá de que dicho informe no tiene el alcance de un dictamen pericial y sólo se presenta como la opinión de una especialista (fs. 200 de las actuaciones principales).

[III. Valoración del peritaje psicológico]

10. Que frente a las consideraciones precedentes, la relevancia que el *a quo* le ha dado a las expresiones de la perito psicóloga efectuadas al tratar la personalidad del actor, que se refieren a la figura del «domador» «como parte del ejercicio de un rol de poder posiblemente compensatorio del sentimiento de impotencia recurriendo a la agresividad como defensa» (fs. 225/237 del expediente 52.914/96), quedan como elementos de juicio aislados y sin fuerza probatoria suficiente para justificar la decisión.

11. Que a igual conclusión cabe arribar con relación a la interpretación que el tribunal ha efectuado de los dichos del actor en sede penal (fs. 7 de la causa penal). En tales condiciones y sin perjuicio de lo que en definitiva se decida sobre el fondo, la sentencia adolece de defectos de fundamentación y corresponde descalificarla a fin de que pueda darse una solución que contemple en forma íntegra la totalidad de la prueba y las particulares circunstancias del caso.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

II — Apéndice legislativo*

* Elaborado por MARCELA DE LANGHE

En esta sección transcribimos el Capítulo III (“Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral”) del Título III (“De la celebración del juicio oral”) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Diversas normas de este capítulo son mencionadas a lo largo de este volumen, lo que justifica su inclusión en este anexo a modo de material de consulta.

Asimismo, hemos incluido artículos referidos a las reglas de apreciación de la prueba de los códigos procesales de la Nación, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la provincia de Buenos Aires.

A — Legislación española

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA

TÍTULO III

DE LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL

CAPÍTULO III

DEL MODO DE PRACTICAR LAS PRUEBAS DURANTE EL JUICIO ORAL

Sección I

De la confesión de los procesados
y personas civilmente responsables

Art. 688.— En el día señalado para dar principio a las sesiones, se colocarán en el local del Tribunal las piezas de convicción

que se hubieren recogido, y el Presidente, en el momento oportuno, declarará abierta la sesión.

Si la causa que haya de verse fuese por delito para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional, preguntará el Presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daños y perjuicios.

Art. 689.— Si en la causa hubiere, además de la calificación fiscal, otra del querellante particular o diversas calificaciones de querellantes de esta clase, se preguntará al procesado si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave, y civilmente responsable, por la cantidad mayor que se hubiese fijado.

Art. 690.— Si fueren más de uno los delitos imputados al procesado en el escrito de calificación, se le harán las mismas preguntas respecto de cada cual.

Art. 691.— Si los procesados fueren varios, se preguntará a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido.

Art. 692.— Imputándose en la calificación responsabilidad civil a cualquiera otra persona, comparecerá también ante el Tribunal y declarará si se conforma con las conclusiones de la calificación que le interesen.

Art. 693.— El Presidente hará las preguntas mencionadas en los artículos anteriores con toda claridad y precisión, exigiendo contestación categórica.

Art. 694.— Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el art. 655.

Art. 695.— Si confesare su responsabilidad criminal, pero no la civil, o aún aceptando ésta, no se conformare con la cantidad fijada en la calificación, el Tribunal mandará que continúe el juicio.

Pero en este último caso, la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil que el procesado no hubiese admitido de conformidad con las conclusiones de la calificación.

Terminado el acto, el Tribunal dictará sentencia.

Art. 696.— Si el procesado no se confesare culpable del delito que le fuere atribuido en la calificación, o su defensor considerase necesaria la continuación del juicio, se procederá a la celebración de éste.

Art. 697.— Cuando fueren varios los procesados en una misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el art. 694 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación, y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, a no ser que sus defensores consideren necesaria la continuación del juicio.

Si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el disentimiento fuere tan sólo respecto de la responsabilidad civil, continuará el juicio en la forma y para los efectos determinados en el art. 695.

Art. 698.— Se continuará también el juicio cuando el procesado o procesados no quieran responder a las preguntas que les hiciere el Presidente.

Art. 699.— De igual modo se procederá si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido, no pueda menos de existir aquél, aunque hayan prestado su conformidad el procesado o procesados y sus defensores.

Art. 700.— Cuando el procesado o procesados hayan confesado su responsabilidad de acuerdo con las conclusiones de la calificación, y sus defensores no consideren necesaria la continuación del juicio, pero la persona a quien sólo se hubiese atribuido responsabilidad civil no haya comparecido ante el Tribu-

nal, o en su declaración no se conformase con las conclusiones de escrito de calificación a ella referentes, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el art. 695.

Si habiendo comparecido se negase a contestar a las preguntas del Presidente, le apercibirá éste con declararle confeso.

Si persistiere en su negativa, se le declarará confeso, y la causa se fallará de conformidad con lo dispuesto en el art. 694.

Lo mismo se hará cuando el procesado, después de haber confesado su responsabilidad criminal, se negare a contestar sobre la civil.

Sección II

Del examen de los testigos

Art. 701.— Cuando el juicio deba continuar, ya por falta de conformidad de los acusados con la acusación, ya por tratarse de delito para cuyo castigo se haya pedido pena aflictiva, se procederá del modo siguiente:

El Secretario dará cuenta del hecho que haya motivado la formación del sumario y del día en que éste se comenzó a instruir, expresando además si el procesado está en prisión o en libertad provisional, con o sin fianza.

Leerá los escritos de calificación y las listas de Peritos y testigos que se hubiesen presentado oportunamente, haciendo relación de las demás pruebas propuestas y admitidas.

Acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta de los demás actores, y, por último, con la de los procesados.

Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.

El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte, y aún de oficio, cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

Art. 702.— Todos los que, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 410 a 412 inclusive, están obligados a declarar, lo harán

concurriendo ante el Tribunal, sin otra excepción que la de las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 412, las cuales podrán hacerlo por escrito.

Art. 703.— Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, si las personas mencionadas en el apartado 2 del art. 412 hubieren tenido conocimiento por razón de su cargo de los hechos de que se trate, podrán consignarlo por medio de informe escrito, de que se dará lectura inmediatamente antes de proceder al examen de los demás testigos.

No obstante lo anterior, tratándose de los supuestos previstos en los apartados 3 y 5 del art. 412, la citación como testigos de las personas a que los mismos se refieren se hará de manera que no perturbe el adecuado ejercicio de su cargo.

Art. 704.— Los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado, ni con otra persona.

Art. 705.— El Presidente mandará que entren a declarar uno a uno, por el orden mencionado en el art. 701.

Art. 706.— Hallándose presente el testigo mayor de catorce años ante el Tribunal, el Presidente le recibirá juramento en la forma establecida en el art. 434.

Art. 707.— Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los arts. 416, 417 y 418, en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculgado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.

Art. 708.— El Presidente preguntará al testigo acerca de las circunstancias expresadas en el primer párrafo del art. 436, después de lo cual la parte que le haya presentado podrá hacerle las preguntas que tenga por conveniente. Las demás partes podrán

dirigirle también las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes en vista de sus contestaciones.

El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren.

Art. 709.— El Presidente no permitirá que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

Contra la resolución que sobre este extremo adopte podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se hiciere en el acto la correspondiente protesta.

En este caso, el Secretario consignará a la letra en el acta la pregunta o repregunta a que el Presidente haya prohibido contestar.

Art. 710.— Los testigos expresarán la razón de su dicho y, si fueren de referencia, precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado.

Art. 711.— Los testigos sordomudos o que no conozcan el idioma español serán examinados del modo prescrito en los arts. 440, párr. 1 del 441 y 442.

Art. 712.— Podrán las partes pedir que el testigo reconozca los instrumentos o efectos del delito o cualquiera otra pieza de convicción.

Art. 713.— En los careos del testigo con los procesados o de los testigos entre sí no permitirá el Presidente que medien insultos ni amenazas, limitándose la diligencia a dirigir a los careados los cargos y hacerse las observaciones que creyeren convenientes para ponerse de acuerdo y llegar a descubrir la verdad.

No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el juez o Tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

Art. 714.— Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes.

Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

Art. 715.— Siempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio.

Fuera del caso previsto en el párrafo anterior, en los demás podrá exigirse a los testigos la responsabilidad en que incurran, con arreglo a las disposiciones del Código Penal.

Art. 716.— El testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto.

Si a pesar de esto persiste en su negativa, se procederá contra él como autor del delito de desobediencia grave a la autoridad.

Art. 717.— Las declaraciones de las autoridades y funcionarios de Policía Judicial tendrán el valor de declaraciones testimoniales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional.

Art. 718.— Cuando el testigo no hubiere comparecido por imposibilidad y el Tribunal considere de importancia su declaración para el éxito del juicio, el Presidente designará a uno de los individuos del mismo para que, constituyéndose en la residencia del testigo, si la tuviere en el lugar del juicio, puedan las partes hacerle las preguntas que consideren oportunas.

El Secretario extenderá diligencia, haciendo constar las preguntas y repreguntas que se hayan hecho al testigo, las contestaciones de éste y los incidentes que hubieren ocurrido en el acto.

Art. 719.— Si el testigo imposibilitado de concurrir a la sesión no residiere en el punto en que la misma se celebre, se librará exhorto o mandamiento para que sea examinado ante el juez correspondiente, con sujeción a las prescripciones contenidas en esta sección.

Cuando la parte o las partes prefieran que en el exhorto o mandamiento se consignen por escrito las preguntas o repre-

guntas, el Presidente accederá a ello si no fueren capciosas, sugestivas o impertinentes.

Art. 720.— Lo dispuesto en los artículos anteriores tendrá también aplicación al caso en que el Tribunal ordene que el testigo declare o practique cualquier reconocimiento en un lugar determinado fuera de aquel en que se celebre la audiencia.

Art. 721.— Cuando se desestime cualquiera pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente en los casos de los tres artículos anteriores, podrá prepararse el recurso de casación del modo prescrito en el art. 709.

Art. 722.— Los testigos que comparezcan a declarar ante el Tribunal tendrán derecho a una indemnización, si la reclamaren.

El Tribunal la fijará, teniendo en cuenta únicamente los gastos del viaje y el importe de los jornales perdidos por el testigo con motivo de su comparecencia para declarar.

Sección III

Del informe pericial

Art. 723.— Los peritos podrán ser recusados por las causas y en la forma prescrita en los arts. 468, 469 y 470.

La sustanciación de los incidentes de recusación tendrá lugar precisamente en el tiempo que media desde la admisión de las pruebas propuestas por las partes hasta la apertura de las sesiones.

Art. 724.— Los peritos que no hayan sido recusados serán examinados juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan.

Art. 725.— Si para contestarlas considerasen necesaria la práctica de cualquier reconocimiento harán este acto continuo, en el local de la misma Audiencia si fuere posible.

En otro caso se suspenderá la sesión por el tiempo necesario, a no ser que puedan continuar practicándose otras diligencias de prueba entre tanto que los peritos verifican el reconocimiento.

Sección IV

De la prueba documental y de la inspección ocular

Art. 726.— El Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad.

Art. 727.— Para la prueba de inspección ocular que no se haya practicado antes de la apertura de las sesiones, si el lugar que deba ser inspeccionado se hallase en la capital, se constituirá en él el Tribunal con las partes, y el Secretario extenderá diligencia expresiva del lugar o cosa inspeccionada, haciendo constar en ella las observaciones de las partes y demás incidentes que ocurran.

Si el lugar estuviere fuera de la capital, se constituirá en él con las partes el individuo del Tribunal que el Presidente designe practicándose las diligencias en la forma establecida en el párrafo anterior.

En todo lo demás se estará, en cuanto fuere necesario, a lo dispuesto en el Título V, Capítulo I del Libro II.

Sección V

Disposiciones comunes a las cuatro secciones anteriores

Art. 728.— No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Art. 729.— Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pue-

da influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

Art. 730.— Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

Art. 731.— El Tribunal adoptará las disposiciones convenientes para evitar que los procesados que se hallen en libertad provisional se ausenten o dejen de comparecer a las sesiones desde que éstas den principio hasta que se pronuncie la sentencia.

Art. 731 bis.— El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

B — Legislación argentina

I — CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN

LIBRO SEGUNDO INSTRUCCIÓN

TÍTULO III: MEDIOS DE PRUEBA

CAPÍTULO IV: TESTIGOS

Capacidad de atestiguar y apreciación

Art. 241.— Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

CAPÍTULO V: PERITOS

Dictamen de apreciación

Art. 263.— El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o hacerse constar en acta y comprenderá, en cuanto fuere posible:

- 1) *La descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados.*
- 2) *Una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados.*
- 3) *Las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.*
- 4) *Lugar y fecha en que se practicaron las operaciones. El juez valorará la pericia de acuerdo con las reglas de la sana crítica.*

LIBRO TERCERO

JUICIOS

TÍTULO I: JUICIO COMÚN

CAPÍTULO IV: SENTENCIA

Normas para la deliberación

Art. 398.— [...] Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas.

Cuando en la votación se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio.

II — CÓDIGO PROCESAL PENAL
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

LIBRO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO V: ACTOS PROCESALES

CAPÍTULO IV: ACTAS Y OTRAS FORMAS DE DOCUMENTACIÓN

Art. 50.— [REGLA GENERAL]. Cuando el/la funcionario/a público/a que interviene en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él/ella o cumplidos en su presencia, labrará un acta o lo documentará mediante grabaciones de imagen y/o sonido en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo.

A tal efecto, los/las funcionarios/las de policía o fuerzas de seguridad serán asistidos por dos (2) testigos. Cuando se trate de actos definitivos e irreproducibles, secuestro, inspección ocular o requisa personal, los testigos no podrán pertenecer al mismo organismo del cual forme parte el/la funcionario/a actuante. Si por las especiales circunstancias de tiempo y lugar debidamente justificadas no fuera posible obtener la presencia de testigos, el acto se practicará igual y será valorado conforme las reglas de la sana crítica.

La función de testigo del acto de documentación es carga pública.

LIBRO SEGUNDO
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

TÍTULO III: PRUEBA

CAPÍTULO IV: PRUEBA TESTIMONIAL

Art. 121.— [DEBER DE TESTIMONIAR. CAPACIDAD]. Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento para informar sobre lo que sabe o deponer como testigo y el deber de declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de la posterior valoración del testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

LIBRO TERCERO

JUICIOS

TÍTULO I: JUICIO COMÚN

CAPÍTULO V: SENTENCIA

Art. 247.—[PROHIBICIÓN DE REAPERTURA DEL DEBATE]. El debate no podrá reabrirse y si el/la juez/a estimase que las pruebas reunidas son insuficientes, deberá interpretarlas conforme las reglas de la sana crítica y el principio de inocencia.

Art. 248.—[SENTENCIA]. La sentencia deberá contener:
La identificación del/la imputado/a.
La descripción del hecho imputado y su tipificación.
La prueba valorada conforme a las reglas de la sana crítica racional.
Las consideraciones de derecho que correspondan.
La absolución o condena.
La individualización de la pena y las circunstancias valoradas para ello.
La reparación civil pertinente o el rechazo de la demanda.
La imposición o exención de costas.

III — CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO VIII: MEDIOS DE PRUEBA

CAPÍTULO I: REGLAS GENERALES

Art. 210.—[VALORACIÓN]. Para la valoración de la prueba sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de

los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción.

Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos. [Texto según ley 12.059].