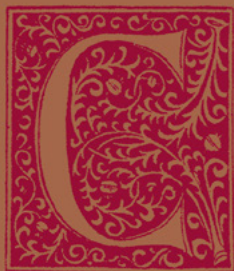


Perfecto
Andrés Ibáñez
Daniel
González Lagier

La prueba de los hechos



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

PRESIDENTE:

Ernesto Garzón Valdés

SECRETARIO:

Antonio Pau

PATRONOS:

M.^a Emilia Adán

María José Añón

Benito Arruñada

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Victoria Ortega

Francisco Caamaño

Alfonso Candau

Françesc de Carreras

M.^a Emilia Casas

Pedro Cruz

Miguel Ángel Fdez. Ordóñez

Basilio J. Aguirre Fernández

Jesús González Pérez †

Vicente Guilarte

Liborio Hierro

Juan F. López Aguilar

Joaquín Martín Cubas

Fernando P. Méndez

Antonio Manuel Morales

Santiago Muñoz Machado

Fernando Pantaleón

Celestino Pardo

Juan José Pretel

M.^a Elvira Roca Barea

Margarita Soler

Carmen Tomás –Valiente

Fernando Vallespín

GERENTE:

M.^a Isabel de la Iglesia Monje

La prueba de los hechos

Perfecto
Andrés Ibáñez
Daniel
González Lagier

La prueba de los hechos



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2022 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Perfecto Andrés Ibáñez, Daniel González Lagier

I.S.B.N.: 978-84-09-47687-9

Depósito legal: M-1660-2023

Diseño e impresión: Artia Comunicación Gráfica

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	9
<i>Marina GASCÓN ABELLÁN</i>	

JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE LA <i>QUAESTIO FACTI</i> : UN CAMPO SEMBRADO DE FALACIAS	15
<i>Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ</i>	

1. Breve apunte histórico..... 15
2. Convicción íntima en régimen de
inmediación, el eje de un antimodelo... 23
3. En materia de presunción de inocencia 40
4. Las accidentadas vicisitudes
jurisprudenciales del hecho
psicológico..... 50
5. Una contaminación civilista de la
presunción de inocencia 53
6. Inquietante *revival* del medieval
in atrocissimis..... 56
7. Acerca del silencio del imputado:
una regresión inquisitiva..... 63
8. Sobre prueba e indicio..... 69

9. Preocupante revalorización jurisprudencial del atestado	73
10. A propósito de la motivación de la valoración probatoria.....	82

NOTAS SOBRE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, RACIONALIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	89
<i>Daniel GONZÁLEZ LAGIER</i>	

1. Prueba y argumentación	89
2. Explicar y justificar.....	94
3. Estructura y tipos de inferencias probatorias	96
4. Los criterios de valoración de la prueba como criterios de corrección de la inferencia probatoria.....	109

PRÓLOGO

Marina GASCÓN ABELLÁN

Hace escasamente tres décadas los análisis sobre la prueba y el razonamiento probatorio apenas merecían atención entre nosotros. Naturalmente eso no significa que no existiera literatura jurídica sobre la prueba. Siempre ha existido, y muy abundante. Significa solo que los estudios doctrinales de los procesalistas, que eran quienes clásicamente se han ocupado de estos problemas, rara vez iban más allá de la mera exégesis legal o del comentario jurisprudencial. Una falta de preocupación parecida se observaba en los tribunales, poco interesados en reabrir o reexaminar críticamente lecturas irracionales de numerosos conceptos e instituciones probatorias decantadas jurisprudencialmente. Incluso la teoría de la argumentación jurídica, que en la segunda mitad del pasado siglo experimentó un desarrollo espectacular, centraba toda su atención en los problemas de racionalidad que plantean las decisiones interpretativas y mostraba escasa preocupación por los problemas relativos a la prueba. Como si la prueba no presentase especiales problemas, o —lo que resultaría más inquietante—

como si, presentándolos, fuese un espacio de decisión inevitablemente abocado a la subjetividad extrema cuando no a la pura y simple arbitrariedad. Este descuido resulta en cierto modo sorprendente, pues la mayor parte de los problemas que se presentan diariamente en la práctica de los tribunales son problemas de prueba. Pero sobre todo es injustificable, porque un análisis mínimamente honesto y reflexivo pone de relieve que el juicio sobre los hechos (y la valoración de la prueba, que es su núcleo esencial) se adopta inevitablemente en un espacio de incertidumbre; que plantea a menudo problemas iguales o mayores que la interpretación de las normas; y que es, en suma, una parte de la decisión donde el juez puede moverse con considerables anchuras.

Por fortuna en las últimas décadas las cosas han cambiado de manera significativa y esa injustificable omisión ya ha sido reparada. Se ha tomado conciencia del enorme ejercicio de poder que la decisión judicial probatoria representa y de la consiguiente necesidad de controlarlo. Se ha desarrollado una teoría racional de la prueba que concibe a esta como una actividad de conocimiento, pero un conocimiento que resulta epistémica, institucional y subjetivamente limitado, y que por consiguiente no proporciona certezas absolutas sino solo un cierto grado de probabilidad. Y, en definitiva, hemos aprendido que la “humildad

epistémica” —si cabe usar esta expresión— es una virtud judicial y, en consecuencia, hemos entendido la importancia de la motivación como instrumento de control de la decisión y garantía de su racionalidad. De hecho, al calor de estos análisis se han ensayado modelos probabilísticos de decisión y motivación que proporcionan criterios racionales para guiar esa argumentación.

Lo que quiero decir es que se ha avanzado ya mucho. Nuestra cultura jurídica ha dado un salto impresionante en la atención que presta a estos asuntos. Los estudios sobre la prueba y el razonamiento probatorio han alcanzado entre nosotros una inusitada importancia y hoy contamos en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural con desarrollados teóricos y doctrinales de primer nivel. Pero aún queda mucho por andar. Y no solo por los nuevos retos *teóricos y doctrinales* a los que debemos hacer frente sino también por el camino que todavía hay que recorrer en la *práctica* de los tribunales.

Respecto a lo primero (los nuevos desafíos teóricos), piénsese, por ejemplo, en el fenomenal avance que se está produciendo en la ciencia forense (cada vez más campos de experticia al servicio de la averiguación de la verdad en el proceso), en la creciente relevancia de sus disciplinas (decisivas en la resolución de controversias que de otro modo no se habrían

resuelto y consecuentemente cada vez más usadas en todos los procesos) y en la consiguiente necesidad de establecer criterios para controlar su fiabilidad y precisión y, en general, un nuevo marco epistémico que garantice la calidad de los datos forenses que entran en el proceso. O piénsese también en las posibilidades y retos que plantea el enorme desarrollo de la neurociencia o de la inteligencia artificial. Que pueda juzgar una máquina (o que pueda prestar un auxilio importante en la tarea de juzgar) ya es algo más que una vaga posibilidad, pero la incorporación de estas tecnologías a la jurisdicción exige una importante reflexión teórica y moral y quizás también, en algunos aspectos, un nuevo diseño institucional.

Respecto a lo segundo (la práctica de la jurisdicción), aunque se están produciendo avances que es justo reconocer, la imagen que arroja una fotografía general de los tribunales muestra que la jurisprudencia solo costosamente (y dependiendo de los países) va incorporando lecturas más racionales de las principales instituciones probatorias (libre valoración, inmediación, exigencias de la motivación, etc.). Precisamente por eso sigue siendo muy necesario concentrar todos los esfuerzos en lograr que las decisiones jurisdiccionales sobre prueba sean epistémicamente racionales.

Este libro es el producto de un debate sobre la prueba organizado por la *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*. Sus autores representan lo mejor de esa corriente de pensamiento que ha recuperado en nuestro ambiente cultural la atención a estos problemas, la reflexión rigurosa sobre ellos y, de este modo, la necesaria energía para impulsar el cambio en la praxis de los tribunales. Representan también “lo mejor de cada casa”: Daniel González Lagier, la casa de los académicos; pero los académicos que usan instrumental teórico para solucionar problemas prácticos relevantes. Perfecto Andrés Ibáñez, la casa de los jueces; pero los jueces que se preocupan por conocer los presupuestos y límites de su quehacer y que se esfuerzan incansablemente en su mejora. Son además buenos amigos míos y con ellos comparto el interés por este tipo de reflexiones, que —no se olvide— están movidas por un objetivo no meramente epistémico sino también político o moral de primer orden: minimizar el riesgo de errores judiciales y con ello el sufrimiento y la injusticia. Por eso, y por la innegable calidad de su trabajo, es un honor para mí invitar a la lectura de esta obra.

JURISPRUDENCIA PENAL SOBRE LA *QUAESTIO FACTI*: UN CAMPO SEMBRADO DE FALACIAS

Perfecto Andrés Ibáñez

INDICE: –1. Breve apunte histórico. –2. Convicción íntima en régimen de inmediación, el eje de un antimodelo. –3. En materia de presunción de inocencia. –4. Las accidentadas vicisitudes del hecho psicológico. –5. Una contaminación civilista de la presunción de inocencia. –6. Inquietante *revival* del medieval *in atrocissimis*. –7. Acerca del silencio del imputado: una regresión inquisitiva. –8. Sobre prueba e indicio. –9. Preocupante revalorización jurisprudencial del atestado. –10. A propósito de la motivación de la valoración probatoria.

1. Breve apunte histórico

Es una evidencia histórica que la discrecionalidad del juez en el tratamiento del material probatorio ha suscitado una también histórica y bien justificada inquietud. Lo acredita el recurso al régimen de las ordalías^[1], con el que

[1] Franco Cordero se refiere a ellas como «cualquier mecanismo decisorio fundado en el axioma de que el ritmo físico del mundo responde a las expectativas morales o a un dios que interven-

se optó, nada menos, por trasladar a Dios^[2] la responsabilidad del juicio, en la idea de que, como ser providente y, por ello, interesado en los asuntos de este mundo, sería sensible a las vicisitudes de bienes tan delicados y relevantes para sus criaturas como los ventilados en el proceso criminal. La opción, es obvio, no podía dar resultado, como no lo dio, y fue precisamente un papa, Inocencio III, quien, en el Concilio de Letrán (1215), prohibió tales prácticas.

ga en la secuencia causal desviándola cuando lo exija un caso justo» (*Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 768). Al respecto, puede verse Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Editions Marcel Riviere et Cie., París, 1963, pp. 59 ss.; y Michele Taruffo, *Simplymente la verdad*, trad. cast. de D. Accatino, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 13 ss.

[2] Sobre la implicación de Dios en la administración de justicia, tiene particular interés el cuento de Karel Capek («Il giudizio universale», en Íd., *Racconti da una tasca*, trad. it. de S. Chiti y N. Pucci, Aktis Editrice, Piombino, 1989, p. 153 ss.), relativo a la comparecencia en esa mitológica instancia de un famoso asesino, sorprendido al verse ante un tribunal integrado por tres viejos magistrados (naturalmente, también fallecidos) y no, como esperaba, ante el ser supremo, que actuó solo como testigo. Decepcionado, no pudo por menos de interrogarle al respecto después del acto, para recibir esta respuesta: «No puedo juzgar porque lo sé todo». Con su planteamiento, Capek denota cierta sensibilidad garantista, aunque se queda corto en la argumentación, porque, en la inhabilitación de Dios como posible juez, debería jugar también el doble dato de que el suyo sería conocimiento privado, obtenido, por tanto, fuera del proceso y de forma no contradictoria. De otro lado, en rigor, tampoco es que Dios pueda resultar paradigmático como testigo, al ser rigurosamente impensable, en este papel, alguien que pudiera saberlo *todo* de la acción imputada y, en particular, de su autor. No obstante, el relato de Karel Capek es ciertamente interesante, como estímulo para reflexión sobre cuestiones procesales de tanto relieve teórico-práctico.

Como es sabido, en el marco del derecho intermedio, seguiría el régimen de prueba legal^[3]. Movido asimismo por la preocupación por el uso de la discrecionalidad judicial, fue a concretarse en el rígido establecimiento de los tipos de prueba admisibles y del valor atribuible a sus aportaciones. Así, se privilegió a aquellos medios directamente representativos del hecho delictivo. En concreto, sobre todo, la concordancia de dos testimonios y, muy en particular, la confesión del inculpado. Este sistema, tan formalmente riguroso, albergaba, no obstante, en su interior una grave contradicción consistente en la consagración del uso generoso de la tortura como instrumento procesal, a partir de la apreciación de la concurrencia de indicios de delito. Estos que, en rigor, no servirían para condenar, sí, en cambio, justificaban el uso de aquella, en cuya administración el juez inquisitivo gozó siempre de una notable libertad de criterio. Y es que el recurso al tormento se hallaba, en realidad, profundamente inscrito en la lógica del sistema^[4] para el que,

[3] En la materia resulta de referencia obligada, de Giorgia Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Jovene editore, Nápoles, 1979.

[4] En efecto, porque a legitimarlo, restando al mismo tiempo importancia a las horribles penalidades derivadas de la tortura con inhumana indiferencia, contribuía activamente la ética católica del sufrimiento —bien representada por el inquisidor— según la cual, en el peor de los casos, el infligido por este medio nunca resultaría inútil ni improductivo en la economía de la salvación

por las limitaciones probatorias, el reo estaba ya *condenado*, por principio, a ser la principal fuente de conocimiento. «El depositario de una verdad a expresar», en afortunada (por fielmente descriptiva) y tremenda expresión de Cordero^[5].

Por otra parte, el rigor en la apreciación probatoria del régimen de prueba legal acabaría por flexibilizarse de una manera importante, con la introducción de la pena extraordinaria en los casos de *semiplena probatio*^[6]. Y, también, porque los altos tribunales, *de facto*, terminaron haciendo uso de la propia convicción a la hora de decidir, mucho antes de la consagración de esta como criterio legal^[7].

del alma, ya que sería computable en la *cuenta* de la «pena temporal» del afectado. Por otra parte, al fin y al cabo, el proceso, en la desalmada lógica inquisitorial, no dejaba de ser un simple episodio dentro de la general lucha contra *el mal*, lo que justificaría asumir cualquier riesgo de error.

[5] F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffré, Milán, 6ª edición, 1982, p. 19.

[6] Como explica Massimo Meccarelli (*Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffré, Milán, 1998, pp. 195-196), a través de la subrepticia reintroducción del arbitrio en el marco del sistema de la prueba legal, en presencia de indicios de cargo que no habilitarían formalmente para la imposición de una pena ordinaria, se acudió a la *poena extraordinaria*, más leve y así valorada como adecuada a la menor calidad del soporte probatorio.

[7] Cfr. G. Palazzolo, *Prova legale e pena*, cit., p. 30.

La crisis del régimen de prueba legal en la Europa del continente, en buena medida, bajo el impulso de las críticas de los *philosophes* y juristas de la Ilustración, llevó a fijar la vista en la experiencia del jurado inglés. En concreto, en su modo de decidir, desconocedor de la tortura, fundado en la convicción libre de sus integrantes, obtenida a través del diálogo sobre las aportaciones fruto de la dialéctica procesal, en el juego de las posiciones parciales, conforme a una concepción argumentativa de la prueba.

Este sistema estaba previsto para el jurado, destinado en principio a integrarse en un marco acusatorio, tanto en la instrucción como en el enjuiciamiento propiamente dicho, todo conforme a la legislación francesa de inspiración revolucionaria de los años 1789-1791. Pero acabó siendo gestionado por magistraturas profesionales, dentro del proceso acuñado por la legislación napoleónica, de corte netamente inquisitivo en sus prácticas, presididas por la instrucción no contradictoria y secreta, al servicio de la terrible *verdad material*, bien calificada por Iacoviello de «leviatán jurídico»^[8]. Y, en semejante contex-

[8] Francesco M. Iacoviello, *La motivación de la sentencia penal y su control en casación*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Palestra, Lima, 2022, p. 68. La «verdad material» ha conocido recientemente una insólita rehabilitación en la obra de Larry Laudan, que ha acuñado incluso la impactante categoría de sujetos «materialmente culpables», para referirse a los que *lo serían* en virtud de una conclusión, al parecer, dotada de *certeza* obtenida informal-

to, como ha escrito Luigi Ferrajoli, la fórmula de la «libre convicción», expresiva «solo de un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indicación de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, fue acríticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales», que ha servido para «eludir en el plano teórico y en el práctico el enorme problema de la justificación de la inducción [probatoria]»^[9]. Esta concepción ha estado *formalmente* vigente hasta la entrada en la escena de la disciplina del

mente, al margen de las reglas, mediante un impreciso, peligroso procedimiento de comprobación extraprocesal (cfr. *Verdad, error y proceso penal*, trad. cast. de C. Vázquez y E. Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 295); me he ocupado, críticamente, de este asunto en «Juzgar es cuestión de método. En un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales», *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 102 (2021), pp. 83 ss. El culto a la «verdad material» (supuestamente accesible al juez por intuición) tiene una impactante expresión en una sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 2014: «cabe que no sea la verdad real la que se declare en el proceso», cuando se prive al juzgador de la «posibilidad de decidir de acuerdo con su íntima convicción, pues, pudiendo tener la certeza de que el presupuesto fáctico presentado por la acusación se ajusta a la Realidad, existen esos límites o condicionantes que impiden que se llegue a declarar como tal» (la mayúscula de realidad es del ponente). Los denunciados como obstáculos que impedirían alcanzar la «verdad real» son algunas razonables limitaciones jurisprudenciales a la eficacia probatoria de declaraciones autoinculpatorias del imputado o inculpatorias del coimputado, en determinadas circunstancias que les privarían de fiabilidad.

[9] Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 10ª edición 2018, p. 139.

proceso penal introducida por las constituciones de última generación en los países que cuentan con una de estas. Aunque, con todo, dado su arraigo y especial funcionalidad a las *políticas de ley y orden*, dista de haber abandonado *materialmente* el campo. Como se verá, tal es el caso de España, donde cuenta con múltiples relevantes manifestaciones en la jurisprudencia y la cultura de los jueces.

Es del modo indicado como la *libre convicción* (libre en el sentido de no sujeta a reglas legales de valoración), fue a transustanciarse de hecho en *intime conviction*^[10]. Una suerte de estado de ánimo: el resultado alcanzado por el juzgador, a partir de las pruebas personales de cargo, a través de un proceso psicológico, que no intelectual-racional, que, por eso, él no estaría en condiciones de explicarse y, menos

[10] El principio de libre convicción así entendido ha sido para Massimo Nobili: «un calvario, una sucesión de chapuzas, equívocos, conceptos y categorías manipuladas, ambigüedades de lenguaje» («Storie d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni», *Rivista internazionale di diritto e procedura penale*, I-VI (2003), p. 92). Pero la de «íntima convicción», referida a la naturaleza de la que el juez se forma a través de la prueba, en materia de hechos, es una categoría que sigue estando presente en la jurisprudencia de la Sala Segunda (por ejemplo, en sentencias de nº 434/2017 y 598/2020), incluso en el *nomen*, como si fuera realmente compatible con la actual concepción constitucional del proceso y, antes aún, con el criterio racional.

aún, de explicar^[11]. Se trata de la «convicción autocrática»^[12], bien descalificada por Carrara, como producto inescrutable de un *juicio* «por impresión»^[13], en expresión de Nobili, «libre del razonamiento y de la lógica»^[14], que conduce directamente a la que muy bien puede resultar una sentencia caprichosa, en cuanto no susceptible de justificación racional. Una modalidad de convicción que —¡ay!— sigue teniendo presencia real entre nosotros. Cuando lo cierto es que la vigente disciplina constitucional del proceso —por no hablar del mínimo de racionalidad en el modo de proceder que reclama una actividad de carácter cognoscitivo como la jurisdiccional— impone, obviamente, que la decisión responda, sí, es obvio, a una convicción precedentemente formada; pero, como escribiera Michele Taruffo, fundada, no

[11] En las sentencias de hace no tantos años, no era infrecuente el uso de la expresión «en trance de decidir», donde «trance», según el diccionario expresa una suerte de contacto con «lo absoluto».

[12] Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. Ortega y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1976, vol. II, p. 233.

[13] F. Carrara, «El antiguo procedimiento penal de Luca», en *Opúsculos de derecho criminal*, trad. cast. de J. J. Ortega y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1976, vol. II, p. 36 (cursiva en el original).

[14] M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1974, p. 66.

en alguna «fuerza emocional»^[15], sino en «las propiedades lógicas de los elementos [probatorios de sustento]»^[16].

2. Convicción íntima en régimen de inmediatez, el eje de un antimodelo

El mismo Michele Taruffo se ha referido muy plásticamente a ese «*quid inefable* situado en algún lugar entre las profundidades interiores del alma del juez»^[17], que —en la aludida subcultura de la jurisdicción de mucho arraigo— emerge en su contacto con las fuentes de prueba. Juicio este del inolvidable procesalista de Pavía, con literal confirmación en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de los años 90 del pasado siglo, en la que regularmente se hablaba de la «libre valoración de la prueba con arreglo a conciencia», como «apreciación sin sujeción

^[15] De este carácter sería la *convicción* de la conocida fiscal antiterrorista francesa Irène Stoller: «Mi convicción estaba ya formada, pero no había nada en el expediente para sostenerla» (de su libro *Procureur a la 14ème section*, Michel Laffon, París, 2002, p. 10), citada por Braulio García Jaén y Matías Escudero Arce, en *El confidente y el terrorista*, Ariel, Barcelona, 2022, p. 19.

^[16] M. Taruffo, *Contributo allo studio delle massime d'esperienza*, p. 54. Se trata de la versión mecanográfica de la tesis de licenciatura del autor, presentada en el curso académico 1964-1965 en la Universidad de Pavía, que, en traducción de P. Andrés Ibáñez, con prólogo de Luca Passanante, será publicada por Marcial Pons.

^[17] M. Taruffo, *Simply the truth*, cit., p. 194.

a tasa, pauta o regla de ninguna clase [...] sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente»^[18]. O, incluso, de «un “estado anímico de certeza”, factor psicológico escondido en lo más profundo de la mente» del juzgador, alcanzado por este en virtud de «un *juicio de valor*^[19], tras el análisis ponderado de todas las diligencias y pruebas practicadas». Un modo de entender el asunto *teorizado* entre nosotros, en la que fuera, en su momento, obra de referencia en la materia, que identificaba la base de la sentencia en «un estado de conciencia [...] un juicio crítico interno», sin otra exteriorización exigible que las apodícticas afirmaciones de los hechos probados, pues «no hay por qué razonar[las] y sería procesalmente incorrecto hacerlo»^[20].

[18] Alarmante que, al igual que ocurría en el sistema del derecho común de los siglos más oscuros del proceso, a finales del siglo XX, se hiciera residir el núcleo de la garantía del justiciable en la conciencia del juez (cfr. Raffaele Ajello, *Arcana iuris. Diritto e politica nel settecento italiano*, Jovene, Nápoles, pp. 315 ss.).

[19] Cursiva añadida. Adviértase la grave confusión conceptual: «juicio de valor», de cuya conclusión no podría predicarse verdad o falsedad, cuando, en el juicio de hecho, de lo que se trata es de determinar, mediante la prueba, la verdad o falsedad de lo afirmado acerca de la existencia o inexistencia de algún hecho (en este caso, penalmente relevante).

[20] Jesús Sáez Jiménez y Epifanio López Fernández de Gamboa, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Santillana, Madrid, 1968, IV/II, p. 1287. Un criterio todavía fielmente expresado un cuarto de siglo más tarde en otra sentencia de la Sala Segunda: «Si en los hechos probados se describe de manera inequívoca la participación del acusado en los hechos y su actuación voluntaria

Semejante modo de entender la *valoración* de las pruebas se encuentra estrechamente relacionado con el dato de la especial relevancia de que gozaban las de carácter personal^[21] —más aún, en la época en que tuvo su arranque la concepción de que se trata— e, inevitablemente, gozan en el enjuiciamiento de muchos de los ilícitos tipificados como delito. Una clase de supuestos en los que la apreciación probatoria se basa en la consideración de lo transmitido por el declarante en dos claves, la verbal y la visual. Pero lo cierto es que la consagración de semejante modo de aproximación a tales fuentes de conocimiento procesal, no podía por menos de configurar una actitud general *de método* (mejor de ausencia de este) en los jueces, profundamente irracional y abierta incondicionalmente al arbitrio.

y causal del resultado lesivo que luego se declara, supone una motivación más que suficiente»

[21] Entonces, en particular, por la atribución (jurisprudencial, pero también doctrinal) a esta clase de pruebas de la virtualidad de poner al juez en relación *directa* con el hecho a probar, como si esto fuera realmente posible. Un modo de entender que, sorprendentemente, mantiene apreciable vigencia. A pesar de que, en rigor, hoy, la calificación de la prueba como directa o indirecta depende de que vierta o no sobre el hecho principal. Por eso, la testifical, tenida siempre y en todo caso por directa en la jurisprudencia dominante, lo será o no según el objeto sobre el que recaiga (cfr. al respecto M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. cast. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, pp. 454-456). En la materia, cfr. también Marina Gascón Abellán, *Cuestiones probatorias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 45 ss.

Acerca de la expresividad de la segunda de las claves aludidas, esto es, de la gestualidad, en relación con la primera, hay una clara vieja experiencia, para lo que aquí interesa, presente en obras como la de Pagano, para quien «en la viva voz habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, el modo de decir y tantas otras diversas pequeñas circunstancias, que modifican y desarrollan el sentido general de las palabras y suministran tantos indicios a favor o en contra de lo afirmado en estas»^[22]. Pero diría que esta conciencia de algo que no deja de ser real, convive con la *inconsciencia* acerca de las prácticamente insalvables dificultades y riesgos que conlleva la interpretación de lo percibido por esa vía. Una actitud advertible también en este autor —no obstante su condición de crítico implacable de las prácticas degradadas del proceso criminal de su tiempo— cuando concluye que es «del rostro [...] y de la manera de decir [de donde] debe el juez recoger la verdad de los hechos»^[23].

Se trata de un tópico que recorre inmutado la historia de los dos últimos siglos del proceso penal, en este y en los países de nuestro ámbito.

^[22] Francesco Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, Nápoles, 1799, p. 106

^[23] *Ibid.*, p. 107.

Y que reina, todavía, sólidamente implantado, en la cultura procesal y en la jurisprudencia, desde luego en la nuestra, donde, por ejemplo, regularmente se califica a la intermediación de *privilegio*^[24], que, supuestamente —se ha escrito hace muy poco, en papel de oficio— habilitaría al tribunal de instancia para *crear*^[25] a la declarante interpretando su «lenguaje gestual de convicción» (*sic*). El que —según un informe del fiscal, de estos años, en un recurso de casación— permite al juez «contemplar *in situ* las reacciones del interrogado, observarlo de frente intentando escrutar en su mirada la realidad de lo acontecido». Que es lo que —en una sentencia de la Sala Segunda de 2019— hace que la testifical, como prueba «directa»^[26], sea para el juez «clara y diáfana». Debido a que, dicho por el Tribunal Constitucional, «la intermediación permite [...] acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales y a los aspectos comunicativos no verbales». Se supone que siempre con certeza acerca de la positiva calidad del resultado de esa *lectura* por parte del juzgador, sobre la que no se expresa

[24] «Atalaya valorativa», en algún caso.

[25] Además, no es inusual en la jurisprudencia que la credibilidad de un declarante sea algo que el juzgador «otorga», cual gracia.

[26] «Directa» en el aludido viejo sentido del término, en el que, como se ha dicho, la testifical lo será *en todo caso*, dado el tipo de percepción de lo declarado que, supuestamente, permitiría al juez.

ninguna reserva. Aunque es cierto que, en una sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de hace algunos años, se reconocía que «ese aspecto intuitivo que permite la intermediación, no es de fácil explicación»^[27]. (¡Ni tanto!).

El que acaba de ilustrarse es un criterio regularmente presente asimismo en la bibliografía jurídica en la materia^[28]. Solo a título

[27] «Figúrese usted —escribió Emilia Pardo Bazán—, que le pidieran explicaciones [...] del porqué nos es simpática una persona y otra antipática» (*La sirena negra*, Bruguera, Barcelona, 1981, p. 36). En efecto, pues, en la atribución de un cierto valor a la gestualidad (miente o no miente el testigo en lo que dice) se trata de *sensaciones*, en una medida relevante, emocionalmente determinadas y por eso de imposible justificación razonada. Porque, como escribe Daniel González Lagier, «ofrecer una razón justificativa es dar “algo” que pueda ser discutido racionalmente, “algo” con una dimensión intersubjetiva» (*Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*, Palestra, Lima, 2020, p. 111).

[28] Que contrasta con el juicio crítico de los estudiosos: «La comunicación humana es extremadamente compleja —no tiene reglas fijas y simples— y en ausencia de tales reglas, sé que yo, como tantas otras personas, tendré una tendencia a ver solamente lo que quiero ver y prestar atención a lo que considero conveniente saber», escribe Flora Davis, en *La comunicación no verbal*, trad. cast. de L. Mourgliaer, Alianza Editorial, Madrid, 2006, p. 358. Paul Ekman, ha escrito al respecto: «Valorar indicios comportamentales es arriesgado [...] Hay que considerar siempre la posibilidad de que un signo de emoción no sea indicio de mentira sino de los sentimientos del inocente frente a sospechas injustas» (*I volti della menzogna. Gli indizi dell'inganno nei rapporti interpersonali*, trad. it. de G. Noferi, presentación de P. E. Ricci Bitti, Giunti Editore, Milán, 1995, pp. 141-142). Conviene tener en cuenta que ambos autores se expresan pensando en las dificultades y los riesgos que acechan al especialista: ¡qué dirían tratándose del que no lo es en

de ejemplo, vale la pena traer aquí el juicio de algunos monografistas. Así, Eisner entiende que el efecto práctico del principio se cifra en «provocar en el magistrado una *impresión* actual, viva, palpitante y profunda a la vez que *acertada*, respecto de los hechos discutidos»^[29]. Para Chinnici, la virtualidad de aquel radica en que permitiría al juzgador acceder «también a “lo no dicho” que emerge del examen de las fuentes de prueba orales, como la actitud, los movimientos, las pausas, los impulsos, la vacilación en las respuestas [para formar su] libre convicción»^[30]. Entre nosotros, Cabezudo Rodríguez explica que la inmediación «permite al tribunal acceder a algunos aspectos singulares de las pruebas personales irrepetibles, tales como signos, silencios, miradas, gestos o actitudes, que de modo atemperado pueden y, aún deben, influir» en la valoración judicial^[31].

absoluto y puede imponer penas a partir de apreciaciones de esa índole!

[29] Isidoro Eisner, *La inmediación en el proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 74 (cursiva añadida). En algún momento se refiere a «la elocuencia del cuerpo» como algo valorable por el juzgador a efectos de la decisión (p. 193).

[30] Daniela Chinnici, *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 2005, p. 35.

[31] Nicolás Cabezudo, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 94.

Semejante virtualidad atribuida al contacto directo del juez de instancia con las fuentes de prueba, como consecuencia natural de tal *privilegiada* posición, produce el efecto de dotar a su criterio de un marchamo de metafísica *infallibilidad*: la propia de un juez-oráculo, en cuyas decisiones habrá tanto o más de adivinación que de *conocimiento*. Que es lo que en buena lógica implica la calidad de *soberana* (*superiorem non recognoscem*), regularmente atribuida en las sentencias de apelación y casación, a su apreciación del material probatorio, realizada, se dice también en ocasiones, en régimen de *imperio*^[32]. Son infinidad las sentencias de esa clase y los informes del fiscal ante esos tribunales, en los que se hace uso de expresiones como «*imperio* exclusivo o *soberanía* del juzgador de instancia»^[33], «terreno de labor patrimonio

[32] Se trata de eufemismos para denotar/encubrir lo que realmente es un estado de cosas en el que, en el juicio de hecho, prevalece incontrolado el arbitrio del juzgador de instancia. De «libérrima y soberana facultad de apreciación de la prueba en conciencia» habla Luzón Cuesta, en *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 2000, p. 59; obra que era un verdadero condensado de jurisprudencia al uso en el momento y, en no despreciable medida, incluso ahora. Como bien dice M. Gascón Abellán, «la libre valoración, interpretada con el tamiz de la inmediatez, se carga de irracionalidad y subjetivismo» («Sobre la racionalidad de la prueba judicial», en L. Triolo (editora), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Turín, 2001, p. 111).

[33] Curiosa supervivencia actual del modo de decidir vigente en los tribunales franceses (*parlements*) del *ancien régime* que, según G. Maynard (un autor del siglo XVII), en el proceso in-

privativo» y «territorios en los que es soberano el tribunal de instancia», para fundar la prohibición de entrar por vía de recurso en el examen crítico de su valoración de las pruebas personales, por tanto, incuestionable e inmune a las previsiones del art. 14,5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 2 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo^[34].

En efecto, tal es lo sucedido entre nosotros durante más de siglo y medio (hasta 2015) en relación con las sentencias de las Audiencias Provinciales dictadas en el enjuiciamiento de delitos graves, para las que únicamente estaba previsto el recurso de casación, extraordinario, ultraformalizado y relativo tan solo a cuestiones de derecho. Y ello, incluso, después de la apertura de este en 2000 a las infracciones de precepto constitucional (art. 852 Ley de E. Criminal). Entre estas, o, sobre todo, las relativas al derecho a la presunción de inocencia

quisitivo, claro está, lo hacían, *como ahora*, «en souveraineté» (cit. por R. Ajello, en *Arcana iuris*, cit., p. 341, nota 107).

[34] Sin valorar el peligro que comporta la absolutización del juicio de instancia, cuando son múltiples los riesgos de error que concurren en la evaluación de elementos tan volátiles e inaprehensibles como los de que se trata, y tan sensibles los bienes jurídicos afectados. Es por lo que no puede dejar de verse en el planteamiento jurisprudencial que se cuestiona un gravísimo coeficiente de irresponsabilidad, por lo que tiene de objetivo estímulo de la irracionalidad del juzgador.

como regla de juicio. Una reforma legal que en rigor implicaba, no una mera modificación accidental, sino la verdadera reconsideración de la vieja *ratio legis*, en clave constitucional: todo un cambio de paradigma, neutralizado *de facto* por una muy consolidada jurisprudencia regresiva, con expresión en tantísimas sentencias, incluso prácticamente contemporáneas de la redacción de estas páginas.

En una de ellas se lee que «la ausencia en nuestro ordenamiento [en el momento de pronunciarse la Audiencia] de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia, *obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria*»^[35]. Pero se trata de una afirmación que podría decirse cínica de puro falsa. En efecto, pues a renglón seguido se precisa que ese examen únicamente puede referirse a «los aspectos no comprometidos con la inmediatez», lo que excluye toda posibilidad de control por los jueces de esa «función valorativa de la actividad probatoria». En otra, se razona en el sentido de que «la cierta generosidad o mayor flexibilidad que [la Sala Segunda viene] dispensando para la revisión a través de la presunción de inocencia de asuntos que no han venido precedidos de una apelación, ni

[35] Cursiva añadida.

llega, ni puede llegar al extremo de convertir en apelación un recurso de casación; ni a eclipsar la naturaleza extraordinaria de esta modalidad impugnatoria [...] Porque se traicionaría[n] los espacios funcionales y competenciales trazados por el legislador usurpando facultades (valoración probatoria) que la ley residencia en el tribunal de instancia y no en el de casación». En general, el alto tribunal —conociendo de sentencias todavía no recurribles en apelación— entiende que, en la prestación de la garantía impuesta por la presunción de inocencia en el tratamiento del material probatorio (vigente, claro está —aunque en estos casos solo formalmente— el derecho a la segunda instancia), su competencia debe limitarse a la práctica de un control «de la racionalidad de las inferencias, de la estructura racional del discurso valorativo» mediante el «análisis del juicio sobre la prueba y del juicio sobre la suficiencia de esta», realizados —es literal— «desde una perspectiva *objetiva* y externa»^[36], es decir sin entrar en apreciaciones de contenido. Como se hará ver, son pretextos formales que permitirán pasar como «sobre ascuas» por la cuestión de fondo, sin tocarla, con el resultado de verdaderas y propias gravísimas denegaciones de justicia.

[36] Cursiva añadida. De «perspectiva externa de control» se habla en sentencias del Tribunal Constitucional; y de «examen objetivo» en sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Otra de las consecuencias del planteamiento que se cuestiona, decididamente negativas, en la perspectiva del constitucional derecho a la tutela judicial, es la de sus peligrosos efectos para la imparcialidad, por cuanto —según puso de relieve Carnelutti— obliga/permite al juez tomar elementos, que pueden ser centrales para sus decisiones, de esa *zona* oscura, en la que reinan las «simpatías y antipatías», ese «misterioso modo de ser que son las predilecciones»^[37]. Que, como es bien sabido, operan con preferencia en un estrato subliminal de la subjetividad y por eso son tan incontrolables. Es lo que hace asimismo prácticamente imposible un ejercicio consciente del deber de justificar las decisiones, con manifestaciones jurisprudenciales —poco importa la instancia, pues lo cierto es que traducen un difundido estado de cultura— tan expresivas como esta: «la necesidad de motivación pierde buena parte de su razón de ser cuando la prueba de cargo

[37] Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano editore, Nápoles, 1958, p. 74 (hay trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Derecho y proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971). Significativamente, G. Foschini (*Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, Milán, 1965, I, p. 336) al tratar de la imparcialidad, identifica como uno de los factores que idealmente la constituyen, el que llama «*estraneità*», consistente en la «tendencia a la eliminación del yo de la *ratio decidendi*», de ese yo *íntimo*, impenetrable e incontrolable, que juega un papel tan relevante en el *modelo* de enjuiciamiento que aquí se cuestiona.

consiste en un elemento de convicción directo, como es el testimonio»^[38].

Son afirmaciones por demás coherentes si, como es obligado, se ponen en relación con una concepción de la prueba de viejas raíces, pero mantenida tal cual en sentencias de la Sala Segunda de ahora mismo. Así en la que explica que: «en la ponderación de las declaraciones personales [...] se deben distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial^[39] condicionado a la inmediación, y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos» exigiría «una elaboración racional o argumen-

[38] Por eso, como se lee en otras sentencias: «cuando la prueba es directa la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate». La verdad es que no podría ser de otro modo, porque como escribe González Lagier, para motivar su decisión, el juez tendría que «recurrir a razones no emocionales, porque aquello que solo puede percibirse con las emociones adecuadas es imperceptible para quien no las tiene, y las razones justificativas deben ser públicas y objetivas» (*Emociones*, cit., p. 123).

[39] En una sentencia de la Sala Segunda de 2022 puede leerse: «El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos». La referencia a la «percepción sensorial» es un tópico jurisprudencial de vieja data, aunque parezca mentira, consolidado y en pleno vigor. Que, en afortunada expresión crítica de Iacoviello, hace del juez «no un ser racional sino un receptor sensorial» (*La motivación*, cit., pp. 88-89).

tativa posterior». Solo «esta estructura racional puede ser revisada por vía de recurso, bien de casación, bien de apelación».

Obsérvese (¡en sentencias de 2020 y 2021!): hay pruebas que, practicadas a presencia del juzgador, resultan susceptibles de una evaluación *exclusivamente sensorial*^[40], o lo que es lo mismo: *a ojo* y por *olfato* (es decir, con el famoso «sexto sentido»). Apreciación irracional, por tanto, pues —según se explica en las propias resoluciones— su misma naturaleza y el modo de valorar, liberan a aquel del esfuerzo de argumentar y razonar, es decir, de poner a contribución sus facultades intelectuales, y, con ello, del deber de motivar, de imposible práctica cuando se trata de esa clase de estimaciones basadas en alguna suerte de palpitos. Eso, escrito hoy —y no en un texto literario, sino en resoluciones que regularmente llevan aparejadas penas— cuando resulta que ya Montaigne, en el siglo XVI, tenía la evidencia de que «es el entendimiento el que ve y oye»^[41]. Y Filippo Manduca, fiscal

[40] Esa práctica reducción de lo fáctico a lo sensorialmente perceptible es una clara manifestación del denotado como «realismo ingenuo» (cfr. A. F. Chalmers, *¿Qué es esa cosa que llamamos ciencia?*, trad. cast. de E. Pérez Sedeño y P. López Máñez, Siglo XXI, Madrid, 1982, pp. 12 ss.; y Daniel González Lagier, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra/temis, Lima/Bogotá, 2005, pp. 24-24).

[41] Michel de Montaigne, *Ensayos*, edición de M. D. Picazo y A. Montojo, Cátedra, Madrid, 1985, vol. I, cap. XXVI, p. 205.

napolitano por más señas de finales del siglo XIX, escribía: «El conocimiento de los hechos, que son la materia de los juicios penales, no se alcanza directamente mediante el uso de los sentidos, de modo que baste tenerlos enteros y perfectos para proceder con segura conciencia a su juicio»^[42].

La consideración del carácter de racionalmente inaprehensibles de los elementos extralingüísticos presentes en las manifestaciones de imputados y testigos, tiene una expresión de autoridad en la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (esta iniciada en 2002) en el sentido de que, tratándose de pruebas de carácter personal, para la reversión en condenatoria de la sentencia absolutoria, en el juicio de segunda instancia, se exige que aquellas se practiquen ante el órgano competente, en la vista del recurso, en régimen de inmediación actual^[43].

En efecto, pues esa necesidad de reiteración de la prueba solo puede fundarse en la idea

[42] Filippo Manduca, *Studi teorico-practici sulla procedura penale*, Ernesto Anfossi, Nápoles, 1888, p. 92.

[43] Sobre esta jurisprudencia, cfr. Alberto Jorge Barreiro, «Segunda instancia penal: recurso frente a sentencias absolutorias. (Límites de la revisión de la valoración de la prueba en apelación y en casación)», I-II, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 77 y 78 (2013), pp. 80 ss. y 91 ss., respectivamente.

de que, en las declaraciones de imputados y testigos, concurren elementos no lingüísticos, relevantes para el juicio y la decisión, pero tan evanescentes e inefables que su constatación escaparía a las posibilidades de documentación por cualquier medio, escrito o de imagen. El referente, es claro, serían los supuestamente perceptibles por la aludida vía sensorial (quizá mejor *extrasensorial*) y en virtud de un contacto personalísimo con la fuente. Como por obra de esa «voraz potencia superlógica», a la que se refiere Franco Cordero, en cuyo modo de operar sucedería que, al igual que «en el culto de los misterios, sobreviene un instante pánico en el que la razón queda en suspenso»^[44].

Se trata de un criterio más que sorprendente. Primero, por la importancia que en él se da a las *impresiones* (pues de impresiones se trata) obtenidas mediante la observación de la gestualidad, objeto de *conocimiento* por demás impreciso y abierto a cualquier clase de interpretaciones, al que implícitamente se dota de mayor relevancia que al propio contenido de las informaciones verbalizadas por esas fuentes, estas sí, plenamente identificables, interpersonalmente evaluables y susceptibles de contrastación con otros datos del cuadro

^[44] Franco Cordero, «Diatribes sul processo accusatorio», en *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milán, 1996, pp. 229-230.

probatorio. En segundo lugar, porque ambas instancias avalan, desde su altura, la peregrina figura de esa suerte de *tipo* (nada) *ideal* del juez-*polígrafo* o hábil *detector de mentiras*^[45], se ignora en virtud de qué clase de habilitación. Quizá la *irradiada* por esa «unción carismática» o sacramental, adquirida, según De Miguel Garcilópez, merced al rito iniciático del ingreso en la carrera judicial^[46]. En fin, porque resulta incomprensible que pueda atribuirse alguna autenticidad y un valor determinante a lo aportado en la vista del recurso, en sus nuevas declaraciones, por imputados y testigos^[47], *ultraprevenidos*, por bien conocedores, no solo de *todo* lo manifestado por *todos* los que depusieron en la instancia, sino, incluso

[45] Un juez y una juez así —bromea, perfectamente en serio, Janaina Matida, excelente jurista brasileña y buena amiga— capaces de leer la verdad de las palabras en las actitudes y en los gestos, nunca podrían ser engañados por sus cónyuges.

[46] Adolfo de Miguel Garcilópez, «Ley penal y Ministerio Público en el estado de derecho», *Anuario de Derecho Penal*, 1963, p. 266.

[47] Estos, por cierto, en el juicio de instancia, mantenidos, antes de declarar, en el régimen de aislamiento previo que, razonablemente, impone el art. 704 de la Ley de E. Criminal. Vitor De Paula Ramos (*La prueba testifical*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp.52-53) pone de manifiesto el limitadísimo alcance de esta precaución legal, habida cuenta de las innumerables fuentes contaminantes con las que puede relacionarse un testigo que, obviamente, en lo que aquí interesa, desplegarán todo su potencial en el periodo de tiempo comprendido entre la sentencia de instancia y el momento de la declaración en la vista del recurso.

de la valoración realizada por el tribunal en la sentencia impugnada.

3. En materia de presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia tiene la condición de principio nuclear, elemento central y estructural del proceso acusatorio y contradictorio, hasta el punto de que, como ha escrito con sobrada razón Illuminati, «de no partirse de la presunción de inocencia, no existiría ninguna necesidad lógica de proceso»^[48].

Como tal principio, ha de informar todas las prácticas de los actores institucionales de este. Y, en particular, y para lo que aquí interesa, en su condición de regla de juicio, tiene una muy consistente dimensión epistémica, que hace que la imputación (sea *sub specie* de denuncia o de acusación) deba ser tomada como hipótesis y manejada como tal. Esto implica que, tanto el investigador judicial como el juzgador, en su elaboración y tratamiento, habrán de asumir una actitud de rigurosa neutralidad. Es decir, ambos se encuentran obligados a ponerse reflexivamente en la posición de «perplejidad»

[48] Giulio Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 84.

que demandaba Muratori^[49]. Y esto, como bien ha precisado Iacoviello, no por ingenuidad, sino por una exigencia de método^[50].

El Tribunal Constitucional, introduciendo un drástico cambio de criterio en su jurisprudencia, optó por atribuir al principio *in dubio pro reo* una autonomía conceptual (que no tiene) en relación con el de presunción de inocencia^[51]. Este —es la tesis— se vería afectado, únicamente, en los casos de condena impuesta no obstante la existencia de un riguroso vacío probatorio^[52] y aquel en el resto de los su-

[49] Luis Antonio Muratori, *Defectos de la jurisprudencia*, trad. cast. de V. M. de la Tercilla, Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, p. 17.

[50] «La indagación cognoscitiva del juez parte de la duda, no de la ingenuidad [...] el juez que entra en el juicio oral no es un juez ingenuo, sino un juez dubitativo. Un juez que se encuentra en la mejor situación epistemológica posible» (F. M. Iacoviello, *La motivación*, cit., p. 74).

[51] Diría que por cuestiones de agenda y para poder gestionar el flujo incontenible de los recursos de amparo, pues, como explicaré, no veo razón alguna de carácter conceptual. Máxime cuando el propio Tribunal Constitucional en sentencias como las de n.º 171/2000, 137/2002, 267/2005 y 137/2007, concedió el amparo, por razón de vulneración de la presunción de inocencia, en el caso de condenas fundadas en inferencias irrazonables o excesivamente abiertas, de existencia de prueba (indiciaria) de cargo, por tanto, analizada en concreto. Para un examen detenido de estas vicisitudes, puede verse en Mercedes Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 168 ss.

[52] Introdujo así, como criterio de discernimiento, el de la existencia de una «mínima actividad probatoria» para excluir su propia competencia por falta de afectación al principio constitucional

puestos; es decir, siempre que para la condena hubiera existido alguna prueba susceptible de apreciación, pero insuficiente. La distinción produjo, como era lo pretendido, relevantes consecuencias en lo que se refiere a la carga de trabajo. En efecto, pues solo habría materia constitucional y competencia, por tanto, de aquella instancia, tratándose de sentencias condenatorias que hubieran llegado a producirse, a pesar de la inexistencia de prueba valorable como de cargo.

En rigor procesal-constitucional, si se presume la inocencia, sólo cabrá atribuir la condición de autor del delito a un acusado cuando exista certeza probatoria de que, en efecto, lo

de presunción de inocencia, en su planteamiento. Pues bien, una consecuencia colateral de este, aparte las más de fondo que se verán en lo que sigue, es que, desde luego en la actual jurisprudencia *menor*, no son raras las sentencias en las que cabe leer afirmaciones como: el derecho a la presunción de inocencia, en tanto que regla de juicio, «se configura [...] como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria»; o «para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere un mínimo de actividad probatoria». De hasta qué punto está extendido este recusable tópico, da idea el hecho de que, en las *Contestaciones* (muy utilizadas) para preparar el ingreso en la judicatura, que giran bajo el acrónimo CARPERI, en el tema 22 de los de Procesal Penal, se dice que «la presunción de inocencia se infringe cuando el tribunal condena a una persona sin que haya existido una mínima actividad probatoria de cargo», que, *a contrario*, bastaría. Creo que resulta preocupante. En fin, como ha escrito Jordi Nieva Fenoll («La razón de ser de la presunción de inocencia», *Indret*, 1/2016) «la formulación debería ser “máxima” y no “mínima” actividad probatoria».

ha sido. Así, la *certeza práctica* de esta clase traducida en fallo condenatorio, es lo único que, mediante la afirmación de culpabilidad, podrá desvirtuar aquella presunción. La duda al respecto no goza de esta virtualidad, luego, mientras subsista, el posible autor de la conducta sobre la que se proyecte permanecerá dentro del ámbito cubierto por aquella, de la que el de *in dubio pro reo* es la más obvia implicación^[53]. En efecto, pues, si tras de la valoración de la prueba en su conjunto, resulta forzoso absolver en caso de duda, es solo *porque* se parte de la inocencia como principio. Lo que hace que todo elemento o momento de incertidumbre sobre la hipótesis de la acusación lleve necesariamente a descartarla.

De este modo, es claro, la pretensión de autonomía conceptual del principio *in dubio pro reo* frente al de presunción de inocencia resulta rigurosamente insostenible, pues todo lo que no sea acreditada culpabilidad queda comprendido, de lleno, en el ámbito de esta última, cuya afirmación definitiva después de un juicio deberá ser incondicionada. Si se asume la presunción de inocencia como presupuesto, el fracaso probatorio de la hipótesis de la acusación, cualquiera que sea la causa, solo podrá

[53] Como afirma Gaetano Foschini, «la presunción de inocencia del imputado [...] se resume en el principio *in dubio pro reo*» (*Sistema*, cit. I, p. 422).

confirmar el estatus de inocencia preexistente. Lo contrario llevaría a consagrar dos clases de absolución, una plena por inexistencia de pruebas y otra *solo* por la insuficiencia de estas, y, como consecuencia, a establecer dos rangos o categorías de inocentes. A partir de estos presupuestos, se hace, pues, insostenible la aludida distinción jurisprudencial al uso. Porque, en palabras de Sentís Melendo, la absolución, «además de libre, como dispone la ley, debe ser limpia»^[54].

En el planteamiento que se cuestiona, resulta que la diferencia entre las dos situaciones referidas, sería observable desde afuera^[55], es decir, sin entrar en apreciaciones de calidad sobre la elaboración y apreciación del contenido del cuadro probatorio por parte del juzgador de instancia, en el uso de su *soberanía*. Tanto es así que, en el caso del Tribunal Constitucional, la declaración de existencia o no de materia

[54] Santiago Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 161.

[55] De este modo, en la jurisprudencia de la Sala Segunda se ha teorizado la viabilidad en la materia de una forma de constatación «de carácter objetivo [...] de la existencia o no de verdaderas pruebas, única posible al juzgador de otra instancia, mediante la verificación de la racionalidad del discurso probatorio» (cursiva añadida). A diferencia de la propia del juez de primer grado, que sería «de carácter predominantemente subjetivo, de valoración *stricto sensu*, apreciación en conciencia».

constitucional, se producirá ya *a limine*, en trámite de admisión.

Pero creo que en este modo de abordar el asunto se pierde de vista el dato de que, en todos los supuestos, en el punto de arranque del trámite de amparo, existirá una sentencia condenatoria, que lo habrá sido como efecto de la consideración de lo aportado por *algunas pruebas propuestas por la acusación, realmente practicadas* en sede de instancia^[56]. Por tanto, lo normal y que hace impensable otra hipótesis, es que la condena cuestionada haya tenido (correcta o incorrectamente evaluados) un cierto número de elementos probatorios considerados de cargo, de soporte.

Pues bien, siendo así, lo que se ventila no es la existencia o inexistencia (*objetiva*) de prueba sin más, sino si *la realmente practicada* tenía o carecía de potencial convictivo para justificar

[56] Al existir una sentencia condenatoria cuestionada ante el Tribunal Constitucional, es obvio —y lo que regularmente sucede— que se habrá practicado necesariamente en la instancia prueba considerada con valor de cargo. Siendo así, el único supuesto de auténtico vacío probatorio imaginable será el eventualmente derivado de la declaración de ilicitud constitucionalmente relevante de la misma, reclamada por la defensa, que hubiera sido denegada y, por eso, la solicitud de amparo. Pero se trata de un supuesto hartamente improbable, por la virtual derogación del art. 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debida, precisamente, a la línea jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional consagrada con la llamada «teoría de la conexión de antijuridicidad».

la condena. De este modo, lo que el tribunal *ad quem* está obligado a considerar es si, en el desarrollo de la causa a examen, cabe o no hablar de la existencia de *prueba que pruebe*. Una apreciación imposible, de no ser enjuiciando en todos sus momentos el juicio del juzgador de instancia en la materia.

Es el mismo problema suscitado por la aludida jurisprudencia de la Sala Segunda, cuando, conociendo de sentencias dictadas en causas para las que no estaba previsto el recurso de apelación, daba por satisfecha la exigencia de fiscalización de la correcta aplicación del principio de presunción de inocencia en la instancia, con el *control* exclusivamente formal «de la racionalidad de las inferencias, de la estructura racional del discurso valorativo».

Semejante modo de discurrir, ciertamente, no se sostiene, pues, para evaluar la calidad del juicio de hecho, no basta verificar la regularidad lógico-formal en el modo de operar con ciertas premisas; porque una cosa es el contenido empírico de estas y otra la estructura lógica del razonamiento sobre ellas^[57]. Y es que esa

[57] Lo expresa muy bien Guido Calogero: «la consistencia lógica real de una sentencia no está en modo alguno constituida por su consistencia lógica formal [...] las más extravagantes tonterías pueden expresarse [...] en impecables silogismos» (*La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, CEDAM, Padua, 1964, p. 55).

clase de regularidad podría muy bien concurrir aun cuando el contenido de las premisas se hubiera establecido de manera arbitraria y fuese totalmente falso^[58]. Por eso, la corrección que cuenta — y cuya existencia debería comprobar el juzgador *ad quem*— es la que se traduzca, en un consciente ejercicio de racionalidad cognoscitiva en la adquisición, el tratamiento y evaluación de lo aportado por los diferentes medios de prueba. Dicho con Iacoviello: «no puede haber control sobre la motivación que no sea al mismo tiempo control sobre el hecho»^[59]. Que cabe y ha de hacerse *entrando* en el análisis de la vertiente

[58] Un curso argumental puede ser formalmente correcto, aunque se componga de aserciones falsas en su totalidad, porque obtenidas mediante una errónea evaluación del material probatorio. Siendo así, ¿qué sentido tiene estar a *la estructura del discurso* prescindiendo de su contenido, es decir, haciendo abstracción de aquello sobre lo que se está discutiendo en la causa, que, por otra parte, es lo que realmente importa cuando se trata de evaluar el fundamento de la decisión? Un discurso que dijera: «todos los hombres son peces, el elefante es un hombre, luego el elefante es un pez» sería *estructuralmente* correcto y, por tanto, merecedor de ser considerado tal, según el planteamiento jurisprudencial que se cuestiona. La verdad de la decisión judicial es el producto del rigor en los cursos de adquisición de conocimiento y de la consistencia lógica de las secuencias argumentativas en el manejo de los elementos de juicio. Pero en la jurisprudencia de la Sala Segunda (en procesos penales sin apelación, recuérdese) se ha optado por dejar de lado los primeros, quedándose artificialmente con las segundas, cual si estas fueran algo así como un contenedor vacío.

[59] F. M. Iacoviello, *La motivación*, cit., p. 304. Pero, como dice con agudeza el mismo autor, «en el proceso de casación el hecho solo puede entrar con una condición: que nadie hable de él» (*ibid.*, p. 310).

interna del enjuiciamiento, algo perfectamente viable merced a la fiel documentación de lo acontecido en la vista de la causa y a través de la obligada justificación de su decisión por parte del tribunal *a quo*. De aquí resulta que, una de dos: o se está a lo que reza el tópico jurisprudencial al uso, en cuyo caso, el juicio de aquel sobre la prueba permanecerá siempre realmente imprejuizado; o bien, bajo la apariencia de ese *control* meramente formal-superficial que propugna a jurisprudencia más convencional, se habrá accedido, *subrepticamente*, a la cuestión de fondo, invadiendo *de facto* el territorio (que se dice) propio de ese juzgador calificado de «soberano».

Al respecto, como se ha visto, se afirma que tal clase de control del juicio de hecho sería un ejercicio impracticable, por la inaccesibilidad de ciertos aspectos de su objeto y de la decisión, a la observación externa. Pero, como se ha dicho, tal *imposibilidad* tiene que ver con una falaz concepción del enjuiciamiento en materia de hechos, que hace de aquel un arcano inescrutable. Cuando lo que demanda la naturaleza de la actividad y la de los bienes jurídicos regularmente afectados, es un modo de operar jurisdiccional presidido por la racionalidad y la transparencia, que conduzca a decisiones argumentadas, justificables y debidamente justificadas en todos sus extremos y, por tanto, plenamente revisables en otra instan-

cia. Algo, además de necesario —no importa insistir— del todo viable, con solo poner a los misteriosos elementos^[60] constitutivos del supuesto obstáculo a tal modo de proceder, en el lugar que les corresponde. Es decir, fuera del alcance de un juez inhábil para la lectura del lenguaje gestual, peligrosísimo por vivir en el autoengaño acerca de sus propias capacidades, e incumplidor del deber constitucional de decidir, de manera exclusiva, a partir de un saber fiable en materia de hechos, del que pueda dar, razonadamente, cuenta.

Ya, en fin, se impone otra consideración. Una vez estimulado ese juez —prácticamente irresponsable, puesto que no responde ante nadie de lo fundamental de sus juicios—, a moverse con la desenvoltura propia de quien se sabe incontrolado en sus apreciaciones, habrá que preguntarse si este su modo de operar tendrá algún límite.

[60] Más de doscientos años después, podría decirse muy bien con Galanti que «nuestros tribunales se han constituido sobre el misterio» y, por eso «se cuidan de exponer al público los motivos de sus oráculos» (G. M. Galanti, *Testamento forense*, Venecia, 1806, vol. I, p. 82; edición facsímil, Bibliopolis, Edizioni di Filosofia e Scienze, Nápoles, 1977, por donde se cita). Por cierto, también la caracterización de las decisiones como «oráculos» mantiene buena parte de su sentido, puesto que, en el diagnóstico sobre la verdad o falsedad de una afirmación a partir de su componente gestual, hay bastante de adivinación.

4. Las accidentadas vicisitudes jurisprudenciales del hecho psicológico

Bien entrado ya el siglo XXI era fácil todavía dar con la presencia de un tópico ciertamente chocante, en nuestra cultura jurisprudencial. Me refiero al consistente en la consolidada caracterización de los hechos psicológicos como *no-hechos*. Con expresión en múltiples sentencias penales^[61], en lo que me consta, diré que ninguna formulación de esa tesis tan exuberante como la que pude leer en el informe del fiscal en un recurso de casación: «se trata efectivamente de elementos internos, propios del psiquismo de la persona, cuya prueba, salvo la excepcional confesión del interesado resulta imposible; porque, al no ser hechos, su existencia no puede ser probada sino solo “inferida”. Lógicamente, la garantía de la presunción de inocencia no se extiende a elementos que no pueden ser objeto de prueba. Por eso, no solo no es necesario que figuren en los “hechos probados”, sino que su lugar adecuado es la fundamentación jurídica». Lo que daría lugar a que muchas de las conduc-

[61] Para buena muestra, una de la Sala Segunda de 2005: «el móvil del delito no está incluido en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia [...] no siendo exigible su prueba, ya que dicho principio constitucional de presunción de inocencia despliega sus efectos en el ámbito de los hechos, y no en el terreno de los elementos subjetivos del delito». Un examen sistemático de la jurisprudencia de la Sala Segunda en la materia y sus implicaciones, puede verse en. M. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, cit., pp. 58 ss.

tas descritas en ese campo de la sentencia, hayan aparecido como *inanimadas*, por semejante pintoresco tratamiento del elemento intencional. En esta línea, una sentencia de la Sala Segunda, de 2006, explicaba que: «la intención del agresor [...] no constituye un hecho probado, sino una inferencia». Algunos años antes, en 1988, la misma alta instancia había dicho del ánimo de matar que solo merecía el calificativo de «hecho» cuando su existencia se hubiera acreditado mediante prueba directa, porque, cuando esta fuese indirecta, tendría con consideración de «juicio axiológico de valor» (!).

La raíz de semejante galimatías conceptual, por lo que he podido saber, gracias a Aguilera de Paz, está en una sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1902, dictada en una causa seguida por delito de estafa, en la que se justificaba la pertinencia del cuestionamiento en casación de la inexistencia del engaño declarada por la Audiencia, debido a que este «no es un hecho porque no pertenece a la esfera de los sucesos reales perceptibles por los sentidos, sino una mera deducción de carácter jurídico»^[62]. El giro, aclara el autor, respondía al propósito de evitar errores indebidos en la constatación mediante la prueba de elementos

[62] Enrique Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Reus, Madrid, 1924, vol. V, p. 558.

pertenecientes a la cara interna de la conducta. Seguramente un buen fin, pero, como es de ver, de demoledores efectos, en lo cultural y de método, que han llegado hasta nosotros.

Hace algunos años, se abrió camino un cierto cambio de criterio con expresión, por ejemplo, en una sentencia de la Sala Segunda de 2012: «los elementos subjetivos pueden tener una naturaleza mixta fáctico-jurídica, o al menos en la que es difícil deslindar lo fáctico de lo jurídico, en el sentido de que su apreciación está íntimamente vinculada a valoraciones o conceptos netamente jurídicos». En ella, como es de ver, por puro pragmatismo, se busca abrir una vía practicable al control casacional en la materia, pero manteniendo intocada la confusión conceptual. En efecto, ya que, en el modo de ser real de los elementos de que se trata, a la hora de verificar probatoriamente su eventual concurrencia en el caso, no hay nada jurídico que *deslindar*. La intención de apreciar el gatillo del arma es tan fáctica como el acto de hacerlo físicamente que desencadena y en el que se integra, formando una modalidad de la conducta.

Últimamente, se ha dado otro paso. También sin mayores complicaciones y como para poner coto, de una forma más presentable, a desaguizado de tanto arraigo. El argumento: que «la presunción de inocencia no consiente

en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma contra el acusado». De donde quizá pudiera inferirse una apuesta implícita por la condición fáctica de los elementos de que se trata, algo que, en general, en la jurisprudencia dominante, no acaba de explicitarse. Aunque debo que decir que, hay algunas sentencias aisladas que sí lo hacen: tal es el caso de la de n.º 824/2017, que se pronuncia inequívocamente en ese sentido.

5. Una contaminación civilista de la presunción de inocencia

Jurisprudencia inveterada de la Sala Segunda y, consecuentemente, de todas las instancias, con plena vigencia, viene aplicando al proceso penal la distinción civilista de hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, en que se funda, en ese ámbito, la distribución formal de la carga de la prueba. De este modo, «el acusado viene obligado a probar los hechos impeditivos de la responsabilidad penal que para él se derive de lo imputado y probado»^[63].

[63] No obstante, hay que decir que (en lo que me consta, al menos en dos sentencias, de 2016 y 2021) se ha abierto camino la aplicación del principio de duda cuando el tribunal tuviera serios motivos para entender que pudiera concurrir el presupuesto fáctico de la circunstancia modificativa favorable al acusado, siempre que la correspondiente alegación por la defensa se hubiese producido tempestivamente y no de una manera sorpresiva que hiciera imposible la contradicción sobre el asunto.

Ese criterio, de atribuir a cada parte la responsabilidad de probar los hechos cuya acreditación le interese, de modo que, en caso de duda, el juez solo tenga que preguntarse a cuál de ellas habría correspondido disolverla, para poner a su cargo las consecuencias, es por demás razonable y dotado del mejor fundamento en un marco en el que, por lo general, se ventilan intereses privados y rige el principio dispositivo.

Por eso y, en particular, por imperativo del principio de presunción de inocencia como regla de juicio, en el proceso penal, la carga de la prueba es de carácter «sustancial»^[64], en el sentido de que toda ella pesa sobre la acusación^[65]. O, dicho con otras palabras, «es una regla de enjuiciamiento unidireccional»^[66]. En efecto, pues de la propia naturaleza de aquel, se sigue que no cabe imponer una condena sin

[64] En este sentido, cfr. G. Illuminati, *La presunzione*, cit., p. 104 ss.

[65] Esto, naturalmente, no impide que un imputado pueda ser condenado por sus propias manifestaciones autoinculpatorias de acreditada veracidad, pero, obviamente, solo y siempre que alguien mantenga viva la acusación, exigencia imprescindible, como estructural, del proceso acusatorio.

[66] La expresión es de Gustavo Henrique Badaró (*Epistemologia judiciaria e prova penal*, Thomson Reuters-Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2019, p. 262), que también escribe: «Para usar la regla del proceso civil, corresponde al fiscal no solo la carga de la prueba de la existencia del hecho constitutivo del derecho de castigar, sino también de la inexistencia de los hechos impeditivos de tal derecho» (*ibid.*).

que concurra prueba plena de la responsabilidad del imputado. La consecuencia es que toda duda racional acerca de la existencia de los presupuestos de una circunstancia modificativa de responsabilidad que pudiera favorecerle, introducirá un factor de incertidumbre al respecto que solo puede interpretarse en este sentido^[67]. Así, en rigor, en tal tipo de casos, la única *carga* a soportar por el acusado será la consistente en poner en marcha la iniciativa probatoria necesaria^[68], al ser él normalmente quien se hallará en posesión de la información de partida. Aunque también es cierto que, en sistemas como el nuestro, en determinadas circunstancias, aquella podría muy bien corresponder al propio titular de la acción pública, en virtud de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley de E. Criminal.

[67] En el proceso penal falta «una distribución verdadera y propia de la carga de la prueba. Esto es, de las consecuencias de la falta de certeza, en que el juez ha quedado respecto de determinados hechos de la causa». Es por lo que «el imputado debe ser absuelto [...] también cuando no sean probados como inexistentes los hechos que, por la ley penal, tienen el efecto de paralizar la aplicación de la norma jurídica» (Gian Antonio Michelli, *La carga de la prueba*, trad. cast. de S. Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 1989, p. 239).

[68] Delfino Siracusano, *Studio sulla prova delle essimenti*, Giuffrè, Milán, 1959, p. 220.

6. *Inquietante revival del medieval in atrocissimis*^[69]

Creo posible afirmar de la legislación procesal-penal ordinaria, histórica y actual, que, en cuestión de garantías (cualquiera que sea la calidad de estas), suele nacer con una declarada vocación de generalidad en su aplicación. Pero lo cierto es que, en la materia, existe una amplísima experiencia de recurso al arbitrio para introducir,

[69] Se trata del brocardo *In atrocissimis leviores conjecturae suffiunt, et licet judici jura transgredi* (en los delitos más atroces bastan las más leves conjeturas y es lícito que el juez traspase los límites del derecho), ya denunciado por Cesare Beccaria como «dictado por la más cruel imbecilidad» (*De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de F. Laplaza, prefacio de Piero Calamandrei, texto italiano fijado por G. Francioni, Trotta, Madrid, 2011, p. 153, nota). También se hizo eco de él, críticamente, Gaetano Filangieri, que lo calificó de «máxima errónea que ha sacrificado a la imbecilidad de nuestros jurisconsultos un número infinito de inocentes» (*Ciencia de la legislación*, trad. cast. de J. Ribera, edición de Luis Prieto Sanchís, prólogo de D. Ippolito, Agencia Estatal del BOE, Madrid, 2018, I, Libro III, cap. IX, p. 659). A Benjamín Constant se debe una obra de carácter polémico (*Comentario sobre la Ciencia de la legislación de Filangieri*, trad. cast. de J. C. Pagés, edición de Luis Prieto Sanchís, estudio introductorio de R. Cueva Fernández, Ateneo de Mahón-Agencia Estatal del BOE, Madrid, 2019), en la que dedica un capítulo (VIII de la Tercera parte), titulado «De la abreviación de las formas [garantías]» (pp. 307-312), a este asunto, y donde mantiene el mismo punto de vista que Filangieri: «las formas no tienen otro objeto que el de conducir a los jueces al conocimiento de la verdad» (p. 308). Es lamentable tener que decirlo, pero lo cierto es que nuestros autores —Beccaria, Filangieri, Constant— hallarían motivos para mantener su diagnóstico, a la vista de las pautas jurisprudenciales de excepción que rigen todavía hoy en nuestros países en el tratamiento de delitos como los de terrorismo, tráfico de drogas, y otros.

por vía jurisprudencial, regímenes o tratamientos excepcionales, cabe incluso que *contra legem*, en razón de circunstancias emergentes que, por la particular gravedad de sus efectos, (supuestamente) lo reclamarían. El resultado es que, en la jurisprudencia, la regla y la excepción tengan una larga tradición de convivencia. Con preocupante prevalencia de la segunda, hasta el punto de que, en ocasiones, es la primera la que acabe convirtiéndose en excepcional.

Semejante recurso, dirigido a ampliar el radio de la reacción penal más allá de los límites del marco legal-constitucional, cuenta con una expresiva manifestación, histórica pero también actual, en la *prueba privilegiada*; categoría originariamente acuñada en el marco del régimen de prueba legal, por el expeditivo procedimiento de calificar de *plena probatio* a la que, en rigor, por sus características, no merecía tal consideración. La adopción de este expediente tiene una explicación bien simple y la única posible: superar las dificultades de prueba de la ejecución de cierta clase de delitos (*crimina difficilis probationis*), como los *crimina occulta*, o la facilitación de la prueba de otros de particular gravedad (*crimina atrociora*) causantes de lo que hoy llamaríamos alarma social^[70]. Y el cauce no

[70] Cfr. al respecto, Isabella Rosoni, en *Quae singula non prorsum collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Giuffrè, Milán, 1995, pp. 193 ss.

podría ser otro que el de la relevante atenuación de las garantías procesales en perjuicio del reo.

En nuestra vigente experiencia procesal hay un supuesto particular de respuesta al delito con la lógica propia de la histórica relativa a la de los *crimina occulta*, en el caso de los delitos contra la libertad sexual cometidos en ausencia de testigos. En lo que me consta, el tópico jurisprudencial al que voy a referirme tendría su primera expresión en una sentencia de la Sala Segunda de 1987: «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». Una máxima que, en su literalidad, ha venido *arrastrándose* mecánicamente, en multitud de sentencias de todas las instancias y en escritos e informes del ministerio público, que llegan hasta nosotros^[71].

También en supuestos relacionados con la violencia sexual, se ha abierto camino en la

[71] También fue acogida en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre y en *La credibilidad de la víctima. Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*, Consejo General del Poder Judicial, 2013. Y he podido constar su presencia en sentencias de varias Audiencias Provinciales y de la Sala de Apelación de al menos un Tribunal Superior de Justicia de los años 2020 y 2021, lo que acredita que el tópico sigue ampliamente operativo en la práctica judicial.

misma instancia, una jurisprudencia, evocadora del histórico tratamiento dado a los *crimina atrociora*, que convierte a la víctima en testigo «cualificado» o «privilegiado» por su condición de «sujeto pasivo del delito»^[72]. Esto debido — *se razona*— a que no es simplemente «quien ha visto» algo sobre lo que puede testificar, sino alguien a quien, «en su visualización de la escena», los hechos, por haberlos sufrido, «se le quedan grabados». Precisamente, por esto, el tribunal podrá observar «con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho por haberlo vivido [...] con el privilegio de la inmediación», que le permitirá valorar los «gestos», la «firmeza» con que se «cuenta el suceso

[72] La actitud que refleja esta jurisprudencia tan carente de rigor, tiene un preocupante reflejo en el temario que rige las oposiciones de acceso a la Escuela Judicial, donde en el tema 21 de los de Derecho Procesal Penal, figura un epígrafe dedicado a «la declaración de la víctima del delito», que, de este modo, claramente *lo será ya* antes aún de que esta condición sea declarada en sentencia. Con este asunto guarda relación la propuesta de Teresa Lancry A. S. Robalo de dar estatuto legal a lo que ella llama «principio de victimización», consistente en tomar como cierto en el punto de partida del proceso el contenido de la denuncia de la víctima de un delito (de violencia sexual) («Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs?», *Revista do Ministério Público*, 159 (2019). Sobre el asunto remito a mi «Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible», en la misma revista 160 (2019). De particular interés en la materia: José Luis Ramírez Ortiz, *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: una reflexión crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 141 ss. Cfr. asimismo Arturo Muñoz Aranguren, «La valoración del testimonio de la denunciante en los delitos de violencia de género», *Almacén de derecho*, 20 de agosto de 2020.

vivido en primera persona». Y así llegar alcanzar «la absoluta convicción» acerca de lo que «realmente ocurrió», tratándose, además, de una convicción no subjetiva, sino, «objetiva» (!)^[73].

En la primera sentencia citada, se razona que «nadie debería padecer el perjuicio» deparado por las circunstancias de «clandestinidad» en que se produjo el acometimiento, que es por lo que, para evitar «situaciones de incuestionable impunidad» estaría justificado dotar de un plus de credibilidad a la persona denunciante. El modo de discurrir no puede ser más falaz, e incluso contradictorio. En efecto, pues el primer aserto es radicalmente falso, ya que «nadie» quiere decir *ninguna persona*, y ocurre que en el contexto de referencia hay *un alguien*, el imputado, que irracional e inconstitucionalmente queda aquí fuera del campo semántico del pronombre indefinido. Y, en consecuencia, gravemente

^[73] Es lo que se lee en una estupefaciente sentencia de la Sala Segunda de 2018, en la que se olvida que el juez no fija una verdad objetiva, sino que —moviéndose, que es lo propio del saber empírico, en el ámbito del conocimiento probable—, *decide* cuál de las hipótesis en presencia es la más atendible, por su sustento en una pluralidad de pruebas, porque no hay ninguna de estas que la contradiga y por ser la más plausible. De aquí lo inexcusable de la motivación. Y, consecuentemente, la necesidad de desterrar del ámbito de la decisión todo atisbo de degradación de la presunción de inocencia del imputado (que es lo que conlleva el tratamiento de alguna prueba de cargo como «privilegiada»), y cualquier *convicción* no susceptible de justificación explícita dotada de la imprescindible racionalidad.

perjudicado por la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, ostensiblemente reducido en su alcance, debido a la aplicación de un criterio de acreditación probatoria mucho menos exigente. El fin perseguido con tan arbitraria construcción sería impedir que algunas graves acciones pudieran quedar sin castigo. Pero se olvida que, en la vigente disciplina constitucional del proceso, la única forma legítima de evitar la impunidad pasa por despejar probatoriamente —con *todas* las garantías— cualquier duda razonable acerca de la acción delictiva y de la identidad del autor del delito. De este modo, cuando en el respeto de las constitucionales reglas del juego sea la duda la que deba prevalecer, en beneficio del imputado, en rigor jurisdiccional, no cabrá hablar de impunidad sino *de falta de prueba*.

A propósito de la segunda clase de supuestos, hay que decir que, en el modo de afrontarlos jurisdiccionalmente, no se trataría de la verificación de la calidad explicativa de una hipótesis a partir de un cuadro complejo de elementos probatorios de distinto signo intersubjetivamente valorables y racionalmente valorados, mediante el control y la justificación de los correspondientes cursos inferenciales y de los criterios de inferencia tomados en consideración. No. Aquí lo propio del juzgador será captar, intuitiva y holísticamente, ese *algo inefable* fruto

de la personalísima experiencia vivida por el testigo-víctima que, aun siendo extremadamente subjetivo, *en virtud* de la inmediatez y de alguna ignota capacidad perceptiva, se transubstanciará en conocimiento «objetivo» de un juzgador iluminado.

Sobran, pues, llamadas a la prudencia en la valoración de la prueba testifical, como —aparte las ya recogidas— las cargadas de buen sentido del magistrado francés François Gorphe[74], o las reiteradas y dotadas de un consistente soporte de investigación empírica de la moderna psicología del testimonio y de la memoria, a las que también se ha hecho mención[75]. Allí donde esté un juez intuitivo y con el suficiente carisma, estarán fuera de lugar. Y sobra también advertir que en la exigencia de una prueba plena y regularmente obtenida para desvirtuar la presunción de inocencia y fundar la condena por cualquier clase de delito, no se expresa ninguna desconfianza ni duda

[74] François Gorphe, *La crítica del testimonio*, trad. cast. de M. Ruiz Funes, Editorial Reus, Madrid, 1933.

[75] De particular interés en la literatura en castellano: Giuliana Mazzoni, *¿Se puede creer a un testigo?*, cit.; *Id.*, *Psicología del testimonio*, trad. cast. de A. Moreno, Trotta, Madrid, 2019; Margarita Diges, *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense*, prólogo de J. J. López Ortega, Trotta, Madrid, 2016; y Elizabeth Loftus y Katherine Ketchan, *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*, trad. cast. de C. Cardeñoso Sáenz de Miera y F. López Martín, Barcelona, Alba, 2010.

acerca de la autenticidad de lo afirmado por quien se presenta como víctima, sino, pura y simplemente, una cuestión de método. Que, por cierto, si se ha impuesto —de forma incondicionada— como criterio de valoración probatoria, en todos los países que cuentan con una avanzada disciplina constitucional del proceso, no es por algún absurdo prurito de rigor formal ni por una suerte de deformación juricista, sino porque, en virtud de una durísima experiencia histórica, se sabe bien a qué conduce la relativización de la presunción de inocencia como principio rector del proceso penal. Que es la razón por la que mayorías abrumadoras en momentos de crecimiento democrático han decidido llevarlo a sus textos fundamentales.

7. *Acerca del silencio del imputado: una regresión inquisitiva*

Una de las garantías fundamentales del proceso penal en su versión liberal-democrática y constitucional, es la representada por la renuncia a tener al imputado como fuente de prueba de cargo y a su confesión como el medio probatorio por antonomasia que fue debido, según recuerda Grevi, al «carácter *contra naturam* de toda declaración auto incriminatoria»^[76].

^[76] V. Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 9. En la literatura española, J. L. Vázquez Sotelo, *Presunción de*

Que es por lo que —explicó este autor— se le exime del deber de ser veraz^[77]; exonerándolo, en consecuencia del juramento que se pide a los testigos, que en su caso sería la inadmisibile «tortura del espíritu» de la que habló Pagano^[78], siguiendo a Beccaria^[79]. Que es por lo que, entiende Illuminati, «hay que rechazar con energía cualquier tentación de considerar valorable entre los elementos de prueba del hecho el comportamiento procesal del imputado»^[80].

El principio, que no suele ser discutido en su condición de tal, experimenta a diario una práctica regular *derogación* de hecho tantas veces como, en los cuarteles y comisarías de nuestro país, al detenido que manifiesta su deseo de no declarar en sede policial, se le mantiene en esta y en tal condición durante todo o parte del

inocencia e íntima convicción del tribunal, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 100 ss., y *passim*.

[77] Con «el fin de reforzar su libertad moral frente a la propia autoridad y de impedir, al mismo tiempo, cualquier presión dirigida a menoscabarla» (*ibid.*, p. 245).

[78] Mario Pagano, *Logica d' probabili applicata a' giudizj criminali*, Agnello Nobile, Milán 1806, p. 50.

[79] Este autor vio en el juramento del imputado «una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre» (*De los delitos*, cit., p. 179).

[80] En *La presunzione*, cit., p. 122.

tiempo de detención, bajo presión^[81], por tanto, en vez de ponerle de inmediato a disposición judicial^[82]. Además, a veces, se producen manifestaciones jurisprudenciales legitimadoras de ese modo de operar, del grado de *finezza* constitucional de la que tiene expresión en una sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2016, atribuyendo estatuto de normalidad legal a esa «cierta presión policial, que sin estar cerca ni por asomo a la tortura va ínsita al (*sic*) mero hecho objetivo de estar privado de libertad varios días en un centro de detención, sometido a constantes interrogatorios, donde obviamente se recoge el prestado finalmente ante abogado».

Situado en una perspectiva más bien de método, Franco Cordero ha aportado un argumento ciertamente determinante en favor de la observancia del principio, al señalar que

[81] Recuérdese la rigurosa y fiel caracterización de estas situaciones contenida en la ejemplar sentencia del caso *Miranda vs. Arizona*, del Tribunal Supremo de Estados Unidos; (puede verse en Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 341 ss.).

[82] En los casos de terrorismo se acude a la prórroga de la detención, en régimen de incomunicación, un régimen cuestionado, como vulnerador de derechos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Atristain Gorosabel contra España* y en la de la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, de n.º 5/2022, que se hace eco de ella.

atribuir alguna eficacia inculpatoria al silencio del imputado «equivaldría a adosarle la carga de una prueba negativa»^[83]. Y resulta que, curiosamente, es esto lo que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la conocida sentencia del *caso Murray* (de 8 febrero de 1996) que, luego de afirmar que «el tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque este opte por guardar silencio», proclama que «es solamente cuando las pruebas de cargo requieren una explicación que el acusado debería ser capaz de dar, cuando la ausencia de explicación puede permitir concluir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable».

Este criterio ha tenido un fiel seguimiento en los tribunales españoles, entre tantísimas, en una sentencia reciente de la Sala Segunda, donde puede leerse que «el que calla, sencillamente, calla», algo que podría entenderse como una adhesión a la lectura más garantista del principio, según resulta formulado en el art. 24,2 de la Constitución. Pero, en realidad, no hay tal, porque prevalece el criterio consistente en considerar que «el silencio es un con-

[83] F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milán, 7ª edición, 2003, p. 254.

trainsidicio poderoso» que «no es propiamente prueba, pero sí puede proporcionar una línea argumental^[84] justificativa de la certeza sobre la culpabilidad», o dicho con mayor claridad, si cupiera: «puede tener la utilidad de corroborar^[85] la culpabilidad del acusado». Total, que el imputado que guarda silencio *no dice, pero dice*; y, por eso, su actitud *no es indicio de cargo, pero es indicio de cargo*. O sea, aunque se afirme, aquí no rige en modo alguno eso de que «el que calla, sencillamente, calla», porque, como se ha visto, el que lo hace en la situación a la que acaba de aludirse —a juicio

[84] La expresión podría tener algo de freudiano «acto fallido», si se piensa que la prueba hoy denotada como indiciaria, fue prueba *per argumentum* en la doctrina medieval; lo que trasladado a nuestro asunto permite concluir que, en el criterio jurisprudencial que se comenta, el silencio del imputado puede muy bien convertirse, a discrecionalidad del juzgador, en prueba de cargo *per argumentum*, como modo de *rentabilizar* punitivamente *contra reo* esa actitud, subvirtiendo, por tanto, el fundamental derecho.

[85] Diríase que este asunto tiene la virtud de provocar traiciones en el subconsciente de los o de algunos jueces. En efecto, pues, patente en la jurisprudencia que se cita el empeño en afirmar que la *doctrina Murray* se mantiene dentro de los límites del derecho fundamental del imputado a guardar silencio y a no autoincriminarse, sin embargo, en los supuestos de referencia, se le atribuye a este la virtualidad de dotar de corroboración, reforzándolas, a las pruebas de cargo que se le opondan. Esto, cuando sucede que el *elemento de corroboración es siempre un auténtico elemento probatorio*, efecto de un acto de prueba. Aquí, la de cargo en que, contra toda regla, se convierte el silencio del imputado que, en rigor constitucional, en cualquier caso, solo puede ser un elemento totalmente neutro, es decir, de un valor *igual a cero*.

del alto tribunal— real, que no constitucionalmente, *otorga*.

El razonamiento de la jurisprudencia *en la clave Murray* suele producirse en aquellos casos en los que, como se lee en otra sentencia también reciente de la Sala Segunda, el acusado se encuentra ante «unas pruebas que le incriminan de manera vehemente». Pues bien, en casos así, se impone la pregunta de qué necesidad habría de subvertir el derecho fundamental de que se trata. Diríase que, por más que el estado constitucional de derecho haya abrazado la laicidad como principio fundante, en el subconsciente de sus tribunales sigue vigente un cierto sentido penitencial de la pena, también herencia de los años más oscuros del proceso criminal de inspiración religiosa. Es por lo no basta que la condena se funde en hechos concluyentes. Hay una especie de obsesión ancestral en la materia, de esa raíz: el reo debe, de algún modo, también *confesar(se)*. Realizar un acto de «contrición perfecta», que diría Jerónimo Ripalda. Y es que, como escribe Prospero, «la confesión, la que fue arrebatada con la tortura del inquisidor y estimulada con dulzura por el confesor sigue teniendo gran importancia en el sistema judicial»^[86]. Sirve para

^[86] Adriano Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Turín, 2008, p. 237. Subraya también «las analogías profundas entre proceso inquisitorial y el sacramento de

demostrarlo una brutal sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 2011, en la que se lee: «Conocemos el derecho de todo acusado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable [... pero] ello no significa que ese derecho pueda mutarse en un derecho, si no a mentir, sí a no decir la verdad [...] Por tanto, de la misma manera que la confesión o el reconocimiento de los hechos tiene un tratamiento positivo en nuestro CP [...] la falsedad [...] es] lo que nos lleva a esa pena máxima de nueve años de prisión» (!).

8. Sobre prueba e indicio

La distinción entre los dos términos del epígrafe tiene un profundo arraigo y ha generado no poca doctrina. Pero aquí solo se va a discurrir brevemente sobre uno de los históricos criterios de diferenciación que, entre nosotros, cuenta con una muy reiterada proyección jurisprudencial. Es el que tiene fiel expresión en la sentencia n.º 174/1985 del Tribunal Constitucional (a la que han seguido muchas otras), según el cual «la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuer-

la penitencia en la finalidad común de obtener una confesión de culpabilidad» (Íd., *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Einaudi, Turin, 1996).

zos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social». La Sala Segunda del Tribunal supremo, por ejemplo, en 2018, ha declarado que «la prueba indiciaria o circunstancial es susceptible de enervar la presunción de inocencia [...] a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, particularmente los cometidos con especial astucia». Y en sentencias de las audiencias provinciales de estos años cabe leer que, si no pudiera valorarse como eficazmente de cargo la prueba indiciaria, «se llevarían al extremo las garantías del imputado en detrimento del derecho que también tiene el estado a perseguir».

Dicho de otro modo, resulta que la opción jurisprudencial consistente en dotar de eficacia probatoria a la prueba indiciaria responde al fin meramente pragmático de dar respuesta punitiva a ciertas categorías de delitos que de otro modo no la tendrían. Sería algo así como hacer de *la necesidad represiva* una (problemática) *virtud probatoria*. Problemática en cuanto expresiva de la aceptación de que, para salir penalmente al paso de algunas conductas, estaría justificado destruir *menos* la presunción de inocencia de los posibles autores con pruebas de más bajo perfil, esto es, sobre la base de una verdad procesal de inferior calidad.

Como es de ver, semejante modo de razonar se funda en tres consideraciones. La primera es la, insólita, de que, según la jurisprudencia ya aludida, habría un tipo de prueba, la llamada *directa*, cuya apreciación («*sensorial*») no exige razonamiento ni argumentación. La segunda es que la indirecta o indiciaria sí precisaría de estos. Y, en fin, la tercera, que se produce en el sentido de que las exigencias de racionalidad cognoscitiva deben ceder ante la necesidad de reprimir. De donde se seguiría la existencia de hechos *menos o peor probados* que, en virtud de esta, justificarían condenas.

De nuevo, lo que hay en tal manera de razonar es un arrastre histórico recibido acríticamente: el que subyace a esa distinción por completo inconsistente, que ignora que *toda prueba es inferencial*^[87], porque obliga a ir en busca de hechos probados del pasado a partir de actos probatorios del presente. De donde se sigue que entre las pruebas jurisprudencialmente calificadas de directas e indirectas en el sentido que se ha dicho, no existe una diferencia ontológica, dado que, además, los datos probatorios, cualquiera que sea la fuente, no son nunca directamente verificables. Por todo,

[87] Ya lo escribió Mario Pagano: «Cualquier prueba es siempre indiciaria» (*Principi del Codice Penale*, Nápoles, 1806, p. 80 [hay trad. cast. de E. R. Zaffaroni, revisión de R. Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Buenos Aires, 2002]).

dicho con Ferrua, el indicio es prueba, o sea, premisa probatoria, ya que, si no lo fuera, no podría utilizarse para probar^[88].

En fin, como ha puesto de relieve Ubertis, si hay una distinción entre ambos tipos de prueba que merece reseñarse, es la que resulta «de la diferente situación en la que se encuentran el elemento y el resultado de prueba». Porque, «en la *prueba representativa* [también declarativa, ya que transmite informaciones a través del lenguaje] el elemento representa “haciéndolo presente” el resultado de la prueba, de modo que la inferencia de uno a otro parece “automática”. En la *prueba crítica* [la denotada como indiciaria en nuestro contexto], en cambio, lo que resulta delineado por el elemento de prueba es claramente distinto del resultado de prueba que confrontar con la afirmación probatoria, y al segundo se llega a través de una más consciente y manifiesta mediación intelectual»^[89]. Por tanto, es claro, la mediación intelectual, los pasos inferenciales en que se traduce, concurren en todo caso, como no podría ser de otro modo, y la *diferencia* estaría en esa *apariencia de automatismo*. Claro que, en los casos paradigmáticos —de la testifical y la

[88] Paolo Ferrua, *La prova nel processo penale. I Struttura e procedimento*, Giappichelli, Turín, 2ª edición, 2017, p. 62.

[89] Giulio Ubertis, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2017, p. 85.

declaración del imputado— la *diferencia* pasará a ser radical, cuando se parta de ese concepto de intermediación, postulado todavía hoy por la jurisprudencia, que convierte al juez en el infalible «receptor sensorial»^[90] que se ha dicho. En otro caso, es decir, si la valoración de la calidad del testimonio y de la credibilidad del testigo se hiciera con método y criterio racionales, el proceso discursivo para llegar a una conclusión a partir de los datos verbalizables tomados de la declaración y de su contexto, no se diferenciaría en lo más mínimo del que en la jurisprudencia convencional se considera propio y exclusivo de la prueba indiciaria^[91].

9. Preocupante revalorización jurisprudencial del atestado

Reus, el primero de los comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encontró por demás razonable la previsión del art. 297, 1º de esta, consistente en atribuir exclusivo valor de denuncia a las averiguaciones de los funcionarios de la policía judicial, ha-

[90] F. M. Iacoviello, *La motivación*, cit., pp. 88-89.

[91] Sobre el más que cuestionable tratamiento de esta, postulado en la sentencia de la Sala Segunda de n.º 539/2019, muy publicitada como (supuesto) paradigma de rigor conceptual en la materia, remito a mi «La prueba de indicios en la Sala Segunda (Acotaciones a una nota informativa)», *Boletín de Juezas y Jueces para la Democracia*, febrero de 2020).

bida cuenta de la adscripción orgánica de sus integrantes, que vendría a desmentir semejante modo de denotarla^[92]. En efecto, pues de «judicial» no tendría más que el nombre, ciertamente reñido con la situación de dependencia de la autoridad administrativa propia de aquellos.

Saltando en el tiempo hasta nuestros días, hay que decir que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentran declaraciones inequívocas en el sentido de que los atestados no serían medio sino, exclusivamente, objeto de prueba. Aunque también otras en las que se abre una brecha a aquella caracterización, para sobrevalorar el efecto acreditativo de la parte de los mismos en que lo producido fuera «la mera constatación de datos objetivos». Como si estos contasen con la capacidad de entrar por su propio pie en el juicio y no tuvieran por sustento las afirmaciones (simple denuncia, *ex art.* 297) de los agentes que dijeran haberlos hallado en un determinado momento y lugar, lo que siempre tendría que acreditarse.

[92] Emilio Reus, *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, concordada y anotada extensamente*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, vol. I, p. 203. En el mismo sentido E. Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, cit., vol., III, p. 201.

En cualquier caso, lo cierto es que, en una ya secular práctica de los juzgados y tribunales, el contenido del atestado, cuando incriminatorio, ha sido objeto de una valoración abiertamente rectificadora —*praeter* e incluso *contra legem*— del prudente criterio del legislador decimonónico. La Sala Segunda lo justificó, en una sentencia de 2006, con el *argumento* de que el proceso penal «por encima de reduccionismos probatorios [...] busca la verdad material de los hechos», cual si esta *existiera realmente como tal* en algún lugar. Además, en un pleno no jurisdiccional del mismo año acordó (por mayoría) que «la declaración prestada válidamente ante la policía [podría] ser incorporada al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia». («Por la jurisprudencia», claro, en vista de la patente ausencia de una habilitación legal al respecto).

Para operar de este modo, se ha recurrido a la asimilación extensiva del imputado al testigo a los efectos del art. 714 de la Ley de E. Criminal^[93], introduciendo así, mediante lectura, su declaración policial en el cuadro probatorio^[94].

[93] Donde la ley dice «testigo» y «sumario», la jurisprudencia ha *interpretado* también «imputado» y «atestado».

[94] Y no solo en los casos de disconformidad entre lo declarado en la vista y lo manifestado en algún momento anterior de la causa, sino, incluso, en los supuestos, legalmente no contemplados, de pura y simple negativa a declarar en aquella.

Y no solo, pues, en causas por delitos de terrorismo seguidas en la Audiencia Nacional, en el caso del sospechoso de implicación en acciones de ETA que, luego de haberse autoinculcado en comisaría o en el cuartel decidía callar ante el juez instructor y el tribunal, alegando haber hablado en ese primer momento bajo presión o tortura; para *valorizar* como *voluntarias* y *espontáneas* tales manifestaciones autoincriminatorias, se dio con la imaginativa fórmula de llevar a la vista, en calidad de testigos, a los agentes que habían recibido del detenido la confesión cuestionada. Estos, a preguntas del fiscal, dirían, como es obvio, que lo recogido por ellos era lo realmente relatado en su momento y por propia iniciativa, por quien, es la tesis, ahora callaría por pura táctica. Con el resultado de que tal insólita testifical de referencia acababa teniendo la misma eficacia probatoria de cargo que si el acusado —presente en la vista— hubiese hablado directamente contra sí mismo ante el tribunal y en igual sentido que, se supone, lo hizo libremente en aquel primer momento^[95]. Resulta fácil advertir que lo escenificado es una verdadera subversión del derecho al silencio del imputado. También del régimen legal del testimonio de referencia, de uso excepcional,

[95] Uno de estos casos es, por ejemplo, el que dio lugar a la sentencia de la Sala Segunda, de n.º 220/2006.

subsidiario y, además, inutilizable en presencia del directamente implicado. Asimismo, del estatuto procesal del funcionario de policía, que solo puede *testificar* sobre «hechos de conocimiento propio» (art. 297 Ley de E. Criminal). Es decir, acerca de eventos de la realidad extra-procedimental, presenciados o percibidos en primera persona. Por no hablar ya de las reglas del juicio contradictorio, de imposible retro-proyección sobre la declaración policial del inculpado, producida en otro momento y lugar y ante agentes de la administración carentes de imparcialidad: acto (administrativo) de investigación, pues, elevado así por esa vía torcida a la categoría de prueba. Todo cuando, en fin, la ley no brinda al atestado policial ninguna posibilidad de acceso al juicio.

Dentro de la fenomenología jurisprudencial relativa al tratamiento del atestado, por el falaz modo de argumentar, merece un lugar destacado la sentencia de la Sala Segunda n.º 234/2012. En ella, a la pregunta por «el valor incriminatorio de la declaración autoinculpatoria prestada en dependencias policiales», se responde con total contundencia: «ninguno». Para, acto seguido, precisar que, no obstante, tal declaración sería «un hecho ocurrido que por su misma existencia es susceptible de ser considerado en el curso del razonamiento valorativo» sobre la prueba, obviamente, de cargo. O sea, como en los aludidos pronunciamientos

que se hacen eco de la doctrina *Murray*, también en este caso: *no, pero sí*. Con la curiosa particularidad de que, si esa parte del atestado puede ser de tal modo probatoriamente *rentabilizada, como hecho*, con fines incriminatorios, habrá que entender que el legislador, al dar a aquel el tratamiento de mera denuncia, lo habría considerado exclusivamente en una imposible dimensión *no-fáctica*.

En la misma línea de dotar de un determinante valor probatorio a las actuaciones propias del atestado, se inscribe una reciente sentencia de la Sala Segunda (de n.º 826/2022), en la que la exhibición de fotografías de sospechosos en comisaría adquiere el rango extralegal de «rueda de reconocimiento fotográfico». En el supuesto, donde se trató de la identificación de los diez posibles intervinientes en un acometimiento tumultuario producido durante la noche, el resultado de la diligencia policial *saltó* por encima de la instrucción, directamente al juicio oral, para allí constituirse en *prueba* de cargo. Es verdad que en la resolución se atribuye tal condición a la ratificación, meramente ritual y sin posibilidad de contrastación efectiva, en el acto de la vista. Pero lo cierto es que *la formación de la prueba como tal* se produjo en comisaría y en condiciones que se supone regulares pero cuyas reales circunstancias no constan. Se dice en la resolución que no pueden presumirse irregularidades en

la realización de la diligencia^[96], pero la verdadera irregularidad, suficientemente acreditada, está en la sobrevaloración *contra reo* de esa actuación policial en un patente vacío de datos acerca del *modus operandi* de quienes, unilateralmente y en una sede administrativa, la llevaron a efecto. Máxime tratándose como se trataba de una identificación fotográfica de personas implicadas en una acción violenta, producida en horas nocturnas, diligencia de muy alto riesgo de «falsos positivos», que si algo exigía era una cuidadosa posterior (y auténtica) rueda de reconocimiento judicial con intervención de las defensas, que no llegó a producirse^[97]. Y que, por otra parte, es, justa-

[96] En, al menos, una sentencia de la Sala Segunda de este siglo, el cuestionamiento de la atribución de validez probatoria de cargo a alguna actuación policial, por su sola ratificación ritual en el juicio, fue estigmatizado de «inaceptable *presunción* de generalizado *perjurio*»; desplazando así, tendenciosamente, al plano de la ética lo que es, pura y simplemente, una elemental cuestión de método, implícita en el constitucional principio de presunción de inocencia. En efecto, pues este sitúa la duda, por sistema, en el punto de partida del enjuiciamiento. Un efecto de lo que Eberhard Schmidt califica de «gran idea del estado de derecho», que, afirma, «desconfía de sí mismo y por eso reprime y compromete su poder» (en *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. cast. de J. M. Núñez, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 24). Una desconfianza, puede añadirse, que cuenta con el mayor fundamento cuando ese poder se ejerce directamente sobre las personas, en intervenciones carentes de transparencia.

[97] Al respecto, siguen siendo de gran valor las observaciones de François Gorphe (*La crítica del testimonio*, cit.) sobre la prudencia con la que han tomarse las identificaciones de los agresores por parte de las víctimas de acciones violentas, cuyas «percep-

mente, lo *querido* por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que aquí no se dio.

Hay, en fin, otro uso particularmente *revalorizador* del atestado con fines directamente probatorios (suscitado en causas por delitos de terrorismo), del que merece la pena dejar constancia. Es el consistente en atribuir carácter *técnico* a la información procedente de los archivos policiales, dotándola así de la calidad de «*pericial de inteligencia policial*»^[98], con

ciones cinéticas —dice el autor— son esencialmente lacunarias. La imagen de un objeto [obviamente, también de un sujeto] en movimiento es la resultante de una serie de imágenes parciales de movimiento. Esta serie es generalmente incompleta, y son la imaginación o el razonamiento quienes suplen esas lagunas» (pp. 209-210). También: «cuando la emoción deviene violenta se altera toda la percepción; no puede formarse más que de impresiones afectivas, revestidas de algunos restos de imágenes, que la imaginación tiene buen cuidado de completar en detrimento de la verdad objetiva» (p. 262). Margarita Diges y Nieves Pérez-Mata advierten de que «en condiciones elevadas de estrés durante el suceso (ya sea porque es violento, amenazante, o porque la víctima lo vive de manera estresante) es razonable esperar que el rendimiento de la memoria se vea seriamente deteriorado y, por ello, hay que ser extremadamente cautelosos a la hora de valorar la actuación de la víctima». Señalan incluso que existen datos experimentales indicativos de que la incidencia de un estrés alto puede dar lugar a un porcentaje de error del 68 %, frente al 12% cuando el estrés es bajo (en «La prueba de identificación desde la psicología del testimonio», en Varios Autores, *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, con prólogo de P. Andrés Ibáñez, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 48-50).

[98] Cfr. al respecto, por todas, las sentencias de la Sala Segunda de n.º 786/2003, 783/2007 y 134/2016. Para una aproximación crítica al asunto con cierto detalle, remito al voto particular a la sentencia de la misma sala de n.º 710/2007,

objeto de reforzar su valor. Un calificativo ciertamente pintoresco, e incluso un tanto chusco ya en la denominación, si se considera que el perito, por principio, aportaría al juzgador algo de lo que este, por sí mismo, carece, por ser ajeno a su propio bagaje. Y cuando resulta que en supuestos de esta índole lo suministrado es, por ejemplo, información acerca del *modus operandi* o de las prácticas de algunos sujetos, perteneciente, por tanto, al género del común saber empírico, como lo es aquella sobre la que los tribunales deciden por sí mismos todos los días. No hay duda de que los agentes policiales de que se trata, por razón de su dedicación, dispondrán de *más* datos. Pero tal hecho (cuantitativo) no cambia la naturaleza de estos, no los *tecnifica*, ni los convierte en un saber de otra clase, *cualitativamente* distinto. Es verdad que en apoyo de la validez de esta prueba como tal se ha argumentado con el art. 335,1 de la Ley de E. Civil, que habla de conocimientos de carácter «práctico». Pero es obvio que, para que estos pueden ser considerados objeto de una auténtica pericia, tendrían que estar connotados de un particular grado de sofisticación o de especialidad capaz de inducir en ellos el necesario cambio de cualidad. Algo que no suele ocurrir, pues lo que generalmente se da es la mecánica atribución del calificativo de «*pericial de inteligencia*» al traslado al proceso penal de informaciones de procedencia policial dotadas de un cierto grado de generalidad y no

directamente atinentes a las vicisitudes de la causa de que se trata.

10. A propósito de la motivación de la valoración probatoria

Como escribiera Julio Maier, es necesario que la sentencia sea un documento autosuficiente^[99] en el plano de la justificación. Lo que, dicho de otro modo, requiere que el juego del principio de contradicción en el juicio oral y, en su caso, en otros momentos relevantes de la causa, tenga expresión bastante en el cuerpo de la misma. Porque el deber de motivar la sentencia, muy en particular, en lo relativo al tratamiento de la prueba y la fijación de los hechos, cumple un papel esencial y una función vertebradora de todo el curso de la actividad del juzgador como proceder racional. Me refiero al deber de motivar cabalmente entendido, esto es, considerado en su doble dimensión: la que, en una proyección *ex ante*, le obliga a controlar su discurso, para mantenerlo dentro de lo motivable, y la que, en una perspectiva *ex post* y *ad extra*, le impone dejar constancia argumentada, suficiente del *iter* lógico de la decisión.

[99] Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, vol. I, p. 871.

No hará falta extenderse en mayores consideraciones para concluir que un criterio del género del imperante en la apreciación de las pruebas personales, que es como decir, de las pruebas en general, aquí cuestionado, solo puede tener graves consecuencias para la práctica del deber de motivar las resoluciones^[100]. En efecto, pues ocurre que, en la asunción jurisprudencial de ese tratamiento intuitivo o *sensitivo* del material probatorio, sobre el que aquí se ha discurrido críticamente, va implícito un (nada modélico) modelo de juez. El *oracular* que se ha visto, que, una vez empujado por la pendiente de la irracionalidad en una parte relevantísima de su quehacer, será difícil, si no imposible evitar que tal actitud tiña todo su modo de operar en la formación y la expresión de la *ratio decidendi* de sus resoluciones. Más aún cuando, todavía hoy, existe una jurisprudencia reiterada peligrosamente trivializadora de la significación del deber de motivar^[101], en

[100] Además, porque el modo de concebir el imperativo del art. 120,3 de la Constitución por parte de la jurisprudencia, puede muy bien calificarse de demediado, ya que se limita a su consideración exclusiva en la segunda de sus aludidas dos vertientes, con la inevitable pérdida de eficacia.

[101] Esta se hace especialmente patente en el caso de las sentencias absolutorias, en el que una jurisprudencia de la Sala Segunda de vieja data pero que llega hasta este mismo momento, viene reiterando que «para considerar suficientemente justificada una absolución debe bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación». Cuando sucede que lo que el tribunal de instancia tendrá que expresar,

el sentido de que puede bastar «una fundamentación escueta e incluso una motivación por remisión, porque la Constitución no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión», que cuenta con el aval del Tribunal Constitucional. Algo solo cierto si lo que quiere decirse es que el justiciable carece del derecho a reclamar un cierto número de folios, pues sí está constitucionalmente autorizado a esperar que la justificación *se extienda* a todos los aspectos relevantes de la decisión, de modo que esta carezca de *agujeros negros*. Porque, como recuerda Igartua Salaverría, «la motivación debe acompañar [...] a todas las opciones que directa/indirectamente y total/parcialmente pueden inclinar el fiel de la balanza hacia un lado o hacia el otro»^[102].

En materia de motivación de las sentencias penales, no hay duda de que, en España, el deber consagrado por el art. 120,3 de la Constitución ha sido progresivamente asumido por jueces y tribunales, poniendo así fin, en medida no despreciable, al viejo decisionismo inmotivado de tanto

para dotar de justificación suficiente a una decisión de esta clase, es *el porqué*, de esa duda, su valoración de las aportaciones probatorias aptas para dar *razón* de ella. Que, para que resulte epistémica y jurídicamente aceptable, habrá de estar dotada de la imprescindible transparencia.

^[102] Juan Igartua Salaverría, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 98.

arraigo. Pero, no obstante, hay que decir que el modo de operar en la materia presenta frecuentes deficiencias de método. En concreto, en lo que me consta, son raras las resoluciones que incorporan una expresión bien articulada y suficiente del cuadro probatorio, con la identificación de las fuentes de prueba y de los elementos aportados por cada una de ellas, como paso previo a entrar en la valoración, primero, analítica y, después, de síntesis de estos. Lo más corriente, diría, es tratar de forma no lo bastante diferenciada de la valoración del material probatorio y de la *quaestio iuris*, con la tendencia a incurrir en reducciones juricistas en la apreciación del primero. Y no es infrecuente que el examen de la *quaestio facti* se deje para el momento de discurrir sobre la autoría, cuando se entiende acreditada, con el también alto riesgo de preterir o sesgar la consideración de la prueba de la defensa.

Como muy bien ha escrito Iacoviello, «sin motivación no hay jurisdicción»^[103]. Una razón poderosísima para que la práctica —teórica y técnicamente bien fundada e intelectualmente honesta— de esta, muy en particular en lo tocante a la *quaestio facti*, sea consciente objeto de preocupación, tanto para quienes se dedican al ejercicio de la jurisdicción como para los encargados de velar por la formación

[103] F. Iacoviello, *La motivación*, cit., p. 27.

de estos. Pero creo poder afirmar, con buen fundamento, que se trata de un asunto gravemente desatendido entre nosotros, desde luego, en la formación inicial. En efecto, pues en el vigente programa de ingreso en la judicatura, todo lo que se dedica a la motivación de la sentencia es uno de los cinco epígrafes de un tema de derecho procesal civil y una novena parte de otro de derecho procesal penal^[104]; y a la valoración de la prueba un octavo de uno de los temas de cada una de esas disciplinas, que tratan de la materia probatoria. Y adviértase que son temas connotados por un marcado esquematismo y carentes de rigor conceptual, en cuanto concebidos para ser memorizados y expuestos a toda velocidad, en un tiempo de doce minutos. A lo que hay que añadir que el *Plan docente de formación inicial*^[105], después de afirmar que «las juezas/ces deben poseer un profundo conocimiento sobre las instituciones jurídicas que conforman la base de su trabajo», dice que «el juez/a en prácticas, cuando se incorpora a la Escuela Judicial, posee [ya] dichos conocimientos desde una perspectiva

[104] Por cierto, en las *Contestaciones* a las que se ha hecho referencia en la nota 52, a propósito de la motivación de la sentencia penal, se lee que «no exige una respuesta pormenorizada a cada una de las alegaciones de las partes, sino que bastaría que el juez exprese las razones jurídicas» (!).

[105] Publicado por el Consejo General del Poder Judicial para el curso de la Escuela Judicial de 2022-2023.

eminentemente teórica». Lo que claramente sugiere que la enseñanza a impartir en ese centro será de carácter eminentemente práctico, con el efecto de que la resultante sea una práctica sin el sustento de una buena teoría, con materialización del riesgo del que advirtió Beceña, hace ahora casi un siglo, cuando escribió que «el conocimiento del rito, sin compensarlo con una formación fuertemente teórica y de principios, inclinará siempre a los jueces en el sentido de una justicia formalista y ritual»^[106]

En fin, en lineal coherencia con este planteamiento de base, es constatable, tanto en el programa rector de las pruebas de acceso como en el *Plan docente*, una llamativa falta de consideración de la dimensión epistémica del enjuiciamiento^[107]. Lo propio —no importa insistir— de una idea de jurisdicción basada en la libre convicción como *intime conviction* que, por eso, justifica la ausencia del tratamiento de la inducción probatoria como tal^[108]. En efec-

^[106] Francisco Beceña, *Magistratura y justicia*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, p. 306.

^[107] De ella me he ocupado de manera específica en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 229 ss.

^[108] La valoración de la prueba, en el tema 24 de los de Derecho Procesal Civil, es uno de los nueve enunciados a desarrollar en un tiempo de doce minutos; y ni siquiera figura como tal en el temario de Derecho Procesal Penal. Esto, cuando la materia, que es central en el ejercicio de la jurisdicción, ha adquirido

to, ya que esta no juega ningún papel en una apreciación de la prueba y la construcción de los hechos probados, regida por el más tópico e irracional concepto de inmediación

De todo lo expuesto se sigue que el profesional que sale de ese centro para ejercer la función jurisdiccional, estará seguramente aquejado de un paradójico déficit formativo en materia tan central como la propia de la decisión.

un reconocimiento y un relieve científico del que dan cuenta, por ejemplo, obras como las citada de Ferrajoli y Taruffo. O las de Igartua Salaverría, Gascón Abellán o González Lagier, entre otras, en nuestra literatura.

NOTAS SOBRE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, RACIONALIDAD Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Daniel GONZÁLEZ LAGIER

SUMARIO: –1. Prueba y argumentación. –2. Explicar y justificar. –3. Estructura y tipos de inferencias probatorias. –4. Los criterios de valoración de la prueba como criterios de corrección de la inferencia probatoria.

1. Prueba y argumentación

En estas líneas propondré un enfoque argumentativo de la valoración de la prueba. Desde este punto de vista, valorar la prueba consiste en (a) la construcción de un razonamiento, argumento o inferencia (al que llamaré “inferencia probatoria”) que, partiendo del conjunto de los datos probatorios o elementos de juicio, trata de establecer la hipótesis acerca de si ocurrieron, y cómo, los hechos que se enjuician; y (b) en la determinación del grado de “solidez” o corrección de esta inferencia.

La valoración de la prueba es el núcleo central del razonamiento probatorio; sin embargo,

no es un tipo de argumento exclusivo de la actividad jurídica, sino común (aunque con ciertas peculiaridades) con muchos otros ámbitos, tanto científicos como cotidianos. Determinar si ciertos hechos históricos ocurrieron de una manera u otra, qué es lo que causó determinado fenómeno natural o, simplemente, por qué supusimos que fue nuestro amigo Pedro el que nos llamó mientras estábamos ausentes son ejemplos de este razonamiento (que, además, tiene una estrecha similitud con la predicción y la explicación de eventos).

Probablemente, las inferencias probatorias más famosas son las que el escritor Arthur Conan Doyle pone en boca de su detective, Sherlock Holmes. Por ejemplo, en *Estudio en escarlata* Holmes deja asombrado a su recién conocido Watson al concluir que ha llegado de Afganistán con el siguiente argumento:

“He aquí a un caballero que responde al tipo de hombre de medicina, pero que tiene un aire marcial. Es, por consiguiente, un médico militar con toda evidencia. Acaba de llegar de países tropicales, porque su cara es de un fuerte color oscuro, color que no es el natural de su cutis, porque sus muñecas son blancas. Ha pasado por sufrimientos y enfermedad, como lo pregona su cara macilenta. ha sufrido una herida en el brazo izquierdo. lo mantiene

rígido y de una manera forzada... ¿En qué país tropical ha podido un médico del ejército inglés pasar por duros sufrimientos y resultar herido en un brazo? Evidentemente, en el Afganistán”.

En la misma novela Sherlock Holmes le explica a Watson en qué consiste este tipo de inferencias:

“El gran factor, cuando se trata de resolver un problema de esta clase, es la capacidad para razonar hacia atrás. Esta es una cualidad muy útil y muy fácil, pero la gente no se ejercita mucho en ella. En las tareas corrientes de la vida cotidiana resulta de mayor utilidad el razonar hacia adelante, y por eso se la desatiende. Por cada persona que sabe analizar, hay cincuenta que saben razonar por síntesis. —Confieso que no le comprendo —le dije. —No esperaba que me comprendiese. Veamos si puedo plantearlo de manera más clara. Son muchas las personas que, si usted les describe una serie de hechos, le anunciarán cuál va a ser el resultado. Son capaces de coordinar en su cerebro los hechos, y deducir que han de tener una consecuencia determinada. Sin embargo, son pocas las personas que, diciéndoles usted el resultado, son capaces de extraer de lo más hondo de su propia

conciencia los pasos que condujeron a ese resultado. A esta facultad me refiero cuando hablo de razonar hacia atrás; es decir, analíticamente.”

El razonamiento que realizan los jueces para dar por probados determinados hechos es también un razonamiento que va desde unos hechos que se asumen como conocidos hacia otros que son desconocidos o puestos en duda y que deben ser descubiertos o “probados”.

Como puede verse en los ejemplos anteriores, un argumento, razonamiento o inferencia es un conjunto de enunciados (a los que se les suele llamar premisas) que expresan razones en apoyo de una determinada pretensión (a la que se le suele llamar conclusión)^[1]. En el caso de los argumentos probatorios, las premisas refieren a los elementos de juicio que tomamos como pruebas y la conclusión a la hipótesis fáctica que tratamos de justificar^[2]. En el ejemplo anterior podemos distinguir entre la conclusión (el hecho probado): “Watson ha servido en Afganistán”, y las razones (“he aquí

[1] Para una profundización en la teoría de la argumentación jurídica, véase Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*, UNAM, México, 2005 y *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2019.

[2] D. González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, vol. I, Palestra, Lima, 2022, Cap. II.

un caballero que responde al tipo de hombre de medicina...”, “su cara es de un fuerte color oscuro”, etc.).

Es fundamental distinguir un argumento o inferencia de una mera opinión. En una mera opinión no se aportan razones, sino que simplemente se expresa una creencia del sujeto. Esa opinión puede ser correcta o no, pero si no es la conclusión de un argumento su justificación no queda demostrada. Para que haya un argumento es esencial que esa creencia se trate de justificar alegando razones.

Los siguientes son ejemplos de argumentos:

- a) “El hombre desea vivir en sociedad (premisa); por lo tanto, debe renunciar a una parte del bien privado en pro del bien público (conclusión)” (Marqués de Sade).
- b) “El artículo 15 de la Constitución Española (‘Todos tienen derecho a la vida’) se refiere a ‘todos los nacidos’ (conclusión), porque si no fuera así se estaría asumiendo un sentido demasiado amplio de la palabra ‘vida’ (premisa)”.

Y los siguientes son ejemplos de meras opiniones:

- a) “Estoy convencido de que la turbulencia, así como toda otra mala índole de esta

mala época, no es propia de las clases inferiores, sino de las medias: esas clases medias que estamos acostumbrados a elogiar”.

- b) “El artículo 15 de la Constitución Española (‘Todos tienen derecho a la vida’) se refiere a ‘todos los nacidos’”.

En estos últimos ejemplos no cabe distinguir entre aquello que se pretende sostener (la conclusión) y las razones que lo apoyan (premisas). En el caso de la prueba, una mera descripción acerca de cómo supuestamente ocurrieron los hechos del caso, no respaldada por razones (las pruebas), no es (por sí solo) un argumento.

2. *Explicar y justificar*

Los argumentos son una herramienta de justificación de las decisiones y opiniones (y la inferencia probatoria, una herramienta de justificación de las hipótesis fácticas). Pero ¿qué es justificar? Es importante evitar confundir la justificación de una decisión con su explicación^[3]. Explicar es responder a la pregunta “¿por qué?”. Explicar una decisión consiste en indicar las circunstancias, causas, motivos, etc.

^[3] Jordi Ferrer, «Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales», *Isonomía*, núm. 34, 2011.

que permiten responder a la pregunta acerca de “¿por qué se ha tomado la decisión x?” (o “¿por qué se opina x?”). Justificar, por el contrario, es contestar a la pregunta “¿es correcto x?”^[4]. A la hora de determinar si una decisión está justificada no nos interesa una mera explicación o descripción de las razones que, de hecho, causaron la decisión de un sujeto^[5], sino una evaluación de si las razones que él alega (argumenta) en defensa de su decisión son las correctas. Los motivos o razones que explican una decisión pueden no coincidir con las razones que se alegan para justificarla (aunque también pueden coincidir, y podría pensarse que es lo deseable en el caso de las decisiones judiciales). Es un error considerar que para la motivación de las decisiones judiciales basta simplemente con describir el “iter mental” de la autoridad judicial que toma la decisión (sea ésta cual sea). La justificación de la decisión requiere mostrar que la decisión está respaldada por un argumento correcto. La inferencia probatoria trata de aportar razones justificativas, no razones explicativas.

[4] Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 4 ss.

[5] Aunque pueden ser relevantes para evaluar al decisor.

3. *Estructura y tipos de inferencias probatorias*

Como hemos visto, la inferencia probatoria consiste en correlacionar dos tipos de hechos (o enunciados sobre hechos): los hechos que queremos probar y los hechos que usamos para probarlos (los elementos de juicio). Por tanto, este argumento se compone de un conjunto de premisas (los elementos de juicio o pruebas), una conclusión (la hipótesis sobre los hechos que queremos probar) y una conexión o enlace entre las premisas y la hipótesis^[6]:

Enlace
Pruebas ———> Hipótesis

Sin embargo, aunque todas las inferencias probatorias tienen la misma estructura, podemos distinguir, dependiendo de su enlace, tres tipos de inferencias en relación con los hechos de un caso^[7]

(1) *Inferencias probatorias “empíricas” (o “en sentido estricto”)*: En éstas el enlace es

[6] J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Comares, Granada, 2001, p. 15.

[7] D. González Lagier, «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2020, pp. 80 ss.

un enunciado que expresa una generalización empírica. Las generalizaciones empíricas que cumplen esta función de enlace tienen dos características básicas: a) son (es decir, siempre se pueden expresar como) enunciados condicionales con la forma “Si p , entonces probablemente q ”, esto es, enunciados que establecen que existe una correlación entre dos tipos de hechos, de manera que si encontramos un hecho del primer tipo (p), es probable que haya ocurrido o vaya a ocurrir un hecho del segundo tipo (q); b) estas generalizaciones se obtienen a partir de la observación de que, en un cierto número determinado de casos anteriores, hechos como p son seguidos de hechos como q , es decir, tienen una justificación empírica.

Veamos algún ejemplo:

Ejemplo 1:

- 1) El acusado fue detenido en las cercanías de la vivienda donde se cometió el robo, poco después del momento del mismo, llevando los objetos sustraídos en dicha vivienda y portando una palanca metálica (elementos de juicio).
- 2) Si alguien es sorprendido en el sitio del suceso o sus cercanías, en un tiempo inmediato al hecho, portando especies o efectos del delito y/o elementos necesarios para cometerlo, probablemente es el

autor del delito (enlace: generalización empírica).

- 3) El acusado es el autor del delito (hipótesis).

Ejemplo 2:

- 1) Se encontró en el registro de la vivienda del acusado 1 gramo, 810 miligramos de cocaína. La identificación del sujeto se había hecho a partir de las manifestaciones ante la policía de otra persona a la que se le había intervenido previamente cierta cantidad de droga, sin que dichas manifestaciones fueran posteriormente ratificadas, ni en la fase instructora ni en el juicio oral (elementos de juicio).
- 2) Si alguien a quien se le ha encontrado una cantidad significativa de droga acusa a otro de habérsela vendido y esa acusación no es ratificada posteriormente, probablemente es una acusación falsa para desviar la investigación policial (enlace: generalización empírica).
- 3) El acusado probablemente no traficaba con droga (hipótesis).

Tanto en el ejemplo 1 como en el 2, las generalizaciones empíricas son conclusiones a las que ha llegado el juez a partir de su experiencia profesional, pero el concepto de “generalización empírica” es muy amplio, y puede

incluir también las generalizaciones basadas en experiencias cotidianas (no profesionales) e, incluso, el conocimiento científico (que también puede verse en última instancia, al menos en muchos casos, como un conjunto de generalizaciones que pretenden describir regularidades con las que explicar el mundo). Los juristas se refieren a algunos de estos tipos de generalizaciones como “máximas de experiencia”. Las máximas de experiencia y los conocimientos científicos son esenciales para la prueba de los hechos, pero es importante que se trate de generalizaciones correctas, esto es, justificadas. Una generalización empírica está justificada si es la conclusión de una inducción ampliativa bien hecha^[8].

b) *Inferencias probatorias “normativas”*: En algunas ocasiones, el enlace está constituido por normas o reglas dirigidas al juez que le obligan a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos. Se trata de enunciados normativos cuya forma es “Si p, entonces debe darse por probado q”. A diferencia de las generalizaciones empíricas, se trata de normas y no de enunciados verdaderos o falsos. Aunque a veces se les llama

[8] Sobre la relevancia y el papel de las máximas de experiencia en el razonamiento del juez véase P. Andrés Ibáñez, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa*, vol. 12, 1992, pp. 286 y ss.

“presunciones legales”, en realidad pueden proceder de otras fuentes normativas (ley, jurisprudencia, costumbre, etc.). Dado su carácter normativo, son de obligada consideración por el juez. Podemos llamar a estos enunciados “reglas de presunción” o “presunciones normativas”. Estas presunciones predeterminan el resultado de la valoración de la prueba que realiza el juez: Si se dan ciertos elementos de juicio (el hecho base), entonces el juez debe aceptar ciertos hechos como probados (el “hecho consecuencia”), salvo prueba en contrario (si la presunción la admite). Por ello, mientras las inferencias probatorias que hemos llamado empíricas se corresponden con una libre valoración del juez, las inferencias probatorias normativas se corresponden con una valoración tasada o cerrada (aunque no completamente, porque habrá que determinar si el hecho base se ha producido o no y si hay prueba en contrario).

Ejemplo 1:

- 1) Los sujetos x e y (padre e hijo) fallecieron en el mismo accidente automovilístico y no consta quién falleció primero (elementos de juicio).
- 2) “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas haya muerto primero (...), a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo”

(presunción legal establecida en el artículo 33 Código Civil español).

- 3) x e y fallecieron al mismo tiempo (hecho probado).

Ejemplo 2:

- 1) Se encontró en el registro de la vivienda del acusado 7 gramos de cocaína.
- 2) Si se posee una cantidad de cocaína superior a 5 gr., se presume la intención de traficar con ella (presunción establecida jurisprudencialmente).
- 3) El acusado poseía la cocaína con la intención de traficar con ella.

Hemos dicho que las generalizaciones empíricas se justifican en un razonamiento (una inducción ampliativa) que parte de la observación de casos particulares e infiere a partir de ellos una asociación regular entre ciertos tipos de hechos. ¿Qué es lo que justifica una presunción? Si nos fijamos en los dos ejemplos anteriores, nos encontramos con dos tipos de justificación o fundamento de las presunciones. Algunas presunciones (como la del ejemplo 2) tienen como fundamento la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso son normas cuyo fundamento último es una generalización empírica): la presunción que establece que si se posee una cantidad de droga notoria se debe presumir (dar por probado) que

se posee para traficar con ella no es arbitraria, sino que se basa en una generalización que supone que la posesión de una cantidad que se estima demasiado elevada para el autoconsumo probablemente está destinada a su distribución. Si estas generalizaciones y máximas de experiencia se han “volcado” en normas jurídicas es en buena parte porque la autoridad normativa ha asumido que, en ocasiones, dada la dificultad de probar determinados hechos, se hace conveniente una uniformidad de criterios que tiendan en conjunto y a largo plazo a un número total de errores menor que el que produciría en esos casos una libre valoración de las pruebas.

En otros casos, las presunciones no parecen tener una generalización empírica subyacente, sino que su propósito es la protección de algún valor o principio que se considera relevante (por ejemplo, el de seguridad, el de protección de los intereses de la parte más débil, etc.). Es lo que ocurre en el ejemplo 1: no parece que haya una mayor probabilidad de que las personas que fallecen en un mismo accidente lo hagan en el mismo momento que de lo contrario, sin embargo, es necesario (por seguridad o certeza jurídica) alguna regla que permita salir del estado de indecisión. Lo mismo ocurre con la presunción que incluyen algunos ordenamientos jurídicos (que, además, no suele admitir prueba en contrario) según la cual si se

mantiene relaciones sexuales con un menor de 13 años (la edad puede variar, obviamente), se presume que no fueron consentidas: esta presunción no tiene una generalización empírica subyacente ni pretende averiguar si realmente hubo consentimiento o no, sino la protección de la integridad sexual de los menores. Una presunción de este tipo estará justificada, por tanto, no porque permita minimizar el riesgo de error, sino porque se considere un modo eficaz de proteger un derecho o un bien jurídico^[9].

c) *Inferencias probatorias “conceptuales” o “interpretativas”*: Por último, en el ámbito del razonamiento sobre hechos nos podemos encontrar con inferencias que, a partir de ciertos elementos de juicio, califican o interpretan un hecho bruto (esto es, un hecho tal como ocurre en la naturaleza, antes de ser “procesado” por nuestro entendimiento) como un caso de uno u otro tipo de hecho. En estos casos, la función de enlace la realiza una definición, teoría o regla conceptual. Estas definiciones establecen que los hechos del tipo de los descritos en las premisas de la inferencia “cuentan como” (esto es, son subsumibles en) una cierta categoría de hechos (una acción, una intención, una relación

^[9] Sobre las presunciones, en general, puede verse Josep Aguiló, «Las presunciones en el Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXIV, 2018.

causal, etc.)^[10]. Lo que está en juego en este razonamiento no es tanto si ocurrió o no un determinado hecho, sino su “interpretación”, es decir, su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos. Por ello, podría cuestionarse que se considere un tipo de argumento “probatorio” pero, al fin y al cabo, decimos cosas como que “ha quedado probado que el sujeto actuó intencionalmente” o “no ha quedado probado que su omisión causara realmente algún daño”, donde que los hechos se califiquen de “intencional”, “omisión” o “causa” depende de este tipo de inferencias. Veamos algún ejemplo:

Ejemplo 1:

- 1) Todo aquél que contrajo el síndrome tóxico había consumido aceite de colza adulterado, pero no todos los que consumieron aceite de colza adulterado contrajeron el síndrome tóxico, esto es, el aceite de colza adulterado era condición necesaria, pero no suficiente, del síndrome tóxico (elementos de juicio).

^[10] D. González Lagier, «Hechos y conceptos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007. Sobre los conceptos en el Derecho puede verse José Juan Moreso, «La construcción de los conceptos en la ciencia del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995.

- 2) Cuando un hecho es condición necesaria (aunque no sea necesaria y suficiente) de otro, el primero es causa del segundo (definición).
- 3) El aceite de colza adulterado causó el síndrome tóxico (hecho probado).

Ejemplo 2:

- 1) El acusado era conocedor del peligro que su acción generaba para la vida de la víctima y aun así actuó.
- 2) Actúa intencionalmente quien realiza una acción conociendo las consecuencias probables de la misma, aunque no fueran el objetivo directo con el que se realizó la acción.
- 3) El acusado mató a la víctima intencionalmente.

La necesidad de tener en cuenta este tipo de inferencias deriva de que el razonamiento jurídico rara vez opera sobre “hechos brutos”, sino sobre “hechos interpretados”. Prácticamente todos los enunciados que son objeto de la prueba presuponen interpretaciones. El Derecho no sanciona el hecho de que alguien haya flexionado un dedo, sino que lo haya hecho en circunstancias que implican haber presionado el gatillo de una pistola disparándola y, de haberlo hecho de manera que “cuenta como” haber realizado intencionalmente la acción de

matar a una persona. Pero “acción” e “intencionalmente” requieren asumir ciertos conceptos, que pueden resultar en ocasiones problemáticos y controvertidos. Sin establecer si al flexionar el dedo hubo acción (descartando que fuera una contracción muscular involuntaria, por ejemplo), y sin determinar si el sujeto causó la muerte de una persona intencionalmente (y no por error, por ejemplo creyendo que era una pistola de juguete), no es posible realizar la calificación jurídica de ese hecho (la subsunción en el supuesto de hecho de la norma) como homicidio doloso, de manera que lo que aquí hemos llamado “interpretación” es un paso previo (que se puede considerar todavía dentro de la etapa de “prueba”). Todo esto, por cierto, hace que las cuestiones conceptuales (las teorías y el análisis conceptual) sean de enorme relevancia práctica para la prueba, por lo que hay que plantearse cuáles son los criterios de corrección de las definiciones y reglas conceptuales: si las generalizaciones empíricas se fundamentan en los casos reales a partir de los que se realiza la inducción, y las presunciones se fundamentan bien en generalizaciones empíricas o bien en los valores que pretenden proteger, ¿qué es lo que fundamenta una definición? ¿qué es lo que nos permite decir -por ejemplo- que la definición de intención como deseo de conseguir un objetivo no es adecuada y es mejor definirla como el conocimiento de la probabilidad del resultado de la acción?

Para responder a esta pregunta hay que entender que los conceptos son herramientas para una determinada finalidad. En el caso del Derecho, esta finalidad es resolver los conflictos, guiar la conducta, adscribir responsabilidad, etc. Por ello, en el contexto del Derecho, conceptos relativos a tipos de hechos (como los de “acción”, “intención”, “omisión”, “causalidad”, “emoción”, etc.) están supeditados (al menos) a dos requisitos: por un lado, no deben apartarse demasiado del sentido que tienen en el lenguaje ordinario (deben ser reconocibles por cualquier hablante competente) y, por otro lado, deben ser adecuados para resolver los casos o adscribir responsabilidad de una manera razonable de acuerdo con los valores y bienes jurídicos a los que está orientado el ordenamiento jurídico. Es fácil observar que en las discusiones de la dogmática jurídica se tiene en cuenta este segundo criterio, por ejemplo, cuando los penalistas optan por un sentido de “acción intencional” como “acción realizada con conocimiento de las consecuencias lesivas que se producirán” (es decir, poniendo el acento en el aspecto cognoscitivo más que en el volitivo) porque, en caso contrario, no se puede considerar que quien pone una bomba en un coche para matar a un ministro, sabiendo que también morirá el conductor necesariamente, mata intencionalmente al conductor (lo que resultaría en una adscripción de responsabilidad que parecería inadecuada).

En definitiva, la “inferencia probatoria” tiene siempre la siguiente estructura:

Generalizaciones empíricas presunciones definiciones:
Hechos probatorios o elementos de juicio ———>
Hechos a probar o hipótesis del caso

Es importante resaltar que, de los tres tipos de inferencia probatoria, la que hemos llamado inferencia probatoria empírica (o en sentido estricto) tiene prioridad lógica frente a las otras dos, en el sentido de que los otros tipos de inferencia la presuponen. Supongamos que hemos de aplicar una presunción de acuerdo con la cual “Si se posee una cantidad de cocaína superior a 5 gr., se presume la intención de traficar con ella”. Para poder aplicarla es necesario que se pruebe que el acusado tenía una cantidad de cocaína superior a 5 gr., y esto ya no se podrá establecer por medio de una norma de presunción, sino de acuerdo con una inferencia probatoria en sentido estricto. Lo mismo ocurre si se trata de usar una definición como enlace entre los elementos de juicio y la hipótesis: el hecho base de esa definición deberá establecerse, en última instancia, por medio de una inferencia probatoria en sentido estricto.

Además, es evidente que el tipo de razonamiento que llamamos valoración de la prueba se da sólo a propósito de la inferencia probatoria empírica. En el caso de las inferencias

probatorias normativas la valoración (entendida como el paso de los elementos de juicio a la hipótesis) ya viene predeterminada en la regla (y las inferencias interpretativas plantean problemas distintos de los que se discuten como “valoración” de la prueba). Es, pues, en los casos en los que el juez es libre para examinar si los elementos de juicio permiten avalar la hipótesis, y en qué grado, en los que hablamos con propiedad de valoración de la prueba. En lo que sigue nos centraremos específicamente en la inferencia probatoria en sentido estricto.

4. Los criterios de valoración de la prueba como criterios de corrección de la inferencia probatoria

¿Con qué criterios contamos para determinar el grado de solidez de una inferencia probatoria y de confirmación de una hipótesis? Superados tanto los sistemas de prueba legalmente tasada como de “íntima convicción” (aunque quizá no aún en todas sus consecuencias o manifestaciones), entendida como valoración no sujeta a reglas de ningún tipo (ni siquiera a criterios de racionalidad), es importante contar con criterios para una evaluación racional de la inferencia probatoria^[11]. Estos son los criterios de racionalidad epistemológica o cognoscitiva, esto es, los

[11] P. Andrés Ibáñez, «Acerca de la motivación», cit., pp. 277 ss.

criterios que permiten establecer si una creencia está más o menos justificada. La hipótesis fáctica será más o menos sólida (y, por tanto, su grado de confirmación será mayor o menor) en función de que se cumplan más o menos criterios de racionalidad y el grado en que cada uno de ellos se satisfaga. En lo que sigue, propondré varias reglas basadas en estos criterios.

Recordemos que en el esquema que hemos visto de la inferencia probatoria distinguíamos entre los hechos probatorios, el enlace (las generalizaciones empíricas) y la hipótesis, de manera que para la exposición de estas reglas o criterios podemos distinguir entre (a) reglas o criterios acerca de los hechos probatorios, (b) reglas o criterios acerca de la garantía y (c) reglas o criterios acerca de la hipótesis del caso.

A. Criterios acerca de los hechos probatorios.

(1) Cantidad: *Cuanto más elementos de juicio tengamos a favor de una hipótesis, mejor confirmada estará ésta.*

Es evidente que, cuantos más hechos “apunten” en dirección a la hipótesis que queremos probar, apoyándola, más seguridad tendremos acerca de su corrección^[12]. Los filósofos también

[12] P. Andrés Ibáñez, «Acerca de la motivación», cit., p. 284.

han señalado la importancia de la cantidad del apoyo empírico con el que cuenta una hipótesis. Por ello, desde el punto de vista de la racionalidad epistemológica, no hay razones para limitar el número de pruebas que puedan aportarse (estas razones son más bien de carácter práctico).

(2) Variedad: *Cuanto más variados sean los elementos de juicio (es decir, que añadan información que permita eliminar hipótesis alternativas), mejor confirmada estará la hipótesis.*

Tanto o más importante que la cantidad de pruebas o elementos de juicio, es relevante que se trate de pruebas variadas, entendiendo por tales pruebas que añadan información que permita excluir versiones alternativas de los hechos. Como señala el filósofo Carl Gustav Hempel: “si ya se cuenta con miles de casos confirmatorios, la adición de un dato favorable más aumentará la confirmación, pero poco (...) Hay que precisar esta afirmación, sin embargo. Si los casos anteriores han sido todos ellos obtenidos mediante contrastaciones del mismo tipo, y el nuevo dato, en cambio, es el resultado de un tipo diferente de contrastación, la confirmación de la hipótesis se verá significativamente acrecentada”^[13].

[13] Carl G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, Alianza Editorial, Madrid, 1973, p. 58.

También en la prueba judicial la variedad de los hechos probatorios aumentará la probabilidad de la hipótesis confirmada por ellos. Como señala Jonathan L. Cohen, la importancia de la diversidad de los datos radica en que permite algo que es esencial para dar por confirmada una hipótesis: la eliminación de las hipótesis alternativas con las que entra en competencia^[14]. Supongamos que queremos probar experimentalmente que las abejas distinguen el color azul; para ello, podemos tratar de demostrar una y otra vez que les atrae una fuente teñida de un fuerte color azul. En la repetición de estos experimentos es sumamente relevante ir cambiando la fuente de sitio, porque de esta manera eliminamos la posible explicación alternativa de que el resultado de nuestros experimentos se deba a que las abejas tienen buena memoria espacial, y no a que distingan el azul. Sin embargo, no toda variación es importante (sería irrelevante variar el día de la semana en el que hacemos los experimentos con las abejas), aunque qué divergencias son relevantes y cuáles no es algo relativo a la hipótesis que queremos probar y no puede ser concretado de antemano.

[14] J. L. Cohen, *Introduzione alla filosofie dell'induzione e della probabilità*, Giuffrè, Milán, 1998, cap. V.

El mismo papel parece cumplir la variedad en la prueba jurídica. Si los hechos en contra de un sujeto acusado de tráfico de droga se limitan a numerosas acusaciones de sus vecinos, con los que mantiene desde hace tiempo pésimas relaciones, podría pensarse que la causa de las acusaciones es la animadversión de éstos, pero esta hipótesis alternativa se debilita si además encontramos una balanza de precisión en poder del acusado. Aun así, cabría la posibilidad de que la usara para hacer mediciones relacionadas con alguna afición suya. Pero, de nuevo, la hipótesis alternativa se debilita si encontramos en la balanza restos de cocaína

(3) *Fiabilidad: Cuanto más fiables sean los elementos de juicio (esto es, cuanto mejor fundados estén en otros elementos de juicio e inferencias previas o en observaciones directas o conocimientos sólidos), mejor confirmada estará la hipótesis.*

Uno de los criterios que la epistemología exige para que una hipótesis se considere fundamentada es que los datos a partir de los cuales se infiere la hipótesis sean fiables y precisos. Resulta obvio la importancia que tiene en las ciencias experimentales que los experimentos se hagan con rigor y sean descritos con precisión. En el ámbito de la prueba jurídica, la fiabilidad depende de cómo hayamos llegado a conocer los hechos probatorios: ¿El documen-

to es auténtico? ¿El testimonio es creíble? ¿Las conclusiones del perito son plausibles?, son preguntas referidas a la fiabilidad de los hechos probatorios. La respuesta a estas preguntas depende de los procedimientos de obtención de pruebas y de otros razonamientos (que pueden considerarse parte de la valoración individual de cada prueba).

Los juristas suelen relacionar la fiabilidad de los elementos de juicio con la distinción entre “pruebas” e “indicios” y la distinción correlativa entre “prueba directa” y “prueba indirecta” o “de indicios”. La diferencia entre ambos tipos de prueba se ha caracterizado frecuentemente como sigue: La prueba directa es «aquella en que la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado; la prueba indirecta o indiciaria es aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar»^[15]

[15] Manuel Miranda Estrampes, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 218.

A partir de esta caracterización suele sostenerse que la prueba indirecta es menos fiable (y una especie de “mal menor”) y, por ello, debe estar sujeta a criterios de valoración más estrictos. Es decir, las diferencias serían:

- a) La prueba directa recae sobre el hecho principal, mientras que la prueba indirecta recae sobre hechos circunstanciales.
- b) El hecho principal emerge directamente de la prueba directa, mientras que la prueba de indicios requiere una inferencia desde los hechos circunstanciales al hecho principal.
- c) Consecuentemente, la prueba directa es más fiable que la prueba indirecta.

En mi opinión, sin embargo, la diferencia entre ambos tipos de prueba debe ser muy matizada y considerarse meramente una cuestión de grado, y no una distinción que apunte a una diferencia cualitativa. Por ejemplo, las declaraciones de testigos o las pruebas documentales pueden ser pruebas directas, si apuntan directamente al hecho principal. Si Ticio dice que vio a Cayo golpear a Sempronio, este testimonio se consideraría prueba directa de que Cayo golpeó a Sempronio. Sin embargo, en realidad lo único que ese testimonio prueba directamente es que Ticio *dice* que vio a Cayo golpear a Sempronio. Para concluir a partir de esa declaración que Cayo golpeó realmente a

Sempronio hay que establecer la credibilidad de Ticio (descartar que mienta, que haya construido una versión falsa a partir de recuerdos fragmentarios o que percibiera o interpretara mal lo que vio). Ello exige cierto razonamiento (que puede ser muy complejo) y una serie de inferencias encadenadas, basadas a su vez en regularidades o máximas de experiencia. Es decir, ni en la prueba directa surge directamente la demostración del hecho enjuiciado, ni tal demostración se realiza sin inferencias, ni la estructura de la prueba de indicios es distinta de la de la prueba directa (en ambos casos hay un hecho base, una hipótesis a probar y un enlace)^[16].

Tampoco puede decirse, con carácter general, que la prueba directa es más fiable que la prueba de indicios. Por ejemplo, una prueba directa basada en testigos que presenciaron el hecho enjuiciado pero que son, en realidad, poco fiables puede tener una solidez menor que una prueba de indicios basada en una muestra de ADN (que, sin embargo, se conecta con el hecho enjuiciado a través de un razonamiento con más pasos).

[16] Véase también Carlos Miranda Vázquez, «Prueba directa vs. Prueba indirecta. Un conflicto inexistente», *Doxa*, núm. 38, 2015, pp. 73-100

En definitiva, lo que queda de la distinción es la cuestión de si entre los hechos probatorios y los hechos a probar hay más o menos inferencias que realizar. La regla general es que cuantas más inferencias, menos sólida es la conclusión final^[17], pero esta regla puede verse matizada por otros criterios. En todo caso, se trata de una distinción gradual, y no cualitativa.

(4) Pertinencia y relevancia: *Cuanto más pertinentes sean los elementos de juicio (cuanto mejor relacionados estén con la hipótesis por medio de generalizaciones empíricas fiables), mejor confirmada estará la hipótesis.*

La pertinencia de los hechos probatorios es otro de los requisitos a tener en cuenta. No todos los hechos son relevantes para confirmar una hipótesis, sino que éstos deben tener una relación con el hecho descrito en ella. Desde un punto de vista epistemológico, determinar qué hechos son pertinentes para confirmar la hipótesis depende de las máximas de experiencia y generalizaciones empíricas que constituyen el enlace entre los elementos de juicio y la conclusión. Un hecho no será pertinente cuando no está correlacionado con la hipótesis ni por presunciones ni por máximas de experiencia adecuadas y bien fundadas.

[17] P. Andrés Ibáñez, «Acerca de la motivación», cit., p. 284.

B. Criterios acerca de la conexión o enlace:

(5) Grado de fundamentación de la generalización empírica: *Cuanto mejor fundadas estén las generalizaciones empíricas en inducciones ampliativas sólidas, mejor confirmada está la hipótesis.*

Las máximas de experiencia y las generalizaciones científicas son la conclusión de una inducción ampliativa, esto es, de un argumento que parte de casos particulares y concluye una afirmación general. Las conclusiones de este tipo de argumentos no están garantizadas por las premisas, sino que son sólo probables. Su grado de probabilidad o credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha. Dicho de otra manera, hay que examinar el fundamento cognoscitivo de las generalizaciones empíricas, de manera que se excluyan las generalizaciones apresuradas y los prejuicios^[18]. La calidad de una inducción ampliativa depende de varios criterios:

- a) De la cantidad de ejemplos, casos u observaciones a partir de los cuales se hace la generalización. Cuanto mayor sea el con-

[18] Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 180.

- junto de casos sobre los que se hace la generalización, mayor debe ser en términos absolutos la muestra de casos examinados.
- b) De la fiabilidad o credibilidad de estos ejemplos.
 - c) De si los ejemplos son una muestra representativa del tema sobre el que se afirma la generalización (por ejemplo, afirmar que los varones tienen una mayor tendencia a la agresividad que las mujeres examinando sólo a varones menores de 20 años puede ser una mala inducción, porque los varones menores de 20 años pueden tener peculiaridades que no se dan en otras edades).
 - d) De si hay o no contraejemplos. Los contraejemplos pueden hacer ajustar la conclusión (de manera que éstos queden fuera de lo que se afirma) o hacer que la conclusión no se formule como una proposición universal (en lugar de “Todos los x son y”, se podría formular como “Algunos (o la mayoría) de X son Y”).

(6) Grado de probabilidad (entendida como frecuencia) de la correlación: *Cuanto mayor sea la probabilidad-frecuencia expresada en la generalización empírica, más sólida es la hipótesis.*

Las generalizaciones empíricas, como hemos señalado, tienen la siguiente estructura: “Si p,

entonces *probablemente* q”. Que la probabilidad de que se dé q cuando ocurre p sea mayor o menor es relevante para la confirmación de la hipótesis.

Pensemos en la siguiente generalización: “Cuando alguien es detenido con cierta cantidad de droga, probablemente hará una acusación falsa para desviar de él la acusación de tráfico”. A propósito de ella, podemos preguntarnos si está bien fundamentada de acuerdo con los criterios de corrección de la inducción. En este caso nos estamos preguntando por su credibilidad o grado de fundamentación (el criterio 5). A este sentido de “probabilidad” podemos llamarlo “probabilidad-credibilidad”. Pero también nos podemos preguntar si la probabilidad de que se realice esa acusación falsa es alta o baja. En este caso ya no nos preguntamos por la credibilidad, sino por la frecuencia. Son dos dimensiones distintas de las generalizaciones empíricas. Por tanto, es posible encontrar generalizaciones que establecen que si ocurre un fenómeno le seguirá, con un alto grado de probabilidad (frecuencia), otro fenómeno, y generalizaciones que correlacionan los fenómenos con un menor grado de probabilidad. Cuanto menor sea el grado de probabilidad-frecuencia expresado por la generalización, menor será la fuerza con la que apoya la conclusión.

C. Criterios acerca de la hipótesis.

(7) No refutación: *La hipótesis no debe haber sido refutada ni directa (no debe haberse probado un hecho incompatible con la hipótesis) ni indirectamente (no deben quedar refutadas las hipótesis que serían verdaderas si se acepta como verdadera la hipótesis principal).*

Refutar una hipótesis consiste en mostrar que hay un hecho que es incompatible con esa hipótesis (refutación directa) o con una hipótesis derivada de ella (refutación indirecta). El esquema de estos razonamientos es el siguiente:

Refutación directa de la hipótesis A:

- 1) Supongamos la Hipótesis A
 - 2) La Hipótesis B es incompatible con la Hipótesis A (no pueden ser simultáneamente verdaderas)
 - 3) La Hipótesis B se acepta como probada (está suficientemente confirmada)
-

Por tanto, la Hipótesis A es falsa

Refutación indirecta de la Hipótesis A

- 1) Si la Hipótesis A es verdadera, la Hipótesis B también lo es (la Hipótesis A implica la Hipótesis B).

- 2) La Hipótesis B es incompatible con la Hipótesis C (no pueden ser simultáneamente verdaderas).
 - 3) La Hipótesis C se acepta como probada (está suficientemente confirmada).
 - 4) La Hipótesis B es falsa.
-

Luego la hipótesis A es falsa

Como puede verse, en ambos casos para refutar o eliminar una hipótesis hay que probar un hecho supuestamente incompatible. Cuando decimos que una hipótesis H1 ha quedado refutada, estamos afirmando que nos parece más probable una hipótesis H2 que afirma la existencia de un hecho incompatible (directa o indirectamente) con H1. La refutación es una comparación entre varias hipótesis, dando una de ellas por probada y rechazando (refutando) la otra.

Puede explicarse la diferencia entre la refutación directa y la indirecta con un ejemplo tomado de Carl Gustav Hempel: Un físico de origen húngaro, Semmelweis, que trabajó como médico en el Hospital General de Viena hacia mediados del siglo XIX, trató de encontrar una explicación al elevado número de muertes por fiebre pauperal entre las mujeres que daban a luz en la División Primera de Maternidad del Hospital, hecho extraño dado que en la División Segunda el número de muertes era muy reducido. Semmelweis elaboró varias hipótesis

explicativas. De ellas, descartó algunas por ser contrarias a hechos bien establecidos, como por ejemplo la hipótesis de que las diferencias de mortalidad se debían a una distinta alimentación, puesto que la comida era la misma en las dos Divisiones, o que se debían al hacinamiento, puesto que éste era mayor en la División Segunda (refutación directa). Otras hipótesis tuvieron que ser sometidas a contrastación indirecta. De acuerdo con una opinión extendida entre los médicos y enfermeros del hospital, la mortalidad se debía a un efecto psicológico, provocado por el hecho de que en la División primera, cuando el sacerdote debía dar la extrema unción a una moribunda, tenía que recorrer todo el pabellón hasta llegar a la enfermería, a la vista de todas las internas. Se sostenía que la visión del sacerdote, vestido de negro y anunciado por una campanilla, generaba tal terror en la División primera que debilitaba a las pacientes y les hacía más propensas a las fiebres. En cambio, en la División Segunda el sacerdote accedía directamente a la enfermería, sin pasar por la sala de los pacientes. Semmelweis razonó que, si la visión del sacerdote era la causa de la mayor tendencia a contraer las fiebres, entonces, si el sacerdote daba un rodeo, la mortalidad disminuiría, y puso en práctica este experimento. La mortalidad no disminuyó y la hipótesis fue rechazada (refutación indirecta).

(8) Confirmación de las hipótesis derivadas: *Si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal (esto es, las hipótesis que serían verdaderas si la hipótesis principal fuera verdadera) pueden confirmarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal.*

Las hipótesis derivadas refutan la hipótesis principal si se demuestran falsas, pero aumentan su credibilidad si se confirman como verdaderas. Por ejemplo, la explicación con la que dio finalmente Semmelweis fue que las fiebres eran debidas a la falta de higiene de los médicos y estudiantes de enfermería, que atendían a las pacientes de la División Primera -pero no a las de la Segunda- después de haber practicado disecciones en la sala de autopsias, tras un lavado meramente superficial. Dedujo que si esta hipótesis era correcta, en el caso de que los médicos se desinfectaran cuidadosamente las manos antes de atender a las pacientes, la mortalidad disminuiría (como así fue). De la misma manera, si se pueden confirmar con un grado de probabilidad suficiente las hipótesis derivadas de una hipótesis judicial, el grado de credibilidad de la misma aumenta.

(9) Coherencia: *Cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará.*

Son preferibles (en igualdad de condiciones) aquellas hipótesis que explican los hechos de una

forma más creíble, a la luz de las generalizaciones empíricas y de acuerdo con el resto de conocimiento del que disponemos. La coherencia tiene un aspecto interno: congruencia entre los enunciados que conforman la hipótesis; y otro externo: congruencia con el resto del conocimiento^[19].

(10) Capacidad explicativa: *Cuanto más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará ésta.*

La inferencia probatoria es, en realidad, un argumento emparentado con la explicación: Cuando se examinan los datos probatorios para ver en qué medida corroboran la conclusión, estamos viendo el argumento como una inferencia probatoria; cuando, por el contrario, miramos la hipótesis fáctica para ver si ella explica que nos encontremos con los hechos que constituyen los datos probatorios, la estamos viendo como una explicación. El requisito de la capacidad explicativa consiste en que son preferibles aquellas hipótesis fácticas que explican mejor (tanto cualitativa como cuantitativamente) los hechos probatorios. Por ejemplo, que x sea culpable de evasión de divisas explicaría los numerosos viajes de él o de sus familiares al extranjero,

[19] Sobre la importancia de la coherencia narrativa como un criterio de corrección de las hipótesis fácticas véase Neil MacCormick, «Coherence in Legal Justification», en Peczenik, A., Lindahl, L., Roermund, B.V. (eds) *Theory of Legal Science*. Synthese Library, vol 176. Springer.

las cuentas a su nombre en paraísos fiscales, su incapacidad para dar cuenta del origen de ese dinero, etc.

(11) Simplicidad: *Cuantos menos hechos no comprobados exija la verdad de la hipótesis, mejor confirmada estará ésta.*

Asumir la verdad de determinadas premisas puede hacer necesario que presumamos la verdad de ciertos hechos que no han podido ser comprobados en el juicio. Son preferibles aquellas hipótesis que nos exigen asumir menos presupuestos no probados que aquellas cuya corrección requiere un número mayor de datos con los que no se cuenta.

(12) Eliminación de las hipótesis alternativas: *Cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal.*

Este es, probablemente, uno de los criterios fundamentales para valorar la credibilidad de una hipótesis. Toda declaración de hechos probados debe competir con otras versiones acerca de qué hechos ocurrieron y cómo ocurrieron. El proceso de prueba debe demostrar que la versión escogida es más sólida (está mejor justificada por medio de argumentos) que las versiones alternativas. Pero el mero hecho de que haya otras versiones posibles creíbles

(aunque sean menos creíbles) resta solidez a la conclusión de la inferencia probatoria.

* * *

Los anteriores criterios nos permiten determinar la fuerza con la que las premisas de la inferencia probatoria corroboran la conclusión o hipótesis sobre hechos probados. Nos muestran, por lo tanto, la “solidez” de una inferencia probatoria. Sin embargo, es importante insistir en que la “solidez”, a diferencia de la validez de los argumentos deductivos, no es una propiedad “todo/nada”, sino gradual. Basta para darse cuenta de esto con advertir que los criterios mismos son graduales, en dos sentidos: por un lado, cada uno de los criterios es él mismo un criterio gradual, esto es, puede darse en mayor o menor medida (la cantidad de pruebas y su diversidad puede ser mayor o menor, al igual que su fiabilidad, el número de hipótesis alternativas o el grado de credibilidad de éstas, la fundamentación de las generalizaciones empíricas, etc.); en segundo lugar, no es necesario que una hipótesis cumpla con todas las reglas de racionalidad epistemológica para que sea una conclusión aceptable, y ni siquiera puede decirse que las inferencias que satisfacen más criterios serán más sólidas que las satisfacen menos, porque (como cada criterio es a su vez gradual) puede que la ausencia de satisfacción de un criterio (o su satisfacción en un grado bajo) venga compensada por la satisfacción de

otro criterio en un grado más alto: Por ejemplo, puede que tengamos pocas pruebas o elementos de juicio, pero éstas pueden estar respaldadas por máximas de experiencia o generalizaciones empíricas muy bien contrastadas y ser muy fiables. Tampoco, como es evidente, son reglas que permitan una cuantificación numérica objetiva del grado de solidez alcanzado, esto es, sólo metafóricamente podríamos decir que la solidez o grado de corroboración de una hipótesis es del 75% o del 90%. Estos son límites de las inferencias inductivas. Sin embargo, los criterios pueden cumplir, en mi opinión, una importante función como guía de la decisión durante el proceso de formación de una convicción judicial racional (el juez debe tener en cuenta que la hipótesis que acepte debe poder respaldarse por criterios de este tipo) y, también, una vez tomada la decisión, a la hora de motivarla y mostrar su justificación.

AUTORES

Marina Gascón Abellán. Catedrática de filosofía del derecho de la Universidad de Castilla-la Mancha. Su estudio se ha centrado en problemas de filosofía política, justicia constitucional, bioética y teoría de la argumentación, con particular atención a la prueba. Entre sus numerosas publicaciones en este último campo se encuentran los siguientes libros: *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba* (3ª ed. 2010); *Cuestiones Probatorias* (2012); y *O problema do probar* (2022).

Perfecto Andrés Ibáñez. Magistrado emérito del Tribunal Supremo. Ha sido director de *Jueces para la Democracia. Información y debate*. Es profesor del Máster de Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante) y del Máster de Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona). Autor, entre otros libros, de: *En torno a la jurisdicción* (2007), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal* (2009) y *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional* (2015).

Daniel González Lagier. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alicante e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Autor, entre otros libros, de: *Acción y norma en G. H. von Wright* (1995), *G. H. von Wright y los conceptos básicos del Derecho* (2001), *The paradoxes of Action* (2003), *Emociones, responsabilidad y Derecho* (2009), *A la sombra de Hume* (2018), *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales* (2021), *Quaestio Facti. I y II* (2022).

