

HECHOS DIFICILES Y RAZONAMIENTO PROBATORIO (Sobre la prueba de los *hechos disipados*)

“Donde las leyes son claras y precisas
el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho”
Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (1764)

“Existe entre los abogados y los magistrados
cierta tendencia a considerar como materia de inferior categoría
las cuestiones de hecho y a dar a la calificación de “pruebista”
un significado despectivo”
Piero Calamandrei, *Elogio de los Jueces escrito por un abogado* (1935)

“Sus enemigos, para deprimirle, decían que era el abogado del hecho.
Y no se daban cuenta de que con eso hacían su mejor elogio”
Ángel Ossorio, “El estilo forense”,
en *La palabra y otros tanteos literarios* (1945)

JOSÉ CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

Hechos fáciles y hechos difíciles

Que la inabarcable realidad del mundo sea una torrencial proliferación de hechos convierte en inútil, prácticamente, cualquier intento por drenar su continua, hasta el derroche, derrama fáctica. La realidad jurídica presenta no obstante un formato menos dilatado y más portátil, merced a que la Dogmática, en su fría corrección catastral, ha dispuesto de manera económica y en forma eficiente algunos inventarios acerca de los *hechos*. El jurista dogmático se ha interesado por resolver, y así cuando menos en efecto ha contribuido notablemente a ello, el problema del tratamiento de experiencias relacionadas con los *hechos en el Derecho*. Su labor en éste como en otros casos consistió en diseñar sobre el terreno del Derecho vigente estrategias de demarcación y trazar a partir de ellas una cartografía de redes lógicas, categorías abstractas y principios que sirvieran para aprender a identificar, situarse y orientarse -cognición, descripción y prescripción- en cualquier panorama, por vasta y diversa que fuera su amplitud. A la Dogmática jurídica debemos *el mapa del Derecho vigente*.

Ese mapa ofrece una imagen sistemática, rigurosa, ordenada y sencilla de su completa superficie, pero también sintética y miniaturizada, pues a falta de disminución, sin la función de alguna escala que lo aminore, se haría tan colosal, y otra vez complicado y denso y prolijo, como el propio territorio que pretendía representar; el empeño en levantar un mapa del mundo a escala del mundo recuerda la minuciosa y heroica tarea de cierto anecdótico cartógrafo borgeano. Ese mapa, además, se despliega igual que el planisferio de un mapamundi; es decir, donde al mirar la *esfera del Derecho*, dividida en dos hemisferios planos apenas unidos por una ligera tangencia, la propia ausencia de perspectiva inclina a ver las normas y los hechos en un corte raso y disjunto, y recíprocamente opuesto. Mas, con todo, ya tampoco el hemisferio correspondiente a los hechos -que siempre fueron como

“una especie de isla misteriosa en el reino del derecho”¹- dibujaría la geografía de los hechos, sino la de un *Paraíso* de conceptos jurídicos² sobre los hechos.

Y es respecto de él donde, a la vista de los llamados los *hard cases*³, esto es, de vicisitudes procesales y exigencias técnicas diferenciadas y particulares de la teoría de la prueba en relación con los hechos, podemos a su vez establecer un parámetro que organice y distinga otra posible categoría hechos en el Derecho, desgranados desde ahora como *fáciles* o *difíciles*.

Entenderé aquí como *hechos fáciles* lo relativo a experiencias existenciales cuya *adquisición, fijación y verificación fáctica* se encuentra jurídico-procesalmente exonerada de las reglas de contradicción y/o de inversión o reparto del *onus probandi*, o resulta limitada (*favor probationis*); v. gr., hechos *expresamente admitidos por las partes*, o *admitidos tácitamente por la contraria*⁴, hechos *ciertos*⁵ y hechos *institucionales*⁶.

¹ Francesco CARNELUTTI, *Arte del Diritto*, Padova, Cedam, 1949, p. 49.

² Herbert L.A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Nacional, México, 1980, pp. 161-162

³ Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p. 227 y ss., llama *hard cases* a aquellos en los que “con independencia de cualquier disputa sobre los hechos del caso, existe una disputa entre las partes respecto a la orientación de la ley sobre qué hechos pueden demostrarse”. Los *hard cases* se refieren a problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación dentro del procedimiento judicial. En tales supuestos la inferencia deductiva que marcha norma-hecho-resolución se quiebra.

⁴ Admitidos tácitamente pues, además de función de la parte contradictoria cuya actitud condiciona la carga probatoria, la posible admisión de hechos se halla asimismo en función de la prueba no sólo como el resultado que de ella se traiga, sino de la efectiva práctica de la misma, dado que habrán de aceptarse como admitidos también los hechos que resulten dispensados de ella por no controvertidos. Vid. Antonio HERNÁNDEZ GIL, “El proceso discursivo del abogado con relación a los hechos y al derecho”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Tecnos, Madrid, 1976, vol. I, pp. 791-792. Vid. también ID., *El abogado y el razonamiento jurídico*, Madrid, 1975. Asimismo, STS 8 de noviembre de 1982.

⁵ Vid. sobre hechos en calidad de “ciertos” e inutilidad de la actividad probatoria arts. 549, 565, 566, 690 y 691 LEC 1881/arts. sc, sc, 283, sc y 414 LEC 2000, y STS 6 de diciembre de 1952.

⁶ Condicionados, además de por las limitaciones verificacionistas de la teoría de la prueba, por el *favor probationes* y el mecanismo procesal de la justicia negociada: *id est*, junto a los hechos afectados por la prueba ilícita y prohibida, o la prueba extemporánea, también los establecidos mediante presunciones *iuris tatum* (que dispensan de prueba a los favorecidos por ellas) y presunciones *hominis*, y los que resultan en el trámite previo de conformidad de las partes. Vid. Marina GASCON ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 125-187. Con todo, es preciso introducir ciertos matices a esta *no-dificultad*. Conviene anotar que las presunciones *hominis*, o fuentes probatorias traídas al convencimiento y la formación de certezas desde el bagaje de la experiencia general, experimentan importantes transformaciones de acuerdo a la evolución y permanente estado de avance científico que a diario se produce en el proceso de valoración judicial con el desarrollo y utilización de nuevas técnicas de investigación y medios probatorios; así, el recurso a la bioestadística, a pruebas hematológicas, al genoma, etc.. De este nuevo panorama y su influencia en el razonamiento probatorio, Gilda FERRANDO, “Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, 3, pp. 726-754; Michele TARUFFO, “Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense”, en *Rivista Trimestrale di*

Tendré por hechos *difíciles* aquellos donde el problema jurídico-procesal de *conocimiento, esclarecimiento y puntualización objetiva del sustrato fáctico* de una experiencia existencial acoge en su planteamiento, guía y resolución la índole compleja del razonamiento probatorio de la valoración judicial. Su catálogo provisional reuniría especies diversas con grado de dificultad también diferente; v. gr.: hechos *rebeldes*⁷, hechos *fugaces*⁸, asimismo hechos *notorios*⁹ y hechos *negativos*¹⁰, hechos *reconstruidos*¹¹ y

Diritto e Procedura Civile, 1996, 1, pp. 219-249; José F. HIGUERA GUIMERÁ, “Culpabilidad y el Proyecto Genoma Humano”, en *Actualidad Penal*, 1994, XLIV, pp. 763-779; Cristobal Francisco FABREGA RUIZ, “Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas”, en *Anuario de Derecho Civil*, II, 1998, pp. 633-676 y “Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la “huella genética” y su valoración judicial”, en *La Ley. Revista española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, XX, 1999, núm. 4721, pp. 1-6. Por otra parte tampoco debe olvidarse, ciertamente, que la exención de razonamiento fáctico probatorio característica del trámite de conformidad por alcanzarse ésta antes del inicio de la práctica de la prueba y traer de ello aparejada la inmutabilidad del relato fáctico aceptado por las partes sin necesidad de continuación del juicio, no elimina toda actividad de valoración judicial de los *hechos consensuados*, que al menos subsiste como control *favor rei* de legalidad. Así, desde lo expresado por el inciso segundo del art. 793.3 LECr., en el sentido de que la conformidad “no podrá referirse a hecho distinto”, e inciso tercero, acerca “de la descripción del hecho aceptado”. Vid. Luis Alfredo DE DIEGO DÍEZ, “El control judicial sobre la conformidad del acusado”, en *Poder Judicial*, 23, 1991, pp. 33-47, y “Alcance de los términos ‘Sentencia de estricta conformidad’”, en VV.AA., *Evitación del Proceso*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, XXIV, Madrid, 1997, pp. 35-156, Luciano VALERA CASTRO, “Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado”, en VV.AA., *El Procedimiento abreviado*, CGPJ, Col. ‘Cuadernos de Derecho Judicial’, IX, Madrid, 1992, pp. 35-156, y Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “Sobre la conformidad del imputado y la “negociación” de la sentencia en el proceso penal español”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1992, 2, pp. 51-66. Finalmente, creo que sin en general desatender la ponderación de lo derivable en la distinta naturaleza *institucional* del proceso al que asistamos, sea civil o penal, es asimismo claro que de las diferencias entre principio dispositivo y acusatorio, así como entre sus respectivas consecuencias para con la prueba en orden a la actividad y razonamiento judicial, no cabe proclamar una insalvable separación. Vid. Jaime GUASP DELGADO, *Juez y Hechos en el proceso civil. Una crítica del proceso de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Bosch, Barcelona, 1943.

⁷ Para abordar tanto el caso de una sobrerrealidad de los hechos, o situación fáctica *extra-normativa*, hablando de hechos rebeldes como hechos *desbordados*, de hechos *emergentes*, como el una realidad fáctica marginal, *para-normativa*, hablando de hechos rebeldes como hechos *inatrapables*, de hechos *extravagantes*.

⁸ En ocasión de replantear el parámetro estandar de la averiguación y verificación de los hechos mostrando que la función *tempus* referida a los mecanismos de actividad probatoria no sólo tiene lugar *ex-processu*, sino también *ante-processu*.

⁹ Porque aun cuando *notoria non egent probatione*, no carecería de todo interés para la materia de razonamiento probatorio presentar algunas reflexiones ligadas a la alegación y valoración de un determinado hecho como hecho notorio con independencia de la exoneración *-prima facie-* de *necessitas probandi*.

¹⁰ Aún confiados en que *negativa non sunt probanda*, pues las dificultades relacionadas con el logro de la certeza plena no son menores en esta materia que en la prueba de hechos positivos. “No parece pues justificada una simplificación general de la prueba para esos casos, como suele reclamárselo en la doctrina”. Vid. Erich DÖHREING, *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba su práctica y apreciación*

hechos *futuros* como *posteriores* (sean hechos *pendientes*, o hechos *demorados*)¹², hechos *ante-futuro*¹³, y hechos *ex-futuros*¹⁴, hechos *virtuales*¹⁵, y hechos *disipados*.

(1964), trad. de T.A. Banzhaf, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 436-437.

¹¹ En referencia a diligencias consistentes en reproducir los hechos en el lugar en que se produjeron, donde la capacidad para generar verdad material es muy cuestionable ya que ni siquiera está sometida a la pugna de contradicción de un debate oral. Se trata de que quienes intervengan en la diligencia manifiesten lo que conozcan acerca de como tuvieron lugar los hechos, y a diferencia de lo que sucede con las diligencias de inspección ocular lo que se reconstruye no es lo que ve el juez, sino lo que terceros dicen que vieron en calidad semejante a testigos *de visu*, lo que ha hecho que la jurisprudencia sitúe la práctica de la mencionada diligencia a mitad de camino entre la prueba de testigos y la inspección ocular. En cualquier caso, las diferencias con ésta no carecen de relieve. Aquella posee naturaleza descriptiva (descripción de huellas, vestigios u objetos materiales del delito), en tanto que ésta muestra un carácter fundamentalmente valorativo de lo que pudo suceder y que intenta representarse de nuevo. En general la jurisprudencia es reticente respecto de su práctica, así como de los resultados que de ella puedan *inferirse*, que siempre serán distintos según se practique como diligencia investigadora propia de la fase de instrucción, o en el plenario, pues en el primer caso el órgano judicial que ha de valorar sus resultados estará afectado por el principio de inmediación. Es por tanto razonable suponer que la ulterior valoración debería estar asistida de algo más que el registro de las impresiones que obtuvo directamente el instructor, y que en todo caso y a falta de ese *plus* valorativo, el razonamiento de la valoración subsiguiente habrá de ser complejo. En cuanto a su práctica en fase de juicio oral el razonamiento valorativo estará muy mediatizado por el tiempo transcurrido desde la producción de los hechos. Del resto la jurisprudencia condiciona su necesidad, y por ende su pertinencia, a que la posibilidad material o empírica de los hechos -especialmente de las acciones desarrolladas por el autor o de la percepción sensorial de un testigo- ofrezca *dificultad*, debiendo tenerse por innecesaria en los casos en que a los acusados se imputan acciones de cuya realización la experiencia general no ofrece la menor duda, o cuando se estime que los hechos acaecidos se encuentran suficientemente contrastados por el resultado de otras pruebas. Estos problemas de valoración y coordinación a otros medios y medidas de prueba, al situarse como alternativa a la *disipación fáctica*, anuncian en parte los mecanismos y niveles de exigencia razonadora de la prueba por concurso de indicios.

¹² De “constataciones provisorias” habla DÖHREING, *op. cit.*, p. 438, para referirse a los hechos *futuros*, entendiéndolos genéricamente como hechos que aún están por suceder. Pero es razonable matizar el ángulo de apreciación fáctica señalando otras modalidades como la de hechos *demorados*, en lo relativo a demora como tardanza en la alegación procesal (tema de *hechos nuevos* y juramento de malicia), o la de hechos *posteriores* como *hechos nuevos jurisprudenciales* en el controvertido asunto de si el ulterior cambio de jurisprudencia constituye o no un *hecho nuevo* a los efectos del art. 954.4º LECr.

¹³ Por lo general relacionados con institutos de prevención e intervención económica de bienes litigiosos, donde si bien como en el caso del embargo preventivo y de las medidas de aseguramiento (arts. 1397 a 1428. LECv. 1881/arts. 727 a 747 LECv. 2000) apenas se exige al acordar su decreto más que una labor puramente constatativa de determinadas circunstancias, salvo que en su ausencia o parcial defecto “exista motivo racional”, lo que entonces llevará a realizar un razonamiento probatorio complejo ya sea en su concreción o en su rendimiento. Distinta apreciación de la prevención se sigue, no obstante, en orden a hechos *ante-futuros* concretados en medidas cautelares sobre la situación personal de justiciables y/o condenados. Aparte de la figura del “arresto del quebrado” (arts. 1335, 1336 y 1340 LECv. 1881/vigentes LECv. 2000 en relación con los arts. 1046 a 1048 CCo. de 1829 y art. 908 CCo. 1885) y lo declarado sobre ella por SSTC 178/1985 en relación con 41/1982 y 108/1984 en cuanto a medidas *ad cautelam* y *ad*

En este trabajo anticiparé parte de la investigación que sobre ellos vengo desarrollando para presentar en exclusiva el resultado de lo que doy en llamar hechos *disipados*.

Hechos disipados

La prueba más palmaria de la existencia de “hechos difíciles” se advierte en lo que llamaría *hechos disipados*, o “hechos meramente indiciarios”¹⁶. Más aún: del vario *atrezzo* con que la dificultad probatoria -procesal y razonadora- en materia de hechos base puede revestirse, lo representado por su *disipación* a través de hechos meramente indiciarios les haría acreedores incluso, diría, del calificativo de *perdifficilis*. Los indicios son, si se me permite expresarlo de este modo, el antifaz de los hechos, lo que significa tanto que pueden existir hechos con antifaz, que serían los indicios, como también que ese antifaz sirve para que tras él los hechos se agazapen mostrándose apenas sólo como indicios.

condenam, tales hechos conciernen a la proyección del *favor libertatis* como principio orientativo (art. 1.1 CE) y garantía institucional (art. 17.1 CE) interpretativa del ordenamiento jurídico en su conjunto, y particularmente a situaciones restrictivas (art. 504 LECr. y DT 11ª.1 LO 10/1995, de 11 de noviembre). Es claro, pues, que el juicio evaluatorio relacionado con el aseguramiento contra riesgos de fuga y posible frustración finalista de la tutela judicial precisará para el acuerdo de imposición tanto como para su mantenimiento de la ponderación de objetivos parámetros razonando a mi entender a) si al presente caso la presunción de inocencia ha sido o no ya plenamente destruida por una sentencia condenatoria (art. 504.5 LECr.) b) el que aun habiéndolo sido, el mantenimiento resulte constitucionalmente justificado y proporcionado a los fines que delimitan las medidas de privación de libertad, c) el acudir datos específicos, así concretados, al menos, en la gravedad de los hechos juzgados o por juzgar, la alarma social en su día generada por los mismos, y el juicio de responsabilidad criminal merecido y el grado de repercusión punitiva alcanzada (supuesto se haya emitido sentencia condenatoria), y d) el atender además de a las características personales de quien deba soportar o soporte la medida, así su arraigo domiciliario y familiar, el que aún con haberlo acreditado, pese o no la instrucción de otra causa por presunta comisión de delito de relevante gravedad, en la que pudiera obtener algún beneficio de cambio en la actual situación de preventivo capaz a su vez de comportar puesta en libertad provisional.

¹⁴ Hechos de un *ex-futuro*, o futuro frustrado, que no tendrá lugar, asimismo diferenciados de los hechos pendientes y pospuestos como también de los diferidos en su determinación en cuanto remitibles al período de ejecución de sentencia, que acaso plantean problemas de cuantificación pero que no son difíciles *sensu stricto*. Hechos *ex-futuro* serían, por ejemplo, los relacionados con el lucro cesante

¹⁵ Hoy ya no se percibe como en el pasado la separación entre realidad e imagen. La imagen ha dejado de ser impresión de la realidad, y la realidad se hace de imágenes virtuales; es más, esas imágenes virtuales que no tienen impresión en la realidad son no obstante la realidad, una realidad virtual. Las estructuras representativas se han abierto, pues, al infinito. Superan el expresionismo de la figuración y las variables texturas de la abstracción. No existen, o sólo apenas, límites configuradores de la representación. Y todavía más, se ha trascendido la escanerización de imágenes preexistentes y se ha ido hacia la construcción de un mundo no comparativo, ni en imágenes ni en síntesis conceptuales. Se está en un mundo cuya única expresión es el lenguaje técnico. Desde ahora, la representación se confunde con el efecto. Bajo la denominación de hechos *virtuales* aludo a la novedad de irrupción de las tecnologías en el proceso y su influencia en materia probatoria.

¹⁶ Con esta denominación los registran las SSTC 206/94 fj. 3, 309/94, fj. 3, y. 283/94 fj. 2.

El problema de los *hechos disipados* situado así, oportunamente, en el terreno de la “prueba de indicios”¹⁷, resulta campo abonado para el análisis general de la prueba y, si vale decirlo así, *prueba de fuego* para el rendimiento del razonamiento lógico, argumentación fáctica y motivación razonable y suficiente de la decisión judicial.

Partiré en mi examen de la doctrina jurisprudencial básica recogida en las SSTC 174 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, y SSTS 14 de octubre y 20 de diciembre de 1986¹⁸. Pero la ocasión que me brinda el abordar este grupo de “hechos difíciles” me permitirá, además, volver a sostener la idea de la interpretación de los hechos no sólo como un discurso de *cognitiva invenio* (*ars inveniendi*, hallazgo y cualificación), sino narrativo, de *inventio* (*ars inventa disponendi*) *deliberativa* (*deliberatio* como producto específico de la prudencia, como razón razonante, como razonabilidad).

Pues bien, al ordenar cuáles sean los principales problemas que rodean la eficacia apreciativa y argumental de la llamada *prueba indiciaria* destaca sobre cualquiera otro el afectante a las condiciones de la enervación del derecho de *presunción de inocencia*. En esta materia, la STS de 25 de junio de 1990, siguiendo la doctrina del TC (SSTC 169/1986, de 22 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre, 256/1988, de 21 de diciembre de 1988, 94/1990, de 23 de mayo), declaró que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de la prueba indiciaria, ya que no siempre es posible utilizar la prueba directa, y en la dificultad del esclarecimiento del hecho delictuoso prescindir de aquélla conduciría, en ocasiones, a la impunidad¹⁹. No obstante, en su admisibilidad se exigen determinados requisitos. Y son los siguientes:

De carácter *formal o procesal*: que los indicios estén plenamente acreditados, es decir, que la prueba de indicios se base en hechos y no meras sospechas, impresiones o apariencias, por muy vehementes, exacerbadas o conspicuas que ellas llegaren a parecer²⁰, y que el órgano judicial que la opere explicita, mediante motivación expresa²¹ y no indirecta o tácita, las pruebas practicadas y los criterios racionales empleados en su valoración, exponiendo las “líneas generales”²² o “hitos principales”²³ del razonamiento manifiesto, o cuando menos implícito como completable o reconstruible (art. 899 LECr) en

¹⁷ Vid. de antiguo Santiago LÓPEZ MORENO, *La prueba de indicios*, Imp. de Aurelio J. Alaria, Madrid, 1879. Para una síntesis doctrinal sobre la “prueba indiciaria” puede partirse de Valentín SILVA MELERO, “Presunciones e indicios en el proceso penal”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXXIX, T.VIII, 1944, pp. 526-551, donde sin embargo el lector habrá de ponderar cuidadosamente los peculiares argumentos que con inmoderado exceso utiliza el A. para combatir la “presunción de inocencia” (pp. 533-537).

¹⁸ De este mismo órgano, con posterioridad, SS de 7 de abril y 30 de junio de 1989, 3 de abril, 15 de octubre y 22 de noviembre de 1990, 8 de marzo, 17 de junio y 11 de septiembre de 1991, 10 de enero y 7 de julio 1992, 21 de enero, 28 de abril, 14 de mayo, 10 de junio y 23 de noviembre de 1993, ó 20 de diciembre de 1995 entre otras varias.

¹⁹ Vid. también SSTC 303/93, 384/93, 62/94, 78/94, 93/94, 122/94, 206/94, 244/94, 283/94, 309/94, 116/95, 45/97, AATC 78/94, 122/94 y SSTS de 27 de mayo de 1988, 31.12.92, 18.6.93, 20.9.94, 4.5. 95 y 6.11.95, entre otras.

²⁰ SSTS 20 de enero y 6 de abril de 1988. “Porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad”, se lee en la Partida IIIª, Tit. XVI, ley 8ª.

²¹ SSTC 174/85, 229/88, 197/89, 94/90, 124/90, y 78/94. También STS 17 de diciembre de 1985.

²² STC 174/85.

²³ ATS 2 de marzo de 1994.

el marco del recurso de apelación, la vía casacional o de amparo²⁴, y a virtud del cual sea atendible y entendible el haberse satisfecho una actividad probatoria de cargo suficiente y razonable para desvirtuar la presunción de inocencia, en la que habiendo partido concretamente de indicios probados (hechos-base) llegó a formarse la firmeza de convicción de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito²⁵.

De carácter *material o sustantivo*: que no debe tratarse de un solo indicio (*indicium unus, iudicium nullus*²⁶), pues necesariamente han de ser múltiples²⁷, dependiendo de las circunstancias su cualificación y número²⁸, cifrando esa *pluralidad* en un mínimo de dos²⁹, graves y concluyentes³⁰, que se presenten concordantes en apuntar hacia una misma dirección, bien que pudiendo bastar, excepcionalmente, la *unicidad*, cuando ese único indicio revista una relevancia “de especial significación”³¹. Creo que el sentido atribuible a esa unicidad, siempre excepcional, admite dos posibles interpretaciones: que el indicio único se ofrezca con intrínseca capacidad para desarrollar, por vía periférica aunque no desconectada -v. gr., persistiendo la circunstancialidad (de *circum* y de *stare*)³² y proximidad que le son exigibles a toda concordancia- una inferencia presuntiva articulada en el concatenamiento o imbricación seriada y derivativamente acumulable de concausas desprendibles, del tipo “en cascada”³³, interrelacionadas a otros *indicios sobreentendidos*

²⁴ SSTS 15 de abril y 3 de mayo de 1989.

²⁵ Vid. SSTC 21 de octubre de 1985, 17 de diciembre de 1985, 17 de diciembre de 1986, y RJC 150/87, 166/88, 229/88, 256/88, 107/89, 94/90, 111/90, 124/90, 138/91, 384/93, 206/94, 93/94, 206/94, 244/94, 283/94, 309/94, 116/95 y 45/97, además de AATC, 524/86, 244/87, 376/88, 683/88, 878/88, etc.. Asimismo, entre otras varias, también las SSTS de 3 de abril, 17 de diciembre y 22 de noviembre de 1990, 31 de diciembre de 1992, 18 de mayo de 1993, 20 de septiembre de 1994, 4 de mayo de 1995 y 6 de noviembre de 1995, etc.

²⁶ Y ello, conforme también al brocardo *Cum quae singula infirma sunt, coniuncta vim veritatis assumunt*.

²⁷ SSTS de 21 de mayo de 1992, 10 de octubre de 1995, 13 de junio de 1996, 5 de junio de 1997, 25 de noviembre de 1998, 21 de enero, 2 y 6 de febrero de 1999, entre otras muchas. La exigencia de pluralidad se dirige a eliminar la equivocidad y eventual inducción a error que pudiera derivarse de contar con un sólo indicio (STC 111/190, y STS 31 de enero de 1990).

²⁸ STC de 14 de octubre de 1986 y STS de 23 de febrero de 1988.

²⁹ SSTS 1 de octubre de 1992 y 31 de enero de 1994

³⁰ STS 20 de diciembre de 1986. Tal requisito se prescribía expresamente en el art. 12 de la Ley Provisional para la Reforma del Procedimiento Criminal de 18 de junio de 1870. Los arts. 192 comma 2º CPP y 2729 CCv italianos siguen reconociéndolo bajo fórmula de gravedad, precisión y concordancia; vid. Tiziana TREVISSON LUPACCHINI, “Giurisprudenza. *Misure Cautelari*. Con nota di...”, en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2, 1995, en espc. pp. 311-314, y Silvia BATTAGLIO, “Indizio e prova indiziaria nel processo penale”, en *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2, 1995, en espc. pp. 404-436. La STC 133/95 lo acoge al objeto de “reducir al máximo el margen de indeterminación o error del juicio probabilístico en que [la prueba indiciaria] consiste”. Su función entre nosotros es, pues, sobre todo persuasiva.

³¹ STS de 7 de julio de 1989.

³² SSTS 13, 21 y 24 de mayo y 13 de julio de 1996

³³ Así la construcción presentada por la STS de 22 de noviembre de 1999, donde en realidad un único hecho meramente indiciario se *multiplica* por desglosamiento de su circunstancia en otros varios incidios coincidentes o confluentes. La idea de “inferencia en cascada” se localiza en J. H WIGMORE, *The science of judicial proof, psychology, and*

en su propio modo de ser³⁴, o que aquel indicio único conduzca a una inferencia presuntiva de carácter forzoso como articulada desde una ley científica en la que la conclusión causal no pueda separarse por ser excluyente de toda otra causalidad probable³⁵. Es requerido, además, que los hechos indiciarios se hallen recogidos en la misma causa y demostrados por prueba directa³⁶ (art. 1249 CCv) y en todo caso inequívocamente acreditados (*ex nihilo, nihil facit*)³⁷, y que entre ellos y su consecuencia exista una clara y lógica relación de causalidad³⁸, ya que sólo una inferencia lógica permitirá considerarlos como prueba de cargo. Y, finalmente, que el órgano judicial tenga en cuenta los llamados “contraindicios”³⁹.

En este sentido, cabe decir que los *contraindicios* presentan otra variante, no menos sugestiva, de la *dificultad* en los hechos justiciables. Su núcleo dificultoso reside,

general experience, and illustrated in judicial trials, Little Brown, Boston, 1937³, p. 13, con empleo de expresiones como “catenated”, “cascaded” o “hierarchical”. Vid. asimismo David A. SCHUM -Anne W. MARTIN, “Formal and empirical research on cascaded inference in jurisprudence” (1982), en Reid HASTIE (ed.) *Inside the juror. The psychology of juror decision making*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 136-174: “A cascaded inference task is composed of one or more reasoning stages interposed between evidence observable to the factfinder and the ultimate facts-in-issue” (pp. 136-137).

³⁴ Distinto es el problema de *la prueba de prueba* que Beccaria parece confundir. Beccaría cuestionaba, no obstante, esta vía inferencial para la obtención de la certeza moral como probabilidad sobre la certidumbre de un hecho: Hay un teorema general muy útil para calcular la certidumbre de un hecho, por ejemplo, la fuerza de los indicios de un delito. Cuando las pruebas del hecho son dependientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios no son probados sino entre sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen tanto menos es la probabilidad de él, porque los accidentes que harían faltar las pruebas antecedentes hacen faltar las consiguientes. Cuando las pruebas de un hecho dependen todas igualmente de una sola, en número de ellas no aumenta no disminuye la probabilidad del hecho, porque todo se resuelve en el valor de aquella sola de quien dependen. Cuando las pruebas son independientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios se prueban de otra parte, no de sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen, tanto más crece la probabilidad de hecho, porque la falacia de un prueba no influye sobre la otra. Hablo de probabilidad en materia de delitos que para merecer pena deben ser ciertos. Esta, que parece paradójica, desaparecerá al que considere que rigurosamente la certeza moral no es más que una probabilidad, pero probabilidad tal que se llama certeza, porque todo hombre de buen sentido consiente en ello necesariamente por una costumbre nacida de la precisión de obrar, y anterior a toda especulación. La certeza que se requiere para asegurar a un hombre reo es, pues, aquella que determina a cualquiera en las operaciones más importantes de la vida”, Cesare BECCARIA, *De los Delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1982³, cap. 14, p. 48.

³⁵ Puede que tal vez se halle aquí, bien que no sin dificultad, el sentido de la excepción a la regla, para en efecto cumplirla antes que quebrarla, que *Las Partidas* (Partida III^a, Tit. XVI, ley 12^a) exigían a la condena del acusado en el delito que le hubiere sido imputado en cuanto a venir acreditada mediante pruebas “Claras como la luz en que no venga ninguna duda”, aunque se permitiera la basada en *señales* manifiestas (indicios manifiestos), “magüer non se averigüe por otras pruebas”.

³⁶ SSTs 6 de marzo y 7 de julio de 1993.

³⁷ Vid. Juan Alberto BELLOC JULBE, “La prueba indiciaria”, en VV.AA., *La Sentencia Penal*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Madrid, 1992, pp. 71-73. También SSTs 20 de marzo de 1992 y 15 de marzo de 1992

³⁸ STC 1 de diciembre de 1986.

³⁹ SSTs de 20 de enero y 3 de abril de 1990.

como en los indicios, en el problema de su *valoración* en orden a la verificación de la proposición constitutiva del *thema probandum*. Ciertamente existen algunas guías jurisprudenciales orientativas; así, sobre la coartada fallida⁴⁰, nunca “irrelevante o intrascendente”⁴¹, entendiendo que si bien el acusado en modo alguno ha de soportar la intolerable carga de probar su inocencia, sí puede sufrir no obstante las negativas consecuencias de llegar a demostrarse la inveracidad o falsedad de sus alegatos exculpatorios, pues, tal circunstancia, “*acaso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad*”⁴². Se trata de una concepción del contraindicio como *indicio ex abundante o supervacuo* con función corroborante. Me parece, sin embargo, que la específica entidad desprendible de su efectiva apreciación y el posible alcance probatorio que quepa otorgarle es bastante más compleja de lo que en un primer momento pudiera parecer. El señalar que “la versión de los hechos que proporcione el acusado, *cuando se le (sic.) enfrente con determinados indicios* suficientemente acreditados y significativos habrá de ser examinada cuidadosamente, toda vez que, *explicaciones no convincentes o contradictorias*, aunque por sí solas no sean suficientes para declarar culpable a quien las profiera, *si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos conocidos y personas que en ellos han intervenido*”⁴³, no dispensa de plantear varias puntualizaciones, y son, a mi juicio:

1) Que los *contra-indicios*, en tanto que material fáctico-procesal objeto razonamiento judicial pero, a diferencia de los *indicios*, carente de virtualidad probatoria - pues si no hacen prueba tampoco pueden contrarrestar, a pesar de su confundente *verbatim*, la circunstancial o indiciaria- poseen *prima facie* valor de versión *enfrentada* a la versión acusatoria, que es la obligada a probar en *contra* sea por vía directa o en concurso de indicios. Por consiguiente, deberíamos llamar contraindicio, *prima facie*, sólo a lo *introducido* por el imputado en su defensa o argumentado por su asistencia técnico-letrada y *de lo que* se sigan consecuencias diferentes a las propuestas por la acusación,

2) Que si la “inconvincencia” (séame permitido este libre atrevimiento verbal) del contraindicio, esto es “el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha”⁴⁴, no puede servir para considerarlo culpable, ello mismo habría de implicar que lo ya no referible como contraindicio o referible desde ahora como coartada fallida, aun si se acreditara su *inconsistencia o falsedad*⁴⁵, o *no sea creíble* según las enseñanzas de la común experiencia⁴⁶, tampoco deba pasar a convertirse, como de otro modo y según se ha visto lo entiende alguna jurisprudencia, en *indicio o fuente de prueba presuntiva*,

3) Que si lo denominado como contraindicio es propiamente un *datum*, (“el imputado (...) introduce en su defensa un dato nuevo en el proceso y tal dato se revela falso”⁴⁷), por tanto no un *indicium*, su impropiedad de tal y con ello la ausencia de cuanto a este le sería funcionalmente característico (indicio: del latín *inde dico*, “*de allí digo*”),

⁴⁰ Vid. sobre coartada fallida, entre otras, SSTS de 22 de junio de 1988, 19 de enero, 10 y 29 de marzo y 9 y 27 de junio de 1989, 8 de julio de 1991, 19 de febrero de 1993, 11 de marzo de 1994, etc.

⁴¹ STS 14 de octubre y 20 de diciembre de 1986 y 7 de febrero de 1987.

⁴² Vid. STS 22 de julio de 1987.

⁴³ Vid. SSTS, 4 de febrero y 22 de abril de 1987.

⁴⁴ STC 174/85.

⁴⁵ SSTS 22-de abril de 1987, y 27 de junio y 21 de diciembre de 1989

⁴⁶ SSTS 22-de abril y 22 de junio de 1988, 19 de enero y 10 de marzo de 1989.

⁴⁷ *Supra* nota 42. También STS 8 de marzo de 1994: “constituyendo la versión dada por el acusado un dato más”.

habría de repeler también, incluso, el que “*acaso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad*”⁴⁸,

4) Que si por su naturaleza el contraindicio no se asimila al indicio, cuando aquél de resultado negativo (por contradicho) o resulte fallido (por inexistente), será difícil admitir sin salto lógico que pueda someterse metodológicamente -para valorar su relevancia y trascendencia- al régimen de la prueba indiciaria, como de contrario sostiene alguna jurisprudencia⁴⁹,

y 5) Que si se produce la acumulación⁵⁰ del contraindicio *negativo* o fallido a los medios de prueba de culpabilidad por vía presuntiva, o bien de hecho directamente se penaliza la conducta lícita de ejercicio del derecho a la no autoinculpación en el deber excusado de decir la verdad⁵¹ sobre la ocurrencia del hecho imputado, o sea, el que al acusado le quepa ofrecer un contraindicio falso, o simplemente inconsistente y hasta experiencialmente no creíble, o bien se la perjudica en comparación otro derecho ejercitable, cual es la conducta omisiva en la respuesta a todas o alguna de las preguntas que pudieren formularse⁵².

De todo lo anterior, resta por último la cuestión de cómo operar el razonamiento judicial frente al contraindicio, a lo que cabría responder que si “su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente”⁵³, es claro que no puede limitarse a transmitir, ya sea en la fijación histórica de la ocurrencia del hecho como “hecho probado” o en el cuerpo de su motivación (motivación fáctica), una mera y lineal información como parte integrante del total de pruebas practicadas mediante un formulario e incorrecto “no consta acreditado que...” (de todo punto muy distinto a un “consta no acreditado que...”), o una información elíptica a partir de juicios formulados con dicciones del tipo “valorando en conjunto la prueba practicada”⁵⁴, sino razón concreta y puntual de

⁴⁸ *Supra* nota 41.

⁴⁹ SSTs 27 de junio y 21 de diciembre de 1989.

⁵⁰ STS 20 de octubre de 1993: “constituye un sumando de los elementos a tener en cuenta a los efectos de formar convicción”.

⁵¹ El derecho que el imputado tiene a mentir ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia. Vid. STC 129/996: el juez está obligado a poner de manifiesto al sujeto el hecho punible que se le imputa, para que pueda exculparse de él, por cualquiera de las vías legales, y que en ese mismo sentido debe ilustrarle de sus derechos, sin que, por otra parte, tenga valor de declaración, como tal imputado, aquélla que se produce con anterioridad a la imputación, actuando como testigo, porque, cuando declara como tal, tiene obligación de decir la verdad y, en cambio, el acusado no sólo no tiene esa obligación, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, pues hasta ahí llega el derecho de defensa”. Asimismo, SSTC 135/1989, 186/1990, 128, 152, 273 y 290/1993, 161/1999, y AATC 19 y 167/2000. También, SSTs de 9 de julio de 1998, 14 de mayo y 3, 11 y 17 de junio y 2 de julio de 1999, y 18 de febrero y 15 de marzo de 2000.

⁵² STS 8 de marzo de 1994: “puede hablar o guardar silencio, pero al igual que ocurre en otros sistemas procesales, lo que diga puede ser utilizado en su contra”

⁵³ STC 174/85 fj. 6.

⁵⁴ En orden a la “valoración conjunta de la prueba” es importante señalar que si bien “cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticularla y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador” (SSTs 10 de diciembre de 1983, 25 de abril de 1991, 18 de mayo de 1992, entre otras), e igualmente que, en efecto, (así STS, 18 de marzo de 1994) “no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o investigación o examen de cada una de las pruebas y hasta que de su análisis, se extraiga con convicción un resultado que puede ser fruto de la conjunción de dichos instrumentos probatorios, pues unos pueden coincidir e incluso

aquella *credulidad* o *incredulidad* conforme al régimen de control y valoración de las declaraciones contradictorias, más libre o menos formalizado que el indiciario, pero ineludiblemente apoyado en el rendimiento de otras pruebas resultantes en la causa, incluidas las alcanzadas con base en indicios.

Pero aparte de estas reflexiones, interesa en especial al razonamiento judicial en materia de indicios subrayar lo prescrito sobre ellos en términos de requisitos formales o procesales. Los *indicios*, como se ha señalado, han de estar *plenamente probados* -no puede tratarse de meras sospechas o conjeturas- siendo necesario que *el órgano judicial explicite y exponga el razonamiento* en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Se impele con ello al juzgador a una motivación expresa, a que “*exteriorice en la resolución su razonamiento sobre el necesario nexo causal existente entre tales hechos y la participación de una persona en el hecho punible*”⁵⁵, ya que *sólo una válida inferencia lógica* permite considerarlos como prueba de cargo. No ocurrirá así, por ejemplo, si la prueba directa es sustituida por la apreciación de *que una persona tuvo la ocasión de cometer un delito o estaba en posesión de medios aptos para su comisión* (...). Por lo que este Tribunal (TC) ha declarado que ello entraña una presunción ilegítima y genera una inversión de la carga de la prueba que lesiona el derecho fundamental aquí considerado (derecho a la presunción de inocencia)⁵⁶. Para todavía añadir: a este Tribunal compete “*verificar la existencia de unos indicios plenamente probados [no simples sospechas o conjeturas] y la razonabilidad y coherencia del proceso de inferencia que ha de exteriorizarse en la resolución judicial para que pueda operar como auténtica prueba de cargo*”⁵⁷

Por tanto, siendo el estatuto de la prueba presuntiva de indicios subsidiario o supletorio a la prueba directa⁵⁸, se exige la *constatación clara de los indicios, la razonabilidad de la valoración de los mismos y la explicitación del iter razonador que conduce de ellos a la apreciación de que el procesado realizó el hecho punible*⁵⁹.

Pero intentemos concretar: lo específicamente requerido es la demostración de un “*enlace, preciso y directo, de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia que puede*

contradecir”, y asimismo que con dar “las razones y fundamentos que se estimen procedentes para el fallo final, se cumplen las reglas hermenéuticas necesarias para otorgar la tutela judicial efectiva que es constitucionalmente obligatoria en la actuación jurisdiccional (SSTS de 1 de diciembre de 1989, 29 de febrero de 1990, 18 de febrero de 1991 y 22 de septiembre de 1992)”, es lo cierto también que las razones y fundamentos para excluir algún instrumento probatorio en cuestión han de ser expuestas por el juzgador. De ahí el que deba entenderse (STS 2 de marzo de 1994) que la idoneidad de una *valoración conjunta* no resulta en que los medios de prueba se valoren conjuntamente sino que, con concreta remisión a cada uno, se advierta que de ninguno de ellos por separado se desprende la evidencia directa, del resultado de la apreciación de todos ellos sí se implica la realidad fáctica en que se fundamente la certeza del hecho. Por lo demás, sólo desde esta perspectiva es comprensible la improsperabilidad de la impugnación basada en error de valoración de determinado medio de prueba en la realizada con carácter *conjunto*, pues “cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticularla y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador” (SSTS 10 de diciembre de 1983, 25 de abril de 1991, ó 18 de mayo de 1992, entre otras)

⁵⁵ SSTC 174/85, 94/90, 111/90 y 124/90.

⁵⁶ V. gr. STC 105/88.

⁵⁷ SSTC 175/85, 256/88 y 124/90.

⁵⁸ Entre otras, SSTS 4 de abril de 1984, 27 de noviembre de 1986, ó 18 de marzo de 1989.

⁵⁹ SSTC 62/94 f. 4 78/94 f. 4, 107/89, 174/85, 175/85, 229/88, 124/90.

llevar a la conclusión de que siendo cierto el indicio también lo es el hecho determinante de la responsabilidad”⁶⁰. Y aún se precisa más: “Y, en el caso de que estos hechos permitan varias versiones o interpretaciones alternativas”⁶¹ u “otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente”⁶², “el Tribunal ha de tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estime como conveniente” debiendo incluir en su razonamiento “el motivo o motivos por los que rechaza la versión que de ellos ha ofrecido el inculpado”⁶³.

En consecuencia, la exteriorización del razonamiento jurídico se hace pues imprescindible como garantía del ajuste y control de la inferencia obtenida a las “reglas del criterio humano” (arts. 1252 y 1253 CCv), hablándose en este sentido “del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba”⁶⁴.

El TS⁶⁵ ha declarado igualmente que “la conexión lógica que exige la prueba de indicios sólo existe cuando no hay ninguna otra posibilidad alternativa que pudiera reputarse razonable y compatible con los hechos que se declaran probados”.

Recapitulando: la llamada “prueba de indicios” es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de asociación lógica, científica, estadística o de mera experiencia. Con amplia cita de otras resoluciones⁶⁶, nuestra doctrina jurisprudencial relativa a la prueba de indicios concluye del siguiente modo: “este Tribunal (TC) tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoya en que:

- a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados;
- b) los hechos constitutivos de delito deben *deducirse* -mejor se diría *abducirse*- de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria”⁶⁷.

De esta forma, la prueba indiciaria presenta por su racionalidad un *plus* crítico (*prueba crítica*), y por ende un estatuto de control y valoración más *seguro*⁶⁸ y objetivo que el operable sobre lo resultante como *prueba empírica* o sensible de un hecho (a través, por ejemplo, de la inmediata percepción del juez al practicar diligencias de constatación, caso de la “inspección ocular”, el “reconocimiento judicial” o la “inspección personal”)⁶⁹ en la que sólo se solicita la manifestación puramente *descriptiva* de lo observado para conformar la

⁶⁰ Vid. SSTC 93/94 f.j 3, 174/98 y 107/89, ATC 78/94.

⁶¹ ATC 122/94, y STS 10 de junio de 1993.

⁶² SSTS 13, 21 y 24 de mayo y 13 de julio de 1996

⁶³ Vid. SSTC 174/85 f.j. 6; 175/85 f.j. 2; 229/88 f.j. 2; 107/89 f.j. 2; 94/90 f.j. 5, y 384/93.

⁶⁴ STC 169/86 f.j. 2, y STS 18 de enero de 1995

⁶⁵ STS de 17 de febrero de 1995.

⁶⁶ SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993, 206/1994.

⁶⁷ STC 24/1997, f.j. 2, y ATC.147/1998.

⁶⁸ Vid. STS 21 de marzo de 1995.

⁶⁹ Vid. SSTS 2 de enero de 1984, 19 de octubre de 1987, 11 de mayo de 1988, 22 de mayo y 20 de septiembre de 1989, 27 de marzo de 1990, 26 de marzo y 24 de junio de 1991, 7 de mayo de 1993, 7 de diciembre de 1994, 1 de febrero de 1995, 16 de junio de 1997, 6 de febrero de 1988 y 11 de abril de 1998. Vid. también, Carmen ORDOÑO ARTES, *La prueba de reconocimiento judicial en el proceso civil español*, Montecorvo, Madrid, 1987, y David BELTRÁN CATALÁ, “Breve reflexiones sobre la inspección ocular en el proceso penal”, en *Actualidad Penal*, 1995, XXIX, pp. 411-418.

hipótesis de la investigación sumarial (arts. 325 y ss LECr., y excepcionalmente durante de celebración del plenario art. 727 LECr.), o por lo resultante a través de la *prueba histórica* de un hecho (ofrecida por el tercero que la obtuvo *a sensu oritur*, caso de la prueba testifical⁷⁰ prestada por quien directamente vio, oyó, etc..., o de la víctima⁷¹, o la declaración del coimputado⁷², o del controvertido testimonio de referencia⁷³)⁷⁴, vinculada

⁷⁰ Vid. en general, Aurelia María ROMERO COLONA, *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2001.

⁷¹ Aunque todo denunciante tiene por lo general interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina en forma categórica el valor de sus afirmaciones (STS 11 de mayo de 1994). En la ponderación de los testimonios la víctima, viene requiriendo la doctrina jurisprudencial como notas para su credibilidad como prueba de cargo (SSTS 5 de abril, 26 de mayo y 5 de junio de 1992, 26 de mayo de 1993, 1 de junio de 1994, 12 de febrero, 17 de abril y 13 de mayo de 1996): a) Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones acusado-víctima que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento, venganza o enemistad, capaz de enturbiar la sinceridad del testimonio, generando un estado de incertidumbre incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes. Por tanto, prudente juicio sobre incredibilidad subjetiva derivada de las previas relaciones; b) Verosimilitud del testimonio, que ha de estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. Exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejen huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECr.); puesto que, como señala la STS de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho; c) Persistencia en la incriminación que deber ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades o contradicciones. A partir de estos criterios ponderativos, la valoración corresponde al Tribunal de instancia que con las ventajas de la inmediación ve y oye directamente al testigo, percibiendo lo que dice y como lo dice, y tiene la posibilidad de valorar en su exacta dimensión sus gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el declarante en sus afirmaciones ante el Tribunal, por lo que a su juicio valorativo y axiológico debe ser respetado íntegramente, incluida la faceta de la credibilidad del testigo. (STS 17 de noviembre de 1993).

⁷² Vid. SSTS 18 de noviembre de 1991, 6 de octubre y 11 de septiembre de 1992, 4 de mayo de 1993, 14 y 17 de septiembre de 1994, 23 de febrero de 1995 ó 3 de diciembre de 1996, entre otras varias.

⁷³ La STC 217/1989 fj. 5 y STS 13 de mayo de 1996 destacan como núcleo de dificultad el establecer la veracidad y credibilidad. En la aplicación del art. 649 párrafo 2 in fine LEC 1881 /art. 370.3 LEC 2000 es clave la necesidad de que el testigo -directo o no- siempre exprese la razón de su dicho, y precise la fuente de la noticia y persona que se la hubiere comunicado si fuere de referencia (art. 710 LECr), considerando que este último en ningún caso puede sustituir al testigo directo. Asimismo, SSTS 21 de febrero de 1994, 25 de enero y 30 de mayo de 1995, 11 de abril, 13 de mayo, 12 de junio y 20 de septiembre de 1996, 10 de febrero, 15 y 16 de abril de 1997, y 30 de enero, 27 de febrero y 2 de abril de 1998, entre otras.

⁷⁴ Distinto es lo que ha sido presentado como “prueba sobre la prueba”, o actividad de control corroborador o desvirtuante de la fiabilidad o eficacia probatoria de una determinada prueba ya practicada en la fase plenaria o de juicio oral y que propiamente no se dirige al hecho que en sí hubiera sido objeto de prueba o prueba directa del hecho, sino a la intrínseca credibilidad que a dicha prueba directa hubiere que concederse. Los mecanismos probatorios y posibilidades procesales que acerca de ella es posible poner en marcha inciden en especial sobre la actividad de la prueba testifical y la pericial. Así,

por principio a la subjetividad de la interna conciencia del juzgador (art. 741 LECr.), ajustable sólo a reglas de sana crítica (art. 659 LEC 1881/art. 376 LEC 2000) que no constan en precepto legal alguno pero cuya infracción ha de ser precisada, o de lo resultante en confesión (prueba de confesión), donde queda entregada a la inmediación judicial estimar el *animus confitendi* o creatividad subjetiva del confesante y valorar el sentido y alcance de sus declaraciones, retractaciones y denegaciones⁷⁵.

en el primer caso, con arreglo a las facultades del art. 638 LECrim. por examen de prueba sobre la prueba a las “preguntas generales de la Ley” contestadas por el testigo, o la prueba sobre la prueba de testigos de referencia para poner de manifiesto la posible contradicción entre lo que el testigo directo le hubiere narrado y lo que el mismo testigo directo contare por sí mismo ante el tribunal. En el caso de prueba pericial la prueba sobre la prueba se articularía desde lo previsto respecto a la actividad probatoria que tuviere lugar con ocasión del incidente de recusación de los peritos a fin de corroborar o desvirtuar la certeza de las alegaciones sobre los hechos que han sido objeto de la pericia, por tanto con demostración de que en el perito concurre la causa de recusación planteada (arts. 662 y 723 LECrim.). Sin apoyo legal específico, o sólo general a través del art. 714 LECrim., constituiría prueba sobre la prueba la actividad probatoria dirigida hacia testigos y peritos que realizaren declaraciones en juicio oral contradictorias a las que efectuaron en instrucción indagando y haciendo manifiesta la causa a que obedezca la discrepancia o contradicción. También, y por extensión, revistiendo naturaleza jurisprudencial, representaría prueba sobre la prueba el control de los requisitos señalados respecto del testimonio de la víctima y la declaración del coimputado, vid. infra notas 99 y 100. Sobre el tema, con minucioso análisis, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal*, Eds. de la Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

⁷⁵ Valoración de alcance y sentido extraordinariamente confundente, laberíntica. Vid. la construcción y régimen narrativo de la verdad en proceso presentado por José FERRATER MORA a partir de una conjunción alternativa de testimonio, retractación y denegación o negación de la retractación en *El juego de la verdad*, Destino, Barcelona, 1988. “La única verdad es que se dijeron muchas cosas que podían ser verdaderas y que podían también no serlo. Quien más, y más variadas, cosas dijo fue Jesús Gálvez [asimismo que “En este mismo instante [retractación] en que proclamo la verdad siento una especie de arrepentimiento de decirla”, p. 200, y que “La verdad, Su Señoría, es un laberinto”, p. 260]. Cosas sobre sí mismo y sobre los demás personajes del drama. Cosas sobre lo que estos personajes le dijeron -o dijo que dijeron- De muchas de esas cosas se desdijo y luego se desdijo de haberse desdicho. No se sabe si, de haber seguido viviendo, habría continuado desdiciéndose de lo dicho al punto que, al final, ya nadie le habría hecho caso por suponer que nada diría sin luego desdecirse de ello. Por el momento se sabe sólo lo que dijo y de qué se desdijo antes de morir -de ser matado o de matarse a sí mismo-. Cada una de las cosas que dijo y de las que se desdijo es un candidato a la verdad” (pp. 268-269). “Lo malo es que cuando todo ha quedado aclarado, aún no se puede saber cuál es la verdad: si el testimonio, completo o modificado, o la retractación, completa o modificada, o la denegación, entera y cabal o con los cambios que le correspondan. Mejor sería dejar el asunto de lado (...). Pero no quisiera darles fin sin hablar, muy a la carrera, de un asunto no sólo interesante, sino acaso el único realmente decisivo en toda esta confusa historia: los motivos. ¿Que motivos empujaron a cada uno a decidirse por tal o cual alternativa?. Lo más natural es responder: depende de si aceptamos el testimonio de Jesús Gálvez, la retractación, o inclusive la denegación (de esta última)” (p. 273). “Pero no parece muy razonable afirmar a la vez que los motivos dependen de la verdad o falsedad de los testimonios y que son independientes de éstos. Más confusión aún. Es posible, pero no seguro, que las nieblas se despejaren un poco de poder saberse a ciencia cierta si la muerte de Gálvez había sido resultado de suicidio o de asesinato”. (p. 274).

Como puntualización *in marginis* añadir todavía que no se entiende bien el porqué del distinto tipo de explicitación y forma que en uno u otro caso se exige al argumento fáctico, de base meramente descriptivista en la motivación de la prueba empírica judicial, y narrativa en la del testigo (o confesante), cuando en todos los casos se trata de prueba directa nacida de lo sensorial. Con relación a esto último conviene aún otra consideración, y es reiterar lo que, no sin razón, ha sido tenido como algo más que un preocupante síntoma: la invocación del principio de inmediatez, y sobre todo cuando éste se presenta aparejado a una perversa interpretación del “libre convencimiento”, transformándolo con demasiada frecuencia en “barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal” y en “paradójica *garantía* de discrecionalidad judicial incontrolada”⁷⁶; dejándolo así convertido en a modo de *remedio* de argumentación que abre a una amplia zona sombría, si no de oscurecimiento y opacidad, en la motivación.

Alcance del razonamiento judicial por concurso de hechos indiciarios.

De todo lo anterior cabe entender que el modelo razonador propuesto en la valoración probatoria que emplea el concurso de hechos indiciarios se encuentra arreglado, como se ha visto, a un esquema inferencial, donde el juez “ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia y ello de modo *coherente, lógico y racional*, entendida la *racionalidad* por supuesto no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes”; por lo que, *a sensu contrario*, se refería la necesidad de “rechazo de la incoherencia, de la irracionalidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico”⁷⁷. En tal sentido se repele, en efecto, el *relato fáctico* de la parte que lo hubiera realizado “de modo irrazonable e inverosímil”⁷⁸. En cuanto a la forma del enlace *lógico* de la inferencia, es frecuente -e incorrecto⁷⁹- adscribirla a los cánones de la deductiva, cuando la propiamente utilizable habría de ser en todo caso inductiva⁸⁰ y mejor abductiva⁸¹, donde el indicio

⁷⁶ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa*, 1992, 12, p. 127, también en VV.AA., *La Sentencia Penal*, CGPJ, Col. Cuadernos de Derecho Judicial, XIII, Madrid, 1992, pp. 115-159. Vid. asimismo, Juan IGARTUA SALAVERRÍA, “La Sala Segunda ‘ante González’: la valoración de los indicios en la instrucción”, en *Jueces para la Democracia*, 28, 1997, pp. 63-64, calificando con acierto a la inmediatez de “inefable”.

⁷⁷ STC 169/1986 fj. 2 y 3.

⁷⁸ ATC 244/1987.

⁷⁹ José CALVO GONZÁLEZ, “Coherencia narrativa y razonamiento judicial” (1992), en ID., *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 9, y *El Discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa* (1993), Tecnos, Madrid, 1998², p. 73. Vid. también Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 56. Las incorrecciones lexicológicas recogidas en la jurisprudencia citada por estos textos, y todavía persistentes -v. gr., STC 200/1996: “razonamientos lógico-deductivos”- remontan hasta Leonardo PRIETO-CASTRO FERNÁNDEZ, “Los Hechos en Casación (Líneas generales)”, Edit. Reus, Madrid, 1944 [separata de la RGLJ. Junio 1944, pp. 631-653], pp. 21-22, quien habla de “mecanismo de deducción indiciaria”.

⁸⁰ Vid. Marina GASCÓN ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, cit., pp. 107-108. En todo caso, una inteligente y divertida advertencia sobre las miserias del razonamiento inductivo, nos la ofrece STO (Sergio TOFANO), “Un juicio juicioso” (1920), en *Sin pies ni cabeza*, trad. de C. Palma, Siruela, Madrid, 1996, pp. 131-137.

funcione como hecho inferidor dinámico (indicador o indicativo) y la presunción como precisa inferencia de enlace (consistencia lógica discursiva). Ahora bien, ¿qué hemos de considerar como enlace, además de racional y lógico, asimismo *coherente*?

Coherencia indiciaria como comprensión narrativa.

El indicio es un *hecho desvanecido* (desperdigado, esparcido, suelto): un *hecho disipado*. Para la tentativa de comprensión de los indicios se ha de practicar un *escrutinio* (examen y averiguación exacta y diligente que se hace de una cosa para formar juicio sobre ella. Escrutar: indagar, examinar cuidadosamente, explorar, averiguar) *de la disipación*. Es el balance dialéctico entre lo inmediato y lo distante, entre lo plano y lo profundo, entre lo distinto y lo junto, lo separado e igual, lo tenue y lo intenso, lo manifiesto y lo oculto; perquirir ese lugar donde la suave poética de proximidad en la lejanía hace surgir imágenes *desvaídas*.

La *visión* exploratoria de los indicios incriminatorios semeja de esta manera la *mirada* al contemplar una acuarela. Los indicios presentan vaguedad de contornos, como la que mecida por la transparencia y turbiedad de los colores diluidos en agua ofrecen las imágenes en la textura brumosa y *sfumatta* de una acuarela⁸²; bordes acuosos, perfiles

⁸¹ Vid. José CALVO GONZÁLEZ, *El Discurso de los hechos.*, cit., pp. 56-65. También Rafael DE ASÍS ROIG, *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995 pp. 137-143, y *Sobre el razonamiento judicial*, MCGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 23-31 y 36-43.

⁸² La plástica de los “indicios penales”, o de su equivalente civil, las “presunciones” (vid. STC 169/86, fj. 2, y STS 18 de febrero 1991, y asimismo José CALVO GONZÁLEZ, *El Discurso de los hechos.*, cit., p. 74), con virtualidad probatoria es muy diferente a la sugerible para el “indicio” del art. 384 LECr. en ocasión del dictado de auto de procesamiento. Así, comienza por llamar la atención que en dicho precepto baste sólo con detectar “algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona”, es decir, que resulte suficiente con *un* indicio, no precisándose la advertencia de varios. En realidad, tal indicio ya venía significativamente calificado por la RO Circular de 5 de septiembre de 1906 como “hecho inductivo”, a mi parecer jurídicamente revestible de *evidencia*. El juez instructor, tras la práctica de las oportunas diligencias, en efecto *induce* (la RO de 13 de marzo de 1895 refirió la necesidad de “un razonamiento peculiar”, lo que cabe interpretar como distinto del estándar deductivo), alrededor de un preciso acontecimiento o en torno a una conducta concreta, la presencia de un, diría, *fumus*, si no *tenebrae*, un humazo y falta de claridad, que hace *evidencia* racional de criminalidad contra determinada persona, siempre naturalmente por estimar que con arreglo al art. 789.5 regla 1ª LECr. no debió acordar el sobreseimiento libre del art. 637.2 (cuando el hecho no sea constitutivo de delito), o del art. 637.1 y 3 (cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa, y cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores [figura esta última extinguida en el CP de 1995 como forma de participación delictiva]), o el sobreseimiento provisional contemplado por el art. 641 en cualquiera de sus dos vertientes: cuando no resulta debidamente acreditada la perpetración del delito, o cuando resulte haberse cometido y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores [*ibidem supra*]. Ese *indicio* como *evidencia* se hace *señal* o *signo* de la racional existencia de un infracción penal en las dinámicas comisivas de resultado, *v. gr.* en las lesiones, a través del parte de esencia emitido por el facultativo al Juzgado (arts. 262 y 355 LECr.) donde se refleje el tratamiento médico o quirúrgico aplicado a las heridas, o en las agresiones sexuales con el reconocimiento físico y exploración ginecológica de la presunta víctima y la recogida de alguna *muestra* catalogable de *indicio* biológico o no biológico del posible agresor, o del lugar en que se

disueltos por el agua. Y como frente a ella, también el observador de indicios habrá de detenerse ante ellos, y ganar el tiempo *mirándolos*.

Ver, y más, mirar, y ganar el tiempo, son tareas que sitúan el hacer del razonamiento judicial en un terreno que tolera el símil⁸³ con el historiador (*histor*). *Mirar* a través de y tras el antifaz de los indicios, y *Ganar el tiempo*; porque los indicios son la persistencia del pasado, en forma de reliquias, de ruinas, de ecos. Acudir allí donde la travesía temporal del discurso en continuo se encuentra interrumpida, se muestra lagunosa y por tanto precisa ser reensamblada, recompuesta, colmatada. Se trata, ante todo, de una *reconstrucción* histórica del tiempo. Para lograrlo sólo me parece posible valernos del *relato*: con el relato el pasado deja de ser inaccesible al rescate, al retorno. El tiempo, al igual que en todo relato, es también aquí el protagonista del decurso narrativo, de la historia sobre los indicios. Y la función temporal únicamente es percibible en la *narración de los indicios*, en la historia como responsable de disponer hechos y protagonismos hacia la resolución continuada, consistente, y coherente. Así, el relato conforma una relación de tiempo histórico con el pasado de las acciones y sucesos, con las acciones y sucesos perdidos en el tiempo anterior. El relato sirve para reasumir y resurgir -asumir de nuevo y hacer surgir otra vez- el pasado desde una comprensión narrativa, pues ciertamente no se trata sólo narrar situaciones, sino de *contar historias*; es más, difícilmente pueden llegar a narrarse situaciones si no se las convierte en historias.

Esa relación de tiempo narrativo puede explicarse como narratividad *horizontal*, que no exige otras formalidades que las derivadas de la mítica⁸⁴ o composición del propio relato, del relato mismo, de la posibilidad de su gramática en la acción de contar y seguir contando (consistencia narrativa), y como narratividad *vertical*, en la que lo requerido adquiere una dimensión interrogativa y persuasiva que es pragmática; la que permite hacerse preguntas: qué historia contar, y por qué, y para qué, y cómo contarla (congruencia o coherencia narrativa). Por eso narrar con indicios ha de consistir, como en un relato de intriga, en emprender el movimiento, una *dinámica*, en torno a una elaboración y una

hubiere cometido el hecho. Vid. sobre ello, Guillermo PORTERO LAZCANO, “Lesiones, malos tratos y violación”, en *Medicina Legal*, CGPJ-Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, y Pablo J. PÉREZ JORGE, “La toma de muestras y la inspección ocular en los delitos sexuales”, en VV.AA., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Justicia-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, vol. II, pp. 61-91.

⁸³ Han polemizado en torno a la esa faceta/condición de juez-historiador Manuel ATIENZA, “Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez” y Perfecto. ANDRÉS IBÁÑEZ, “De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza”, ambos en *Jueces para la Democracia*, 22, 2/1994, pp. 82-86 y 87-92 respectivamente. Puede ser ilustrativo recoger, en antecedente, lo expuesto en la STS de 14 de octubre de 1986: “En el proceso penal la actividad probatoria constituye la fase más trascendental, ya que como se ha señalado por muy autorizada doctrina procesal, la función jurisdiccional se asemeja en tal área o ámbito a la historiografía, pues el juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre los hechos del pasado y averiguar su real existencia”.

⁸⁴ Aristóteles, *Poética*, 1450 a 5 y 15: “llamo aquí *mythos* (“fábula” o “trama”) a la composición (*synthesis* o *syntaxis*) de los hechos”. Por mi parte, entiendo que en la *synthesis* o *syntaxis* de los hechos es posible distinguir la compositiva de una “fábula” y una “trama”. Sobre ello, mi trabajo “Modelo narrativo del ‘juicio de hecho’: *inventio* y *ratiocinatio*”, en *Libro Homenaje al Prof. Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares (en prensa).

búsqueda: la elaboración de la trama⁸⁵ como *historia* de principio, medio y fin⁸⁶, y la búsqueda de su *inteligibilidad* como comprensión de “*el sentido*”.

Tomar en serio el “Relato de los Hechos”.

Es, pues, sin duda en este horizonte (horizonte de relato), con todo ciertamente no inalcanzable, en el que las exigencias de engarce inferencial y explicitación como mostración y visibilidad referidas a la construcción de la prueba por concurso de indicios y a los mismos indicios como *hechos difíciles*, se hallan concretamente limitadas, como condición bastante y pienso que enteramente accesible, a la expresión del razonamiento “de tal manera que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda *comprender* el juicio formulado a través de los indicios”⁸⁷, donde se inscribe con novedad la recuperación de una sensibilidad intelectual dirigida a reasumir el interés por el papel, demasiado olvidado en el programa de la tradición racionalista, correspondiente a la construcción de *narraciones*, de *relatos*, de *historias*; en suma, a la función clave de una *comprensión narrativa*, además de racional y lógica, en la presentación argumental de las pruebas.

Creo que el desarrollo de esta sensibilidad, que desde mi punto de vista entiendo como *Teoría y crítica narrativista del Derecho*, puede ofrecer valiosos resultados. En todo caso, es evidente que, junto a la marcada orientación que hoy preside la intelección de los hechos desde criterios de racionalidad y razonabilidad, esa sensibilidad forma parte integrante del centro medular y más actual de los intereses epistemológicos de la ciencia jurídica contemporánea en el cuadro de discusión sobre problemas de justificación, construcción y adjudicación (otorgación) jurídica de “*el sentido*”.

* Publicado en *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid), T. XVIII, 2001, pp. 13-33.

⁸⁵ Componer la trama o intriga “es ya hacer surgir lo inteligible de lo accidental, lo universal de lo particular, lo necesario o lo verosímil de lo episódico”. Paul RICOEUR, *Tiempo y Narración, I, Configuración del tiempo en el relato de ficción* (1985), trad. de A. Neira, Siglo XXI, México, 1995, p. 96.

⁸⁶ “Con esto queremos decir que ninguna acción es un principio más que en una historia que ella misma inaugura; que ninguna acción es tampoco un medio más que si provoca en la historia narrada un cambio de suerte, un “nudo” a deshacer, una “peripecia” sorprendente, una sucesión de incidentes “lamentables” u “horrorosos”; por último, ninguna acción, considerada en sí misma, es un fin, sino en la medida en que, en la historia narrada, concluye el curso de la acción, deshace un nudo, compensa la peripecia mediante el reconocimiento, sella el destino del héroe mediante un último acontecimiento que aclara toda la acción y produce, en el oyente, la *kátharsis* de la compasión y del terror”. Paul RICOEUR, “Narratividad, fenomenología y hermenéutica” (1986), trad. de G. Aranzueque, en *Cuaderno Gris* (Universidad Autónoma de Madrid), 2, 1997, p. 481 (Monográfico *Horizontes del relato. Lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur*, ed. de Gabriel ARANZUEQUE).

⁸⁷ SSTC 175/1985, fj. 5, y 229/98 fj. 2.