

Motivación de las sentencias, presunción de inocencia, «in dubio pro reo»

Juan Igartua Salaverría

Catedrático de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho de San Sebastián

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UNA COMPLICACIÓN SOBREVENIDA.—
III. RECONSTRUCCIÓN DEL PANORAMA Y DISCUSIÓN PUN-
TUAL.—IV. CONCLUYENDO.

I. INTRODUCCIÓN

El art. 120.3 CE («Las sentencias serán siempre motivadas») está provisto de suficiente dosis normativa, de manera que se basta por sí solo para imponer la obligación de motivar las sentencias. No obstante, su inserción en una constelación de preceptos constitucionales le dota de una complementaria racionalidad instrumental. O sea, no se trata de doblar el espinazo a modo de un rendido «fiat voluntas tua» ante lo impuesto por el Constituyente en esa disposición, sino de respetar un mandato que —además o sobre todo— se legitima por su aptitud insustituible para asentar elementos centrales de la mamposería constitucional y para dar vida a capitales derechos fundamentales.

Bien es verdad que no puedo entrar ahora en asunto tan enorme como el de dibujar el mapa entero y detallado de los nexos que vinculan al mentado 120.3 con otras normas del propio contexto constitucional. Me bastará vivir de ideas ya muy propagadas. Y hoy me limitaré a sobrevolar por un artículo de la Constitución (el 24.2 que consagra el derecho a «la presunción de inocencia») cuya empatía con el citado 120.3 nadie cuestiona, y que tiene la

virtualidad no sólo de aquilatar la fuerza imperativa de ese precepto sino además —como se verá— de modelar su observancia en algunas situaciones típicas.

II. UNA COMPLICACIÓN SOBREVENIDA

Observo la presencia de algún factor, de importancia práctica cardinal, que aconseja dedicar algún párrafo que otro al lazo que anuda «la presunción de inocencia» con la motivación de las sentencias.

Sin inventariar la ubérrima flora de significados que acompaña a la expresión «presunción de inocencia»¹, entraré de cabeza en la vertiente que inmediatamente concierne a la motivación. La presunción de inocencia sirve fundamentalmente —además de para asignar el *onus probandi* (al acusador corresponde probar la culpabilidad del acusado)— para fijar el *quantum* de la prueba (la culpabilidad ha de quedar probada más allá de toda duda razonable). El «in dubio pro reo» traduce sintéticamente este último extremo, por lo que debería considerársele «como un componente sustancial del derecho fundamental a la presunción de inocencia»². Ello, sin embargo, se ha convertido en lugar de pugna, en la que los contrarios llevan las de ganar. Convendrá, por tanto, afanarse en la enojosa tarea de remar contra corriente porque el «in dubio pro reo» es la veta que mayor rendimiento nos proporcionará a efectos de nuestro tema.

Es verdad que no suele sacarse la debida punta a la incidencia de la motivación sobre la presunción de inocencia³; más bien, al contrario, se acostumbra —no diré a es-

¹ Cfr. p. ej. J. VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993; pp. 35-40.

² E. BACIGALUPO: «Presunción de inocencia, “in dubio pro reo” y recurso de casación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, vol. II. p. 365.

³ P. ej. me llama la atención, por venir de un procesalista puntero, una manera tan insulsa de abordar la cuestión como ésta: «La presunción de inocencia sí está íntimamente relacionada con la motivación de las sentencias, que cumple dos finalidades complementarias: 1. Hacer públicas las razones de la decisión adoptada y 2. Permitir su posible control por medio de los recursos. La motiva-

camotearla— aunque sí a dejarla manca. Y ello bajo la cobertura de una alegación que aparentemente nada —o muy poco— tiene que ver con el tema que nos centra, y que consiste en apearse al «in dubio pro reo» de la constitucional «presunción de inocencia». Esa desafortunada (en mi opinión) separación entre una cosa y otra —que disfruta hoy de curso ordinario en la doctrina y en la jurisprudencia⁴— es inicialmente imputable al TC, que la puso en circulación cuando sacó de la chistera la famosa (pero umbrosa) fórmula de la «mínima actividad probatoria de cargo» (o de la «suficiencia de la prueba de cargo», en versión actualizada). Ahora bien, por lo dicho, me tocaría a mí trazar el itinerario lógico que conduce desde un punto (el de la «actividad probatoria de cargo») al otro tan distante y distinto a primera vista (el menoscabo de la motivación como garantía de la presunción de inocencia). Y lo voy a intentar.

III. RECONSTRUCCIÓN DEL PANORAMA Y DISCUSIÓN PUNTUAL

Como sólo las reconstrucciones *comprehensivas* (o integrantes de todos los elementos pertinentes) resultan *comprendibles*, paso a ofrecer una visión de conjunto o, mejor,

ción supone que han de ir poniéndose en relación los medios de prueba con los hechos que en la sentencia se estiman probados, de modo que cada afirmación que por el juez sentenciador se haga con relación a éstos cuente con el soporte de un medio concreto de prueba» (J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, 1977; pp. 155-156).

⁴ Quizás por eso, uno que ostenta la doble acreditación —como magistrado y catedrático— no se siente impelido a escribir siquiera un canijo renglón para apoyar esta expeditiva afirmación: «Aunque ha existido alguna confusión doctrinal el principio *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba» (J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal...*, p. 155). De todos modos, hay un elenco de razones a favor de esa tesis en M. A. MONTAÑÉS PARDO: *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Pamplona, 1999; pp. 45-49. Y en contra, unos argumentos —para mí más convincentes— en M. MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1977; pp. 606-620.

del conjunto en el que la postura hoy prevalente (con el TC a la cabeza) acomoda a la «presunción de inocencia» y al «in dubio pro reo» respectivamente. Lo cual se hace posible, por ejemplo, concatenando algunos pasos argumentales en una secuencia como la siguiente:

- i. en el proceso penal rige el sistema de la libre valoración de las pruebas;
- ii. la libre valoración implica que las pruebas valen según el grado de «convicción» que generen en el juzgador;
- iii. si la convicción de éste sobre la autoría del acusado no alcanza su plenitud, entrará en escena el «in dubio pro reo»;
- iv. la convicción de los tribunales de instancia no es revisable ni en casación ni en amparo;
- v. entonces si, tratándose de un derecho fundamental, compete tanto al TS como al TC controlar la observancia de la «presunción de inocencia», ésta deberá, por fuerza, referirse a operaciones ajenas a la valoración de las pruebas; de modo que fiscalizar si ha habido la suficiente «actividad probatoria de cargo» para enervar la «presunción de inocencia» no supone entrometerse en la valoración de las pruebas;
- vi. por tanto, la «presunción de inocencia» se diferencia del «in dubio pro reo» porque éste se enclava justo en el centro de la valoración de las pruebas.

Resalta, en este cuadro, la función tan residual que se asigna a la «presunción de inocencia» y que contrasta —por su desproporción— con la cuantiosa literatura que a su glosa han dedicado tribunales y doctrina (en suma, demasiado arroz para tan escaso pollo). Un reduccionismo tal tiene su explicación. Ha faltado arrojo o clarividencia para dar un vuelco al esquema tradicional —y ya obsoleto— sobre la valoración de las pruebas; y, en ese contexto, la «presunción de inocencia» sólo puede aspirar a convertirse en un colorete para dar un engañoso aire de lozanía constitucional a un cuerpo carcamal. No obstante, yo cometería una injusticia si no reconociera que, pese a ello, la

mentada «presunción» ha rendido servicios apreciables (pero menos de los debidos) en la práctica jurisdiccional del TC y —por derivación— de otros tribunales. Sin embargo, creo que eso ha sido factible merced a la heterodoxa práctica respecto de la teoría profesada⁵ (en fin, sorpresas que depara la práctica *errática* de una teoría *errada*). Bueno, cada cosa a su tiempo. Y creo que es aconsejable empezar revisando, una tras otra, las seis piezas del *puzzle* reconstruido en el párrafo precedente.

I. Tras el toma y daca de pruebas y contrapruebas esgrimidas por las partes, suele llegar el momento final en el que toca al juzgador pronunciarse sobre la verdad de los enunciados atinentes a los hechos de la causa (perdón por formulación tan enrevesada, pero —en contra de los hábitos lingüísticos—, sólo los *enunciados* sobre los hechos, no los *hechos*, son verdaderos o falsos⁶). Pues bien,

⁵ Lo que suele obligar, a la doctrina obsequiosa con las pautas jurisprudenciales del TC, a contorsionismos casi siempre fallidos. Pondré un ejemplo reciente: un autor, después de aceptar que el «in dubio pro reo» «no puede tener acceso a la casación por la razón obvia de que ello supondría valorar nuevamente la prueba», tranquilamente añade —como si fuera compatible con lo anterior— que el TC exige, «como garantía del derecho a la presunción de inocencia» que «no basta que se practique la prueba, sino que de ésta se debe deducir la culpabilidad. De lo contrario, deberá aplicarse el principio *in dubio pro reo*: en caso de duda hay que decidir a favor del acusado» (M. JAÉN VALLEJO, «La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales»: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2000, nº 453, p. 2). ¿En qué quedamos? ¿Es o no el «in dubio pro reo» un elemento inherente a la presunción de inocencia? En realidad no deberían extrañarnos estos bandazos en las construcciones doctrinales cuando el propio TS anda al garete aún hoy día. En sentencia del 11-IX-2000, la Sala 2ª (en un recurso contra el veredicto de un jurado) dice que «la constatación de la concurrencia de prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia incumbe al magistrado-presidente», y «su valoración, que es una actividad posterior (es) competencia del jurado», pero eso no le impide afirmar sorprendentemente que «la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia» (*Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2000, nº 455; pp. 11-12). Y yo vuelvo a la carga preguntando si el «in dubio» va incluido o no en el lote de la «presunción de inocencia».

⁶ Para aclarar lo que quiero decir recurriré a una cita iluminante: «Los hechos no son verdaderos ni falsos. El crecimiento de las plantas, el movimiento de los planetas y la muerte de un ser humano están ahí o han estado ahí y no se

desde finales del XVIII impera en el proceso penal (con pocas y marginales excepciones) un sistema para acreditar la verdad de los enunciados relativos a los hechos objeto del litigio: es el de la «libre valoración»⁷ de las pruebas (de distinto signo, por lo regular) aportadas por los contendientes. El adjetivo «libre» (que caracteriza a este régimen de valoración) significa —por oposición al sistema de valoración «legal» que le precedió— que el juzgador no está sujeto a un tarifario donde, de antemano, se fija qué valor ha de asignarse a cada medio probatorio⁸. Ahora bien, al definir la «libre valoración» sólo *en negativo* (qué *no es*), para diferenciarla de su antagonista (la «valoración legal») se ha dado pábulo a degeneraciones tan osadas como, sin ir más lejos, la apología de nuestro TS —todavía a la vuelta de la esquina (en el umbral de los 80)— a favor de valorar las pruebas de un modo «libérrimo y omnímodo»⁹. Pues bien, sin rodeos ni perifollos

puede predicar de ellos verdad ni falsedad, ni justicia o injusticia. El criterio de la verdad aparece cuando sobre tales hechos se pronuncian un enunciado: “Los planetas giran alrededor del Sol en órbita circular”. ¿Será esto verdadero: giran de veras alrededor del Sol y su movimiento es de veras circular?» (A. NIETO: *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000; p. 246).

⁷ Para no abrumar a nadie con una interminable relación bibliográfica, citaré el libro de M. NOBILI: *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milán, 1974; y, en atención al público de habla castellana, las páginas 443-523 de J. M. VÁZQUEZ SOTELO: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984.

⁸ El tránsito de la valoración «legal» a la «libre» valoración supone «esencialmente el paso de una forma de racionalidad a una forma de racionalidad distinta. La primera está asignada por la escolástica en un primer tiempo, después por el logicismo de los humanistas, y finalmente por el delirio clasificatorio típico de la cultura barroca: por tanto una racionalidad analítica ligada a las jerarquías conceptuales y a las distinciones formalistas. La segunda es la racionalidad moderna, libre de vínculos formales, fundada en la lógica de lo probable, inspirada en criterios científicos y en el sentido común, elástica y adaptable a las exigencias de la verdad empírica». (M. TARUFFO: *La prova dei fatti giuridici*, Milán, 1992; p. 368).

⁹ Hay muestras de esas sentencias en mi *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995; pp. 34-36. Y una exposición más completa de esa orientación jurisprudencial en M. MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria...*, pp. 111-120. Este autor, además, se cuida muy bien de reflejar la evolución posterior de la Sala 2ª sobre el particular (pp. 161-164).

habrá que convenir en que la «libre valoración» de las pruebas, aunque sin las aperturas de los corsés legales, no habilita espacios para la arbitrariedad (prohibida, ya lo he señalado antes, por el art. 9.3 CE); es, por tanto, otro de los prototípicos ámbitos de la discrecionalidad judicial¹⁰ que, como se sabe, por eso mismo lleva aneja la condición de una justificación racional. Y es que entre la aplicación de una norma legal y la justificación de una actividad discrecional existe un denominador común. Aunque sus parámetros varíen (en un caso son legales, en el otro extralegales pero racionales¹¹), tienen la misma estructura formal (en un caso: «de acuerdo con lo prescrito en el artículo tal...»; en el otro: «de conformidad con las enseñanzas de tal ciencia o de aquella máxima de experiencia...»).

II. Que la «libre valoración» haya estado asociada a la «convicción» del juez o del tribunal se explica, creo, por un par de circunstancias. Una histórica: por el carácter inmotivado del veredicto de los jurados¹², que fueron los iniciales usufructuarios del nuevo sistema de valoración¹³. La

¹⁰ Cfr. M. TARUFFO: «Prova giuridica», *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 1997, vol. VII; p. 168.

¹¹ Pues «la falta de vínculos normativos eran la valoración de la prueba es justamente la condición que consiente, es más hace necesario, el empleo de modelos racionales de valoración». (M. TARUFFO, «Prova (in generale)», *Digesto*, IV, ed., Turín, 1997, vol. XVI Civile; p. 20).

¹² Resulta esclarecedora la instrucción que se leía a los miembros del jurado antes de que se retiraran a deliberar: «La loi ne demande pas compte des moyens para lesquels (les jurés) se sont formé une conviction; elle ne leur prescrit point des règles auxquelles ils doivent attacher particulièrement la plénitude et la suffisance d'une preuve (...). La loi (...) elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: ávez-vous une intime conviction?» (*Cit.* en M. NOBILI: *Il principio del libero convencimiento...*, pp. 154-155).

¹³ El principio del «libre convencimiento» se introdujo en Francia, junto con la institución del jurado, en 1791. Se justificó esa innovación por la necesidad de eliminar los inconvenientes derivados del sistema de las pruebas legales, contra el que se habían alzado las críticas de los *philosophes* ilustrados que vieron, en la alternativa del jury inglés, un remedio contra las aberraciones del proceso inquisitorio y de la aritmética de las pruebas (G. DE LUCA, «Il sistema delle prove penali e il principio del libero convencimiento nel nuovo rito», *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1992, nº 4; p. 1270).

otra de índole lingüística: pues no en vano ese sistema valorativo, al hacerse extensivo a los jueces profesionales¹⁴, ingresó en los códigos procesales europeos rebozado en denominaciones como «libre convencimiento», «íntima convicción», «apreciación en conciencia», etc., que abiertamente evocan —no hacía falta decirlo— estados de conciencia subjetivos del juzgador. Pero tan «romántica noción» gozó de muy corta circulación, fuera de Francia y de algunos países muy apegados a su cultura, ya que empezó a extenderse un concepto de «libertad» bastante menos expansivo en el que —aunque sin ataduras a reglas legales— no cabe desentenderse de cánones extralegales a la hora de justificar la validez de las inferencias probatorias¹⁵.

No es precisa vista de lince para percibir que la observancia de reglas racionales en la valoración de las pruebas va de la mano con la obligación que, en la Europa continental, tienen los jueces de justificar sus «factual findings in a written opinion»¹⁶. Es decir, ambos imperativos (el de respetar la racionalidad empírica y el de motivar la valoración de las pruebas) se condicionan recíprocamente; pues ¿de qué vale prescribir el respeto de cánones empíricos si luego no hay manera de verificar su seguimiento?; y ¿qué aprovecharía una motivación si su finalidad se limitara a que el condenado se entere del convencimiento del juzgador¹⁷ y, si éste le parece disparatado, que se aguante? Lo malo, de esto último, es que las preocupaciones por

¹⁴ «Históricamente el principio de la íntima convicción o apreciación en conciencia de la prueba, tal como lo conocemos actualmente, apareció en la época de la Revolución Francesa, íntimamente ligado a la institución del Jurado popular (...). Con posterioridad el *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 (art. 342) permitió la aplicación del sistema de *l'intime conviction* por los jueces profesionales o de carrera; extendiéndose dicho modelo a la mayoría de los sistemas procesales europeos» (M. MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria...*, pp. 107-108).

¹⁵ M. R. DAMASKA: *Evidence Law Adrift*, New Haven - Londres, 1997; p. 21.

¹⁶ M. R. DAMASKA: *Evidence Law Adrift*, p. 22.

¹⁷ Y eso no es un exceso literario mío pues en una sentencia del TS ya citada (del 11-IX-2000) se escribe que: «La motivación sobre los hechos (...) es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona».

fundamentar racionalmente la valoración de las pruebas no suelen responder a «específicas opciones filosóficas sino, mucho más banalmente, porque son más cómodas y evitan el ejercicio —siempre complejo y fatigoso— de la racionalidad como control sobre el juicio de hecho»¹⁸.

En una tesitura semejante, por tanto, hablar de «convicción» no pasa de una reminiscencia verbal; pues parece claro que ese término —si se sigue utilizando— debe ser despojado de su indisumulado sesgo impresionista.

Así que para prevenirnos contra las turbulencias de la subjetividad —pues ésta no capitula a la primera— sería más recomendable cambiar de registro sustituyendo el «convencimiento del juez» por «los hechos probados». Se trata de planos heterogéneos —*psicológico* uno (al que pertenece el «convencimiento») y *racional* el otro (el que se ocupa de analizar si los hechos han sido probados de verdad), que además no marchan en paralelo necesariamente. Me explico. Si bien sería insensato decir «considero que está suficientemente probada la culpabilidad de Fulano pero no estoy convencido de ello», en cambio a menudo sucede que uno esté convencido de algo y, sin embargo, confiese que no puede probarlo (que se lo pregunten a los creyentes). O, sin salir del recinto procesal, algo análogo pasa con pruebas concluyentes (p. ej. conversaciones telefónicas intervenidas) que, debido a su obtención ilícita, no se tienen en cuenta. En ese caso, nada obsta a que el tribunal simultáneamente no tenga asomo de duda sobre la culpabilidad del imputado y, pese a ello, lo absuelva aduciendo que las pruebas admisibles no han bastado para probar los hechos¹⁹.

¹⁸ M. TARUFFO: *La prova dei fatti giuridici*, p. 373.

¹⁹ Por lo apuntado, estimo preferible optar por esta distinción neta (convencimiento/hechos probados) que condescender con la vieja terminología de «convencimiento» aun remozado con una buena dosis de racionalidad (lo que se traduce en el producto —bienintencionado, qué duda cabe— de unos «criterios para la formación de la convicción del juez sobre los hechos» (L. LÓPEZ GUERRA: «Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales», *Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1992, V; p. 143. Postura que también se refleja en J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias», *Cuadernos del CGPJ*, Madrid, 1992, XIII; pp. 103-104).

Pero, a renglón seguido, me apresuro a subrayar que la modificación de perspectiva propuesta quedaría vanificada del todo si el órgano juzgador se limitara a cambiar una manifestación tal como «este tribunal está *convencido* de X» por otra igualmente autoritaria como «este tribunal da por *probado* X», sin la aneja apoyatura demostrativa (no en el sentido matemático, claro es).

III. El programa des-psicologizador pregonado hace poco ha de prolongarse, naturalmente, al recto entendimiento de la «duda» que, como se sabe, constituye el listón a superar en las sentencias penales condenatorias. Lo que requiere pocas palabras.

El «in dubio pro reo» es —si mi información no desmerece— de antigua data. Fue estatuido por un rescripto de Trajano y, más tarde, retomado por los tratadistas medievales del Derecho canónico²⁰. Esta larguísima tradición se vio interrumpida en el continente europeo durante los oscuros siglos de la inquisición, pero conservose intacta en el *law of evidence* inglés. Su posterior redescubrimiento a cargo de la cultura ilustrada continental acaeció, en gran medida, bajo el influjo de la experiencia procesal inglesa, en donde —como se ha dicho— nunca se había apagado²¹. Pues bien, el paso del «in dubio» por el tamiz del empirismo inglés dio lugar a la no menos célebre fórmula del «beyond reasonable doubt», la cual estaba provista de un acusado perfil epistemológico. En efecto, allá por el XVII, teólogos y naturalistas (los primeros por salvar la verdad de las creencias religiosas, los segundos por reclamar que las verdades incuestionables no sólo eran apaño de las demostraciones lógico-matemáticas) distinguieron —con terminología variable— tres subcategorías de «conocimiento» o «ciencia» en función del diferente tipo de certeza alcanzable: *físico* (derivado de inmediatos datos sensoriales), *matemático* (ejemplificado p. ej. en las demostraciones de la

²⁰ L. FERRAJOLI: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2ª ed., Bari, 1990; pp. 92-93 nota 25.

²¹ L. FERRAJOLI: *Diritto e ragione...*, pp. 116-117.

geometría) y *moral* (basado en el testimonio y en las referencias de segunda mano sobre datos sensoriales). Pues bien, aunque las certezas morales no dependieran de una evidencia que compelia al asentimiento, era claro que quienquiera las juzgara sin prejuicios debía aceptarlas pues no admitían una duda razonable a su respecto²². Y lo que otros llamaron «certeza moral», Locke (el autor más influyente sobre los primeros tratadistas de la *legal evidence*) —tras rehabilitar el hasta entonces desprestigiado concepto de «probabilidad»— denominó «higest degree of probability», insistiendo también en que ésta suponía «the general consent of all men, in all ages»²³.

De todo ello cabe colegir —pienso— que, en este ambiente, la presencia o ausencia de *duda razonable* transciende la esfera de la ocurrencia *individual* (y/o *puntual*) para convertirse en asunto *universalizable*. Y no la mejor sino la única manera de apreciar la universalizabilidad de la proclama «tengo duda» o «no la tengo» empieza por exponer las razones que la sustentan. Consecuencia que se pasaría por alto si el tribunal se contentara simplemente con *expresar* que duda/no-duda sobre los hechos (como se lee —sin sorpresa, para qué engañarnos— en la STS de 11-IX-2000: «la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto *expresa* una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia»²⁴). Así no hay modo de ni siquiera vislumbrar el carácter «razonable» de la duda que se pretende haber o no superado. Y vale por el momento.

IV. Para precisar en qué medida la convicción lograda (o la valoración efectuada) por un tribunal de instancia no es censurable en casación ni en amparo, me parece inelu-

²² B. J. SHAPIRO: *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause (Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence)*, Berkeley-Los Ángeles-Londres, 1991; pp. 7-8.

²³ J. LOCKE: *An Essay Concerning Human Understanding*, cit. en B. J. SHAPIRO, *Beyond Reasonable Doubt...*, pp. 8-9.

²⁴ *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 5 de octubre 2000, nº 445, p. 11.

dible servirme de una distinción; aunque tampoco se me escapa que, cuando los de mi gremio nos ponemos a sembrar de distingos cualquier terreno que pisamos, los colegas de otras disciplinas bufan de asqueo. Sin embargo, la distinción que voy a defender dista mil leguas de las rebuscadas artimañas palabreras ya que se asienta en una base muy real.

Sin necesidad de romperme la cabeza, seguiré tirando del mismo hilo. O sea, si la declaración de los hechos «probados» debe ir acompañada —como sostuve en II)— de su correspondiente razonamiento fundamentador; e, igualmente, si —según acabo de defender en III)— la presencia o ausencia de una duda «razonable» no se presume si no se razona (qué menos), de ahí se sigue: que no existe impedimento para —contemporáneamente— conceder que, vistas las pruebas, quizás sea *justo* dar por probados los hechos de la causa, pero que, por ausencia o endeblez de la argumentación esgrimida por el juez de turno, no está justificado afirmar que aquellos hechos han sido probados; o que quizás haya fuste para dudar pero el tribunal omite las razones que sustentan su duda o trata de apoyarla en argumentos falaces.

Por tanto, son dos cosas (y no la misma cosa sólo que enfocada desde dos ángulos) las que habilitan y legitiman la diferencia que trato de explotar. Nuestra propia experiencia cotidiana está trufada de situaciones (exámenes, tests, concursos televisivos, etc.) que confirman la posibilidad de acertar con la respuesta correcta y, sin embargo, fracasar en el intento de justificarla. Y los mismos repertorios de jurisprudencia confirman lo dicho cuando reflejan los votos particulares concurrentes (*concurring opinion*); aquéllos con los que los magistrados disidentes, aun aceptando la decisión adoptada, manifiestan su discrepancia con los argumentos fundantes.

Llevando el agua a nuestro molino, imaginemos que un tribunal de instancia sostenga que «Ticio ha matado a Cayo y eso es verdad porque así se nos ha revelado en sueños». Que Ticio haya matado a Cayo es una cosa, y otra diversa que valga como argumento una presunta revela-

ción onírica. Si en casación o en amparo se negara la verdad de una aserción (diciendo p. ej. que Ticio no ha matado a Cayo) el TS o el TC se estarían entrometiendo donde no les corresponde²⁵. Pero si el TS o el TC, orillando la verdad o falsedad de un aserto («Ticio ha matado a Cayo»), no acepta la validez del razonamiento justificatorio, no entra en el «fondo» (o sea, en la «valoración» propiamente dicha); simplemente señala que lo decidido por el tribunal de instancia no está racionalmente fundado. En síntesis: una tarea es sustituir la decisión del tribunal de instancia y otra distinta censurar la razonabilidad del discurso justificatorio (donde sí pueden meter baza el TS y el TC)²⁶.

V. En este penúltimo segmento de la cadena argumental se asegura; de forma descubierta y declarada, que fiscalizar si ha habido o no «suficiente actividad probatoria de cargo» no supone invadir el espacio reservado a la valoración de las pruebas. Y para vencer la resistencia de los duros de mollera que no acabamos de ver la raya que separa una cosa de la otra, algunos adalides de la tesis mayoritaria nos iluminan con una distinción, la que media entre «interpretación» y «valoración» de la prueba²⁷: la primera serviría para determinar si el contenido de la prueba es «objetivamente incriminatorio»; la segunda se referiría

²⁵ Mientras que un tribunal de apelación sí tendría abierta la veda. No obstante debe precisarse que, si bien el recurso contra las sentencias dictadas por el tribunal de jurado español es calificado como «recurso de apelación», en realidad no responde a los patrones esenciales que caracterizan dicho medio impugnatorio (J. GARBERI LLOBREGAT: «La apelación de las sentencias penales a la luz de la Constitución», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, nº 331, p. 3).

²⁶ Lamento reiterar ideas que ya expuse, algo más extensamente, en algunos escritos anteriores («Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1996, nº 46; pp. 106-109; *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, 1998; pp. 160-161). A mi entender, existe un evidente paralelismo entre el control que ahora me ocupa y el control judicial sobre la actividad discrecional de la Administración, tal como también se configura en el libro de M^a. J. ALONSO MÁS: *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, 1998; pp. 603-647.

²⁷ J. VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993; pp. 130-131; I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Artículo 24: Garantías Procesales», en O. Alzaga (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1996, t. III; pp. 112-113.

a si la prueba practicada provoca o no la «convicción del juzgador» sobre la culpabilidad de acusado. Entiendo —y comparto— que, en efecto, nos hallamos ante dos operaciones diferenciadas: una, *interpretar* las pruebas aportadas clasificándolas en dos bloques (de «cargo» y de «descargo»); y otra, *valorar* si, a la vista del acervo probatorio existente, procede condenar o absolver. Y, por descontado, suscribo también la opinión de lo absurdo que sería condenar a nadie cuando el listado de las pruebas «de cargo» permanece vacío. Sin embargo, la presencia incordiante del adjetivo «suficiente» («*suficiente* actividad probatoria...») es de un descaro tal que desborda por todos los lados el circunscrito carácter «interpretativo» que se le atribuía. Es decir, para enervar la presunción de inocencia no sólo se precisa de material probatorio *interpretado* como «de cargo» sino, además, que éste sea *valorado* como «suficiente». De donde, la dicotomía propuesta «interpretación»/«valoración» como criterio para el deslinde entre «presunción de inocencia»/«valoración de la prueba» termina yéndose al traste. Por tanto, a quienes persistan en mantener la diferencia entre una y otra les tocará explicar, entonces, si se trata de dos valoraciones distintas en atención a una supuesta *naturaleza* diferente (no se si la «suficiencia» atendería sólo al peso unilateral de las pruebas de «cargo», mientras la «valoración» se ocuparía del balance comparativo de las pruebas de «cargo» con las de «descargo») o a su diversa *intensidad* (una valoración provisional y a ojo de buen cubero, otra final y bien sopesada). En fin, como digo, a ellos les incumbe aportar las aclaraciones pertinentes.

Hasta el presente, sin embargo, nadie se ha sentido urgido a puntualizar nada sobre este extremo. ¿Por qué? Eso se debe, creo, a que la propia práctica jurisdiccional aborta el planteamiento del problema (lo cual, a lo peor, evidencia que éste es desde el inicio un tinglado tan artificioso que no hay manera de darle un alumbramiento natural). Para empezar, los tribunales de instancia (y no conozco una sola excepción) no dispensan una exposición diferenciada (y mucho menos separada) para justificar: primero, por qué consideran si se ha producido o no suficiente actividad

probatoria de cargo; y, luego, en caso afirmativo, por qué deciden que a la postre el acusado sea absuelto o condenado. Esta misma idea se destaca en una reciente monografía textualmente así: «No existe un juez tan aséptico que no vaya formando sus juicios de valor ya durante el proceso (...) no existen dos momentos diferenciados en los que se tendrían en cuenta los principios in *dubio pro reo* y presunción de inocencia. Al tratarse en realidad del mismo principio, el juez lo tendrá en cuenta a lo largo de todo el proceso, sin distinciones»²⁸.

Y de rondón, más tarde, los tribunales que resuelven los recursos de casación y amparo se sentirán exonerados de meter el bisturí analítico en el cuerpo de la sentencia recurrida para recortar —si eso fuera posible— las porciones del razonamiento probatorio que han de alinearse en un anaquel (el de la suficiencia de las pruebas de cargo) o en el otro (el de la valoración propiamente dicha).

Más todavía. Descendiendo al ras de los casos concretos, no es raro que un tribunal (el TC en esta ocasión) pierda de perspectiva su propia doctrina (quizás porque no le cabe otra salida), y lo que en teoría debiera quedar en un control protocolario como mucho (según la acepción médica de «protocolo»), en la realidad penetre hasta el tuétano de la valoración *estricto sensu*. Por ejemplo, en la STC del pasado 26 de junio, se concede el amparo porque «el recurrente fue condenado sin una prueba de cargo suficiente», toda vez que «la resolución impugnada no contiene una motivación suficiente del juicio de inferencia, el cual, por su debilidad y apertura, cabría que condujese a conclusiones alternativas, sin que ninguna de ellas pudiese considerarse efectivamente probada» (FJ 4). O sea, si entiendo bien, habría suficiente prueba de cargo sólo si el juego de inferencias practicable abocara en una única solución. Si mi exégesis es correcta, ¿dónde reside, entonces, la proclamada diferencia entre prueba de cargo «suficiente» y «valoración» de la prueba?

²⁸ J. NIEVA FENOLI: *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000; p. 188.

He intentado sugerir («probar» sería excesivo) que en el comportamiento de nuestros tribunales hay una aplicación muy eclipsada (o inexistente, sin más) de la dicotomía «suficiente prueba de cargo»/«valoración de la prueba». Pero se acabaron las ambigüedades, pues la Ley Orgánica de Tribunal de Jurado (en adelante «Ley de Jurado» o abreviadamente «LJ») desmantela cualquier coartada. Como, a efectos persuasivos, está acreditada la mayor eficacia de la crítica interna, también yo preferiré desmontar la postura adversaria desde dentro que combatirla desde enfrente. Es decir, intentaré mostrar algún que otro contrasentido a que da lugar la tesis mayoritaria; y, en ese menester, jugaré la baza de analizar las consecuencias que, al respecto, se derivan del reparto de funciones entre el Magistrado-Presidente (en lo sucesivo «MP») y los jueces legos en el Tribunal de Jurado. Y de paso nos zambullimos en ese turbio estrecho que —presuntamente— separa la «presunción de inocencia» y el «in dubio pro reo» (que se ubica en el núcleo duro de la valoración).

VI. Quizás fuera instructivo recordar que los mismos paladines que dieron profusión a la mágica fórmula de la «mínima (entonces) actividad probatoria de cargo», no concibieron, con todo, del mismo modo la relación entre la susodicha actividad probatoria y la valoración de las pruebas. Hubo, en efecto, quienes entendieron que el ejercicio de la libre valoración debía ir *precedido* por una «mínima actividad probatoria»²⁹. Eso sí, «una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya cuestión de exclusiva competencia del Tribunal sentenciador»³⁰. En cambio, otros opinaron que la función atribuida a la «mínima actividad probatoria de cargo» consiste en poner un límite al mismísimo ejercicio de la valoración, es decir que «se ha de valorar de forma racio-

²⁹ J. J. MUERZA ESPARZA: «El mínimo probatorio en la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, nº 6, p. 855.

³⁰ J. M. LUZÓN CUESTA: «La presunción de inocencia ante la casación», *Poder Judicial*, 1988, nº 12, p. 150.

nal»³¹. Por tanto, si destiláramos una decisión judicial sobre la culpabilidad de un imputado, sería posible aislar un elemento «objetivo» (la precitada «mínima actividad probatoria de cargo») y otro «subjetivo» (la «valoración» de ese material probatorio)³².

Por fortuna, ahora no nos vemos en el apremio de optar por uno u otro enfoque, pues la Ley del Jurado es punto de confluencia para los dos³³.

En lo que atañe al aspecto de la sucesión temporal, el art. 49 LJ dispone que, tras los informes de la acusación, el MP, a solicitud de la defensa o de oficio, decidirá «la disolución (anticipada) del Jurado si estima que del juicio no resulta *la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado*» (cursivas mías). Y, si no es el caso, el MP «procederá a someter al Jurado por escrito al objeto del veredicto» (art. 52 LJ). A continuación, el Jurado deliberará y extenderá un acta cuyo cuarto apartado «contendrá una sucinta explicación de las razones por las que ha declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados» (art. 61.d, LJ).

En lo que respecta al carácter «objetivo»/«subjetivo» que se empareja respectivamente con la «actividad probatoria de cargo»/la «valoración» del caudal probatorio, la LJ —según se expresa en su Exposición de Motivos, IV, 4— distingue «un aspecto *objetivo* concerniente a la existencia de una verdadera prueba y otro, *subjetivo*, referido al momento de valoración de aquélla» (cursivas mías), con la consiguiente «distribución de funciones entre el magistrado y los jurados».

³¹ J. M. ASENCIO MELLADO: «La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2», *Poder Judicial*, 1986, nº 6, pp. 39-40.

³² J. M. ASENCIO MELLADO: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989; pp. 57-58.

³³ Debo advertir, no obstante, que en la LJ sólo se habla de «existencia de una verdadera prueba de cargo». (Exposición de Motivos, IV, 4) y de «existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado» (art. 49), habiéndose evaporado el adjetivo «suficiente». ¿Por considerarlo ocioso o se trata de una omisión sibilina?

Pues bien, anotados estos datos normativos —y a guisa de balance final— las diferencias que separan a la «existencia de prueba de cargo» y a la «valoración» de la misma serían de tres órdenes: *cronológico* (la verificación de la prueba de cargo precede a su valoración), *lógico* (la primera es objetiva, la segunda subjetiva) y *personal* (una entra en la órbita de las funciones del MP, la otra en la de los jurados).

Así las cosas, la tesis mayoritaria (que me empeño en combatir) se dejaría atrapar en las redes de una conclusión no deseada. Para decirlo en palabras escuetas: si el MP somete al Jurado el cuestionario objeto del veredicto, es porque ha resuelto que hay prueba de cargo; y si la existencia de ésta basta para enervar la presunción de inocencia, eso implica que, sea cual fuere el signo (inculpatorio/exculpatorio) del subsiguiente veredicto del Jurado, al imputado ya no se le presume inocente. Y de ahí se desprenderían dos consecuencias inesperadas y de diferente calado.

Primera: si, tras una sentencia condenatoria, se desea interponer un recurso invocando la vulneración de la «presunción de inocencia», el recurrente deberá tomar como blanco de su ataque el fragmento de la sentencia donde el MP concreta «la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia» (art. 70.2 LJ), y de ningún modo el acta del veredicto.

Segunda: si la sentencia fuera absolutoria, la «no-culpabilidad» se asimilaría —a modo de un *tertium genus*— al limbo; espacio neutral que no es cielo ni infierno. Y de esto saben muchos los italianos que se han visto en el brete de polemizar sobre el significado del art. 27.2 de su Constitución («el imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva»), pues ésta acoge una fórmula negativa (no-culpable) en lugar de la tradicional (inocente)³⁴. A estas alturas, pacíficamente se conviene —creo— que no cabe inaugurar una categoría intermedia («no-cul-

³⁴ Cfr. C. QUAGLERINI: «In tema di onere della prova nel processo penale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, n° 4; pp. 1256-1258.

pable») entre «culpabilidad» e «inocencia». «Inocencia» y «no-culpabilidad» son simples variantes lexicales del mismo concepto (negar la culpabilidad equivale a reconocer la inocencia). Por si faltara argumentar aún más, añadiré que semejante interpretación es la única que cuadra con lo dispuesto en documentos internacionales sobre derechos humanos (ratificados también por España³⁵).

Salta a la vista, por tanto, el dislate de no poca monta a que conduce asociar la «presunción de inocencia» con la «prueba de cargo» (entendida ésta como actividad previa y ajena a la valoración propiamente dicha). Sin embargo, el Legislador que manufacturó la LJ nunca pretendió llegar a tanto. Y, coherentemente, la citada Ley, en su Exposición de Motivos (IV, 4, b), explícitamente acepta la premisa de que «la suficiencia para justificar la condena» «forma parte también del contenido del derecho fundamental (presunción de inocencia), pero exige ya la labor de valoración del medio de prueba, lo que corresponde al Jurado». Y, manifiestamente, eso choca —por fortuna para mí— con la postura que discuto.

Con ello termino la excursión por esa media docena de polos problemáticos. Aguardemos ahora a ver qué saco de limpio y de preciso tras tanto esparcimiento. Anuncio que no iré más allá de los cuatro trazos en este empeño.

IV. CONCLUYENDO

Para arrancar, es claro que la concomitancia entre la obligación de motivar las sentencias y la presunción de inocencia a nadie escapa y fue también el motor que empujó al TC a revisar el pasotismo imperante en todo cuan-

³⁵ C. QUAGLERINI: («In tema di onere...», p. 1257) refiriéndose obviamente a Italia, cita el art. 6.2 de la Convención para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales («Toda persona acusada de un delito se presume inocente hasta que su culpabilidad no haya sido legalmente verificada») y el art. 14.2 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos («Todo individuo acusado de un delito tiene el derecho de ser presunto inocente hasta que su culpabilidad no haya sido probada legalmente»).

to afectara a la motivación fáctica (y que el TS convalidaba de buena gana)³⁶.

Y aunque el TS no cedió con gusto a lo nuevo, también es cierto que TC, en vez de dar un (necesitado) vuelco radical a la práctica jurisdiccional existente, optó por la política del remiendo (como si bastara con echar medias suelas a unos zapatos viejos). Faltaron arrestos (o luces) para plantar cara a la impostación irracional (reinante entonces) de la «libre valoración» de las pruebas. Y el TC nos recetó doctoralmente el parche (para uso tópico por tanto, aunque desconocemos dónde colocarlo) de la «suficiente actividad probatoria de cargo». Cuánto menos embrollado y más perpendicular hubiera sido decir que, salvo abdicar en favor de la arbitrariedad, la valoración de las pruebas debe ser justificada racionalmente; dejando claro que mientras el tribunal de instancia hace un «juicio sobre los hechos», y el TS o el TC formulan un «juicio sobre el juicio acerca de los hechos»³⁷. Que no hay, por tanto, solapamiento.

Ahora bien, insistir en que el arreo de la «presunción de inocencia» incluye la obligación de motivar una sentencia condenatoria sería una preocupación tan superflua como la molestia de llevar una nevera a Siberia (o sea, más de lo mismo), pues tal obligatoriedad estaba ya garantizada de sobra con la constitucional «interdicción de la arbitrariedad»³⁸. Sin embargo, la presunción de inocencia no sólo reverdece el *genérico* deber de motivar sino que instaura

³⁶ Para una visión panorámica de la situación remito a J. FERNÁNDEZ ENTRALGO: «Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias», *Revista General de Derecho*, 1986, nº 5.

³⁷ Cfr. L. FERRAJOLI: «I valori del doppio grado e della nomofilachia», *Democrazia e diritto*, 1992, supl. nº 1; p. 34; J. DABIN: «Préface», a F. RIGAUX: *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruselas, 1966; p. X; P. A. FORIERS: «La preuve du fait devant la Cour de cassation», en Ch. PERELMAN-P. FORIERS: *La preuve en droit*, Bruselas, 1981; p. 123.

³⁸ En evitación de malentendidos, debo advertir que estoy hablando de la «obligación» exigible a los jueces. Creo evidente que, desde el lado de los justiciables, no es baladí que la motivación constituya parte esencial de un derecho fundamental (presunción de inocencia) por las garantías procesales que eso conlleva.

un *específico* (y más exigente) modo de darle cumplimiento. Veamos; combinando el «onus probandi» a cargo de la acusación con el «in dubio pro reo», resulta que a la acusación le incumbe *probar* que los hechos *sucedieron* así o asá, en tanto que a la defensa le basta con *argumentar* que no se ha excluido razonablemente que los hechos *pu-dieron* suceder de otra manera. De ahí se infiere, entonces, que la motivación de una decisión condenatoria debe afrontar un doble reto: de un lado, justificar que la hipótesis factual retenida es congruente con los elementos probatorios disponibles y además coherente; de otro lado, desmontar la hipótesis adversa por los datos que deja sin explicar y/o porque la *historia* (reconstrucción) resultante es inverosímil³⁹.

Y —a la recíproca— si la sentencia es absolutaria, no le sería lícito al tribunal repamtingarse relajadamente alegando la presencia de un estado de duda en su ánimo. Al contrario, tras justificar el valor reconocido a cada uno de los elementos probatorios aportados por las partes, tendrá que forjar una hipotética reconstrucción de los hechos, alternativa a la propuesta por la acusación, que sea consistente con los resultados probatorios ya acreditados y posea un mínimo de plausibilidad⁴⁰. El respeto de esta exigencia es, por desgracia, insólito en nuestra jurisprudencia; la cual parece olvidar que la «presunción de inocencia» juega a favor del imputado (que no está sujeto a probar nada) pero no en beneficio del tribunal (que está obligado a motivar todo, tanto la condena como la absolución).

³⁹ Cfr. F. M. IACOBIELLO: *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán, 1997; pp. 222-224.

⁴⁰ Cfr. aunque el autor se refiera a las instrucciones para un jurado, A. A. S. ZUCKERMAN: *The Principles of Criminal Evidence*, Oxford, 1989; p. 134.