

LAS DOS DIMENSIONES DEL ENJUICIAMIENTO

EN UN MUNDO DE TRÁMITES

La presunción de inocencia como derecho fundamental y cimiento de la disciplina constitucional del proceso penal dota a este de una dimensión epistémica o de método, que no está legalmente *tipificada* como tal, es decir formulada expresamente en lenguaje legal, en el que, sin embargo, sí figuran con expresión suficiente sus presupuestos institucionales, que son también parte relevante de sus condiciones de posibilidad.

En el proceso penal acusatorio, se produce la transposición a este terreno de un método de verificación de hechos¹, a través de la separación y distribución de papeles entre los sujetos que intervienen en el mismo, es decir, el juez y las partes, induciendo en estas la dialéctica del contradictorio. Así resulta una estructura y una dinámica de comunicación triangular, normativamente asegurada por tres garantías procesales: la formulación de la acusación, esto es, de una hipótesis acusatoria, que abre el juicio contradictorio; la carga de la prueba de esta, que pesa sobre el acusador; y el derecho de defensa, que corresponde al imputado. Se trata de garantías que, dice expresivamente Ferrajoli, designan otras tantas actividades cognoscitivas, de ahí que —siendo primarias, por básicas, como inherentes a la propia estructura de la actividad— las califique de *epistemológicas*. Luego identifica otras de orden secundario: la publicidad, la oralidad, la legalidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones². Como es fácil advertir, son garantías o cautelas de naturaleza procesal, porque están destinadas a articular, ordenándolo, un marco

1. Es una idea muy bien expresada por Francesco Carnelutti, al subrayar que «el concepto de prueba se encuentra fuera del derecho» (en *La prueba civil*, apéndice de G. P. Augenti, trad. cast. de N. Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires, ²1982, p. xiv).

2. *Derecho y razón*, cit., pp. 152-153 y 606.

* Este texto constituye el capítulo 9 de la obra de Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 229-250.

de esta clase, tienen como vehículo normas de la misma índole y atañen a sujetos que están implicados en un proceso. Pero, al mismo tiempo, es evidente que en ellas se expresan exigencias que son las idealmente llamadas a presidir cualquier marco de debate racional, que tuviera por fin la obtención de buen conocimiento empírico.

Nuestras constituciones confieren al jurisdicente un peculiar estatuto y le obligan a operar conforme a determinadas reglas que, de entrada, ofrecen una vertiente, la más obvia, que es de derecho, en cuanto regulada por normas generales y abstractas de esta clase, de las que se siguen para él precisos deberes. Lo mismo sucede con quienes intervienen como partes en el proceso, pues para ellos rige todo un cúmulo de normas, por cuya observancia aquel está obligado a velar imparcialmente so pena de sanciones, que pueden ir desde la simple nulidad o pérdida de valor de los actos a la exacción de responsabilidades de naturaleza administrativa e incluso penal.

Los rasgos definidores del estatuto del juez y el sentido de las reglas que disciplinan su *modus operandi* tienen, como se ha dicho, *prima facie*, un carácter jurídico-formal. En efecto, pues no puede conocer de cualquier tipo de asuntos, ni hacerlo de cualquier manera: hay pautas organizativas y de división del trabajo judicial; deberes de actuar, pero también de abstenerse de hacerlo. Y los actos del oficio están asimismo pautados.

Procediendo por reducción del quehacer jurisdiccional a sus constantes estructurales básicas, puede afirmarse: que requiere una iniciativa externa; que persigue la determinación rigurosa de si ciertos hechos (jurídicamente significativos) han tenido o no lugar en la realidad empírica; que, con ese fin, es preciso acopiar toda la información relevante al respecto; que esto debe hacerse con la máxima fidelidad al dato objetivo; que es por lo que las actuaciones —por regla— se llevan a cabo con intervención de las partes, de modo que cada una pueda velar porque se aporte y tenga en cuenta todo lo que es importante para ella; que, para asegurar la tendencial objetividad del juicio, se le encomienda a un sujeto imparcial, en el doble sentido de ajeno al caso (y por ello desinteresado), y también a la propia investigación precedente (para evitar el pre-juicio); que solo si el resultado de esta última goza de plausibilidad, sugiere la existencia de una acción delictiva y está soportado por datos, se da paso al enjuiciamiento; que, a su vez, versará sobre la imputación de la autoría de un acto criminal, que deberá postular, sustentándola en pruebas, quien la formule, y frente a la que el afectado habrá de poder reaccionar también alegando y probando; que sobre la existencia o no del hecho imputado decidirá el juzgador conforme a lo que resulte de la prueba; que la decisión final correspondiente tiene que ser justificada de manera expresa.

Estas vicisitudes se presentan al observador como una sucesión de trámites, articulados en formas procedimentales que son objeto de previ-

siones legales específicas, al extremo de que las decisiones que imprimen a ese curso burocrático el necesario dinamismo necesitan apoyarse en preceptos de la ley procesal. Pero lo cierto es que en el proceso hay mucho más que *trámites*. Lo ha expresado muy bien Illuminati:

La definición del proceso como simple «sucesión de formas», bastante descriptiva y también vagamente denigratoria, no debe hacernos olvidar su prevalente función de instrumento gnoseológico, que se vale de precisas técnicas de investigación —aunque sea en formas predeterminadas— con el fin de llegar a una comprobación consistente, como regla, en la reconstrucción de un hecho histórico³.

En efecto, porque el proceso es una técnica de averiguación, un medio de adquisición de conocimiento sobre hechos particulares, relativo a acciones humanas que, en el caso del penal, si interesan es porque podrían ser inculpativos. Por eso, por la trascendencia de esa clase de actos para quienes los sufren, para los eventuales responsables, para terceros, e incluso para la sociedad en general, existe un interés objetivo en obtener sobre ellos un conocimiento de calidad.

Para que esto sea posible, la dimensión jurídica de los actos procesales tiene que asegurar, *garantizar*, un modo de proceder esencialmente respetuoso con tales exigencias formales; a fin de que lo que se conoce en los medios jurídicos, y en general, como la prueba, se ajuste en su desarrollo a las reglas del método hipotético-deductivo, que es el medio idóneo para saber a estos efectos. Algo únicamente posible si el juzgador es, además de un jurista cualificado, un operador racional⁴.

En términos generales, puede decirse, según creo, que en un proceso penal de inspiración constitucional eficazmente presidido por el principio de presunción de inocencia como regla de juicio, las dos dimensiones en presencia, la propiamente jurídico-formal y la epistémica o de método⁵, serán complementarias, y el concreto proceso se ordenará a la obtención de una verdad de suficiente calidad inductiva como para entender que la afirmación final sobre los hechos, nuclear de la sentencia, goza de certeza práctica. Así, según creo, cabe operar *realmente*, con la idea de

3. Giulio Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 78.

4. Sobre esta dimensión esencial —*sine qua non*— del quehacer jurisdiccional, es de obligada referencia el libro de M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., que le hace objeto de un completísimo tratamiento monográfico, en la compleja pluralidad de sus implicaciones. Ciertamente que toma como referencia el proceso decisorio sobre la *questio facti* en el proceso civil. Pero cierto también que, salvo algunas especificidades más procesales que propiamente epistémicas, el modelo con el que opera el autor es perfectamente transferible al proceso penal.

5. Para un examen del proceso penal visto en esta perspectiva, cf. Nicolás Guzmán, *Una contribución a la epistemología jurídica*, prólogo de L. Ferrajoli, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

que el hecho pasado cuya existencia se predica como cierta habría tenido efectivamente lugar.

De todos modos, al final de un curso procesal, puede ser que no prevalezca la orientación a la obtención de la verdad empírica. En ocasiones, el legislador privilegia, por encima de esta, otra clase de valores⁶. En general, es algo que ocurre cuando perseguirla con eficacia obligaría a instrumentalizar, maltratándolos, bienes a los que por convención constitucional se ha decidido dotar de superior rango. Por ilustrarlo de una manera emblemática, que marca precisamente la línea de confín del proceso penal constitucional y democrático con el del antiguo régimen, ahí está el principio *nemo tenetur se detegere*, con lo que tiene de constitucional renuncia a la utilización del imputado como fuente de prueba de cargo contra sí mismo. Y la opción legislativa, plasmada normativamente en el artículo 11.1 LOPJ española, de no tomar en consideración las pruebas obtenidas «directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», de la que luego se hablará.

Tengo buenas razones de experiencia para afirmar que, aunque a veces se dan situaciones-límite, en las que la prevalencia del derecho fundamental preferente en concreto supone una barrera insalvable para el progreso o el buen resultado de la investigación criminal, es abrumadoramente superior el número de ocasiones en las que ese *handicap* de raíz constitucional tiene efectos bastante más limitados. Además, con frecuencia, *el problema* podría solventarse fácilmente —evitando los atajos, inadmisibles en tema de garantías— siguiendo otras vías o a empleando otros medios, desde luego regulares, de investigación y/o de prueba.

En general, la observancia de las reglas constitucionales y legales que rigen nuestros procesos penales de inspiración liberal-democrática puede dar excelentes resultados. Con esto quiero decir en términos de eficacia represiva, pero *eficacia con principios*, esto es, con legitimidad.

La dimensión jurídico-formal del proceso penal es y ha sido siempre, por razones fáciles de entender, la más visible; en buena medida porque en esta visibilidad, que es una forma de presencia social, se juega la fun-

6. Es una opción constitucional no siempre bien entendida y aceptada. Lo demuestra la sentencia de la Sección 2.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 29 de mayo de 2014, en la que se expresa un patente —y preocupante— cuestionamiento de limitaciones impuestas al juzgador en la formación del cuadro probatorio, por razón de principios, como las relativas a la incorporación de los datos de cargo procedentes de las declaraciones autoinculpatorias en la policía o de las heteroincriminatorias procedentes de coimputados. Esto, se dice allí, porque obstaculizarían el acceso «a la verdad real [...] en detrimento del libre convencimiento del juzgador, privándole de decidir de acuerdo con su íntima convicción, pues, pudiendo tener la certeza de que el presupuesto fáctico presentado por la acusación se ajusta a la Realidad, existen esos límites o condicionantes que impiden que se llegue a declarar como tal» (texto subrayado en el original, al que corresponde también la mayúscula inicial de «realidad»).

ción simbólica de los correspondientes aparatos. Pero es que, además, la formación de los jueces, fiscales y, en general, operadores del sistema penal es, por tradición o por inercia, exclusivamente de ese carácter. El efecto ha sido, y sigue siendo, de una inevitable reducción o plasmación tendencial de la dimensión no-jurídica sobre la jurídica, de manera que la primera se ha visto obligada a vivir en una especie de penumbra, oscuridad más bien, que es por lo que la he llamado «cara oculta».

Este régimen ha tenido y tiene como consecuencia que, de modo similar al del burgués gentilhomme de Molière, los gestores del sistema procesal penal hayan podido asistir sin clara conciencia de su verdadera naturaleza al ejercicio de una parte del propio cometido; es decir, hayan sido, y sean, indagadores de hechos, creyéndose solo o principalmente agentes *de derecho*. Con el resultado de una inevitable *colonización* de la dimensión epistémica por la jurídica del trabajo jurisdiccional. Convertido así, en los expresivos términos de Covián y Junco (referidos al proceso civil, aquí, en el penal, pues, con más motivo) en «hacienda de escribanos y corchetes»⁷. Con el efecto de una inevitable tendencia a considerar que, *cuadrada* la cuestión en el plano jurídico: asunto resuelto. Algo que, como se verá, sucede con cierta frecuencia en el ámbito probatorio, con recusables efectos para la calidad de las decisiones.

PERO NO SOLO TRÁMITES

De todos modos, no sería fiel al dato histórico si dejase de decir que la conciencia de la dimensión epistémica del proceso ha estado presente desde antiguo en algunos autores, incluso con una presencia relevante. Lo acredita, en especial, la también histórica preocupación por la prueba judicial, patente en la denodada, secular búsqueda de algún sistema apto para dotarla de la necesaria objetividad. Como lo acreditan igualmente de manera ejemplar las sólidas convicciones de teóricos ilustrados ya citados, como Beccaria, Muratori y Murena en el sentido de que no podría haber justicia justa de espaldas a la verdad de los hechos. Porque tenían sobrados (los peores) motivos para saber a qué conduce la degradación del proceso a aparato burocrático a instrumento de penalización inmediata, fin en sí mismo, al servicio de la sospecha, cuando, como ya observara Pagano⁸, si bien dista aún de resultar obvio, sobre todo en la práctica, lo cierto es que pesa sobre un inocente.

7. Víctor Covián y Junco, *El procedimiento penal teórico-práctico para la jurisdicción ordinaria*, Fuentes y Capdeville, Madrid, 1886, I, p. 23.

8. Mario Pagano, *Logica de'probabili applicata a'giudizi criminali*, Agnello Nobile, Milán, 1806, p. 76.

Pero ocurre que esta tensión intelectual ha limitado esencialmente su presencia durante mucho tiempo al territorio de la doctrina, de la reflexión de orientación más bien filosófica, de escasa proyección en el ámbito de los *prácticos*. Solo muy tarde, realmente en nuestros días, con tratadistas como Taruffo, Ubertis, Ferrajoli, Iacoviello, puede decirse que este segundo espacio ha comenzado a ser efectivamente permeable a la cultura del proceso que trae causa de autores ilustrados como aquellos.

Aun así, en general, lo que prevalece entre los juristas empíricos y en el procesalismo convencional es la concepción del proceso como una sucesión de trámites, cuya regularidad aseguraría la calidad de verdad de la decisión que le pone fin, en una especie de *va de soi*. Algo que así formulado no es cierto⁹; desde luego no lo es como regla, y menos de esa manera mecánica; en general pero sobre todo en los supuestos problemáticos, los que encierran mayor dificultad, precisamente en el plano de la acreditación probatoria.

Y no es cierto, porque operar con tal criterio, en términos de esa reducción juridicista, chocaría, ya de entrada, con el verdadero (doble) sentido de la propia presunción de inocencia, derecho fundamental por antonomasia en este campo, pero también el eje en torno al que se articula el proceso. En efecto, pues aquel, que preside y da sentido a todo un haz de derechos, tiene a la vez una esencial dimensión de método que conforma desde la raíz el modo de actuar de los operadores judiciales, sobre los que proyecta una fuerte exigencia de neutralidad. Lo hace, desde luego, sobre el encargado de la investigación, del que reclama que entre *limpio* en ella, mas con alguna razón (dato de hecho) que lo justifique; y que avance en la misma solo a partir de la información que, en su caso, vaya obteniendo en el curso de su desarrollo. La primera página de cada investigación judicial (y policial) ha de estar necesariamente *en blanco*, por imperativo del paradigma indiciario que exige del investigador la eliminación de cualquier pre-juicio en el punto de partida. Este deberá consistir en una información constatable que, *prima facie*, resulte relevante para el derecho, aquí el derecho penal. Lo que supone que solo podrá ponerse en marcha una actuación policial o judicial a partir de datos susceptibles de verificación empírica y verbalizables de modo que puedan ser eficazmente comunicados e intersubjetivamente valorados.

Obrar así evita que intervenciones tan penetrantes y perturbadoras para quien las sufre como son las de esa procedencia se prodiguen de manera arbitraria; y se asegura, además, la calidad de estas que, de respon-

9. Aunque esto no significa en modo alguno banalizar el papel de *las formas* procesales, en particular a las de garantía. Como muy bien dice Alberto M. Binder: «Cuando una forma [...] es violada, se produce [...] un *aviso*, una advertencia sobre el peligro o la afectación de un principio» (*El incumplimiento de las formas procesales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 94).

der a tal exigencia de partida, será difícil que actúen en el vacío. Por eso la persistente exigencia de que la iniciación del proceso penal, los fundamentales primeros pasos y la adopción de las drásticas medidas que permite o reclama tengan referentes externos dotados de la necesaria claridad, que haga posible la tendencial objetivación de las actuaciones¹⁰, que de otro modo quedarían libradas —según *de facto* y con todo, ocurre lamentablemente con gran frecuencia— a la peligrosa subjetividad incontrolada del investigador policial o judicial.

Como es bien advertible, ya en esa primera aproximación, las dos dimensiones a que se viene aludiendo han de convivir armónicamente en el punto de arranque del *iter* jurisdiccional. Así, el respeto del derecho a la inocencia evitará reprobables actuaciones sin contenido.

También la articulación del proceso en dos fases debe ser considerada a partir de los mismos dos planos a los que se está haciendo referencia. Y vista desde el epistémico responde claramente a una exigencia de método, pues las hipótesis no se confirman por sí mismas, no se autoafirman. Tienen que ser examinadas *desde afuera*: por otro y en un ámbito diverso del de su formación.

Esto no por un exceso de escrúpulo, por un prurito quizá exagerado de rigor formal. En modo alguno. Ocurre que el camino de la elaboración de las hipótesis está jalonado de opciones, de *saltos* a partir de lo (que se piensa) que ya se conoce, en una dirección que tiene siempre algo de incógnita. Y tanto en el *salto* como en la evaluación de la calidad de las consecuencias hay margen para el error. A lo que se suma el hecho bien conocido de los riesgos que para la imparcialidad del investigador judicial se derivan de la incidencia de su propia subjetividad, de la dificultad de *poner distancia* en relación con las convicciones adquiridas en el curso de su trabajo, sobre todo cuando ya se ha adoptado una determinada línea en la orientación de este.

Más aún —como ha recordado Ubertis, evocando conclusiones al respecto de Heisenberg— ni siquiera en el campo de la física atómica cabe prescindir de las modificaciones producidas por la observación sobre lo que es objeto de esta misma¹¹.

10. Es la pretensión que inspira, por ejemplo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, la presencia de preceptos como los de los artículos: 299, que habla de «averiguar y hacer constar»; 326, que impone al instructor la recogida de los «vestigios o pruebas materiales»; 334 de las «armas, instrumentos o efectos». Del artículo 492, que exige «motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho» para la detención; 520, que requiere asimismo «hechos» y «razones» objetivables para la privación de libertad. Del artículo 384, que condiciona la legalidad del procesamiento a la concurrencia de «indicio[s] racional[es] de criminalidad». Y la propia Constitución, cuando en el artículo 17.2.º condiciona el recurso a la detención preventiva a la existencia de «hechos» cuyo «esclarecimiento» resulte necesario.

11. Giulio Ubertis, *Sistema di procedura penale. I Principi generali*, Utet, Turín, 2004, p. 44. Como explica Manjit Kumar, «Heisenberg creía que el mismo acto de medir la posi-

Conviene reparar bien en este dato, para hacerse cargo de la heterogeneidad esencial, *ratione materiae*, normalmente existente entre el sujeto que estudia y el objeto estudiado, en disciplinas científicas como las de referencia. Y también en la calidad técnica de los aparatos conceptuales e instrumentales de uso, que sin embargo no garantizan la total objetividad del tratamiento. Para advertir la lejanía sideral entre tales contextos y el que es propio del trabajo del juez, en el que siempre están implicados valores que lo constituyen íntimamente, bien porque los suscriba y sean los propios, o justamente por todo lo contrario.

En efecto, este conoce de acciones humanas, por lo general, negativamente connotadas en el plano moral, ante las que difícilmente podría abstenerse de tomar postura. Las relaciones que establece lo son con otras personas, que por sí mismas, y al margen de los actos de que se trate, tampoco podrán dejar de *decirle* algo. Actúa, además, como órgano de poder, en última instancia políticamente orientado y con expectativas y demandas de esta clase que satisfacer, a veces proyectadas desde distintos sectores sociales y político-institucionales con una gran fuerza y capacidad de presión¹². El judicial es un aparato burocrático, no particularmente sutil, lastrado de inercias y con marcada tendencia a la generación y reiteración de rutinas. Por todo, se halla así expuesto a la influencia, no siempre controlable, de múltiples factores. Pues bien, tal es el contexto en el que se ejerce una actividad que tendría que estar presidida por el máximo rigor cognoscitivo, pero que es también jurídica, lleva asociados fines de control social; y está llamada, por tanto, a producir consecuencias de este orden. Un dato que difícilmente podría dejar de proyectarse sobre esa otra *primera* dimensión, sobre la que, para el colmo, y no obstante su importancia, el investigador judicial no cuenta con una auténtica habilitación profesional.

ción del electrón es el que imposibilitaba la determinación precisa y simultánea de su momento. Y la razón que, para ello, aducía era muy sencilla. El electrón, en su opinión, se ve perturbado de manera impredecible al verse golpeado por el fotón utilizado para “verlo” y determinar su posición. En esa inevitable perturbación que se produce durante el acto de medida reside, según Heisenberg, el origen de la incertidumbre» (*Quántum. Einstein, Bohr y el gran debate sobre la naturaleza de la realidad*, trad. cast. de D. González Raga, Kairós, Barcelona, 2008, p. 313). Fruto de esta observación es el que se conoce como «principio de incertidumbre o de indeterminación», fundado en el hecho de que lo que se ve no es la naturaleza física sino la misma considerada, sino la acotada por la mirada del observador con su método.

12. ¿Alguien medianamente informado entendería, por ejemplo, que una sentencia como la que dio lugar a la, tristemente célebre, «doctrina Parot», justamente descalificada por el Tribunal de Estrasburgo, habría sido la que fue, de no haber mediado poderosas circunstancias de esta índole? Y ¿qué decir de lo resuelto en el «caso Botín», visto con la misma perspectiva? ¿Y antes, durante la tramitación de la causa, de las insistentes peticiones de sobreseimiento por el fiscal, bajo dos distintas mayorías políticas en el gobierno? Lo explica muy bien Alberto Jorge Barreiro en «Jurisprudencia de oportunidad: el ocaso de la acción popular»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 61 (2008).

Ferrajoli ha escrito, muy expresivamente, que la jurisdicción es un saber-poder¹³ en el que, por tradición, es constatable una inflación de la dimensión de poder que se corresponde con un patente descuido de la dimensión de saber. Y no solo tiene razón, sino que aquí radica, precisamente, lo central del problema sobre el que versan estas reflexiones. Y es que en esa tensión saber-poder, en lo que resulte del juego de ambos vectores, se cifra la calidad del *producto* jurisdiccional.

La opción constitucional que se expresa en el principio de presunción de inocencia, ya se ha dicho, no solo produce como efecto un derecho fundamental del imputado, sino que en ella se expresa la clave de bóveda o piedra angular de todo un sistema, con profundas implicaciones en el plano en que se sitúan estas reflexiones, que podrían resumirse en la necesidad prioritaria de la dimensión *de saber*.

Idealmente, un proceso con presunción de inocencia pretende llegar a obtener conocimiento sobre hechos eventualmente perseguibles con el máximo respeto a las personas y con el mayor rigor epistémico y no imponer ningún gravamen antes de *saber*, y saber de forma definitiva. Tal es la apuesta. Además, con una particularidad y es que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no admite derogaciones ni atenuaciones. Es, por más fuerte que suene, un derecho fundamental absoluto.

La postergación cultural de la dimensión de saber en el proceso penal era patente, para un autor como Carnelutti, hace ya muchos años, cuando reprochaba a sus colegas la preocupación exclusiva por el *proceso* en menoscabo del *juicio*¹⁴. Algo tan cierto como lo es también que la decisión, en cuanto objeto de estudio, ha carecido de presencia en los programas de formación de juristas y hasta de jueces. Incluso de una propia sede disciplinar¹⁵.

Estas observaciones evidencian el desequilibrio en la interacción de los dos planos del proceso que se consideran, con el resultado de que

13. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pp. 45-47. Cf. también Paolo Ferrua, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bolonia, 32012, pp. 24-25.

14. «Desde que se formó una ciencia procesal digna de este nombre, casi no se ha hablado del juicio; lo que ocupa a los estudiosos no es el juicio, sino el proceso. Esto quiere decir que han estudiado bastante más el mecanismo que el dinamismo del proceso; han desmontado la máquina pieza a pieza con grandísima atención y han hecho descripciones muy meritorias; pero se han preocupado bastante poco de la fuerza que la hace mover» (Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano, Nápoles, 1958, pp. 58-59; trad. cast. cast. de S. Sentís Melendo, *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971).

15. En efecto, y es bien paradójico que a estas alturas la formación canónica de profesionales de la toma de decisiones de alto calado y graves consecuencias para los destinatarios, como son los jueces y los fiscales, no cuente todavía con una disciplina específica dedicada a la decisión, en todas sus dimensiones. Curiosamente, esta es una materia tradicionalmente ajena a los programas de derecho procesal, que llegan justamente hasta ella, para eludirla y pasar al estudio del trámite de los recursos.

el cognoscitivo, que tendría que cargar de razón al de poder, legitimándolo y ejerciendo sobre él un efecto equilibrador —de garantía— son muchas las ocasiones en que no lo hace, con lo cual el poder que se ejerce en/a través del proceso incide, podría decirse que en estado puro o bruto, sobre quien lo soporta en la calidad de sujeto pasivo.

En tales circunstancias, no se precisa un gran esfuerzo de imaginación para entender en qué medida el propio curso de la obtención de conocimiento a través del proceso penal (cuyo reino, al contrario que el de Heisenberg, no es el de la alta ciencia) puede *modificar*, por la incisividad de su muy peculiar forma de *observación*¹⁶, el propio objeto de esta, que, en rigor, sería solo la acción imputada. E incide también de manera inevitable y pesadamente sobre el imputado mismo, aun cuando se halle constitucionalmente amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

LO QUE ENSEÑA EL «CASO RANUCCI»

Hay un libro de Gilles Perrault, ciertamente estremecedor, *El jersey rojo*¹⁷, en el que el protagonista, un joven guillotinado en 1976, en algún momento del juicio, le dice al tribunal: «Se me había hecho creer que era culpable. Se creó a mi alrededor un ambiente culpabilizante. Después fue necesario que encontrase las pruebas de mi inocencia. Pero cuando traté de exponérselas al juez ¡este me puso en la puerta! No fui yo el que asesino a la chiquilla. Nuestros caminos se cruzaron, eso es todo. ¡Y no puedo hacer nada!»¹⁸.

El caso no es el típico del error judicial comprobado, pues no hay un sujeto que al fin hubiera confesado ser o sido identificado como el verdadero asesino. Pero con todo, en rigor, debería hablarse de un crimen *procesal*, para referirse al cometido a través de la causa, que tuvo como auténtica víctima al imputado Christian Ranucci. En efecto, pues existiendo un abrumador cúmulo de indicios exculpatorios¹⁹, estos, por el

16. En efecto, pues si, en microfísica, con todas las cautelas que exige y permite la investigación científica, sucede lo constatado por Heisenberg, qué no ocurrirá en el proceso penal, donde no se trata de observar en condiciones de asepsia, sino de realizar un ejercicio de poder; donde el delito no es un fenómeno frío, sino que suele comprometer intensamente, incluso al que lo presencia desde afuera; donde no se emplean instrumentos de precisión, sino que se opera con criterios fácilmente cargados de subjetividad; donde las fuentes no son inertes, sino que suelen estar concernidas en el plano moral y emotivo por el objeto de la causa; donde, además y en fin, se proyecta la incidencia inevitable de diversas demandas y, probablemente, de distintos consideraciones de orden pragmático.

17. G. Perrault, *El jersey rojo*, trad. cast. E. Sordo, Argos Vergara, Barcelona, 1979. También, del mismo autor, *L'ombre de Christian Ranucci*, Fayard, París, 2006.

18. *Ibid.*, p. 243.

19. No hay ningún rastro de la niña secuestrada y asesinada en el automóvil de Ranucci; el hermano de la niña, que estaba con ella, y un testigo que ve a cierta distancia la escena del secuestro le descartan como autor; vestía de modo distinto al observado en este último;

carácter brutalmente inquisitivo del proceso a que este fue sometido, no tuvieron quien los hiciera valer con eficacia, por falta de contradicción efectiva.

Cuando Ranucci dice que sus caminos se cruzaron se está refiriendo al suyo con el del asesino. No lo conocía, no le constaba haber tenido con él ninguna relación, pero, sin que se sepa cómo, extrañas circunstancias le pusieron en la trayectoria de aquel durante algún momento, en el curso o en la proximidad de la acción criminal, de modo que resultó posible desplazar sobre él algunos (comparativamente endebles) indicios incriminatorios.

Estos fueron los únicos tomados en consideración por la policía, que, necesitada de un éxito rápido, en vista de la alarma social, se volcó (a lo largo de diecinueve horas) con la habitual *intensidad* sobre el sospechoso —de una personalidad en extremo débil— durante el periodo de la detención, mediante interrogatorios interminables, sin asistencia de letrado. Con un trabajo que tuvo continuidad en una instrucción judicial *a la francesa*: hay que «batir el cobre mientras está caliente», comentará Perrault²⁰. Es decir, una instrucción de corte férreamente inquisitivo, prolongación, por tanto, la más coherente, del *modus operandi* policial, cuyas aportaciones —como suele suceder— no dejarían ya nunca de ser el punto de partida de todo lo ulterior. Para acabar, cerrando el círculo, al constituir también el punto de llegada.

Jean-François Le Forsonney, el abogado inexperto asignado a Ranucci, ya en sede judicial, hablará más tarde de su experiencia sobre el caso:

Era alucinante, verdaderamente alucinante... Hasta las confesiones, ¿saben ustedes? En ningún momento oí confesiones en el sentido de un relato coherente, con un principio y un final. Porque Ranucci, en cuanto salía de los detalles accesorios no hablaba. Se contentaba con decir: «Sí... sí... sí...». El juez le hacía preguntas y el respondía —cuando respondía— con monosílabos o asintiendo con la cabeza. Luego, el juez dictaba al escribano unas frases bien construidas, cuyo conjunto formaba, evidentemente, un relato coherente. ¡Cuidado! ¡No pretendo insinuar que se «fabricaran» unas declaraciones! Digo, simplemente, que se siguió siempre el cañamazo de las primeras confesiones, que el juez preguntaba: «¿Hizo usted esto o aquello?». Y que un inculpado sumido en la postración se limitaba a contestar: «Sí, sí». Pero les aseguro que el texto dictado por el juez al escribano, por el simple hecho de estar bien construido, adquiriría una fuerza de convicción que apenas se experimentaba al oír a Ranucci soltar sus asentimientos, hechos con el aire de alguien a quien lo que se dice no le concierne en absoluto²¹.

y sus autos eran muy diferentes: un Peugeot 304, en el caso de Ranucci, y un Simca 1100, en el del secuestrador. Curiosamente, el juez de instrucción ni siquiera oyó en declaración al menor que, además, gran aficionado a los coches, sabía todo de modelos, y dio una precisa información sobre el que había visto de cerca.

20. G. Perrault, *El jersey rojo*, cit., p. 340.

21. *Ibid.*, pp. 109-110.

Michel Foucault se ocupó de este caso, en realidad del libro en el momento de su aparición, en un texto expresivamente titulado: «Del buen uso del criminal». Se abre con algunas afirmaciones y una pregunta: «Ranucci, guillotinado el 28 de julio de 1976, ¿era inocente del asesinato de una niña de dos años? No se sabe. Acaso no se sepa nunca. Lo que sí se sabe, de forma irrefutable, es que la justicia es culpable»²². Y tenía toda la razón.

Foucault se interroga acerca del porqué de este caso: ¿a qué pudo deberse: «a la parcialidad de la policía, la hostilidad de un juez, la sobrecitación de la prensa?». Y da una respuesta: «a la pereza» que en la jurisdicción penal tiene su «forma suprema» en «la religión de la confesión»²³. Cuando, sentencia, también con toda la razón del mundo: en realidad, «una confesión, sea cual fuere, no es ninguna solución, es un problema»²⁴.

Lo curioso de este último aserto, que suena tan lúcida y eficazmente corrosivo, en la pluma de Foucault, es que, debe decirse, pertenece a la cultura legal, a la de nuestros códigos procesales. Desde luego a la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, cuyo artículo 406 reza: «La confesión del procesado no dispensará al juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito». Porque, en efecto, el legislador del siglo XIX veía en la confesión, precisamente, *el problema* denunciado por Foucault. (¡Qué diferencia con el legislador de los siglos XX y XXI que ha hallado en ella el mejor medio para *deflacionar* el proceso penal!).

De la confesión como problema fue bien consciente Beccaria, al poner de relieve lo aberrante de la pretensión de hacer que «un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado»²⁵. Dado el «carácter *contra naturam* de toda declaración autoincriminatoria»²⁶; que es por lo que el proceso penal liberal, de ascendencia ilustrada, quiso idealmente *pasar página*, desplazando el eje de la institución de la terrible *regina probatorum* a las demás pruebas²⁷.

22. Michel Foucault, *La vida de los hombres infames*, ed. y trad. cast. de J. Varela y F. Álvarez Uría, presentación de F. Savater, La Piqueta/Endymión, Madrid, 1990, p. 203.

23. *Ibid.*, pp. 203-204.

24. *Ibid.*, p. 206.

25. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 165.

26. Vittorio Grevi, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 10.

27. Algo que no sé si puede decirse conseguido, en vista del tratamiento dado a la confesión en algunas resoluciones. Es el caso de la de n.º 102/2007, de 26 de abril, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en la que, muy expresivamente, se habla, todavía, de «un conjunto probatorio inexpugnable, basado en la llamada prueba reina, la confesión» (!). Como para confirmar la afirmación de Salas: «A pesar de su mala reputación, la confesión sigue jugando un papel central en la justicia» (Denis Salas, *Le courage de juger. Entretien avec Frédéric Niel*, Bayard, Montrouge, 2014, p. 165).

Esta opción, que es mucho más que técnico-jurídica, pues representa un avance histórico de los que hacen época en materia de civilidad y de cultura, en su dimensión procesal más estricta persigue una finalidad muy precisa: evitar procesos como el «fulminado»²⁸ (aquí el viejo principio está plenamente justificado) contra Christian Ranucci: procesos *a piñón fijo*, porque presididos de principio a fin por una sola hipótesis, destinada, por virtud del método, a convertirse en profecía de las que se autoafirman.

La veracidad de esta afirmación en el supuesto es diáfana, porque, según se ha dicho, en presencia de datos ciertamente potentes que abonaban la hipótesis de la ajenidad del sospechoso al hecho criminal, se operó exclusivamente con los (bastante más débiles) de carácter incriminatorio. Justo al contrario de lo que reclama el principio de presunción de inocencia, que es, precisamente, trabajar con *todos los datos* en presencia y contemplar con rigor inductivo la calidad de *todas las hipótesis* susceptibles de ser formuladas a partir de estos. Ahora bien, sucede que esto es algo que solo puede alcanzarse mediante la vigencia efectiva del principio de contradicción; escandalosamente ausente (como corresponde al antimodelo procesal de referencia) en la causa contra Ranucci, en la que los muy relevantes indicios inculpatorios no contaron con nadie que los hiciera valer con eficacia, cuando habría sido necesario. Y en este dramático tremendo desequilibrio está la clave del drama de Christian Ranucci.

El contraste entre los dos antitéticos modos de proceder a que se está haciendo alusión, tan perceptible en este punto, es una escenificación emblemática de la tensión entre los dos, también aludidos, polos de *saber* y *poder* dentro del proceso penal. Mientras la reducción coactiva del imputado a la condición instrumental de fuente privilegiada de información contra sí mismo es la más genuina expresión del proceso como aparato de poder *tout court*; la restitución a aquel de la condición de sujeto, inocente por principio, cuya culpabilidad tiene que acreditarse por otros medios, respetando su integridad, con reconocimiento del derecho de

28. Tomo la expresión de la obra *Proceso criminal fulminado contra el R.^{mo} P. M. Fray Froylan Diaz de la sagrada religión de predicadores, confesor del Rey N. S. D. Carlos II y electo Obispo de Avila: que tuvo principio en el año pasado de 1698 y se concluyo en el 1704*, por Don Blas Román, Impresor de la Real Junta de comercio, Madrid, 1788. Conviene decir que, no obstante lo sugerido por el título, el Supremo Consejo de la Santa Inquisición absolvió a fray Froilán —calificando de «tropelía [la] que injustamente se había hecho padecer a su persona en el dilatado término de 4 años» de «todas quantas calumnias, hechos y dichos se le ha[bía]n imputado en este causa, dándole por total inocente, y salvo de ellos», siendo puesto inmediatamente en libertad, de la que estuvo privado durante el proceso—. De «criminalidad fulminada contra el M. Fr. Froylan Diaz», se habla en otro momento del texto (pp. 226-229). «Fulminar», en la décima acepción del *Diccionario de la lengua española*, es «acusar a uno, en proceso formal o sin él, y condenarlo».

defensa, expresa la aspiración a un saber limpio, por limpiamente obtenido, como fundamento de la justicia jurisdiccional. Es, pura y simplemente, la opción constitucional a la que responde en sus grandes líneas la disciplina del proceso penal vigente en nuestros países²⁹.

La aspiración constitucional es sencilla y sencillamente formulable: se concreta en la consecución de un conocimiento de calidad a través del proceso. Por la poderosa razón de que solo un saber así connotado puede justificar el uso por parte del estado de un instrumento tan penetrante en la esfera de los particulares y de tanto riesgo como el *ius puniendi*. Por eso la rigurosa sumisión de su ejercicio a las reglas que hoy forman la disciplina constitucional del proceso y, de ahí también, el rango atribuido a estas.

El proceso penal del antiguo régimen estuvo dominado por la figura del instructor. Este, desde el punto de vista práctico, legalmente y también por los usos degradados de la propia legalidad, disponía de un poder de actuación —en particular sobre el cuerpo del reo— prácticamente ilimitado. Así, en la dimensión *de poder* el de aquel era realmente aplastante, por la práctica ausencia de límites, que incidía de la misma forma en la —muy peculiar— dimensión *de saber*, pues con el principio inspirador a que acaba de aludirse, cerraba de hecho el marco procesal a toda hipótesis alternativa a la estrictamente acusatoria, destinada a prevalecer de manera incondicionada desde el inicio, por la propia unilateralidad del planteamiento inscrito en la misma dinámica institucional.

Por eso la importancia histórica de la descalificación de la confesión, no solo como *regina probatorum* sino incluso como verdadera prueba (que es lo que expresa el principio *nemo tenetur* correctamente interpretado). Pues, idealmente, arranca al imputado de las manos del instructor, despojándolo de la condición de objeto, de simple *materia prima* del proceso, y obliga al segundo a moverse como investigador en un campo de potenciales elementos de juicio más contrastados y, por eso, también más abierto a la confrontación de los puntos de vista en presencia. Es cierto que por esto solo la actividad instructora no va a dejar de ser unilateral y como tal esencialmente abierta a usos desmedidos y acríficos de la subjetividad. Para llegar aquí al (siempre limitado) equilibrio posible tendrá que entrar en juego el principio de contradicción en esta fase del proceso. Pero no cabe duda de que la drástica o, incluso, siquiera tendencial, disociación entre saber procesalmente relevante y violencia sobre el imputado, aparte de mejorar la situación personal de este y de abrir, enriqueciéndolo, el espectro de las fuentes de prueba, provocará también un

29. Se trata, con todo, de una opción muy insuficientemente asumida, como lo demuestra la frecuente renuencia de la policía, sobre todo, pero también de los jueces y tribunales, y no se diga de los fiscales, a prescindir del imputado como fuente de prueba.

cambio de cualidad en el propio *modus operandi* del investigador judicial, al *contrapesar* su condición de sujeto *de poder*.

Nuestras legalidades y realidades procesales han experimentado variaciones de relieve, sobre todo, a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado. Ciertamente decisivas las que se concretan en la constitucionalización de las reglas del que hoy se conoce como justo proceso; de mucho menor recorrido en lo que hace a su incidencia en la realidad de las prácticas y las rutinas burocráticas de la administración de justicia. Aunque si —como es mi caso— se tiene con buen fundamento empírico la evidencia del carácter realmente pétreo de estas, se experimenta también (debo confesarlo) cierta tendencia a no banalizar ningún atisbo de mejora producido en este campo atormentado, en el que sintomáticamente las denuncias de Beccaria mantienen su actualidad.

Seguramente, el avance más constatable —pienso en situaciones como la española— se cifra en la vigencia alcanzada por los principios de presunción de inocencia y de contradicción. Avances —resulta obligado expresarlo— limitados, y nunca lineales, por dos órdenes de razones, que actúan en la misma dirección. Una es el peso de la inercia generada por la (sub)cultura del sistema mixto, mucho más *eficaz*, desde el punto de vista del control social, que opera con una fuerza enorme en favor del peso de la instrucción. Otro es la —también entre nosotros— incontenible *marcha triunfal del procedimiento penal americano*³⁰, que se expresa en una política legislativa drásticamente orientada a extender la vigencia del principio de oportunidad, minuciosamente rastreada en concreto por Armenta Deu³¹; y a eliminar el juicio oral por efecto del que Ferrua califica con acierto de «rito anticognoscitivo»³² para los llamados *delitos*

30. Me sirvo, eliminando los signos de interrogación, ciertamente retóricos en el uso del propio autor, del título de un trabajo de B. Schünemann, *¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, trad. cast. de S. Bacigalupo, en *Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania»*, CGPJ, Madrid, 1991, pp. 49 ss. Cf. también, de Teresa Armenta Deu, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 145 ss.; Íd., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 128 ss. y *passim*; también «El principio de oportunidad», en T. Armenta Deu, *Estudios sobre el proceso penal*, con prólogo de E. A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 197 ss.; Ramón Sáez Valcárcel, «Juicios rápidos, condenas negociadas, órdenes de alejamiento y deterioro del proceso penal»: *Jueces para la Democracia. Información y debate* 49 (2004), pp. 3 ss.; e Inés Olaizola Nogales, «El principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho penal»: *Nuevo Foro Penal* 82 (2014), pp. 13 ss.

31. La autora constata que «la aplicación del principio de oportunidad en alguna o en varias de sus múltiples variantes se ha ido acrecentando, a través de fórmulas cada vez más alejadas del principio de legalidad» (*Sistemas procesales penales*, cit., p. 170).

32. P. Ferrua, *Il giusto processo*, cit., p. 26. De este modo —denuncia también Ferrua— se abre paso «una concepción de la verdad como producto solitario, que brota por partenogénesis de los actos unilateralmente realizados por el acusador y pasivamente

menores (también penados en muchos casos con años de cárcel). Pero lo cierto es que, en nuestro país, los principios mencionados, como el imperativo de motivación de las resoluciones judiciales, acreditaron una progresiva mayor presencia a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978; si bien acusando, como no podría ser de otro modo, el efecto disolvente de tales *alternativas*.

SABER Y PODER: UNA INTEGRACIÓN NECESARIA

Ahora bien, retomando el hilo conductor de estas reflexiones, lo que acaba de afirmarse reclama de inmediato otra afirmación: con todo, pensando, claro está, solo en los procesos que culminan en el juicio oral, el sentido, el modo de producirse la tensión entre las dos dimensiones —*poder-saber*— constitutivas del proceso penal, con la tendencial prevalencia de la primera, no ha variado en términos esenciales. Ha experimentado, eso sí, un cambio sustancial en el campo de la semántica, y no negaré que también alguna inflexión positiva, pero no me parece una transformación sustantiva en lo fundamental: que es el papel en extremo condicionante de la instrucción para el resultado del proceso³³.

Es por lo que, en mi opinión, el modo de ser de la relación entre la fase de investigación y la del juicio oral, en concreto, la incidencia (la frecuente prevalencia) de las aportaciones de la primera en los resultados de la segunda, constituye un escenario privilegiado para examinar el juego real, la verdadera forma de interacción de las dos dimensiones del proceso, de las dos caras de las garantías procesales. Veámoslo.

Es un tópico consolidado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que solo son auténticas pruebas las *realizadas* en el juicio oral. Esto debido a que el principio de contradicción debe regir *en la* formación de la prueba y esta realizarse con intermediación ante el propio juzgador. El corolario es que las diligencias sumariales son actos de investi-

aceptados por la contraparte». Así, el proceso se reconstruye «en una forma peor que inquisitiva, marcada por el reconocimiento incondicionado de valor probatorio a los materiales recogidos por el acusador, con prohibición de cualquier producción defensiva» («Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale», en *Studi sul processo penale* II. *Anamorfoosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Turín, 1992, pp. 20-21). También me he ocupado de este asunto en «“Justicia” de oportunidad: una alternativa no jurisdiccional al proceso penal», en P. Andrés Ibáñez, *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2007, pp. 222 ss.

33. Algo patente ya, incluso, en el plano de la terminología. En efecto, pues resulta la mar de sintomática la persistencia en la denotación del juicio oral como «plenario», sugestiva de que este mismo, antes del inicio, habría experimentado una previa parcial realización, un anticipo, que tendría en él una lineal continuidad sustancial; cuando normativamente (y en la práctica) deberá constituir un espacio *distinto y autónomo*.

gación que no constituyen en sí mismos pruebas, pues su finalidad no es fijar definitivamente los hechos sino preparar el juicio.

Al mismo contexto de doctrina procesal pertenece el aserto de que, no obstante y con carácter excepcional, es posible atribuir auténtico valor probatorio a las diligencias de la instrucción, siempre que se hubiesen practicado ante el juez conductor de esta con las formalidades legales y se hubieran «reproducido» en el juicio mediante lectura.

De estarse, incluso, ya solo a la pura literalidad de los términos de este planteamiento, si únicamente son *auténticas pruebas* las producidas de conformidad con el primer esquema, tendrá que convenirse que *no lo son* (al menos en sentido estricto) las del segundo tipo. En efecto, pues en su práctica habrá faltado contradicción *actual* ante el juzgador y por tanto también la inmediación de este. Es decir, genuina jurisdiccionalidad en la formación de la prueba.

No se cuestiona aquí la posible legitimidad (inevitablemente, de bajo perfil) del recurso a tal clase de expedientes, en presencia de algunas situaciones determinantes de la imposibilidad de operar del modo *canónico* primeramente enunciado. Por lo demás, se trata de opciones acogidas en la generalidad de las legislaciones. Así, no es este el problema, por más que tales opciones tengan siempre algo de problemáticas, en la medida que pueden gravar, como gravan, la posición del imputado desde el punto de vista de la eficacia de su derecho de defensa.

El problema que me interesa subrayar tiene que ver con el modo habitual de justificar estos modos de proceder, visible en multitud de sentencias. En efecto, cuando, en el caso de mayor recurrencia estadística, por la imposibilidad de examinar a un testigo de cargo en el acto de la vista se recurre a la lectura de su declaración, de darse las exigencias legales y jurisprudenciales vigentes al respecto, habrá que hablar de *regularidad* del trámite. Y, en este sentido, la calidad formal del acto de que se trate podrá decirse salvaguardada.

Pues bien, si el resto del discurso acerca de lo aportado por ese medio probatorio pudiera transcurrir en ese mismo plano, es decir, el de la exclusiva formalidad jurídica, en la inteligencia de que el resultado cierto de la prueba —en una especie de justicia puramente legal-procedimental— fuera a estar mecánicamente asegurado por esa circunstancia, cabría cuestionar el modelo como modelo, pero no el modo de proceder de conformidad con el.

Mas ocurre que en nuestro sistema, presidido por el derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, *una cosa es* (o más bien *debe ser*) la regularidad del acto, como precondition formal-legal de su legitimidad y de la toma en consideración a efectos probatorios, y *otra* la calidad convictiva de lo que aporte. Porque el proceso, como se ha dicho con reiteración, habrá de ser una sucesión de trámites ajustados a la lega-

lidad, pero *también*, incluso *sobre todo* y en paralelo, un instrumento de obtención de buen conocimiento sobre su objeto. Ambos planos del asunto deben mantenerse netamente diferenciados, y tal imperativo impone al juzgador un cierto desdoblamiento de su personalidad como profesional. Pues tiene que actuar como jurista en la vertiente de derecho; y hacerlo como operador o, valga la expresión, *conocedor* racional, en la vertiente epistémica de su actividad.

Normalmente, solo se dará un enjuiciamiento de calidad cuando concurra el necesario rigor en el *modus operandi* en cada uno de esos planos, por la validez legal de los actos de prueba (plano jurídico-formal de garantía de derechos) y la calidad inductiva del proceso cognoscitivo y de sus aportaciones (plano epistémico, extrajurídico). Por eso, faltará un enjuiciamiento ajustado a ese estándar allí donde se produzca una *reducción* desgraciadamente muy habitual. Me refiero a la que —herencia del sistema de la prueba legal— lleva en tantas ocasiones a inferir, por ejemplo, que la afirmación inculpativa producida en el contexto de una declaración regularmente introducida en el juicio mediante lectura, *prueba* por esta sola circunstancia. Con lo que la apreciación relativa a la regularidad desplaza, suplanta a la imprescindible sobre la productividad informativa de los datos; que tendría que evaluarse, en *otro* momento, en el marco de todos los demás, de cargo y de descargo. Y atendiendo a una particularidad: la de que, no obstante y a pesar de la corrección burocrática de la actuación, pudiera tratarse de elementos probatorios obtenidos, no en el curso de una de las que (como hemos visto) se califican jurisprudencialmente de «auténticas pruebas», sino merced a un sucedáneo de estas, del que, en realidad, estarían ausentes, precisamente, los rasgos imprescindibles para dotarle de esa *autenticidad*. En particular el de contradicción actual en el examen de la fuente de prueba que, como se sabe, tiene importantísimas implicaciones de método. Que es por lo que Carlo Ginzburg ha podido, con razón, escribir que «cuanto más se sustrae a la confutación, tanto mayor es la exposición al error»³⁴.

34. Carlo Ginzburg, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Einaudi, Turín, p. 94; trad. cast. de A. Clavería Ibáñez, *El juez y el historiador*, Anaya & Mario Muchnik, Madrid, 1992. Al respecto, escribe también este autor: «Equivocarse, se sabe, es humano. Pero para un juez, como para cualquiera que esté profesionalmente comprometido en la búsqueda de la verdad, el error no es solo un riesgo: es una dimensión en la que se está continuamente inmerso. El conocimiento humano no es solo intrínsecamente falible: progresa a través del error, intentando, equivocándose, autocorrigiéndose. Error y verdad se implican recíprocamente como sombra y luz. Ahora bien, no todos los errores tienen las mismas consecuencias. Existen errores catastróficos, errores inocuos, errores fecundos. Pero esta última es una posibilidad que no se da en el ámbito judicial. El error judicial, incluso cuando es revocable, se traduce siempre en una drástica pérdida para la justicia» (*ibid.*, pp. 93-94).

En la jurisprudencia española relativa al artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que —en una especie de *pacto con la realidad*— autoriza la introducción en la vista mediante lectura de diligencias practicadas en el sumario, pueden obtenerse algunos ejemplos sumamente ilustrativos de esa reducción o absorción del plano cognoscitivo de la actividad jurisdiccional por el propiamente jurídico-formal. La validez de la lectura, partiendo de la constancia de la imposibilidad de la práctica de la prueba como tal en el momento del juicio, exige que la, documentada, que vaya a utilizarse sea una diligencia propiamente sumarial (el sentido de judicial, no policial), que se lea realmente en el juicio, y que la defensa hubiera estado presente, con posibilidad efectiva de contradecir, en el momento de su realización. Pues bien, ocurre que, en la práctica, también esta exigencia de *contradicción* (anticipada, es decir, en todo caso sin intermediación del juzgador) ha sido desvirtuada a través de algún subterfugio de carácter formal-legal. Así, por ejemplo, se ha considerado que, si la ausencia de la defensa en la realización de la diligencia sumarial fuera atribuible a su exclusiva responsabilidad o la inasistencia del imputado hubiera estado motivada por su rebeldía, no podría objetar la ausencia de contradicción, de manera que será *como si* esta hubiera concurrido de manera efectiva³⁵.

De donde podría resultar que una declaración testifical de cargo realizada ante el instructor y obviamente fuera del juicio y sin la posibilidad, en su momento, para la defensa, de intervenir en ella, en virtud de una suerte de presunción, *pasase por* contradictoriamente producida en ese primer momento, y, además, con una clase de contradicción capaz de proyectar, incluso, su benéfica influencia en la vista, con el resultado de dos ficciones *contra reo* (y contra toda realidad)³⁶.

Insistiré de nuevo en que, con ser intensamente problemática, no es la dimensión jurídica del problema la que me interesa. Lo relevante a los efectos de esta reflexión es que el juzgador pueda *transitar* burocrática y acriticamente de uno a otro de los dos planos reiteradamente señalados, no obstante su heterogeneidad. Y hacerlo, además, sin plantearse ningún interrogante y para pasar, como ocurre con harta frecuencia, de la valoración (positiva) de la regularidad formal de la actuación (con habitual apoyo en alguna tópica jurisprudencia) a la atribución sin más, por eso solo, de la calidad de efectivamente probatorio, al dato (normalmente de cargo) así obtenido.

35. Ignacio Sánchez Yllera, muy correctamente, ve en esta clase de supuestos, que analiza en detalle, «un problema que no es de *validez* sino de *suficiencia* de la prueba», en «Razones para dudar: las manifestaciones inculpativas prestadas antes del juicio oral (a propósito del art. 46.5 de la Ley del Jurado)», en L. Aguiar de Luque y L. Varela Castro [eds.], *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 399 y *passim*.

36. Un caso extremo de utilización de este tipo de recusables expedientes, al que luego me referiré, se ha dado en alguna jurisprudencia española en materia de terrorismo.

Razonamientos sobre la prueba de este cuestionable perfil son frecuentes en la jurisprudencia de instancia y, generalmente, encuentran aval en la de casación. Se trata de supuestos en los que el juzgador parte de la constancia de que la testifical de cargo se acomodó en su práctica al estándar jurisprudencial consagrado en la materia, para concluir con la afirmación de que esa «jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo le concede valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia»³⁷. O, lo que es lo mismo: de la circunstancia de que una determinada manifestación (generalmente inculpatoria) reúna las condiciones jurídico-formales que la hacen apta para ingresar en el cuadro probatorio, *se deduce* mecánicamente que *prueba* de manera efectiva³⁸.

37. Este modo de proceder es muy frecuente cuando se trata de justificar el valor inculpativo atribuido a la declaración de la víctima en los delitos de violencia sexual. Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resuelto «que la declaración de la víctima es hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo a que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significativamente contra la libertad sexual, impide generalmente disponer de otras pruebas, si bien para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha prueba es necesario que el tribunal valore la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: ausencia de incredulidad subjetiva [...] verosimilitud [...] persistencia en la incriminación». Con apoyo en este tópico jurisprudencial, a la mera constatación, más bien ritual, de la concurrencia de estos requisitos —que a lo sumo habilitaría para entrar en la valoración del contenido— se anuda, con criterio propio del automatismo de la *prueba legal*, una conclusión apodíctica de veracidad y efectiva adherencia a la realidad, de lo declarado. Obsérvese, además, que el propio criterio a examen presenta un serio problema de método y es que sugiere la legitimidad de un estándar probatorio de menor exigencia —¿rehabilitación del *in atrocissimis*...?— en el supuesto de delitos cometidos en la clandestinidad, como si el derecho a la presunción de inocencia del imputado admitiese atenuaciones o temperamentos en función de la naturaleza de las infracciones.

38. Así, en el caso de la sentencia 49/2010, de 8 de octubre, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña, condenatoria por delito de robo con intimidación y detención ilegal. Esto con fundamento en que «la declaración de la víctima puede ser prueba de cargo suficiente» (de ajustarse a los criterios indicados en la nota anterior), que, en efecto, se habrían dado, pues «no consta en ningún momento que la víctima conociera al acusado ni que hubiera situación de enemistad o resentimiento», y se manifestó «con coherencia, seriedad y sin contradicciones ni ambigüedades en la versión de los hechos». Además, identificó sin dudas al acusado en rueda de reconocimiento, en el juzgado. Ciertamente —decía la sala— que la defensa formuló protesta por la irregularidad de esa diligencia. Pero cierto también —continuaba— que «el Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada que las posibles irregularidades de la referida diligencia carecen de relieve, si existe una ratificación a presencia judicial». Pues bien, la víctima había manifestado, ya en comisaría, que su agresor llevaba puesto un casco integral de los de motorista; pero que podría identificarle por la mirada y el tamaño de los ojos (i). Por esto, se le hizo ver distintas fotografías y seleccionó una de ellas como correspondiente al autor, al que luego señaló en el juzgado. La sentencia —sorprendentemente— *no recoge*, es decir, *oculta* el esencialísimo dato del casco, que es lo que permite al tribunal situar su discurso en un plano exclusivamente jurídico-formal, burocrático más bien, y operar rigurosamente de espaldas a la verdadera realidad de la prueba. Pocas veces el divorcio entre las dos dimensiones del enjuiciamiento a las que vengo refiriéndome puede resultar tan patente. Y tan evidente el demoleedor efecto, pues, es claro, de haberse introducido el casco en el discurso, la condena habría sido de justificación total-

En la misma línea se inscribe una jurisprudencia, todavía dominante, que confiere el marchamo de incuestionable en otra instancia a la valoración en la primera de las pruebas personales practicadas con intermediación. El modo de discurrir es aquí de un tenor equivalente al anterior: concurrió la intermediación del juzgador en la audición del imputado, del testigo o del perito, *ergo* su valoración de esta *debe* considerarse correcta. Con un tránsito del *es* al *debe* y del campo del derecho al de la epistemología que no puede resultar más falaz, y que prescinde del verdadero sentido de la intermediación y de sus riesgos, y de la propia naturaleza, no jurídico-formal, de la inducción probatoria, e incluso de la relevancia de la concreta justificación del resultado de esta como garantía esencial y *sine qua non* de la calidad y aceptabilidad de la decisión.

Creo que lo razonado permite extraer una conclusión, tan preocupante como fundada en una abrumadora experiencia, y es que en el ejercicio de la jurisdicción se ha impuesto y continúa prevaleciendo, de manera avasalladora, el jurista (el experto en trámites), con el consiguiente oscurecimiento de la vertiente cognoscitiva del juicio jurisdiccional. Esta afirmación, históricamente inobjetable, sigue teniendo todavía consistente actualidad. Algo que se debe a una asunción demediada de ese imperativo constitucional, que se toma solo en *su segunda mitad*, la dirigida a dar cuenta (*ex post*) del porqué de la decisión, *cuadrando* la sentencia como silogismo; cuando tendría que operar desde el principio y con objeto de conseguir que (*ex ante*) el curso decisional en su totalidad discurra, exclusivamente, por el cauce de lo motivable, de lo susceptible de justificación.

Como he dicho, en general, la rigurosa observancia de las garantías procesales, en la medida que aseguran los derechos de las partes y contribuyen a la equilibrada distribución del espacio escénico del juicio entre ellas, y, por tanto, a poner al juez en su sitio y en la posición de tercero (que es lo que hace posible conocer de una manera fiable), favorece la dialéctica del contradictorio y, por ende, la posibilidad de obtener, por este medio, a través de la confrontación de/sobre las hipótesis en presencia, un conocimiento verdadero sobre los hechos. Pero, por lo mismo, cuando aquellas experimenten alguna quiebra, esta no se dará sin conse-

mente imposible. Como imposible es, de hecho, la percepción fiable de los rasgos de un sujeto, contemplado una sola vez, en la pequeña parte del rostro visible a través de un casco integral, por alguien, además, sometido a una intensa situación de estrés, en no muy buenas condiciones de luz. E imposible, en fin, a partir de ese contacto, la identificación solvente, por la mirada y el tamaño de los ojos, en una instantánea de *fotomatón*. La sentencia fue casada por STS2.^a 2603/2010, de 17 de julio de 2010. ¡Menos mal! Pero esto es algo que no puede hacer olvidar que la insostenible tesis (con la *cultura* de la prueba que expresa) contó con el asentimiento de un juez y de un fiscal en la instrucción, de otro fiscal y de tres magistrados en el juicio y, en fin, con el apoyo de la Fiscalía de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

cuencias. Puede ocurrir, como de hecho muchas veces ocurre, que en su aspecto jurídico-formal resulten sorteables merced a algún expediente (o subterfugio) de la misma índole, y que este, por su autoridad jurisprudencial, deba prevalecer y ser asumido en tal sentido y en sus efectos (jurídicos) por el juez-jurista. Pero ¿y el juez-conocedor racional? Si, en virtud, por ejemplo, de una omisión debida al letrado de la defensa o por una razón de mero trámite, su ausencia de la práctica de una declaración testifical de cargo *se trata* al fin procesalmente *como si* aquel hubiese concurrido efectivamente a esta, ¿deberá el juzgador valorar los elementos de juicio obtenidos por ese medio *como si* las partes se hubieran confrontado de manera actual, efectivamente, en su examen? ¿Podría un jurídico o jurisprudencial toque de varita mágica convertir esa *ficta contradictio*, esa contradicción realmente inexistente³⁹, en interlocución real sobre el objeto de la decisión?

Mi respuesta es que no. Porque todo déficit de garantías que, por eliminar o simplemente limitar la igual confrontación actual de las partes sobre la hipótesis acusatoria, afecte negativamente a la dimensión de método del proceder jurisdiccional lo degrada en tanto que proceso de obtención de conocimiento empírico, reduciendo en la misma medida las posibilidades de acierto de la decisión. Y esto es algo que no puede dejar de tenerse en cuenta en la valoración —que no se olvide: no es jurídica— de la calidad epistémica de los datos del cuadro probatorio.

Es por lo que considero por completo esencial que esa dimensión, la «cara oculta» de las garantías procesales, adquiera la necesaria visibilidad y tenga la imprescindible presencia en la conciencia y en el juicio del juez, para lo que antes deberá estar bien afirmada y presente en su cultura. No me parece inútil subrayar la responsabilidad que en la obtención de este resultado incumbe a los tribunales Supremo y Constitucional.

39. Contradicción inexistente, según lo expresó muy bien Platón, poniéndolo en boca de Sócrates, en el *Fedro*, cuando reprocha a las palabras escritas que, aunque parezcan vivas, si se las interroga, «callan con gran solemnidad», y «si se les pregunta con el afán de informarse sobre algo de lo dicho, expresan tan solo una cosa que siempre es la misma» (Platón, *Fedón*. *Fedro*, introducción, trad. y notas de L. Gil Fernández, Alianza, Madrid, 2000, 276d, p. 268).