Hechos difíciles y razonamiento probatorio
(Sobre la prueba de los hechos disipados)

Por JOSÉ CALVO GONZÁLEZ
Universidad de Málaga

SUMARIO: Hechos fáciles y hechos difíciles. Hechos disipados. Alcan-
ce del razonamiento judicial por concurso de hechos indicarios. Cohe-
rencia indicarial como comprensión narrativa. Tomar en serio el «Relato de los Hechos».

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

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

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

Hechos fáciles y hechos difíciles

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

Ese mapa ofrece una imagen sistemática, rigurosa, ordenada y sencilla de su completa superficie, pero también sintética y miniaturizada, pues a falta de disminución, sin la función de alguna escala que lo aminore, se haría tan colosal, y otra vez complicado y denso y prolijo, como el propio territorio que pretendía representar; el empeño en levantar un mapa del mundo a escala del mundo recuerda la minuciosa y heroica tarea de cierto anecdotico cartógrafo borgeano. Ese mapa, además, se despliega igual que el planisferio de un mapamundi; es decir, donde al mirar la esfera del Derecho, dividida en dos hemisferios planos apenas unidos por una ligera tangencia, la propia ausencia de perspectiva inclina a ver las normas y los hechos en un corte raso y disjunto, y recíprocamente opuesto. Mas, con todo, ya tampoco el hemisferio correspondiente a los hechos –que siempre fueron como «una especie de isla misteriosa en el reino del derecho» ¹– dibujaría la geografía de los hechos, sino la de un Paraíso de conceptos jurídicos sobre los hechos.

Y es respecto de él donde, a la vista de los llamados los hard cases ², esto es, de vicisitudes procesales y exigencias técnicas diferenciadas y particulares de la teoría de la prueba en relación con los hechos, podemos a su vez establecer un parámetro que organice y distinga otra posible categoría hechos en el Derecho, desgranados desde ahora como fáciles o difíciles.

Entenderé aquí como hechos fáciles lo relativo a experiencias existenciales cuya adquisición, fijación y verificación fáctica se encuentra jurídicoprocesalmente exonerada de las reglas de contradicción y/o de

¹ Francesco CARNELUTTI, Arte del Diritto, Padova, Cedam, 1949, p. 49.
³ Neil MAC Cormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press, 1978, pp. 227 ss., llama hard cases a aquellos en los que «con independencia de cualquier disputa sobre los hechos del caso, existe una disputa entre las partes respecto a la orientación de la ley sobre qué hechos pueden demostrarse». Los hard cases se refieren a problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación dentro del procedimiento judicial. En tales supuestos la inferencia deductiva que marcha norma-hecho-resolución se quiebra.
inversión o reparto del onus probandi, o resulta limitada (favor probatorio); v. gr., hechos expresamente admitidos por las partes, o admitidos tácitamente por la contraria\textsuperscript{4}, hechos ciertos\textsuperscript{5} y hechos institucionales\textsuperscript{6}.


\textsuperscript{5} \textit{Vid.} sobre hechos en calidad de «ciertos» e inutilidad de la actividad probatoria artículos 549, 565, 566, 690 y 691 LEC 1881/artículos sc, sc, 283, sc y 414 LEC 2000, y \textit{STS} 6 de diciembre de 1952.

\textsuperscript{6} Condicionados, además de por las limitaciones verificatorias de la teoría de la prueba, por el \textit{favor probationis} y el mecanismo procesal de la justicia negociada: \textit{id est}, junto a los hechos afectados por la prueba ilícita y prohibida, o la prueba extemporánea, también los establecidos mediante presunciones \textit{iuris tatum} (que dispensan de prueba a los favorecidos por ellas) y presunciones \textit{homínis}, y los que resultan en el trámite previo de conformidad de las partes. \textit{Vid.} Marina GASCON ABELLÁN, \textit{Los Hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba}, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 125-187. Con todo, es preciso introducir ciertos matices a esta no-dificultad. Conviene anotar que las presunciones \textit{homínis}, o fuentes probatorias traídas al convencimiento y la formación de certezas desde el bagaje de la experiencia general, experimentan importantes transformaciones de acuerdo a la evolución y permanente estado de avance científico que a diario se produce en el proceso de valoración judicial con el desarrollo y utilización de nuevas técnicas de investigación y medios probatorios; así, el recurso a la bioestadística, a pruebas hematológicas, al genoma, etc. De este nuevo panorama y su influencia en el razonamiento probatorio, Gilda FERRANDO, «Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell’accertamento della filiazione», en \textit{Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile}, 1996, 3, pp. 726-754; Michele TARUFFO, «Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense», en \textit{Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile}, 1996, 1, pp. 219-249; José F. HIGUE- 

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

SANTOS, «Sobre la conformidad del imputado y la “negociación” de la sentencia en el proceso penal español», en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1992, 2, pp. 51-66. Finalmente, creo que sin en general desatender la ponderación de lo derivable en la distinta naturaleza institucional del proceso al que asistamos, sea civil o penal, es asimismo claro que de las diferencias entre principio dispositivo y acusatorio, así como entre sus respectivas consecuencias para con la prueba en orden a la actividad y razonamiento judicial, no cabe proclamar una insalvable separación. Vid. Jaime GUAŠP DELGADO, Juez y Hechos en el proceso civil. Una crítica del proceso de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, Bosch, Barcelona, 1943.

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

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

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

Aún confiados en que negativa non sunt probanda, pues las dificultades relacionadas con el logro de la certeza plena no son menores en esta materia que en la prueba de hechos positivos. «No parece pues justificada una simplificación general de la prueba para esos casos, como suele reclamárselo en la doctrina». Vid. Erich DOHRREING, La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba su práctica y apreciación (1964), trad. de T. A. Banzhaf, Eds. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, pp. 436-437.

En referencia a diligencias consistentes en reproducir los hechos en el lugar en que se produjeron, donde la capacidad para generar verdad material es muy cuestionable ya que ni siquiera está sometida a la pugna de contradicción de un debate oral. Se trata de que quienes intervengan en la diligencia manifiesten lo que conozcan acerca de como tuvieron lugar los hechos, y a diferencia de lo que sucede con las diligencias de inspección ocular lo que se reconstruye no es lo que ve el juez, sino lo que terceros dicen que vieron en calidad semejante a testigos de visu, lo que ha hecho que la jurisprudencia sitúe la práctica de la mencionada diligencia a mitad de camino entre la prueba de testigos y la inspección ocular. En cualquier caso, las diferencias con ésta no carecen de relieve. Aquella posee naturaleza descriptiva (descripción de huellas, vestigios u objetos materiales del delito), en tanto que ésta muestra un carácter fundamentalmente valorativo de lo que pudo suceder y que intenta representarse de nuevo. En general la jurisprudencia es reticente respecto de su práctica, así como de los resultados que de ella puedan inferirse, que siempre serán distintos según se practique como diligencia investigadora propia de la fase de instrucción, o en el plenario, pues en el primer caso el órgano judicial que ha de valorar sus resultados estará afectado por el principio de inmediación. Es por tanto razonable suponer que la ulterior valoración debería estar asistida de algo más que el registro de las impresiones que obtuvo directamente el instructor, y que en todo caso y a falta de ese plus valorativo, el razona-
(sean hechos *pendientes*, o hechos demorados) 12, hechos *ante-futuro* 13, y hechos ex-futuros 14, hechos *virtuales* 15, y hechos *disipados*.

...miento de la valoración subsiguiente habrá de ser complejo. En cuanto a su práctica en fase de juicio oral el razonamiento valorativo estará muy mediatizado por el tiempo transcurrido desde la producción de los hechos. Del resto la jurisprudencia condiciona su necesidad, y por ende su pertinencia, a que la posibilidad material o empírica de los hechos –especialmente de las acciones desarrolladas por el autor o de la percepción sensorial de un testigo– ofrezca *dificultad*, debiendo tenerse por innecesaria en los casos en que a los acusados se imputan acciones de cuya realización la experiencia general no ofrece la menor duda, o cuando se estime que los hechos acaecidos se encuentran suficientemente contrastados por el resultado de otras pruebas. Estos problemas de valoración y coordinación a otros medios y medidas de prueba, al situarse como alternativa a la *disipación fáctica*, anuncian en parte los mecanismos y niveles de exigencia razonadora de la prueba por concurso de indicios.

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

13 Por lo general relacionados con institutos de prevención e intervención económi- ca de bienes litigiosos, donde si bien como en el caso del embargo preventivo y de las medidas de aseguramiento (arts. 1397 a 1428. LECv. 1881/arts. 727 a 747 LECv. 2000) apenas se exige al acordar su decreto más que una labor puramente constatativa de determinadas circunstancias, salvo que en su ausencia o parcial defecto «exista motivo racional», lo que entonces llevará a realizar un razonamiento probatorio complejo ya sea en su concreción o en su rendimiento. Distinta apreciación de la prevención se sigue, no obstante, en orden a hechos *ante-futuros* concretados en medidas cautelares sobre la situación personal de justiciables y/o condenados. Aparte de la figura del «arresto del quebra- do» (arts. 1335, 1336 y 1340 LECv. 1881/vigentes LECv. 2000 en relación con los arts. 1046 a 1048 CCv. de 1829 y art. 908 CCv. 1885) y lo declarado sobre ella por SSTM 178/1985 en relación con 41/1982 y 108/1984 en cuanto a medidas *ad cautelam y ad condenam*, tales hechos conciernen a la proyección del *futur libertatis* como principio orientativo (art. 1.1 CE) y garantía institucional (art. 17.1 CE) interpretativa del ordenamiento jurídico en su conjunto, y particularmente a situaciones restrictivas (art. 504 LECr. y DT 11ª.1 LO 10/1995, de 11 de noviembre). Es claro, pues, que el juicio evaluato- torio relacionado con el aseguramiento contra riesgos de fuga y posible frustración finalista de la tutela judicial precisará para el acuerdo de imposición tanto como para su mantenimiento de la ponderación de objetivos porcentuales razonando a mí entender a) si al presente caso la presunción de inocencia ha sido o no ya plenamente destruida por una sentencia condenatoria (art. 504.5 LECr.) b) el que aun habiéndolo sido, el mantenimiento resulte constitucionalmente justificado y proporcionado a los fines que delimitan las medidas de privación de libertad, c) el acudir datos específicos, así concretados, al menos, en la gravedad de los hechos juzgados o por juzgar, la alarma social en su día generada por los mismos, y el juicio de responsabilidad criminal merecido y el grado de repercusión punitiva alcanzada (supuesto se haya emitido sentencia condenatoria), y d) el atender además de a las características personales de quien deba soportar o soporte la medida, así su arraigo domiciliario y familiar, el que aún con haberlo acreditado, pese o no la instrucción de otra causa por presunta comisión de delito de relevante gravedad, en la que pudiera obtener algún beneficio de cambio en la actual situación de preventivo capaz a su vez de comportar puesta en libertad provisional.

14 Hechos de un *ex-futuro*, o futuro frustrado, que no tendrá lugar, asimismo diferenciados de los hechos pendientes y pospuestos como también de los diferidos
En este trabajo anticiparé parte de la investigación que sobre ellos vengo desarrollando para presentar en exclusiva el resultado de lo que doy en llamar hechos disipados.

**Hechos disipados**

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

El problema de los hechos disipados situado así, oportunamente, en el terreno de la «prueba de indicios»\(^\text{17}\), resulta campo abonado para el análisis general de la prueba y, si vale decirlo así, prueba de fuego para el rendimiento del razonamiento lógico, argumentación fáctica y motivación razonable y suficiente de la decisión judicial.

Partiré en mi examen de la doctrina jurisprudencial básica recogida en las SSTC 174 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, y SST 14 de octubre y 20 de diciembre de 1986\(^\text{18}\). Pero la ocasión que me

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

\(^{16}\) Con esta denominación los registran las SSTC 206/94 fj. 3, 309/94, fji. 3, y 283/94 fji. 2.


\(^{18}\) De este mismo órgano, con posterioridad, SS de 7 de abril y 30 de junio de 1989, 3 de abril, 15 de octubre y 22 de noviembre de 1990, 8 de marzo, 17 de junio
brinda el abordar este grupo de «hechos difíciles» me permitirá, ade-
más, volver a sostener la idea de la interpretación de los hechos no
sólo como un discurso de cognitiva invenio (ars inveniendi, hallazgo
y cualificación), sino narrativo, de inventio (ars inventa disponendi)
deliberativa (deliberatio como producto específico de la prudencia,
como razón razonante, como razonabilidad).

Pues bien, al ordenar cuáles sean los principales problemas que
rodean eficacia apreciativa y argumental de la llamada prueba indici-
aria destaca sobre cualquiera otro el afectante a las condiciones de
la enervación del derecho de presunción de inocencia. En esta mate-
ria, la STS de 25 de junio de 1990, siguiendo la doctrina del TC
(STSTC 169/1986, de 22 de diciembre, 229/1988, de 1 de diciembre,
256/1988, de 21 de diciembre de 1988, 94/1990, de 23 de mayo),
declaró que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que
la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la
base de la prueba indicaria, ya que no siempre es posible utilizar la
prueba directa, y en la dificultad del esclarecimiento del hecho delíc-
tuoso prescindir de aquélla conduciría, en ocasiones, a la impuni-
dad 19. No obstante, en su admisibilidad se exigen determinados requi-
sitos. Y son los siguientes:

De carácter formal o procesal: que los indicios estén plenamente
acreditados, es decir, que la prueba de indicios se base en hechos y
no meras sospechas, impresiones o apariencias, por muy vehemen-
tes, exacerbadas o conspicuas que ellas llegaren a parecer 20, y que el
órgano judicial que la opere explícite, mediante motivación expre-
sa 21 y no indirecta o tácita, las pruebas practicadas y los criterios
racionales empleados en su valoración, exponiendo las «líneas gene-
rales» 22 o «hitos principales» 23 del razonamiento manifiesto, o cuan-
do menos implícito como completar o reconstruible (art. 899
LECr) en el marco del recurso de apelación, la vía casacional o de
amparo 24, y a virtud del cual sea atendible y entendible el haberse
satisfecho una actividad probatoria de cargo suficiente y razonable
para desvirtuar la presunción de inocencia, en la que habiendo parti-
do concretamente de indicios probados (hechos-base) llegó a for-

y 11 de septiembre de 1991, 10 de enero y 7 de julio 1992, 21 de enero, 28 de abril, 14
de mayo, 10 de junio y 23 de noviembre de 1993, o 20 de diciembre de 1995 entre
otras varias.
19 Vid. también STS 303/93, 384/93, 62/94, 78/94, 93/94, 122/94, 206/94,
244/94, 283/94, 309/94, 116/95, 45/97, AATC 78/94, 122/94 y SSTS de 27 de mayo
de 1988, 31.12.92, 18.6.93, 20.9.94, 4.5.95 y 6.11.95, entre otras.
20 SSTS 20 de enero y 6 de abril de 1988. «Porque las sospechas muchas vega-
das no acierran con la verdad», se lee en la Partida III, Tit. XVI, ley 8º.
21 STSTC 174/85, 229/88, 197/89, 94/90, 124/90 y 78/94. También STS 17 de
diciembre de 1985.
22 STC 174/85.
23 ATS 2 de marzo de 1994.
24 SSTS 15 de abril y 3 de mayo de 1989.
marsharse la firmeza de convicción de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito

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

---


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

27 SSTST de 21 de mayo de 1992, 10 de octubre de 1995, 13 de junio de 1996, 5 de junio de 1997, 25 de noviembre de 1998, 21 de enero, 2 y 6 de febrero de 1999, entre otras muchas. La exigencia de pluralidad se dirige a eliminar la equivocidad y eventual inducción a error que pudiera derivarse de contar con un sólo indicio (STC 111/90), y STS 31 de enero de 1990.


29 SSTST de 1 de octubre de 1992 y 31 de enero de 1994.


31 STS de 7 de julio de 1989.

32 SSTST 13, 21 y 24 de mayo y 13 de julio de 1996.

33 Así la construcción presentada por la STS de 22 de noviembre de 1999, donde en realidad un único hecho meramente indiciario se multiplica por desglosamiento de su circunstancia en otros varios incidios coincidentes o confluentes. La idea de «inferencia en cascada» se localiza en J. H. WIGMORE, The science of judicial proof, psychology, and general experience, and illustrated in judicial trials, Little Brown, Boston, 1937, p. 13, con empleo de expresiones como «catenated», «casced» o «hierarchical». Víd. asimismo David A. SCHUM-Anne W. MARTIN, «Formal and empi-
otros *indicios sobreentendidos* en su propio modo de ser [34], o que aquel indicio único conduzca a una inferencia presuntiva de carácter forzoso como articulada desde una ley científica en la que la conclusión causal no pueda separarse por ser excluyente de toda otra causalidad probable [35]. Es requerido, además, que los hechos indicarios se hallen recogidos en la misma causa y demostrados por prueba directa [36] (art. 1249 CCv) y en todo caso inequivocamente acreditados *(ex nihilo, nihil facit)* [37], y que entre ellos y su consecuencia exista una clara y lógica relación de causalidad [38], ya que sólo una inferencia lógica permitirá considerarlos como prueba de cargo. Y, finalmente, que el órgano judicial tenga en cuenta los llamados «contraindicios» [39].

En este sentido, cabe decir que los *contraindicios* presentan otra variante, no menos sugestiva, de la *dificultad* en los hechos justiciables. Su núcleo difícilmente reside, como en los indicios, en el proble-

---

[34] Distinto es el problema de la *prueba de prueba* que Beccaria parece confundir. Beccaría cuestionaba, no obstante, esta vía inferencial para la obtención de la certeza moral como probabilidad sobre la certidumbre de un hecho: Hay un teorema general muy útil para calcular la certidumbre de un hecho, por ejemplo, la fuerza de los indicios de un delito. Cuando las pruebas del hecho son dependientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios no son pruebas sino entre sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen tanto menos es la probabilidad de él, porque los accidentes que harían faltar las pruebas antecedentes hacen faltar las consiguientes. Cuando las pruebas de un hecho dependen todas igualmente de una sola, en número de ellas no aumenta disminuye la probabilidad del hecho, porque todo se resuelve en el valor de aquella sola de quien dependen. Cuando las pruebas son independientes la una de la otra, esto es, cuando los indicios se prueban de otra parte, no de sí mismos, cuanto mayores pruebas se traen, tanto más crece la probabilidad de hecho, porque la falacia de un prueba no influye sobre la otra. Hablo de probabilidad en materia de delitos que para merecer pena deben ser ciertos. Esta, que parece paradoja, desaparecerá al que considere que rigurosamente la certeza moral no es más que una probabilidad, pero probabilidad tal que se llama certeza, porque todo hombre de buen sentido consiente en ello necesariamente por una costumbre nacida de la precisión de obrar, y anterior a toda especulación. La certeza que se requiere para asegurar a un hombre reo es, pues, aquella que determina a cualquiera en las operaciones más importantes de la vida», Cesare Beccaria, *De los Delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1982 1, cap. 14, p. 48.

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


[37] SSTS de 20 de enero y 3 de abril de 1990.
ma de su valoración en orden a la verificación de la proposición constitutiva del thema probandum. Ciertamente existen algunas guías jurisprudenciales orientativas; así, sobre la coartada fallida 40, nunca «irrelevante o intrascendente» 41, entendiendo que si bien el acusado en modo alguno ha de soportar la intolerable carga de probar su inocencia, sí puede sufrir no obstante las negativas consecuencias de llegar a demostrarse la inveracidad o falsedad de sus alegatos exculpatorios, pues, tal circunstancia, «acaso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad» 42. Se trata de una concepción del contraindicio como indicio ex abundante o supervacuo con función corroborante. Me parece, sin embargo, que la específica entidad desprendible de su efectiva apreciación y el posible alcance probatorio que quepa otorgarle es bastante más compleja de lo que en un primer momento pudiera parecer. El señalar que «la versión de los hechos que proporcione el acusado, cuando se le (sic.) enfronte con determinados indicios suficientemente acreditados y significativos habrá de ser examinada cuidadosamente, toda vez que, explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque por sí solas no sean suficientes para declarar culpable a quien las profiera, sí pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos conocidos y personas que en ellos han intervenido» 43, no dispensa de plantear varias puntualizaciones, y son, a mi juicio:

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

2) Que si la «inconviccencia» (séame permitido este libre atrevimiento verbal) del contraindicio, esto es «el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha» 44, no puede servir para considerarlo culpable, ello mismo habría de implicar que lo ya no referible como contraindicio o referible desde ahora como coartada fallida, aun si se acreditara su inconsistencia o falsedad 45, o

---

40 Vid. sobre coartada fallida, entre otras, SST de 22 de junio de 1988, 19 de enero, 10 y 29 de marzo y 9 y 27 de junio de 1989, 8 de julio de 1991, 19 de febrero de 1993, 11 de marzo de 1994, etc.
41 STS 14 de octubre y 20 de diciembre de 1986 y 7 de febrero de 1987.
42 Vid. SSTS 22 de julio de 1987.
43 Vid. SSTS, 4 de febrero y 22 de abril de 1987.
44 STC 174/85.
45 SSTS 22 de abril de 1987, y 27 de junio y 21 de diciembre de 1989.
no sea creíble según las enseñanzas de la común experiencia, tampoco deba pasar a convertirse, como de otro modo y según se ha visto lo entiende alguna jurisprudencia, en indicio o fuente de prueba presuntiva.

3) Que si lo denominado como contraindicio es propiamente un datum («el imputado (...) introduce en su defensa un dato nuevo en el proceso y tal dato se revela falso»), por tanto no un indicium, su impropiedad de tal y con ello la ausencia de cuanto a este le sería funcionalmente característico (indicio: del latín inde dico, «de allí digo»), habría de repeler también, incluso, el que «caso sirva para corroborar ciertos indicios de culpabilidad».

4) Que si por su naturaleza el contraindicio no se asimila al indicio, cuando aquél de resultado negativo (por contradicho o resulte fallido (por inexistente), será difícil admitir sin salto lógico que pueda someterse metodológicamente para valorar su relevancia y trascendencia al régimen de la prueba indicaria, como de contrario sostiene alguna jurisprudencia, y 5) Que si se produce la acumulación del contraindicio negativo o fallido a los medios de prueba de culpabilidad por vía presuntiva, o bien de hecho directamente se penaliza la conducta lícita de ejercicio del derecho a la no autoinculpación en el deber excusado de decir la verdad sobre la ocurrencia del hecho imputado, o sea, el que al acusado le quepa ofrecer un contraindicio falso, o simplemente inconsistente y hasta experiencialmente no creíble, o bien se la perjudica en comparación otro derecho ejercitable, cual es la conducta omisiva en la respuesta a todas o alguna de las preguntas que pudieren formulársele.

---

46 SSTS 22 de abril y 22 de junio de 1988, 19 de enero y 10 de marzo de 1989.
47 Supra nota 42. También SST 8 de marzo de 1994: «constituyendo la versión dada por el acusado un dato más.»
48 Supra nota 41.
49 SST 27 de junio y 21 de diciembre de 1989.
50 SST 20 de octubre de 1993: «constituye un sumando de los elementos a tener en cuenta a los efectos de formar convicción.»
51 El derecho que el imputado tiene a mentir ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia. Vid. STC 129/1996: el juez está obligado a poner de manifiesto al sujeto el hecho punible que se le imputa, para que pueda exculturarse de él, por cualquiera de las vías legales, y que en ese mismo sentido debe ilustrarle de sus derechos, sin que, por otra parte, tenga valor de declaración, como tal imputado, aquélla que se produce con anterioridad a la imputación, actuando como testigo, porque, cuando declara como tal, tiene obligación de decir la verdad y, en cambio, el acusado no sólo no tiene esa obligación, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, pues hasta ahí llega el derecho de defensa». Asimismo, SSTC 135/1989, 186/1990, 128, 152, 273 y 290/1993, 161/1999 y AATC 19 y 167/2000. También, SST 8 de julio de 1998, 14 de mayo y 3, 11 y 17 de junio y 2 de julio de 1999 y 18 de febrero y 15 de marzo de 2000.
52 SST 8 de marzo de 1994: «puede hablar o guardar silencio, pero al igual que ocurre en otros sistemas procesales, lo que diga puede ser utilizado en su contra.»
De todo lo anterior, resta por último la cuestión de cómo operar el razonamiento judicial frente al contraindicio, a lo que cabría responder que si «su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente», es claro que no puede limitarse a transmitir, ya sea en la fijación histórica de la ocurrencia del hecho como «hecho probado» o en el cuerpo de su motivación (motivación fáctica), una mera y lineal información como parte integrante del total de pruebas practicadas mediante un formulario e incorrecto «no consta acreditado que...» (de todo punto muy distinto a un «consta no acreditado que...»), o una información elíptica a partir de juicios formulados con dichos del tipo «valorando en conjunto la prueba practicada» , sino razón concreta y puntual de aquella credulidad o incredulidad conforme al régimen de control y valoración de las declaraciones contradictorias, más libre o menos formalizado que el indiciario, pero ineludiblemente apoyado en el rendimiento de otras pruebas resultantes en la causa, incluidas las alcanzadas con base en indicios.

Pero aparte de estas reflexiones, interesa en especial al razonamiento judicial en materia de indicios subrayar lo prescrito sobre ellos en términos de requisitos formales o procesales. Los indicios, como se ha señalado, han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas o conjeturas– siendo necesario que el órgano judicial explicate y exponga el razonamiento en virtud del cual, partiendo

---

53 STC 174/85 fj. 6.

54 En orden a la «valoración conjunta de la prueba» es importante señalar que si bien «cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticulación y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador» (STTS 10 de diciembre de 1983, 25 de abril de 1991, 18 de mayo de 1992, entre otras), e igualmente que, en efecto (así STS, 18 de marzo de 1994), «no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o investigación o examen de cada una de las pruebas y hasta que de su análisis, se extraiga con convicción un resultado que puede ser fruto de la conjunción de dichos instrumentos probatorios, pues unos pueden coincidir e incluso contradecir», y asimismo que con dar »las razones y fundamentos que se estimen procedentes para el fallo final, se cumplen las reglas hermenéuticas necesarias para otorgar la tutela judicial efectiva que es constitucionalmente obligatoria en la actuación jurisdiccional (STTS de 1 de diciembre de 1989, 29 de febrero de 1990, 18 de febrero de 1991 y 22 de septiembre de 1992)», es lo cierto también que las razones y fundamentos para excluir algún instrumento probatorio en cuestión han de ser expuestas por el juzgador. De ahí el que deba entenderse (STS 2 de marzo de 1994) que la idoneidad de una valoración conjunta no resulta en que los medios de prueba se valoren conjuntamente sino que, con concreta remisión a cada uno, se advierta que de ninguno de ellos por separado se desprende la evidencia directa, del resultado de la apreciación de todos ellos sí se implica la realidad fáctica en que se fundamente la certeza del hecho. Por lo demás, sólo desde esta perspectiva es comprensible la improsperabilidad de la impugnación basada en error de valoración de determinado medio de prueba en la realizada con carácter conjunto, pues «cuando la prueba se ha valorado en su conjunto no cabe desarticularla y basarse en elementos aislados para obtener consecuencias partidistas contrarias a las del juzgador» (STTS 10 de diciembre de 1983, 25 de abril de 1991, o 18 de mayo de 1992, entre otras).
de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Se impone con ello al juzgador a una motivación expresa, a que «exteriorice en la resolución su razonamiento sobre el necesario nexo causal existente entre tales hechos y la participación de una persona en el hecho punible» 55, ya que sólo una válida inferencia lógica permite considerarlos como prueba de cargo. No ocurrirá así, por ejemplo, si la prueba directa es sustituida por la apreciación de que una persona tuvo la ocasión de cometer un delito o estaba en posesión de medios aptos para su comisión (...). Por lo que este Tribunal (TC) ha declarado que ello entraña una presunción ilegítima y genera una inversión de la carga de la prueba que lesiona el derecho fundamental aquí considerado (derecho a la presunción de inocencia) 56. Para todavía añadir: a este Tribunal compete «verificar la existencia de unos indicios plenamente probados [no simples sospechas o conjeturas] y la razonabilidad y coherencia del proceso de inferencia que ha de exteriorizarse en la resolución judicial para que pueda operar como auténtica prueba de cargo» 57.

Por tanto, siendo el estatuto de la prueba presuntiva de indicios subsidiario o supletorio a la prueba directa 58, se exige la constatación clara de los indicios, la razonabilidad de la valoración de los mismos y la explicitación del iter razonador que conduce de ellos a la apreciación de que el procesado realizó el hecho punible 59.

Pero intentemos concretar: lo específicamente requerido es la mos-tración de un «enlace, preciso y directo, de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia que puede llevar a la conclusión de que siendo cierto el indicio también lo es el hecho determinante de la responsabilidad» 60. Y aún se precisa más: «Y, en el caso de que estos hechos permitan varias versiones o interpretaciones alternativas» 61 y «otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente» 62, «el Tribunal ha de tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estime como conveniente» debiendo incluir en su razonamiento «el motivo o motivos por los que rechaza la versión que de ellos ha ofrecido el inculpado» 63.

En consecuencia, la exteriorización del razonamiento jurídico se hace pues imprescindible como garantía del ajuste y control de la inferencia obtenida a las «reglas del criterio humano» (arts. 1252 y 1253

55 SSTC 174/85, 94/90, 111/90 y 124/90.
56 Vid. gr. STC 105/88.
57 SSTC 175/85, 256/88 y 124/90.
60 Vid. SSTC 93/84 f. 3, 174/98 y 107/89, ATC 78/94.
61 ATC 122/94, y STS 10 de junio de 1993.
62 SSTS 13, 21 y 24 de mayo y 13 de julio de 1996.
63 Vid. SSTC 174/85 f. 6; 175/85 f. 2; 229/88 f. 2; 107/89 f. 2; 94/90 f. 5, y 384/93.
hablándose en este sentido «del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico personal y subjetivo, como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba»

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

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

a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados;

b) los hechos constitutivos de delito deben deducirse –mejor se diría abducirse– de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria»

De esta forma, la prueba indiciaria presenta por su racionalidad un plus crítico (prueba crítica), y por ende un estatuto de control y valoración más seguro y objetivo que el operable sobre lo resultante como prueba empírica o sensible de un hecho (a través, por ejemplo, de la inmediata percepción del juez al practicar diligencias de constatación, caso de la «inspección ocular», el «reconocimiento judicial» o la «inspección personal») en la que sólo se solicita la manifestación puramente descriptiva de lo observado para conformar la hipótesis de la investigación sumarial (arts. 325 y ss LECr., y excepcionalmente durante de celebración del plenario art. 727 LECr.), o por lo resultante a través de la prueba histórica de un hecho (ofrecida por el tercero

---

64 STC 169/86 f. 2, y STS 18 de enero de 1995.
65 STS de 17 de febrero de 1995.
68 VId. STS 21 de marzo de 1995.
que la obtuvo a sensu oritur, caso de la prueba testifical ⁷⁰ prestada por quien directamente vio, oyó, etc., o de la víctima ⁷¹, o la declaración del computado ⁷², o del controvertido testimonio de referencia ⁷³) ⁷⁴,

---


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


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

⁷⁴ Distinto es lo que ha sido presentado como «prueba sobre la prueba», o actividad de control corroborador o desvirtuante de la fiabilidad o eficacia probatoria de una determinada prueba ya practicada en la fase plañária o de juicio oral y que propiamente no se dirige al hecho que en sí hubiera sido objeto de prueba o prueba directa del hecho, sino a la intrínseca credibilidad que a dicha prueba directa hubiere que concederse. Los mecanismos probatorios y posibilidades procesales que acerca de ella es posible poner en marcha inciden en especial sobre la actividad de la prueba testifical y la pericial. Así, en el primer caso, con arreglo a las facultades del artículo 638 LECrim, por examen de prueba sobre la prueba a las «preguntas generales de le Ley» contestadas por el testigo, o la prueba sobre la prueba de testigos de referencia
vinculada por principio a la subjetividad de la interna conciencia del juzgador (art. 741 LECr.), ajustable sólo a reglas de sana crítica (art. 659 LEC 1881/art. 376 LEC 2000) que no constan en precepto legal alguno pero cuya infracción ha de ser precisada, o de lo resultante en confesión (prueba de confesión), donde queda entregada a la inmediación judicial estimar el animus confitendi o creatividad subjetiva del confesante y valorar el sentido y alcance de sus declaraciones, retracciones y denegaciones.

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

Valoración de alcance y sentido extraordinariamente confundente, laberíntica. Vid. la construcción y régimen narrativo de la verdad en proceso presentado por José FERRATER MORA a partir de una conjunción alternativa de testimonio, retracción y denegación o negación de la retracción en El juego de la verdad, Destino, Barcelona, 1988. «La única verdad es que se dijeron muchas cosas que podían ser verdaderas y que podían también no serlo. Quien más, y más variadas, cosas dijo fue Jesús Gálvez [asimismo que «En este mismo instante (retracción) en que proclamo la verdad siento una especie de arrepentimiento de decirlo», p. 200, y que «La verdad, Su Señoría, es un laberinto», p. 260]. Cosas sobre sí mismo y sobre los demás personajes del drama. Cosas sobre lo que estos personajes le dijeron —o dijo que dijeron—. De muchas de esas cosas se desdijo y luego se desdijo de haberse desdicho. No se sabe si, de haber seguido viviendo, habría continuado desdiciéndose de lo dicho al punto que, al final, ya nadie le habría hecho caso por suponer que nada diría sin luego desdecirse de ello. Por el momento se sabe sólo lo que dijo y de qué se desdijo antes de morir—de ser matado o de matabse a sí mismo—. Cada una de las cosas que dijo y de las que se desdijo es un candidato a la verdad» (pp. 268-269). «Lo malo es que cuando todo ha quedado aclarado, aún no se puede saber cuál es la verdad: si el testimonio, completo o modificado, o la retracción, completa o modificada, o la denegación, enteran y cabal o con los cambios que le correspondan. Mejor sería dejar el asunto a lado (…). Pero no quisiera dárles fin sin hablar, muy a la carrera, de un asunto no sólo interesante, sino acaso el único realmente decisivo en toda esta confusa historia: los motivos. ¿Qué motivos empujaron a cada uno a decidirse por tal o cual alternativa? Lo más natural es responder: depende de si aceptamos el testimonio de Jesús Gálvez, la retracción, o inclusive la denegación (de esta última)» (p. 273). «Pero no parece muy razonable afirmar a la vez que los motivos dependen de la verdad o falsedad de los testimonios y que son independientes de éstos. Más confusión aún. Es posible, pero no seguro, que las nieblas se despejen un poco de poder saberse a ciencia cierta si la muerte de Gálvez había sido resultado de suicidio o de asesinato» (p. 274).
Como puntualización in marginis añadir todavía que no se entiende bien el porqué del distinto tipo de explicitación y forma que en uno u otro caso se exige al argumento fáctico, de base meramente descriptivista en la motivación de la prueba empírica judicial, y narrativa en la del testigo (o confesante), cuando en todos los casos se trata de prueba directa nacida de lo sensorial. Con relación a esto último conviene aún otra consideración, y es reiterar lo que, no sin razón, ha sido tenido como algo más que un preocupante síntoma: la invocación del principio de inmediación, y sobre todo cuando éste se presenta aparejado a una perversa interpretación del «libre convencimiento», transformándolo con demasiada frecuencia en «barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal» y en «paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada» 76; dejándolo así convertido en a modo de remedio de argumentación que abre a una amplia zona sombría, si no de oscurecimiento y opacidad, en la motivación.

**Alcance del razonamiento judicial por concurso de hechos indiciarios**

De todo lo anterior cabe entender que el modelo razonador propuesto en la valoración probatoria que emplea el concurso de hechos indiciarios se encuentra arreglado, como se ha visto, a un esquema inferencial, donde el juez «ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia y ello de modo coherent, lógico y raciona, entendida la racionalidad por supuesto no como mero mecanismo o automatismo, sino como comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes»; por lo que, a senso contrario, se referirá la necesidad de «rechazo de la incoherencia, de la irracionalidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico» 77. En tal sentido se repele, en efecto, el relato fáctico de la parte que lo hubiera realizado «de modo irracional e inverosímil» 78. En cuanto a la forma del enlace lógico de la inferencia, es frecuente e incorrecto 79 adscribirla a los cánones de la deductiva, cuando la propiamente utilizable habría de ser en todo caso inducti-

---


77 STC 169/1986 f. 2 y 3.

78 ATC 244/1987.

va\textsuperscript{80} y mejor abductiva\textsuperscript{81}, donde el indicio funcione como hecho inferior dinámico (indicador o indicativo) y la presunción como precisa inferencia de enlace (consistencia lógica discursiva). Ahora bien, ¿qué hemos de considerar como enlace, además de racional y lógico, así mismo coherente?

Coherencia indiciaaria como comprensión narrativa

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

La visión exploratoria de los indicios incriminatorios semeja de esta manera la mirada al contemplar una acuarela. Los indicios presentan vaguedad de contornos, como la que mecida por la transparencia y turbiedad de los colores diluidos en agua ofrecen las imágenes en la textura brumosa y sfumatta de una acuarela\textsuperscript{82}; bordes acuosos,


\textsuperscript{82} La plástica de los «indicios penales», o de su equivalente civil, las «presunciones» (vid. STC 169/86, f. 2, y STS 18 de febrero 1991, y asimismo José Calvo González, El Discurso de los hechos., cit., p. 74), con virtualidad probatoria es muy diferente a la sugerible para el «indicio» del artículo 384 LECr. en ocasión del dictado de auto de procesamiento. Así, comienza por llamar la atención que en dicho precepto baste sólo con detectar «algún indicio racional de criminaldad contra determinada persona», es decir, que resulte suficiente con un indicio, no precisándolo la advertencia de varios. En realidad, tal indicio ya venía significativamente calificado por la RO Circular de 5 de septiembre de 1906 como «hecho inductivo», a mi parecer jurídicamente revestible de evidencia. El juez instructor, tras la práctica de las oportunas dili-
perfiles disueltos por el agua. Y como frente a ella, también el observador de indicios habrá de detenerse ante ellos, y ganar el tiempo mirándolos.

Ver, y más, mirar, y ganar el tiempo, son tareas que sitúan el hacer del razonamiento judicial en un terreno que tolera el simil con el historiador (histor). Mirar a través de y tras el antifaz de los indicios, y Ganar el tiempo; porque los indicios son la persistencia del pasado, en forma de reliquias, de ruinas, de ecos. Acudir allí donde la travesía temporal del discurso en continuo se encuentra interrumpida, se muestra lagunosa y por tanto precisa ser reensamblada, recompuesta, colmatada. Se trata, ante todo, de una reconstrucción histórica del tiempo. Para lograrlo sólo me parece posible valernos del relato: con el relato el pasado deja de ser inaccesible al rescate, al retorno. El tiempo, al igual que en todo relato, es también aquí el protagonista del discurso narrativo, de la historia sobre los indicios. Y la función tem-

gencias, en efecto induce (la RO de 13 de marzo de 1895 refirió la necesidad de «un razonamiento peculiar», lo que cabe interpretar como distinto del estandar deductivo), alrededor de un preciso acontecimiento o en torno a una conducta concreta, la presencia de un, diría, fumus, si no tenebrae, un humazo y falta de claridad, que hace evidencia racional de criminalidad contra determinada persona, siempre naturalmente por estimar que con arreglo al artículo 789.5 regla 1º LECCr. no debió acordar el sobreseimiento libre del artículo 637.2 (cuando el hecho no sea constitutivo de delito), o del artículo 637.1 y 3 (cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa, y cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores [figura esta última extinguida en el CP de 1995 como forma de participación delictiva]), o el sobreseimiento provisional contemplado por el artículo 641 en cualquiera de sus dos vertientes: cuando no resulta debidamente acreditada la perpetración del delito, o cuando resulte habérse cometido y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores [idem supra]. Ese indicio como evidencia se hace señal o signo de la racional existencia de un infracción penal en las dinámicas comisivas de resultado, v. gr. en las lesiones, a través del parte de esencia emitido por el facultativo al Juzgado (arts. 262 y 355 LECCr.) donde se refleja el tratamiento médico o quirúrgico aplicado a las heridas, o en las agresiones sexuales con el reconocimiento físico y exploración ginecológica de la presunta víctima y la recogida de alguna muestra catalogable de indicio biológico o no biológico del posible agresor, o del lugar en que se hubiere cometido el hecho. Vid. sobre ello, Guillermo Portero Lazcano, «Lesiones, malos tratos y violación», en Medicina Legal, CGPJ-Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, y Pablo J. Pérez Jorge, «La toma de muestras y la inspección ocular en los delitos sexuales», en VV.AA., Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, Ministerio de Justicia-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, vol. II, pp. 61-91.

83 Han polemizado en torno a la esa faceta/condición de juez-historiador Manuel Atienza, «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez» y Perfecto Ibáñez, «De nuevo sobre la motivación de los hechos. Respuesta a Manuel Atienza», ambos en Jueces para la Democracia, 22, 2/1994, pp. 82-86 y 87-92 respec. Puede ser ilustrativo recoger, en antecedente, lo expuesto en la STS de 14 de octubre de 1986: «En el proceso penal la actividad probatoria constituye la fase más trascendental, ya que como se ha señalado por muy autorizada doctrina procesal, la función jurisdiccional se asemeja en tal área o ámbito a la historiografía, pues el juez, lo mismo que el historiador, está llamado a indagar sobre los hechos del pasado y averiguar su real existencia».
poral únicamente es percibible en la narración de los indicios, en la historia como responsable de disponer hechos y protagonismos hacia la resolución continuada, consistente, y coherente. Así, el relato conforma una relación de tiempo histórico con el pasado de las acciones y sucesos, con las acciones y sucesos perdidos en el tiempo anterior. El relato sirve para reasumir y resurgir –asumir de nuevo y hacer surgir otra vez– el pasado desde una comprensión narrativa, pues ciertamente no se trata sólo narrar situaciones, sino de contar historias; es más, difícilmente pueden llegar a narrarse situaciones si no se las convierte en historias.

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

**Tomar en serio el «Relato de los Hechos»**

Es, pues, sin duda en este horizonte (horizonte de relato), con todo ciertamente no inalcanzable, en el que las exigencias de engarce inercial y explicitación como mostración y visibilidad referidas a la construcción de la prueba por concurso de indicios y a los mismos

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


86 «Con esto queremos decir que ninguna acción es un principio más que en una historia que ella misma inaugura; que ninguna acción es tampoco un medio más que si provoca en la historia narrada un cambio de suerte, un nudo a deshacer, una peripecia sorprendente, una sucesión de incidentes lamentables u horrorosos; por último, ninguna acción, considerada en sí misma, es un fin, sino en la medida en que, en la historia narrada, concluye el curso de la acción, deshace un nudo, compensa la peripecia mediante el reconocimiento, sella el destino del héroe mediante un último acontecimiento que aclara toda la acción y produce, en el oyente, la kátharsis
indicios como *hechos difíciles*, se hallan concretamente limitadas, como condición bastante y pienso que enteramente accesible, a la expresión del razonamiento «de tal manera que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda *comprender* el juicio formulado a través de los indicios»\(^{87}\), donde se inscribe con novedad la recuperación de una sensibilidad intelectual dirigida a reasumir el interés por el papel, demasiado olvidado en programa de la tradición racionalista, correspondiente a la construcción de *narraciones*, de *relatos*, de *historias*; en suma, a la función clave de una *comprensión narrativa*, además de racional y lógica, en la presentación argumental de las pruebas.

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

---


---

\(^{87}\) SSTC 175/1985, f. 5, y 229/98 f. 2.