

La justificación de la premisa fáctica en supuestos penales: un estudio empírico ¹

Por SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE
Universidade de Santiago de Compostela

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la premisa fáctica de las sentencias judiciales. La doctrina entiende que existe un déficit de justificación externa (siguiendo la distinción Wróblewska), e incluso, en ocasiones, de la propia justificación interna, al excluir la presencia de cualquier tipo de lógica, sea deductiva, inductiva o abductiva. Como eximente o atenuante de esta mala praxis judicial podría alegarse la situación en la que los jueces deben desempeñar su labor; fundamentalmente, la falta de tiempo. Sobre todo teniendo en cuenta la variabilidad de su retribución en función de objetivos (más sentencias, más retribución; menos sentencias, penalización). Para comprobar la existencia de tal problema se lleva a cabo una investigación empírica basada en el análisis de sentencias de juzgados de lo penal españoles.

Palabras clave: *Ciencia jurídica, Fundamentación-motivación de sentencias, Premisa fáctica, Justificación interna/externa.*

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-19897-C02-02, financiado por el MICINN, titulado «Razonamiento abductivo y argumentación judicial» dirigido por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, que se integra en el Proyecto coordinado «Modelos de razonamiento, tipos de razonamiento y estructuras argumentativas en la decisión judicial», coordinado por Juan Antonio García Amado. Agradezco al Consejo Asesor del Anuario de Filosofía del Derecho así como al evaluador externo nombrado por el Consejo de Redacción del mismo, las críticas y observaciones que han hecho a este trabajo. Espero que a la vista del artículo definitivo consideren que su esfuerzo ha valido la pena.

ABSTRACT

The present work deals with the factual premise in judicial decisions. Doctrine commonly views these premises as being deficient in their external justification and, on occasion, deficient even in their internal justification (to borrow Wròblewski's distinction), because of an absence of any kind of logic, either deductive, or inductive or abductive. The setting where judges must develop their task, and particularly the lack of time, could be argued as a defence or mitigation for this defective judicial praxis. Besides, it should be taken into account that their salaries could vary depending on the objectives fulfilled (more rulings equal more pay; less rulings lead to penalty). In order to test the existence of such a problem, the article undertakes an empirical research based on the analysis of some Spanish trial court rulings on criminal cases.

Key words: Legal science, Grounding-motivation of judicial decisions, Factual premise, Internal/external justification.

El método de investigación científico parte de la constatación de la existencia de un problema que sea real, resoluble y relevante. A continuación, el científico planteará hipótesis de solución del mismo, pasando a comprobar posteriormente (fase de experimentación) que tal hipótesis es correcta o, incluso, la más correcta entre todas las propuestas por la comunidad científica de referencia. No es esta la ocasión más oportuna para resucitar viejas polémicas sobre el carácter científico de la ciencia jurídica². Sea cual fuere la postura defendida, lo cierto es que son innegables las diferencias notables existentes entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, grupo este último al que pertenecería la ciencia jurídica, diferencias que se centran en el objeto de análisis pero que incluyen otras cuestiones, como la metodología a emplear, la posibilidad de influir en el desarrollo presente o futuro de tal objeto, etc. Con todo, la base, el punto de partida de toda investigación es común a ambos tipos de ciencia y pasa por la constatación de una cuestión problemática, de una duda, que cumpla con las tres R: Real, Resoluble y Relevante. Por tanto, quien pretenda «hacer ciencia jurídica» debe tomar como punto de referencia una cuestión problemática con estas características.

Pues bien, el problema objeto de este trabajo es el déficit de fundamentación de la premisa fáctica en las decisiones judiciales. Si durante un largo período de tiempo fue la premisa normativa³ la que ostentó

² Vid., KIRCHMANN, J. H., *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Civitas, 3.^a ed. 1983, trad. y estudio preliminar de A. Truyol Serra.

³ Vid., RODRÍGUEZ BOENTE, S. E., *La motivación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2003. En esta obra, surgida de la tesis doctoral que defendí en 2002, me centré en la fundamentación de la pre-

el protagonismo como objeto de preocupación de la doctrina iusfilosófica española, desde hace aproximadamente unos quince años tal inquietud ha pasado a compartir espacio con la premisa fáctica. Por otro lado, es posible adaptar a esta última la distinción trazada por Wróblewski entre justificación interna y externa en la determinación de los hechos, apuntando especialmente a esta última que versa sobre la corrección de las premisas y que es, por tanto, la que plantea mayores dificultades⁴.

Existe, por otro lado, una diferencia cualitativa entre los procesos que dan lugar a la determinación de las premisas normativa y fáctica. Si en la determinación de la primera el juzgador cuenta con gran discrecionalidad; si es innegable que sus juicios de valor juegan un papel muy importante, en la determinación de la premisa fáctica estas circunstancias se llevan al extremo, o al menos esto es lo defendido desde ciertas posiciones teóricas. Y es que conceptos como «sana crítica», «libre apreciación», «libre valoración», «apreciación según conciencia», se han entendido por la doctrina de maneras diversas. En concreto, sobre la regla de «libre convicción», como señala Taruffo, existen dos versiones contrarias. De acuerdo con la primera, la determinación de la premisa fáctica es el resultado de una actividad irracional «de una introspección radicalmente subjetiva y esencialmente solipsista» que ha provocado, máxime en el ámbito del proceso penal, «una profunda involución en la forma de concebir la valoración de las pruebas y la decisión sobre los hechos»⁵. La segunda concepción, por

misa normativa, para lo cual consulté numerosa jurisprudencia, constatando la existencia de vicios o mala praxis judicial de diverso tipo: fundamentación implícita, fundamentación por remisión, ausencia casi total de fundamentación en algunos –cierto que muy pocos– casos, decisiones *contra legem*, etc. Ya entonces procuré guardar el máximo respeto a nuestros jueces y magistrados. Así, en el frontispicio del libro aparece, a modo de reconocimiento a la labor judicial, este párrafo de IHERING: «Convendréis en que es mucho más fácil componer, con ayuda de una buena bibliografía, algún artículo que todo tratadista en la materia y todo autor de compendio se crea luego en la obligación de citar, que redactar una buena sentencia o un escrito forense. Hasta el más tonto puede, usando la bibliografía, confeccionar una monografía en la cual se erige en juez de todos los autores que se han ocupado antes de ese tema...»: IHERING, R.V., *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1987, p. 80. Ese respeto no me impidió realizar propuestas de solución frente a esos vicios de la praxis judicial, arregando a los jueces a fundamentar jurídicamente de forma correcta sus decisiones.

⁴ WRÓBLEWSKI, J., «Sentido» y «hecho» en el derecho, San Sebastián, Editorial de la Universidad del País Vasco, publicado en colaboración con el laboratorio de Sociología Jurídica de San Sebastián, 1989, trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, pp. 35-36: «Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión».

⁵ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Trad. Daniela Accatino Scagliotti, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 185. *Vid.*, del mismo autor *La motivación de la sentencia civil*, Traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Madrid, Editorial Trotta, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

el contrario, a pesar de reconocer el gran poder discrecional de que dispone el juez en la valoración de las pruebas, mantiene la necesidad de que se atenga a las reglas de racionalidad, de tal modo que el principio de «libre convicción» no se opone a la utilización de criterios de racionalidad, sino que «la discrecionalidad de la valoración que el juez está llamada a realizar le impone aplicar las reglas de la razón para lograr una decisión intersubjetivamente válida y justificable»⁶.

Nuestro texto constitucional, en el artículo 120.3, impone la obligación de motivar las resoluciones judiciales, y no limita tal obligación a la premisa normativa, pero lo cierto es que la ley parece que exime de la misma, o cuando menos aminora el rigor exigido al juez, con respecto a la premisa fáctica. No hay más que observar lo establecido tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁷. Por tanto, apelando a conceptos como «según su conciencia» o «sana crítica», parece que el legislador español se ha decantado por la primera de las posiciones teóricas descritas por Taruffo, exonerando al juez de la obligación de acudir a criterios racionales de valoración o, cuando menos, intersubjetivamente comunicables.

Los perjuicios potenciales para el justiciable derivados de tal consideración⁸, sobre todo en los procesos penales, han llevado a la doctrina a someterla a una intensa crítica⁹. La propia Jurisprudencia penal

⁶ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad*, *op. cit.*, p. 185.

⁷ El artículo 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, sobre la valoración del interrogatorio de las partes que «1. Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. 2. En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado 2 del artículo 301, según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307». En el artículo 376, sobre la valoración de las declaraciones de testigos: «Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre estas se hubiere practicado». Por su parte, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el artículo 741 señala: «El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley»; y el 973: «El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquel oblige a tener en cuenta».

⁸ Fundamentalmente a efectos del control de la decisión y de fundamentar el recurso que, en su caso, se puede interponer contra la misma.

⁹ *Vid.*, IGARTUA SALAVERRÍA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; GASCÓN ABELLÁN, M., «Concepciones de la prueba. Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo», en *Discusiones*, núm. 3, 2003,

se ha pronunciado sobre el tema, en particular al hilo de los requisitos exigibles para hacer valer la garantía constitucional de presunción de inocencia. Esta garantía exige: «a) que concurra una mínima actividad probatoria, de manera que se constate que la condena se basa en pruebas de cargo, suficientes y decisivas; b) que su desarrollo, obtención y práctica, se efectúe con las garantías necesarias, y que sea practicada normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; c) que, por lo que se refiere al objeto de la prueba así aportada, se abarque todos los elementos esenciales del tipo delictivo, tanto los objetivos como los subjetivos; d) que de la misma puedan desprenderse de forma razonable los hechos y la participación en ellos del acusado, y e) que la idoneidad incriminatoria de la prueba asumida debe ser no sólo apreciada por el Juez, sino también plasmada en la Sentencia, de forma *que la carencia o insuficiencia de motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entrañará la lesión de aquel derecho* (cursiva nuestra)» (SSTS 59/2008 y 331/2008) y la más reciente 77/2011: «Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que *permite a este Tribunal Supremo «la revisión íntegra» entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba* (cursiva nuestra)». Parece, por tanto, que el Tribunal Supremo entiende necesaria la posibilidad de controlar la valoración de la prueba realizada por el órgano judicial de instancia así como la fijación de los hechos que se derivan de la misma.

pp. 43-54; *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010 (3.ª ed.); GASCÓN ABELLÁN, M. y LUCENA MOLINA, J. J., «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia*, núm. 69, noviembre 2010, pp. 95-106. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, op. cit.; DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1995; *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, Dykinson, 1998; *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Pról. de Michele TARUFFO, Madrid, Marcial Pons, 2005, 2.ª ed.; «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», en *Jueces para la Democracia*, núm. 47, 2003, pp. 27-34; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *DOXA*, núm. 12, 1992, pp. 257-299; «Carpintería de la sentencia penal (en materia de “hechos”）」, *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pp. 393-428; «Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, pp. 155-186; NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

El fenómeno conocido como «cultura de la motivación», impone nuevas exigencias de conocimiento de las razones, de todas las razones, que han llevado al juez a una concreta fijación de los hechos. Hernández García, Magistrado y, por tanto, «juez y parte» en la visión del tema, afirma la necesidad de defender un nuevo paradigma, un nuevo modelo de determinación de los hechos: el **cognitivo-constitucional**, en el que «la motivación fáctica adquiera, al menos, la misma centralidad que previamente tenía la motivación en derecho»¹⁰. El juez debe exteriorizar el proceso inferencial que le lleva a dar por buena, bien la hipótesis acusatoria, bien la contraria (justificación interna), pero esto no basta. El nuevo paradigma impone que se haga explícita la justificación externa, esto es, «la identificación de las máximas de la experiencia técnicas, normativas, sociales, culturales, que atribuyen un cierto valor de probabilidad a la conclusión»¹¹. Se trata de controlar la razonabilidad de las decisiones judiciales sobre los hechos. Si hasta fechas bastante recientes este control se aplicó exclusivamente en aquellos casos en que el juez basaba la declaración de hechos probados en indicios, actualmente y por fortuna, se ha extendido también a los casos en que utiliza prueba directa. Todavía se exige un especial rigor justificativo en los supuestos en que la imputación se basa en prueba indiciaria, pero ello no impide su necesaria concurrencia también en los supuestos de prueba directa. Así ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias¹².

¹⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Exigencias éticas y motivación», *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 12, 2009, pp. 125-188, p. 145.

¹¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Exigencias éticas y motivación», *op. cit.*, p. 143.

¹² *Vid.*, STC 5/2000 de 17 de enero, fundamento jurídico 2.º: «Esta garantía, predominantemente formal, si bien ha de ser respetada con especial rigor en el marco de la llamada prueba indiciaria, no puede ser desconocida en el ámbito de la llamada prueba directa (STC 259/1994, de 3 de octubre, FJ 2). La prueba indiciaria puede ofrecer mayores dificultades en la afirmación de la existencia de una base probatoria mínima pero firme, capaz de enervar la presunción de inocencia (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 3, 169/1986, de 22 de diciembre, FJ 1, 256/1988, de 21 de diciembre, FJ 2, 91/1999, de 26 de mayo, FJ 3), ya que los hechos punibles o la intervención del acusado en ellos se acreditan mediatamente a través de la prueba de otros hechos que sirven de puente entre la prueba practicada y aquellos, y, por tanto, requieren una doble conexión lógica –de la prueba a los indicios y de estos a los hechos declarados probados–. Pero la prueba directa, para ser conectada con los hechos probados, requiere también, en muchas ocasiones, una interpretación o inferencia, que, cuando no resulta evidente por sí misma, puede hacer necesario extender a ella las exigencias derivadas del deber de motivación. Esto es lo que sucede en casos como el examinado, en los que el hecho que ha de ser probado –el perjuicio económico– no puede ser acreditado mediante la percepción sensorial. Sin embargo, ello no significa que esta clase de hechos solo puedan ser acreditados mediante prueba indiciaria o indirecta, sino tan solo que la conexión directa entre las pruebas y tales elementos del tipo no se establece en el plano sensible; sino que se trata de una conexión de sentido, que ha de resultar explícita, so pena de vulnerar las exigencias constitucionales dimanantes de la presunción de inocencia». Y FJ 4.º: «La ausencia de expresión de los elementos de convicción que han presidido la valoración de la prueba tiene, pues, relevancia constitucional, como afirman los recurrentes, por tratarse de una Sentencia

La explicitación íntegra de las razones que conducen a la determinación de la premisa fáctica, incluyendo, por tanto, justificación interna y justificación externa, conforma lo que se conoce como «cuadro de prueba». Es preciso, en este sentido, que el juez exponga un «cuadro probatorio completo». Con razón se ha dicho que el relato de hechos probados «o lo que es lo mismo el discurso de justificación de la *quaestio facti*, es el parangón para controlar la racionalidad de la decisión sobre el *tema decidendi*»¹³. Tal como exige la ley el juez debe llegar a la íntima convicción sobre los hechos, pero las razones que le han llevado a la misma deben ser comunicables, razonables; no cabe alegar intuiciones, corazonadas, ni cualquier otro elemento sentimental o irracional. Con independencia de que tales elementos efectivamente influyan en la adopción de la decisión, consciente o inconscientemente, lo cierto es que el juez debe buscar las «buenas razones» para sostener su convicción; y si no las encuentra, tendrá que abandonarla. En palabras de Nieva Fenoll, la valoración de la prueba debe depender, en la medida de lo posible «de criterios objetivos y explicables, y no de intuiciones generales cubiertas detrás del tantas veces incoherente telón de la “inmediación”. En realidad, esa pura intuición es víctima de todo tipo de emociones, inclinaciones, gustos, preferencias y hasta aficiones, elementos que no siempre resultan confesables y que, de hecho, acostumbra a no confesarse, porque lo cierto es que no deberían formar parte de la valoración probatoria. Por el contrario, la valoración probatoria es objetivable»¹⁴.

El juzgador debe exponer por qué le pareció más convincente el testimonio del testigo de cargo que el del testigo de la defensa; por qué estimó la conclusión del perito x, en términos estrictamente científico-técnicos, más correcta que la del perito p, cuyo informe contradecía al primero. Las premisas que se sitúan en la justificación externa deben ser, como hemos dicho, «buenas razones», razones comunicables y entre éstas hay que incluir no solo las objetivas, sino también las derivadas de la experiencia particular, emociones, vivencias, preconcepciones y, en general, cualquier elemento subjetivo que haya influido en la decisión judicial. Se trata de sacar a la luz criterios que el juez utiliza, aunque en ocasiones de forma inconsciente. La «cultura de la motivación (fáctica)» impone «que esos criterios se conozcan, se utilicen debidamente y, sobre todo (...), se expliquen en la motivación, porque solo de esa forma, realmente, pueden ser impugnados a través de un recurso contra la sentencia»¹⁵.

condenatoria que revoca una Sentencia absolutoria que contenía una expresa y razonable argumentación referida a la ausencia de pruebas sobre los presupuestos fácticos de un elemento típico del delito de estafa, el perjuicio».

¹³ COLOMER HERNÁNDEZ, I., *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 188.

¹⁴ NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, op. cit., p. 209.

¹⁵ NIEVA FENOLL, J., *La valoración de la prueba*, op. cit., pp. 209-210.

Hay elementos objetivos que influyen en la valoración de un testimonio. Así, que se mantenga inalterable en el tiempo (desde las primeras declaraciones, pasando por la fase de instrucción hasta llegar al juicio oral), que sea coherente, que sea compatible con otras declaraciones, que no haya ninguna circunstancia externa que pueda condicionarlo, etc. Por eso, un testimonio no se puede valorar aisladamente sino en relación con todos los elementos que conforman el cuadro de prueba¹⁶.

En el caso de la prueba pericial se critica el hecho de que el juez acepte, salvo que haya informes contradictorios, dicha prueba como prueba documental o legal, esto es, se acepta el resultado inculpativo o absolutorio al que conduce de forma indubitada, casi a modo de acto de fe¹⁷, con lo cual quien dicta sentencia es en realidad el perito¹⁸. No todo método científico está igualmente dotado de fiabilidad o validez y el juez debe poseer los conocimientos necesarios para poder discriminar entre ellos; por otro lado, una vez que se ha decidido por la aceptación de uno de estos medios, al otorgarle mayor validez, deber conocer lo suficiente sobre el ámbito científico del mismo, como para poder valorar en términos racionales la conclusión pericial que le presenten¹⁹.

¹⁶ Sentencia 159/2008, del Juzgado de lo Penal de Córdoba: «El testimonio del perjudicado constituye prueba idónea y bastante para desvirtuar la presunción de inocencia si en el análisis del mismo concurren los requisitos de persistencia en el testimonio, ausencia de ánimo espurio y cierto respaldo objetivo por otra serie de datos concomitantes. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 7-7-2000, no se trata de «exigencias condicionantes de su objetiva validez como prueba, sino de criterios de ponderación que señalan los cauces por los que ha de discurrir un proceso valorativo verdaderamente razonable»: FJ 3.º

¹⁷ Vid., GASCÓN ABELLÁN, M. y LUCENA MOLINA, J.J., «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia. op. cit.*, en la misma obra se cita: GASCÓN, M., LUCENA, J.J. y GONZÁLEZ, J., «Razones científico-jurídicas para valorar la prueba científica: una argumentación multidisciplinar», en *La Ley*, núm. 7481, lunes 4 de octubre de 2010; LÓPEZ CASTILLO, M., «La conversión de la prueba pericial en documental», en *Jueces para la democracia*, núm. 46, marzo de 2003, pp. 67-75.

¹⁸ «Por último, el mito de la infalibilidad de la prueba científica entraña un riesgo adicional, un efecto adverso desde el punto de vista jurídico: en la medida en que la prueba se considere infalible, el juez no puede apartarse de los resultados de la misma sin razones poderosas, de modo que podría decirse que *es el propio perito quien indica al Juez lo que debe creer sobre la hipótesis en consideración*. Pero de este modo se termina convirtiendo a los peritos en decisores de la causa y, por consiguiente, instaurando un nuevo sistema de prueba fundado en la autoridad de los expertos», GASCÓN ABELLÁN, M. y LUCENA MOLINA, J.J., «Pruebas científicas: la necesidad de un cambio de paradigma», *Jueces para la democracia. op. cit.*, p. 98.

¹⁹ Vid., CAROFIGLIO, G., *El arte de la duda*, Prólogo de M. Atienza, Madrid, Marcial Pons, 2010. En palabras de Taruffo, «los jueces no pueden limitarse a recibir pasivamente cualquier cosa que venga presentada en juicio como científica, deben ponerse en el problema de verificar la validez y certeza de la información que pretenden tener dignidad científica»: «Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial», en *Proceso, prueba y estándar*, Santiago Ortega, Editor, Perú, Ara Editores, 2009, pp. 31-52, p. 38.

Hernández García hace referencia a una serie de reglas que el juez debe seguir para valorar de la forma más racional posible la prueba científica. Así, el juez debe controlar que la inferencia científica se haya basado en un método científico; que la teoría en la que se basa haya sido sometida a refutabilidad y control; que la misma sea aceptada por la mayor parte de la comunidad científica de referencia; por último, el juez debe conocer también la tasa de error de la técnica o teoría empleada²⁰.

Si tratamos de sistematizar este conjunto de exigencias dirigidas al juez en orden a la determinación de la premisa fáctica, se torna necesario exponer el criterio (o conjunto de criterios) que permitan al juez valorar de forma racional los medios de prueba y con ello llegar a una determinación racional de la premisa fáctica, así como a una justificación igualmente racional de la misma. Pasaremos por alto las limitaciones de sobra conocidas que actúan en contra de la consecución de una ideal determinación, absolutamente racional, de la premisa fáctica, como pueden ser las epistemológicas, temporales, materiales, e incluso legales (en los supuestos de prueba legal o tasada).

La doctrina se ha esforzado en exponer criterios que, por un lado, permitan al juez aproximarse lo máximo posible a aquel ideal y, por otro, posibiliten el control de la discrecionalidad judicial en este ámbito en concreto. En algunos casos se habla de los requisitos que la motivación del relato de hechos probados debe cumplir «para ser adecuada y suficiente»²¹, que, para Colomer Hernández, se concretan, en primer lugar, en la necesidad de valorar de forma completa los resultados probatorios, que implica una «concreta y explícita indagación sobre la eficacia atribuida a cada uno de los medios de prueba tras su prudente apreciación»²², y, en segundo lugar, en la explicitación del criterio de convencimiento empleado por el juez, indicando los elementos sobre los que se funda lo cual permita «como mínimo, que un tercero ajeno a la causa, el intérprete de la sentencia, pueda reconstruir el *iter* lógico seguido por el juez»²³, e indicando también el criterio de convencimiento empleado cuya elección «resulta indiferente»²⁴ siempre que permita su aplicación a todos los resultados probatorios, sea único y expreso. Su contenido puede «ser muy variado, bien sea la verosimilitud, la atendibilidad o cualquier otro»²⁵.

Pues bien, la teoría de Colomer nos sirve de base para enjuiciar la racionalidad de la valoración de los medios de prueba efectuada por el juez, pero quizá se queda en un grado de indeterminación excesivo. Es

²⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Exigencias éticas y motivación», *op. cit.*, pp. 159-160.

²¹ COLOMER HERNÁNDEZ, I., «La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales», *op. cit.*, pp. 233 ss.

²² *Ibidem*, p. 234.

²³ *Ibidem*, p. 236.

²⁴ *Ibidem*, p. 239.

²⁵ *Ibidem*, pp. 239-240.

preciso pues completarla intentando especificar algo más el contenido del criterio de convencimiento del juez. Para ello me parece muy oportuno el concepto de «estándar de prueba» desarrollado por Marina Gascón Abellán²⁶. Parte de que los resultados de la prueba no pueden garantizar la certeza absoluta, «sino solo un cierto “grado de certeza”, o de probabilidad, sobre la verdad del enunciado probado»²⁷. Un modelo de valoración debe proporcionar esquemas racionales que permitan medir la probabilidad de la hipótesis. Y es «en ese contexto» donde adquieren sentido y relevancia los estándares de prueba (en adelante SP), que son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe»²⁸. De acuerdo con ello, los SP cumplen dos funciones: heurística, ya que sirven de guía para una valoración racional, y justificadora pues constituyen el criterio de acuerdo con el cual se reconstruye la justificación de la premisa fáctica del razonamiento jurídico. Para que un hecho pueda darse por probado se requiere, desde una perspectiva epistemológica, un grado de probabilidad mínimo «del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar»²⁹. Cuando más exigente es el estándar para probar un hecho, más racional es la decisión que lo declara probado. Pero, además, la construcción de un SP depende también de determinadas elecciones político-valorativas³⁰.

Por lo que respecta al modelo de valoración racional, el más aceptado es el basado en esquemas de confirmación, que «entienden que la *probabilidad (lógica o inductiva)* de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las que pruebas con las está conectada a través de reglas causales»³¹. El concepto más importante en este esquema de valoración es el de «grado de confirmación», de tal manera que una hipótesis «podrá aceptarse como verdadera si *no ha sido refutada* por las pruebas y *ha sido confirmada por estas en grado suficiente*»³². Pero quizá la pregunta más relevante a la que se enfrenta Gascón es la de si cabe la formulación de estándares de valoración conforme a criterios objetivos. Al respecto afirma la autora que sí «cabe encontrar fórmulas o criterios intersubjetivos para reconstruir la justificación de la decisión probatoria»³³. Cualquier SP exige que la hipótesis de culpa-

²⁶ GASCÓN ABELLÁN, M., «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», en *Proceso, prueba y estándar*, op. cit., pp. 17-30.

²⁷ *Ibidem*, p. 17.

²⁸ *Ibidem*, p. 18.

²⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁰ «En definitiva, un SP específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y esta es, en última instancia, una elección política o valorativa»: *Ibidem*, p. 21.

³¹ *Ibidem*, pp. 23-24.

³² *Ibidem*, p. 24.

³³ *Ibidem*, p. 25.

bilidad no haya sido refutada y, a partir de ahí, se pueden formular SP más o menos exigentes «en virtud de los distintos grados de confirmación exigidos para la Hc (hipótesis de culpabilidad) y de los distintos grados de confirmación tolerados para la hipótesis de inocencia (en adelante Hi)»³⁴. Habrá una confirmación sólida cuando las pruebas solo encuentran explicación si la hipótesis es verdadera y, por el contrario, estaremos ante una confirmación débil cuando las pruebas pueden «explicarse si entendemos que la hipótesis es verdadera, pero no son incompatibles con la hipótesis contraria»³⁵.

Con todo, la justificación de la decisión sobre los hechos es incompleta si no se justifica por qué está confirmada una hipótesis y en qué grado lo está. En este sentido, Gascón alude a los «argumentos de la confirmación», que permiten acreditar la solidez de la misma³⁶ y que obligan a incluir un eslabón más en la cadena de justificación³⁷.

Lo que está en cuestión, al menos para quien escribe estas líneas, es si no se les estará demandando a los juzgadores un esfuerzo titánico que lleve a considerar los poderes del juez Hércules de Dworkin como los de una hormiga comparándolos con los que exigimos a nuestro juez modelo, teniendo en cuenta el contexto de escasez de medios y, sobre todo, de escasez de tiempo, en el que deben desarrollar su actividad. Hay que tener en cuenta que en nuestro país rige un sistema de retribuciones variables para los jueces que dependen directamente del número de sentencias que dicten. La Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, con el ánimo de estimular el esfuerzo de nuestros jueces y magistrados, dispone (art. 2) que «Las retribuciones de los miembros de la carrera

³⁴ *Ibidem*, p. 26.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Entre estos argumentos se encontraría el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con la hipótesis; la solidez epistemológica de las pruebas que la confirman; el número de pasos inferenciales que separan las pruebas de la hipótesis; la cantidad de pruebas o confirmaciones; la variedad de pruebas o confirmaciones, etc.: *Ibidem*, p. 29.

³⁷ FERRER I BELTRÁN asume «la tesis descriptivista en cuanto a la fuerza de los enunciados declarativos de hechos probados; la versión de que hay elementos de juicio suficientes a favor p como significado de “Está probado que p” y la tesis de la aceptación como actitud proposicional más adecuada para reconstruir su funcionamiento en el proceso judicial»: «Está probado que p», en *El Derecho en Acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, Pablo Raúl Bonorino, Editor, Perú, Ara Editores, 2010, pp. 119-148, p. 144. Por su parte, Aliste Santos, realiza una propuesta cuando menos original que consiste en trasladar a nuestro sistema procesal el concepto de «certeza moral» proveniente del derecho procesal canónico, como criterio de formación de la convicción judicial. A su juicio, su positivación «supondría reforzar la garantía de motivación judicial de forma efectiva, aprovechando, sin prejuicios acerca de su procedencia, una elaboración conceptual sólidamente establecida y de una utilidad inmediata al servicio del razonamiento judicial, sancionando *de iure* un criterio razonable al que muchos jueces, sin duda, ajustan su proceder *de facto*»: ALISTE SANTOS, T.J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 319.

judicial constarán de un componente fijo y otro variable por objetivos (...). Las retribuciones variables por objetivos, que en ningún caso son consolidables, remuneran, conforme a criterios transparentes que reglamentariamente se establezcan, el rendimiento individual de los jueces y magistrados en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales».

A efectos de cuantificar la retribución variable, el artículo 9 dispone que si los jueces y magistrados superan en un 20% el objetivo correspondiente a su destino tienen derecho a percibir entre un 5 y un 10% más de sus retribuciones fijas y si no alcanzan el 80% de ese objetivo por causas que les sean atribuibles, percibirán un 5% menos de aquellas.

El caso es que el incentivo (en el caso de que se superen los objetivos) o la penalización (si no se llega al 80%) se basan, en gran medida, en parámetros cuantitativos. Lo que cuenta es el número de sumarios conclusos, de procedimientos abreviados elevados, de sentencias dictadas, etc., y no se tiene en cuenta la calidad del trabajo³⁸. La ley estimula a los jueces (económicamente) a realizar la mayor cantidad posible de trabajo, mientras que la doctrina y la jurisprudencia les conminan a realizar su trabajo de la forma más racional posible, más fundada, más correcta, más justificada, etc. El juez que dedica mucho tiempo a una causa, que estudia minuciosamente todos sus aspectos, que justifica externamente, de forma absolutamente escrupulosa las premisas en las que basa sus inferencias, estará contentando a la doctrina pero ello quizá a costa de un 5% de su retribución fija. Mientras que el juzgador que trabaja a destajo, analizando cada caso solo como un peldaño más para llegar al deseado 120% con el fin de cobrar más, tendrá descontenta a la doctrina (descontento difuso y que solo si se empeña puede llegar a conocer) pero muy satisfecha su cuenta corriente.

En aplicación de lo dispuesto en la ley, el Consejo General del Poder Judicial, por acuerdo de 3 de diciembre de 2003, aprobó el Reglamento (2/2003) para determinar los objetivos de rendimiento correspondientes a los destinos de la Carrera Judicial, los sistemas y el órgano competente para su determinación. Además, en su disposición

³⁸ «El aspecto más peligroso del sistema diseñado por la Ley 15/2003 es que constituye un incentivo para que los jueces se comporten de manera oportunista. Habida cuenta de su sensibilidad a los estímulos económicos (...) y de la enorme dificultad que para quienes les pagamos entraña controlar la calidad –la justicia– de sus decisiones jurisdiccionales, hacer depender su remuneración del cumplimiento de unos módulos predeterminados, en los que únicamente cuentan el número y el tipo de aquellas decisiones, solo puede propiciar que disminuya la calidad de las mismas, solo puede favorecer que los jueces tiendan a invertir estratégicamente sus esfuerzos en las que más beneficios puedan reportarles, aunque no siempre sean las más justas»: DOMÉNECH PASCUAL, G., «La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones», *In Dret. Revista para el anàlisis del Derecho*, julio, 2008, 74 pp.

transitoria tercera se disponía que en tanto el Pleno del Consejo General del Poder Judicial no procediese a determinar otro sistema para la fijación de los objetivos de rendimiento, se debían observar a partir de 1 de enero de 2004 los establecidos en el Acuerdo sobre Módulos de trabajo aprobados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 9 de octubre de 2003. Pues bien, la sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de marzo de 2006, anuló el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial en su integridad³⁹. En resumen, lo que anuló el Tribunal Supremo es la falta de individualización en el sentido de determinación de la dedicación precisa para cada caso en concreto, que debería tener en cuenta el Consejo General al fijar los objetivos. Esto es, se atenúa en cierta medida la medición cuantitativa generalista o estándar. Pero la variabilidad de la retribución en función de los objetivos conseguidos (sean cuales fueren los criterios para la fijación de estos) que está establecida en la ley, se mantiene inalterable.

Por tanto, sería conveniente plantearnos un par de preguntas para la reflexión: ¿no estaremos exigiendo a los miembros de la carrera judicial la posesión de cualidades sobrehumanas, más difíciles de poseer que las que Dworkin pretende del Juez Hércules? ¿Pasaríamos nosotros mismos, en nuestro trabajo de investigación y docencia, los controles de calidad en nuestra actividad, en especial si, como es el

³⁹ Los fundamentos para tal declaración de nulidad son varios. En primer lugar, entiende el Tribunal Supremo que la Ley 15/2003 parte de que la tutela judicial efectiva de los ciudadanos debe estar encomendada a unos jueces y magistrados cuyo estatuto jurídico garantice su independencia en todas sus dimensiones, incluida la económica y que el Reglamento derivado del Acuerdo del Consejo, que asocia la retribución de los jueces a parámetros exclusivamente cuantitativos, priva en ocasiones al justiciable de un examen individualizado «y pormenorizado» de su pretensión. En segundo lugar, el artículo 7 de la ley vincula las retribuciones variables al «rendimiento individual acreditado por cada Juez o Tribunal» y el artículo 8.1 de la misma establece que el objetivo «para cada destino» relaciona las retribuciones variables por objetivos al rendimiento individualizado de jueces y magistrados. En tercer lugar, el Tribunal ataca especialmente lo dispuesto en el anexo primero del Reglamento que establece los tiempos medios de dedicación del titular del órgano a cada proceso de acuerdo con dos procedimientos: una medición individualizada de los tiempos invertidos por un grupo de jueces durante un período determinado de tiempo y seleccionar determinados órganos judiciales como modelo de funcionamiento. Por tanto, no tiene en cuenta el Reglamento la dedicación precisa para cada caso concreto, en el ejercicio de la función jurisdiccional. No se valoran las distintas incidencias de cada procedimiento, en relación a las pretensiones y la particularizada respuesta judicial motivada que ha de darse en cada caso. El Tribunal concluye que el «Reglamento impugnado excede de la habilitación legal que le confería el artículo 8.1 de la Ley 15/2003. La ley (...) plantea siempre la exigencia de una valoración del rendimiento individualizado, lo que impone la fijación de objetivos para cada destino. El Anexo I del Reglamento impugnado acepta que no ha realizado una valoración de la dedicación para cada caso concreto, ni para cada destino, sino que ha operado partiendo de cómputos globales aproximativos, que por lo demás tampoco aparecen suficientemente detallados, de los que saca unas consecuencias que son las que le llevan a fijar unos módulos desde una perspectiva bastante productivista»: FJ 8.º

caso, se premiase y penalizase la mayor y menor, respectivamente, producción científica de cada uno?

Lo cierto es que, con independencia de la respuesta que honestamente demos a estas cuestiones, la idea generalizada entre la doctrina es que la premisa fáctica adolece, en su determinación, de falta de fundamentación o justificación así como de su necesaria exteriorización en la motivación de sentencias.

Llegados a este punto, esto es, constatado que la doctrina afirma la existencia del problema, ha llegado el momento de exponer un pequeño estudio empírico que se ha realizado para constatar (o refutar) la existencia del mismo. Se ha analizado una pequeña muestra jurisprudencial que dudamos pueda considerarse representativa. Se ha acotado el número de sentencias, ya que lo que se pretende es extraer una primera conclusión sobre el tema, pero no analizarlo exhaustivamente. La acotación viene determinada en primer lugar por la materia. Así, se han analizado exclusivamente sentencias de lo penal partiendo de la presunción de que, dados los derechos e intereses en juego, cabe esperar que la fundamentación de la premisa fáctica sea más escrupulosa en estos casos que en los procedimientos civiles. Por otro lado, dentro de la materia, se han elegido solo sentencias de juzgados de lo penal, puesto que son los órganos judiciales que tienen un contacto más directo con los medios de prueba. Son los que deben poner en práctica la tan cacareada inmediación, los que deben desplegar su sana crítica, su libre valoración y llegar a «su íntima convicción» sobre un determinado relato de los hechos. Por último, la limitación pasa por una necesaria acotación temporal de tal manera que el análisis se reduce a la jurisprudencia existente entre los años 2008 y 2010.

Como base documental se utiliza, por un lado, el fondo del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es>). Ocurre que a diferencia de las sentencias de órganos colegiados, que se publican en su totalidad en este fondo jurisprudencial, solo se publican una parte de las sentencias emanadas de órganos unipersonales, como es el caso de los juzgados de lo penal. Hecha la consulta al centro sobre el criterio de selección de tales resoluciones, responden que en ocasiones es el propio CGPJ quien solicita al órgano juzgador la sentencia para su publicación, teniendo en cuenta la importancia del asunto o el debate social que ha generado y en otros casos son los propios jueces quienes instan tal publicación, a razón de los mismos criterios.

Por otro lado, se utiliza la base de datos de jurisprudencia Westlaw de Aranzadi, seleccionando el mismo período (2008-2010) en la recopilación de sentencias de juzgados de lo penal. Tampoco esta base de datos recopila todas las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal, pero en este caso ha sido imposible determinar el criterio de selección.

La muestra es de 56 sentencias en total. Se trata de una muestra, ya lo hemos dicho, escasamente representativa. Pero además, a pesar de que no ha habido una selección por parte de quien escribe estas líneas,

sí la hubo tanto por parte del CGPJ como de la base de datos Westlaw. Pues bien, de las 56 sentencias analizadas presentan una motivación fáctica correcta (en algunos casos impecable) 41⁴⁰; mientras que apenas se fundamentó la premisa fáctica en 15⁴¹, esto es, en casi un 27% está presente tal déficit justificatorio, mientras que en un 73% no.

Por otro lado, de las defectuosamente fundamentadas digamos que, salvo en los casos que luego se citarán, en la mayoría se produce la conformidad del acusado con el escrito de la acusación, la confesión, etc.; esto es, acusación y defensa coinciden en el relato de los hechos de tal manera que el juez no tiene que «convencer» del relato fáctico que le parece más plausible, puesto que ambas partes están «convencidas»⁴².

⁴⁰ Sentencia (en adelante S.) 418/2010, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 343/2010, del Juzgado de lo Penal de León; S. 334/2010, del Juzgado de lo Penal de Zaragoza; S. 58/2010, del Juzgado de lo Penal de Pamplona; S. 47/2010, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 213/2009, del Juzgado de lo Penal de Mérida; S. 378/2009, del Juzgado de lo Penal de Getafe; S. 412/2009, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 428/2009, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 383/2010, del Juzgado de lo Penal de Tarragona; S. 320/2009, del Juzgado de lo Penal de Sevilla; S. JUR\2008\146195, del Juzgado de lo Penal de Toledo; S. 111/2009, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 288/2010, del Juzgado de lo Penal de Manresa; S. 275/2009, del Juzgado de lo Penal de Valencia; S. 238/2009, del Juzgado de lo Penal de Pamplona; S. 232/2010, del Juzgado de lo Penal de Barakaldo; S. Roj: SJP 5/2010 (núm. de recurso 621/2009), del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. ARP\2010\1468, de 1 de septiembre de 2010, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 288/2010, del Juzgado de lo Penal de Manresa; S. 220/2010, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 163/2009, del Juzgado de lo Penal de Palencia; S. 230/2009, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 219/2009, del Juzgado de lo Penal de Santander; S. 21/2009, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. JUR\2008\86842, de 25 de febrero de 2008; S. 318/2008, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 428/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 392/2008, del Juzgado de lo Penal de Bilbao; S. 339/2008, del Juzgado de lo Penal de Valencia; S. 279/2008, del Juzgado de lo Penal de Madrid; S. 140/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 283/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 77/2008, del Juzgado de lo Penal de Mérida; S. 213/2008, del Juzgado de lo Penal de Madrid; S. 159/2008, del Juzgado de lo Penal de Córdoba; S. 131/2008, del Juzgado de lo Penal de Huelva; S. 126/2008, del Juzgado de lo Penal de Zaragoza; S. 135/2008, del Juzgado de lo Penal de Valencia; S. 19/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 26/2008, del Juzgado de lo penal de Pamplona (Iruña).

⁴¹ S. 534/2010, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 357/2010 del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 78/2010 del Juzgado de lo Penal de Bilbao; S. 27/2010, del Juzgado de lo Penal de Vigo; S. 23/2009, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 506/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 308/2008, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 281/2008, del Juzgado de lo Penal de Pontevedra; S. 169/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 74/2008, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 116/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 77/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 100/2008 del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña); S. 40/2008, del Juzgado de lo Penal de Langreo; S. 1/2008 del Juzgado de lo Penal de Sevilla.

⁴² Así, hay conformidad en la S. 27/2010 del Juzgado de lo Penal de Vigo; S. 23/2009, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 506/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén; S. 308/2008, del Juzgado de lo Penal de Logroño; S. 281/2008, del Juzgado de lo Penal de Pontevedra; S. 74/2008, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca; S. 116/2008, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 77/2008, del Juzgado de lo

Hay otros tres supuestos en los que no hay conformidad del acusado, pero en los que no se discuten los hechos, sino que acusación y defensa coinciden en la determinación de la premisa fáctica, fundamentalmente por la existencia de pruebas directas (no indiciarias) que convierten tal determinación en algo evidente⁴³. En el primer supuesto⁴⁴ agentes de la Policía Local de Bilbao sorprenden al acusado, natural de Senegal y sin residencia legal en España, ofreciendo discos compactos de música y DVDs, así como bolsos, carteras y cinturones falsos de Tous, Louis Vuitton y Dolce & Gabana. La jueza entiende que la conducta puede ser en su caso sancionada administrativamente pero no en sede penal⁴⁵ y, por tanto, absuelve.

En el segundo caso⁴⁶, se declara probado «que sobre las 16:12 horas del día quince de abril del año dos mil ocho, Carlos Manuel conducía el vehículo de la marca Mercedes (...), en el Término Municipal de Bailén y Judicial de Linares, Jaén, a una velocidad de 168 km/h en zona limitada a 120 km/h. Al practicarle la Guardia Civil las dos pruebas de alcoholemia, arrojaron respectivamente un resultado de 0,58 y 0,56 miligramos de alcohol por aire espirado». El acusado no discute que fuese a gran velocidad (declara que lo hacía porque –sic– «iba con mucha prisa»). En el atestado presentado se dice por parte de los agentes de la Guardia Civil que la sintomatología que el acusado presentaba no evidenciaba que se encontrara bajo la influencia de bebidas alcohólicas. En este caso el juez también absuelve, sin perjuicio, señala, de que la conducta del acusado pueda ser objeto de las oportunas sanciones administrativas.

El último caso reseñado es el recogido en la S. 100/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña). Como hecho probado único se dice que el acusado corrió durante unos metros, «agarrando con sus dos manos el brazo izquierdo de su hijo de 10 años don Carlos Antonio, delante de los cabestros de cola del encierro de San Fermín». Este hecho declarado probado no ha sido discutido «por ninguno de los intervinientes en el juicio ya que son evidentes a la vista de la prueba documental aportada, centrándose únicamente la discusión en si los

Penal de Pamplona (Iruña); S. 40/2008, del Juzgado de lo Penal de Langreo; S. 1/2008, del Juzgado de lo Penal de Sevilla; 534/2010, del Juzgado de lo Penal de Barcelona; S. 169/2010, del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca.

⁴³ S. 78/2010 del Juzgado de lo Penal de Bilbao; S. 169/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén y S. 100/2008, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Iruña).

⁴⁴ S. 78/2010 del Juzgado de lo Penal de Bilbao.

⁴⁵ «En el supuesto que aquí nos ocupa se trata del último eslabón de una conducta, contra la venta callejera de estos productos, por personas que solo buscan ganarse la vida; la lucha no pasa, a juicio de esta Sala, por la aplicación del derecho penal, sino por la de normas de orden público que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras, a través del cumplimiento de las efectivas ordenanzas municipales que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada.»

⁴⁶ S. 169/2008, del Juzgado de lo Penal de Jaén.

hechos constituyen los delitos por los que se acusa a don Alberto»⁴⁷. El presunto delito de don Alberto es el de incumplir los deberes familiares, regulado en el artículo 226.1 del código penal⁴⁸, por entender la denunciante (madre del niño), que con su actitud el acusado puso en peligro la vida e integridad física del menor». El caso es que la conducta presuntamente delictiva salió por televisión, imágenes que fueron llevadas al juicio como prueba documental, con lo cual de nada le podía servir al acusado negar los hechos, por lo que puede considerarse que no hay conflicto sobre la determinación de los hechos.

Esto por lo que respecta a las sentencias que presentan una justificación parca de la premisa fáctica. Por lo que se refiere a las fundamentadas de forma prolija, a pesar de que todas las sentencias citadas han sido analizadas y coadyuvan en la determinación de las conclusiones de esta investigación, lo cierto es que resulta imposible dar cuenta de todas en su integridad, dadas las limitaciones de espacio requeridas por esta publicación. Finalmente y tras un proceso de selección que ha resultado ciertamente dificultoso, se han elegido tres sentencias. La primera que se analiza es la que presenta una fundamentación de la premisa fáctica más extensa. Se trata de la sentencia 412/2009, del Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona, pronunciada por el Magistrado juez Francisco Javier Paulí Collado. Se utilizan en la misma varios medios de prueba y aún dentro de cada uno en gran cantidad (varias declaraciones de parte, varias declaraciones testificales, etc.); además, el juez consigue «relatarnos» unos hechos a partir de un cuadro de prueba en el que, finalmente, encajan todas las piezas. Por último, se trata de un caso que tuvo en su día una gran repercusión mediática⁴⁹.

El juez condena a los acusados Severiano, Carlos Alberto, Juan Miguel, Pascual, Jerónimo y Anselmo, jugadores del equipo «Bada Bing», como autores de los delitos de lesiones, desórdenes públicos, coacciones, amenazas y cinco faltas de lesiones⁵⁰. Lo verdaderamente

⁴⁷ FJ 1.º

⁴⁸ «El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes, o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses.»

⁴⁹ Todavía hay en la red colgadas noticias de lo que ocurrió en el partido de fútbol en el que ocurrieron los hechos e incluso se puede ver parte del vídeo al que se hace referencia en la sentencia: *vid.*, <http://www.dalealplay.com/informaciondeconte-nido.php?con=159560> (fecha: 27/03/2011).

⁵⁰ FJ 1.º, acreditación de los hechos: Los hechos declarados probados son los siguientes: El día 9 de enero de 2009 se celebró en el campo de fútbol Menorca de Barcelona un partido de fútbol entre los equipos «Bada Bing» y el «Rosario Central de Cataluña», este último integrado por jugadores de distintas nacionalidades sudamericanas. Durante la primera parte del partido el juego fue duro, con entradas fuertes de ambos equipos y los jugadores se proferían insultos como «sudaca de mierda» o «la concha de tu madre». En la segunda parte del encuentro las expresiones de varios jugadores del «Bada Bing» fueron subiendo de tono, como «sudaca de mierda, vete a tu país, si Franco estuviera vivo estarías en tu país, te voy a apuñalar, tú eres

interesante a los fines de este trabajo es la valoración de los distintos medios de prueba que se han utilizado por el juez para llegar a la

muy buen jugador pero te falta humildad, te voy a arrancar un pedazo de cara, sudaca de mierda que te voy a matar y te voy a mandar a tu país, sudaca te voy a cortar la cabeza, la voy a meter en un sobre y la voy a mandar a tu país», sin que pueda determinarse el autor, o la de Carlos Alberto (acusado), que dijo a Eladio (víctima de agresión): «sudaca, te voy a cortar la cabeza, la voy a meter en un sobre y la voy a mandar a tu puto país»; y la de Juan Miguel (acusado) que también le dijo a Eladio: «te voy a apuñalar, yo voy preso, a mí me da igual, te apuñalo, dentro o fuera».

Sobre el minuto 24 se produjo la sustitución de los jugadores Eladio y Carlos Francisco, del Rosario Central de Cataluña, quienes decidieron ir al vestuario a cambiarse. En ese momento el árbitro decidió la expulsión del acusado Severiano, del equipo «Bada Bing», quien deliberadamente provocó una falta muy grave para que le enseñasen la segunda tarjeta amarilla y así ser expulsado. Se dirigió entonces al vestuario; al cruzarse con Eladio y Carlos Francisco, del equipo contrario, dio un golpe en la cabeza a Eladio, quien rehuyó el contacto y siguió la marcha al vestuario. Ya en el pasillo de los vestuarios, Severiano le dijo a Eladio: «sudaca de mierda, que te voy a matar, te voy a quitar la vida, te voy a mandar a tu país», generándole el temor de que iba a ser así y a continuación le dio un puñetazo y lo cogió por el cuello. Eladio reaccionó dándole un empujón, ante lo cual Severiano le dio otro puñetazo y lo tiró al suelo, dándole seguidamente patadas. Las otras personas presentes le daban a Eladio asimismo golpes y patadas. Carlos Alberto (acusado) se hallaba justo enfrente de la entrada del pasillo, observando la escena. Juan Miguel (acusado) también podía ver la escena. Consciente de la gravedad de la situación, el presidente del «Rosario Central» llamó a la policía. Posteriormente, cuando el presidente y el entrenador del «Rosario Central» llegaron a la altura de Juan Miguel con ánimo de ayudar a Eladio y Carlos Francisco, Juan Miguel con los brazos en cruz les impidió pasar diciéndoles que «al primero que salga del campo lo mato». Mientras tanto, Carlos Alberto entró en el vestuario para unirse a las agresiones a Eladio. Pascual (acusado), Juan Miguel (acusado) y Jerónimo (acusado) y otros, conociendo, porque podían observarlo, que en el interior del pasillo al vestuario estaban golpeando a Eladio, formaron un tapón, impidiendo así al equipo técnico y a otros jugadores del Rosario Central entrar en el vestuario para impedir la agresión. No está acreditado que en esta última acción interviniese Anselmo. Cuando vieron que Severiano y Carlos Alberto cesaban ya de golpear a Eladio, Jerónimo, Juan Miguel y Pascual se apartaron dejando entrar a los técnicos y a varios jugadores del Rosario Central para, a continuación, taponar de nuevo la entrada para dejarlos rodeados. Dejando a Eladio en el suelo, los agresores se dirigieron hacia otros jugadores del Rosario Central, como Horacio, Fernando y Norberto quienes fueron también golpeados, aunque más levemente. En concreto, Severiano, Carlos Alberto, Juan Miguel y Jerónimo golpearon a Norberto; Jerónimo, Pascual y otra persona golpearon a Fernando; Carlos Alberto y Juan Miguel golpearon a Justino; Pascual y otra persona golpearon a Romeo y, por último, Jerónimo golpeó a César.

Mientras todo esto ocurría, Serafina, la secretaria del equipo «Rosario Central de Cataluña», comenzó a realizar fotografías con su cámara y advirtiéndolo varios jugadores del «Bada Bing» y con objeto de no poder ser identificados, en primer lugar Anselmo (acusado) le dio un golpe en la espalda con un palo y junto con Jerónimo, Severiano, Juan Miguel y Carlos Alberto la persiguieron, amedrentaron y conminaron para que les entregase su cámara, consiguiendo Pascual que le entregase la memoria de la misma, en contra de su voluntad y ante el temor de ser agredida.

Como consecuencia de todas estas acciones han quedado acreditadas las lesiones de, primero, Serafina, que resultó con un traumatismo craneocefálico; Eladio, jugador del Rosario Central, que resultó con policontusiones, traumatismo craneal, heridas inciso contusas en el cuero cabelludo, edema subgaleal, contusiones branquiales y torácicas, arrancamiento parcial del pabellón auricular, quedándole además como secuelas acúfenos, un perjuicio estético por cicatrices a nivel frontoparietal y occipital

determinación de los hechos. Así, en fase sumarial, se ha procedido a practicar la prueba de reconocimiento en rueda, prueba esta que no se puede practicar en las sesiones del juicio oral «por resultar atípica e inidónea»⁵¹; sí se han llevado al juicio la declaración de los acusados; la declaración de testigos; la prueba documental (vídeo del partido); la declaración de los agentes de policía que acudieron al lugar de los hechos y finalmente, la prueba pericial forense, centrada en el alcance de las lesiones y secuelas sufridas por las víctimas⁵². La declaración de los acusados, que es «claramente exculpatoria»⁵³, es rechazada por el juez que parte de un «hecho objetivo, indubitado, que son las lesiones que presenta Eladio»⁵⁴ que, dado que fueron las más graves, centraron gran parte del interrogatorio con el fin de determinar su autoría.

Señala el juez a continuación que hay tres elementos probatorios «que por todas las partes se han señalado de mayor objetividad»⁵⁵ que son las declaraciones testificales del árbitro del partido y del observador de la federación y la prueba documental consistente en el visionado del vídeo del partido. El juez entiende que la testifical del observador de la federación, que se completa con la prueba documental de su narración de los hechos, no tiene validez probatoria. El observador habla de un partido normal, sin mayores contratiempos, declaración que está en contradicción con las testificales procedentes de los dos

y quedándole una oreja más separada que la otra; Horacio, que sufrió una contusión en el hombro; Norberto, que sufrió traumatismo craneoencefálico; Fernando, que sufrió policontusiones; Justino, que sufrió erosiones y hematoma leve; Romeo, que sufrió politraumatismo y César, que sufrió heridas contusas en pómulo, labio, pabellón auricular, esguince en el hombro, erosiones, contusiones y politraumatismo.

Además, ha quedado probado que Anselmo (acusado) y otras personas no identificadas destrozaron banderines del campo que fueron usados por personas no determinadas en agresiones no especificadas, se generaron daños en el mobiliario y se produjeron desperfectos en las instalaciones deportivas. Cuando desde lejos se oyeron las sirenas de la Guardia Urbana que llegó a los 8 minutos del aviso, cesaron las agresiones.

⁵¹ Citada en la sentencia de Paulí Collado: STS 642/1997 en la que asimismo se señala la virtualidad de esa diligencia «practicada en las dependencias policiales, a presencia de Letrado, cuando ha sido ratificada en el Juzgado de Instrucción y posteriormente en el acto de juicio oral por la persona que ha intervenido en la misma»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵² En palabras del juez Paulí Collado «la prueba en el presente procedimiento ha sido realmente extensa, prolija, no solo en el número de intervinientes pues junto a los siete acusados han declarado más de treinta testigos, sino en relación al exhaustivo hasta el límite interrogatorio realizado por las partes, especialmente las defensas de los acusados y testigos. Asimismo se ha procedido a visualizar un vídeo del partido. Se ha obtenido la declaración de los agentes de policía y asimismo de la pericial forense»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵³ «De esta suerte y escuchando su declaración parecería que ninguno de ellos tuvo intervención en los hechos y fueron golpeados por jugadores contrarios. Sin embargo y frente a dichas declaraciones claramente exculpatorias se afianzan las declaraciones testificales obtenidas»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁴ *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁵ *Op. cit.*, FJ 1.º

equipos. Todos declaran que hubo «una gran pelea, mencionan palos y acusan al contrario y a su afición»⁵⁶.

Por tanto, «tenemos dos elementos de, presumiblemente, mayor objetividad cuanto son la testifical del árbitro y el vídeo del partido»⁵⁷. Respecto al primer medio de prueba, el juez hace constar que el árbitro ha ratificado en el acto de juicio el anexo al partido (folio 181 de los autos), ampliatorio del acta arbitral, anexo que se reproduce en la sentencia⁵⁸. El juez valora la testifical del árbitro diciendo, en primer lugar que su declaración «ha sido nerviosa», lo cual parece que *a priori* podría restarle credibilidad pero, continúa el juez «establece detalles que son ratificados posteriormente en el vídeo (...). Señala, asimismo, que es cierto que tuvo temor, y que por eso no entró al vestuario hasta que cesó en esa zona la pelea, observando luego el rastro de sangre. Dicho rastro de sangre obra igualmente fotografiado en autos»⁵⁹. Por tanto, el testimonio del árbitro es creíble por cuanto es coherente con otras pruebas y encaja, por tanto, en el cuadro de prueba y en el relato de los hechos resultante de aquel.

⁵⁶ *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁷ *Op. cit.*, FJ 1.º

⁵⁸ *Op. cit.*, FJ 1.º Anexo al acta arbitral: «Redacto a continuación algunas rectificaciones y observaciones necesarias para la correcta calificación de los incidentes así como algunos detalles ampliatorios: En el momento de suspender el encuentro (m. 74) se debía lanzar un saque de esquina a favor del equipo local (Rosario Central) desde el área de esquina más cercana a la salida de vestuarios girando a la izquierda (...). Tras la sustitución del jugador núm. 5, Eladio, del Rosario Central, me he percatado de que el jugador del Bada Bing, Baltasar, se encaraba al referido Eladio gritándole —aunque no pude apreciar sus palabras debido a lo lejano de mi posición— y empujándole hasta el interior del recinto de vestuarios. A continuación salieron de mi campo visual y oí golpes. De inmediato acudieron al lugar del conflicto jugadores y aficionados de ambos equipos y se ha iniciado una pelea generalizada. En ese momento escuché que algunos de los aficionados y jugadores no identificados del Bada Bing gritaron “Sudacas de mierda irros a vuestro país y os vamos a matar”. Muchos de ellos esgrimían palos con intención de usarlos como arma para agredir. He podido apreciar que el jugador núm. 5 del Bada Bing, Marcelino ha golpeado con ambos puños en el rostro al jugador núm. 9 del equipo local. También he observado que los jugadores del equipo Bada Bing, Baltasar, Carlos Alberto y Juan Miguel, han perseguido al jugador núm. 4 local (Eladio) dándole todos ellos puñetazos en cabeza y espalda y patadas en las piernas mientras el agredido trataba de huir. También participaban en la persecución y agresión unos diez aficionados del Bada Bing y otros jugadores no identificados. Asimismo cerca de mi posición mientras esperaba poder entrar al vestuario pude ver cómo aficionados y jugadores del equipo Bada Bing a los que no pude identificar con exactitud golpearon con un palo a la secretaria del equipo Rosario Central, le arrebataron la cámara de vídeo con la que estaba grabando los incidentes y le sustrajeron la tarjeta de memoria. Acto seguido entré en el vestuario al temer por mi integridad física. En el camino al vestuario observé sangre derramada en el suelo presuntamente producto de las agresiones que se habían producido. Posteriormente entraron al vestuario el delegado federativo (...) y tres miembros de la guardia urbana. También hizo acto de presencia el delegado local, Horacio, que me relató que habían sido agredidos con palos y varios jugadores y aficionados del equipo Rosario Central habían sido trasladados al hospital con lesiones de diversa consideración (...).»

⁵⁹ *Op. cit.*, FJ 1.º

Por lo que se refiere a la segunda prueba considerada «objetiva» por el juez, el visionado del vídeo, el juez hace una primera valoración de este medio, en relación con su mala calidad, tanto en sonido como en imagen. Aun así, hay frases que se escuchan claramente e imágenes que se ven aceptablemente⁶⁰.

En cuanto a la prueba testifical, la hay de cargo, que respalda la acusación, y de defensa. El juez expone el resultado probatorio de ambas⁶¹. Por último, la sentencia se detiene en la determinación de la

⁶⁰ Así, se expone en la sentencia, el vídeo «permite situar al final de la grabación a los intervinientes: así podemos ver al dorsal núm. 0 (Severiano) expulsado, que se saca la camisa de juego, y tras unos segundos aparece en la pantalla y se escucha “le pegó un piño” con acento sudamericano, y posteriormente se ve al fondo varias personas dando patadas, habiendo entrado el jugador catorce, se observa al jugador núm. 1 (Carlos Alberto) mirando directamente esa escena sin nadie que pueda tapanlo, y desaparecer seguidamente de la cámara; luego se observa a Pascual impidiendo que se acerque el delegado del Rosario Central, y asimismo se ve a Juan Miguel –que también han podido ver la escena ya que se les observa mirando hacia el vestuario en donde ya están Carlos Alberto y Severiano y patean en dirección al suelo a lo que se ve como una mancha– con los brazos abiertos impidiendo que se acerquen aunque inmediatamente todos se desplazan hacia el vestuario y desaparece la visión, coincidiendo con lo que nos declara el testigo Sr. Valeriano conforme esa frase que se escucha en el vídeo “al primero que saliera del campo lo mataba”, es proferida por el jugador núm. 2 (Juan Miguel). Sitúa a esas cuatro personas justo frente o dentro del vestuario, lo que contradice claramente a los testigos que señalaron que Juan Miguel estuvo con ellos todo el rato, y no se acercó»: *Op. cit.*, FJ 1.º

⁶¹ Por lo que respecta a los testigos de cargo, hay siete personas que sitúan a Severiano y Carlos Alberto agrediendo a Eladio; cuatro testigos sitúan al núm. 2 (Juan Miguel) taponando e impidiendo el paso; dos sitúan al núm. 3 (Pascual) impidiendo el paso e identifican al núm. 4 (Jerónimo), núm. 2 (Juan Miguel), núm. 3 (Pascual) en ese tapón golpeando a los jugadores del Rosario Central. Concuera ello, asimismo, con el hecho de que al abrir el tapón y dejar pasar a los otros tres testigos de cargo y encerrarles de nuevo, estos tres sitúan a todos ellos como agresores.

Paulí Collado se encuentra pues con el problema de que no todos los testigos de cargo señalan a los acusados Jerónimo, Juan Miguel y Pascual o, en concreto, los ubican en dos sitios distintos. Pero de ello no se sigue que no hayan intervenido porque, sostiene el juez, «no puede pretenderse que la visión que cada uno de los testigos realiza sea la única. En ese tumulto, en el tapón, cada uno de los testigos tuvo visiones, momentos, en que podía ubicar –de forma clara a los hermanos Eladio y Carlos Francisco– y a otras personas (...). Y todo ello coincide con la declaración de Eladio que señala que son muchos los que entran, y muchas botas que ve que le agreden. Puede por tanto ubicarse a todos ellos en esa zona, unos en todo momento agrediendo a Eladio y otros participando en momentos en uno u otra acción (agresión o tapón)».

Por tanto, concluye el juez que «se observa, tras los anteriores razonamientos que *las declaraciones que realizan todos los testigos, que a la vez fueron víctimas, solicitados por las acusaciones, que todos ellos son congruentes. Todos los testigos señalan la posición de ellos mismos y de los contrarios, identifican a los diversos agresores y acciones. Y la declaración de estos testigos que han mantenido correctamente desde la denuncia viene a objetivarse de una forma clara por la grabación del vídeo que recoge momentos que los testigos han relatado, asimismo por el acta arbitral, que el árbitro ha ratificado en el acto de juicio, y por cuanto aparecen informes médico-forenses que establecen lesiones en diversos de ellos compatibles con la agresión que narran haber sufrido*» (cursiva nuestra).

Las declaraciones de los testigos propuestos por la defensa pretenden probar que los acusados no son, en su vida normal, racistas lo cual, entiende el juez «establece

autoría de la sustracción de la cámara de Serafina, secretaria del equipo Rosario Central, porque en este caso no hay prueba directa de cargo, o al menos no toda la prueba es directa, sino que también hay indicios que apuntan a que el autor fue Anselmo⁶².

una presunción, que decae frente a la contundencia de los otros testigos que les atribuyen declaraciones concretas, y acciones y frases que se han referido ya». Otros testigos de la defensa buscan exculpar a alguno de los acusados declarando que estaba con ellos, lo cual se contradice con lo que se puede ver en el vídeo, prueba que se debe considerar más objetiva.

Los agentes de la guardia urbana declaran también en calidad de testigos que «en el vestuario del Bada Bing no había heridos, que estaban exaltados y uno les profirió la frase “con Franco esto no pasaría” y que no debían proteger a los del otro equipo. Por el contrario en el vestuario del Rosario Central había heridos y mucho miedo. Asimismo los agentes señalan la presencia de palos en la entrada a los vestuarios. *Puede inferirse por tanto de las cuatro testificales de los agentes de la Guardia Urbana que vienen por un lado a ratificar que la visceralidad se había producido en el equipo del Bada Bing, mientras que quienes habían recibido su resultado estaban en el vestuario del Rosario Central. De esta manera vienen a objetivar (...) las diversas testificales que señalan que allí no hubo una pelea sino unas agresiones*» (cursiva nuestra).

⁶² Como prueba directa cabe citar, por un lado, la testifical en el sentido de que todos los acusados y el propio Anselmo declaran que abandonó el campo y se cambió a los pocos minutos y, por otro, la documental consistente en el vídeo del partido en el que se puede ver que en el minuto 26.26 del vídeo, Anselmo entra al campo con ropa oscura y chaqueta con capucha; que al salir (minuto 26.41 del vídeo) del campo da una patada a uno de los jugadores del Rosario Central. Se ve en las imágenes del vídeo que luego se quedó en la grada del Rosario. Como auténtica prueba indiciaria tendríamos, primero, que hay testigos que escuchan insultos y que varias personas se referían a su autor como Anselmo y que esas palabras se pronunciaban en un tono vocal no discordante con el que tiene Anselmo. Y segundo, que relatan varios testigos como una persona con capucha negra es quien golpea a la secretaria y le obliga a que le entregue la memoria de la cámara. Señala el juez, además, que esa acción de violencia innecesaria con uno de los jugadores, que se ve en el minuto 26.26 del vídeo, confirma además la capacidad de Anselmo de saltar al campo y pegar. En definitiva, todos esos indicios, tomados en conjunto, son los que determinan la autoría de Anselmo. Sería objeto de otro trabajo, pero si nos preguntamos cuál es el tipo de razonamiento que se despliega cuando se utiliza prueba indiciaria, parece que sería la abducción la que mejor encajaría, entendida como un argumento no demostrativo del tipo «salto a la mejor explicación». Bonorino Ramírez, p. R., «La abducción en el derecho: un nuevo punto de partida», ponencia presentada en el I Encuentro Internacional sobre razonamiento jurídico y administración de justicia, Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina), 26 de agosto de 2011. En la misma Bonorino cita a PEIRCE, C., *Collected Papers*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1960. En la p. 2623 de esta obra, se puede encontrar el ejemplo de las judías. *Vid.*, también, del mismo autor, «Sobre la abducción», *DOXA*, 14, pp. 207-241. Parece que la prueba indiciaria respondería al mismo esquema. No se ha visto a Anselmo golpeando a la secretaria, pero sí se ha visto a una persona con capucha negra haciéndolo. El proceso inferencial sería el siguiente: Regla: la persona que agredió a la secretaria llevaba

Y hasta aquí la exposición del contenido de la sentencia. De la misma se han presentado los aspectos que se han considerado más relevantes y se han resumido muchos contenidos, por una limitación espacial básica. Téngase en cuenta que las declaraciones de los testigos aparecen recogidas en la sentencia tal como lo haría un taquígrafo. Y aun a pesar de este esfuerzo sintetizador, quizá parezca una descripción demasiado extensa de los medios de prueba, de la valoración efectuada por el juez y del relato de los hechos. Con todo, la necesidad de destruir la presunción de partida, esto es, la del déficit de fundamentación de la premisa fáctica, exigía la necesaria batería de pruebas en contra.

La segunda sentencia con la que se pretende destruir tal presunción es la 378/2009, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe. En ella se condena al acusado como autor de un delito de maltrato familiar, aun a pesar de que la víctima del maltrato, su pareja, declara a su favor⁶³. El Magistrado Abel Téllez Aguilera organiza el relato fáctico en dos secuencias, lo sucedido dentro y fuera del Hotel Majadahonda, para llegar finalmente a una valoración conjunta. De acuerdo con la versión ofrecida por el agresor y la víctima, simplemente habían mantenido dentro del hotel una pequeña discusión y luego él la cogió amablemente por el brazo, puesto que, de acuerdo con lo declarado por la víctima, llevaba unos tacones muy altos y temía caerse. Dicha versión es totalmente distinta a la ofrecida por el recepcionista y otra trabajadora del hotel (testigos) quienes además, conscientes de la situación de riesgo, deciden llamar a la policía. Además, la versión exculpatoria se ve anulada por la grabación de la cámara de seguridad del hotel en la que se observa claramente que el acusado coge a la víctima de forma violenta «y prácticamente en volandas, la saca del hotel, ofreciendo ella una resistencia con su cuerpo al punto de hacer ademán de agarrarse a una columna con una

capucha negra; caso: Anselmo llevaba capucha negra; resultado: Anselmo agredió a la secretaria. O el juez entiende que, regla: la persona que agredió a la secretaria debía tener capacidad para saltar al campo y pegar; caso: Anselmo tenía capacidad para saltar al campo y pegar por cuanto ya antes (lo cual se puede ver en el vídeo) había saltado al campo y ejercido una acción de violencia innecesaria contra uno de los jugadores del Rosario Central; resultado: Anselmo agredió a la secretaria. Nótese que cada uno de los indicios, por separado, no conducen a una conclusión que deba tenerse por verdadera. Tan solo nos permiten llegar a la «mejor explicación» y, por tanto no deberían ser tenidos en cuenta por el juzgador para condenar a Anselmo; pero tomados en conjunto y sumados a la prueba directa es racional que conduzcan a tal resultado. *Vid.*, Eco, U., «Cuernos, cascots, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción», en *El signo de los tres*, Eco, U. y Sebeok, T. (editores), Barcelona, Lumen, 1989, pp. 265-294. *Vid.*, ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, *op. cit.*, pp. 347-348 y nota al pie 381.

⁶³ Hecho probado único: «De una valoración conjunta de la prueba practicada en el plenario, se declara como probado que sobre las 14,00 horas del día 2 de agosto de 2008, el acusado (...) encontrándose en la recepción del Hotel (...), sito en la carretera de Boadilla (...), comenzó una discusión con su pareja sentimental (...), en el curso de la cual, tras un forcejeo con la misma, la agarró fuertemente y la sacó violentamente al exterior del Hotel, donde la golpeó con las manos».

planta para no ser arrastrada al exterior»⁶⁴. En relación con lo que ocurre fuera del hotel, confirman la tesis acusatoria las declaraciones testificales directas de, por un lado, los trabajadores del hotel que van a la cristalera a seguir la escena y, por otro, de un señor que cuando se dirige hacia la puerta del hotel observa de manera directa toda la escena; así como la testifical indirecta del agente de la policía local que atendió a la víctima tras la agresión, a quien esta reconoció que había sido agredida por el acusado y que no era la primera vez que lo hacía. De todo lo anterior concluye el juez «haciendo una valoración conjunta de la prueba practicada en el plenario (...), siguiendo las reglas de la lógica y las máximas que nos marca la experiencia, que ha de darse como acreditado el relato de hechos consignados en nuestro *factum*, relato respecto del cual, tanto acusado como perjudicada han dado una mendaz versión, si bien con una sustancial diferencia jurídica: el primero haciendo uso del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo (art. 24 de la Constitución española), y la segunda faltando a la obligación que como testigo tenía de decir verdad (art. 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)»⁶⁵.

La última sentencia a exponer se ha elegido porque en la misma se utiliza prueba indiciaria y no directa lo cual exige, como ya hemos dicho, un esfuerzo justificador extra del juez si decide condenar y destruir, por tanto, la presunción de inocencia. Además, el tipo de razonamiento que utiliza el juez en estos casos en la determinación de la premisa fáctica se adapta perfectamente al modelo abductivo. La sentencia es la 288/2010, de 19 de agosto, del Juzgado de lo Penal de Manresa, pronunciada por el Magistrado-Juez Josep Tomás Salas Darrocha. En ella se declara probado que los acusados, puestos de común acuerdo y guiados por un ánimo de ilícito enriquecimiento, «procedieron en las primeras horas del día 9 de agosto de 2010 a apoderarse de entre ciento cincuenta y doscientos metros de cable conductor de cobre del tendido de las líneas telefónicas (...) ocasionando que más de cien usuarios de dicha compañía se quedaran sin suministro de telecomunicaciones, con grave quebranto para los mismos y para la perjudicada, que debió hacer frente al restablecimiento de la línea»⁶⁶. No hay prueba directa, de tal manera que «la convicción del Tribunal se ha alcanzado mediante un juicio de inferencia a partir de los indicios delictivos que la prueba practicada en el acto de juicio oral ha puesto de relieve»⁶⁷. El primer indicio que conduce a la conde-

⁶⁴ FJ 1.º

⁶⁵ *Op. cit.*, FJ 1.º La declaración falsa de la víctima puede ocasionarle ser encausada por falso testimonio. En el fallo el juez dispone: «Una vez firme la presente, dedúzcase testimonio de la misma (...) al Juzgado Decano de este Partido Judicial al objeto de que, por el Juzgado de Instrucción que por reparto corresponda, se depuren las responsabilidades en las que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 458 del Código Penal, pudiera eventualmente haber incurrido doña Sabina».

⁶⁶ Hecho probado único.

⁶⁷ FJ 1.º

na es la declaración del testigo empleado de Telefónica de acuerdo con la cual las incidencias en las líneas telefónicas por la sustracción de los tendidos comenzaron a las 10.00 horas, por lo que la sustracción tuvo que ser anterior a esa hora. Declara también que faltaban unos 400 metros de cable y que reconoce el cable intervenido a los acusados como el utilizado por Telefónica para sus instalaciones.

Hay una segunda declaración testifical que es la del *Mosso d'Esquadra* núm. 3 en la que mantiene que el día de autos formaba parte de un control policial que tenía como cometido la detección de ilícitos relacionados con la sustracción de cable de cobre; que a las 8.30 horas vio un coche azul circular en dirección al peaje y que sus ocupantes, al ver el coche de la policía se detuvieron, salieron del mismo y arrojaron algo que portaban en el maletero al arcén. Que entonces avisó a otra patrulla que estaba en el peaje para que se dirigieran allí a investigar lo sucedido, mientras algunos vehículos de particulares que se acercaban les confirmaban que lo que aquellos hombres estaban tirando al arcén era cableado de cobre. Por otro lado, cuando encontraron a los acusados estaban cubiertos de tierra y hierbas. El conjunto de indicios conduce al juez a entender que los acusados portaban en su vehículo el cable de cobre sustraído «que dicho cable es el utilizado por Telefónica en sus instalaciones telefónicas y que por su presentación había sido obtenido de un tendido telefónico mediante su corte, siendo este el correspondiente a la sustracción de cable sufrida (...), atendidas la corta distancia existente entre dicho lugar y la interceptación del vehículo de los acusados, la coincidencia horaria entre el hecho de la sustracción y dicha interceptación y la evidencia de que la mayoría de los acusados habían estado en el bosque poco antes de su detención como lo atestiguan los restos de tierras, ramas y hojas que portaban en sus ropas, pruebas, indicios y juicio de inferencia suficientes para vencer el constitucional derecho a la presunción de inocencia que asiste a los acusados»⁶⁸.

Pues bien, una vez expuestos los datos, resta valorarlos. Ya ha quedado dicho que la muestra jurisprudencial que se ha recogido se puede considerar escasamente representativa. Por otro lado, como ya ha quedado dicho, no se han analizado todas las sentencias de juzgados de lo penal, sino que ha habido una acotación temporal por mi parte y una selección de sentencias efectuada por las bases de datos que se han consultado. Por ello no se puede descartar que, merced al factor suer-

⁶⁸ *Op. cit.*, FJ 1.º El razonamiento llevado a cabo por el juez es abductivo, en el sentido de que la «mejor explicación» de lo sucedido supone concluir que los acusados son los autores del delito. Si partimos de la Regla «los autores del delito debían encontrarse cerca del lugar donde se produjo la sustracción, deberían llevar sus ropas con restos de tierra, ramas y hojas y, por último, se les debió ver arrojando algo al arcén, y que ese algo, resultó ser cable de cobre», caso: «los acusados se encontraban cerca del lugar donde se produjo la sustracción, llevaban sus ropas con restos de tierra, ramas y hojas y se les vio arrojando algo al arcén y que ese algo, resultó ser cable de cobre»; resultado: «los acusados son los autores del delito».

te, haya encontrado el trébol de cuatro hojas, es decir, justo el único conjunto de sentencias de las cuales, la mayoría, muestran una fundamentación fáctica correcta. De acuerdo con todo ello la conclusión es absolutamente provisional, a la espera de poder realizar un estudio exhaustivo de sentencias de juzgados de lo penal. Se ha concluido, provisionalmente, que un 73% de las sentencias muestran una justificación exhaustiva de la conclusión fáctica a la que llegan, incluyendo justificación interna y externa; en muchos casos con exposición de declaraciones testimoniales y periciales en su totalidad; constatando, en su caso, la existencia de incoherencias o contradicciones en tales declaraciones; explicitando la regla de inferencia que lleva a la determinación de las premisas, etc. En definitiva, en tales casos los jueces cumplen con su deber. Cierto es que en casi un 27% por ciento de los casos esto no es así. De ellos, hemos visto, que no hay discusión *inter partes* sobre la premisa fáctica en su mayoría, y en los que no hay una conformidad expresa, la prueba practicada da lugar a una versión incontrovertible de los hechos. Pero lo que es innegable es que no hay ni un solo caso de los deficitariamente fundamentados fácticamente que nos lleve a rasgarnos las vestiduras, porque hubiesen producido indefensión, por atentar gravemente contra un derecho digno de protección, etc., en definitiva, por condenar cuando resulta indubitado que se debería absolver o a la inversa.

El problema científico de partida, la escasa fundamentación de la premisa fáctica, es relevante y creo que resoluble pero mi propósito en esta sede es despertar la duda en relación con la primera R, la de «real», al menos sobre su carácter absoluto. Esta investigación concluye, por tanto, *a priori* y sin perjuicio de no poder asegurar que un estudio exhaustivo no conduzca a la conclusión contraria, rompiendo una lanza a favor de los jueces de lo penal de nuestro país, que dictan sentencias prolijas, fundamentadas extensamente (en ocasiones de hasta 50 páginas), que probablemente con ese nivel de dedicación cobrarán menos que otros jueces y magistrados y que encima sufren las críticas de la doctrina por su mal hacer.

Fecha de recepción: 31/03/2011. Fecha de aceptación: 08/10/2011.