

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PENAL SEGÚN LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA¹

Manuel Miranda Estrampes

Fiscal

Doctor en Derecho

Profesor de la Escuela Judicial (Barcelona)

dependiente del Consejo General del Poder Judicial

SUMARIO

I. Origen del sistema de libre valoración. II. Su desvirtuación: el principio de la íntima convicción. III. Significación actual. IV. Libre valoración de la prueba y motivación fáctica. V. Libre valoración y principio de inmediación. VI. Libre valoración y suficiencia de la prueba.

I. ORIGEN DEL SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN

El sistema de libre valoración de la prueba surge históricamente como reacción frente al sistema de la prueba legal o tasada característico del Antiguo Régimen. En esta época histórica el proceso penal se basaba en el modelo inquisitivo, en donde la oralidad estaba excluida, predominando el principio de escritura, y en donde, además, el mérito o valor probatorio de la prueba penal venía prefijado en la ley. El juez debía limitarse a atribuir al medio de prueba el valor predeterminado, de forma general y abstracta, en la norma. A diferencia de lo que pudiera inicialmente pensarse, este sistema de valoración no obedecía necesariamente a un paradigma irracionalista, pues lo que se pretendía era que el legislador plasmara en la norma máximas o reglas de la experiencia comúnmente aceptadas sin que los jueces pudieran prescindir de las mismas en su tarea valorativa, tratando de evitar todo atisbo de arbitrariedad. Además en su origen supuso un avance importante frente al modelo de las Ordalías o Juicios de Dios, sistema basado en la superstición de que todo dependía de la voluntad divina y en donde la inocencia del acusado se dejaba en manos exclusivas de la divinidad (por ejemplo, mediante la denominada prueba del fuego), manifestación evidente de irracionalidad probatoria². El sistema de prueba legal obedecía, por tanto, al paradigma racional existente en la época de

1. El presente trabajo tiene su origen en la conferencia pronunciada el día de 24 de octubre de 2004 en las dependencias de la Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, dentro de la Consultoría sobre La valoración de la prueba en el proceso penal, realizada en el marco del Proyecto de Fortalecimiento de la Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos existente entre La Cooperación Española y el Consejo Nacional de la Judicatura de la República de El Salvador.
2. IGARTUA SALVERRIA, J., Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1995, págs. 77-78, nos dice que "la prueba legal no era de por sí irracional. Desde un punto de vista jurídico, era, en primer lugar, la consecuencia lógica de un sistema procesal en el que el juez no tomaba contacto inmediato con las pruebas y, en segundo lugar, se convertía en un sistema idóneo para garantizar la objetividad y uniformidad de juicio contra la arbitrariedad del juez, lo cual se hacía necesario en situaciones —como aquéllas— en las que la organización judicial era caótica y el juez carecía a menudo de cultura adecuada y de formación técnico-jurídica. Y, desde un punto de vista gnoseológico, el sistema de prueba legal expresaba una metodología del conocimiento fundada en los apriorismos y abstracciones formales típicos del pensamiento tardo escolástico y aristotélico-tomista".

su aplicación, aunque es preciso reconocer, también, que estuvo sometido a múltiples degeneraciones.³

No obstante el sistema de la prueba legal presentaba dos puntos débiles: por un lado, que en algunas ocasiones los criterios de valoración utilizados por el legislador no eran, en realidad, auténticas reglas de la experiencia de aceptación generalizada. En segundo lugar, su plasmación en la norma producía de hecho un fenómeno de fosilización de la regla experiencial, de tal forma que esta perdía toda su significación probatoria al quedar caduca u obsoleta, sin ajustarse a las nuevas circunstancias de una sociedad en continua transformación y cuyo valores iban cambiando. Se dio lugar, además, a un fenómeno de cuantificación de la prueba.⁴ El juez acababa convirtiéndose en un autómata, limitado funcionalmente a trasladar el valor probatorio predeterminado en la norma a la sentencia al margen de su poder convictivo.⁵ Según señalaba CHIOVENDA en el sistema de prueba legal el legislador se sustituía al juez en la labor de valoración probatoria.⁶

2. SU DESVIRTUACIÓN: EL PRINCIPIO DE LA ÍNTIMA CONVICCIÓN

El sistema de libre valoración de la prueba en el proceso penal trata de ofrecer un modelo alternativo que se ajuste al nuevo paradigma racional surgido tras la Revolución Francesa de 1789. La nueva racionalidad surgida con el Iluminismo se extiende en todos los ámbitos de conocimiento y el proceso penal y especialmente la *questio facti* no podían quedar al margen de su influencia. Libre valoración y valoración racional de la prueba son dos conceptos que aparecen íntimamente unidos en su origen. El juzgador no puede prescindir de la lógica, de las reglas del raciocinio humano, de las máximas de la experiencia en su tarea de valoración probatoria. Sin embargo, esta idea inicial se desvirtúa al poco tiempo con la aparición del Jurado⁷ y la invocación de la íntima convicción o la apreciación en conciencia de la prueba. La fórmula empleada antes de que los jurados se retiraran a deliberar, introducida por las leyes revolucionarias francesas, es verdaderamente significativa de esta concepción: “La Ley no pide cuenta de los medios por los cuales (los jurados) se han formado una convicción; no les prescribe las reglas a las cuales deben atribuir en particular la plenitud y suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismos en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión

3. TARUFFO, M., La prueba de los hechos, Edit. Trotta, Madrid, 2002, págs. 388-390.

4. GIULIANI, A., Il concetto di prova. Contributo allá lógica giuridica, Giuffrè, Milano, 1971, pág. 184, hablaba de que la aritmética de las pruebas había sustituido al razonamiento (la cita puede verse en ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, Doga, nº 12, 1992, pág. 277).

5. SENTIS MELENDO, S., La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pág. 253, calificaba la prueba legal de sucedáneo de prueba.

6. CHIOVENDA, G., Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Edit. Reus, Madrid, 2000, págs. 296-297.

7. La doctrina ha puesto de manifiesto que la aparición de la institución del Jurado popular fue uno de los factores que históricamente desencadenaron la sustitución del sistema de prueba tasada por el de la libre valoración, motivado por la imposibilidad de que los Jueces legos conocieran las complejas reglas de valoración de la prueba establecidas por el legislador: DOSI E., Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale, Ed. Giuffrè, Milano, 1957, pág. 62 y ss. VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1984, pág. 454 y ss.

han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice tendréis por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideraréis suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tanto testigos o por tantos indicios; la ley les hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber; ¿tenéis una convicción íntima? ⁸. Fórmula de promesa muy similar, por cierto, a la que el actual CPP salvadoreño contempla en su art. 371⁹. Esta forma de entender el principio de libre valoración de la prueba se extendió, también, al enjuiciamiento por jueces y tribunales profesionales, y acabó propagándose a la mayoría de los sistemas procesales penales continentales europeos.

Esta forma de entender el principio de la libre valoración de la prueba dio lugar a una concepción extremadamente subjetivista y hasta cierto punto irracional, que daba cobertura y amparaba el arbitrio judicial¹⁰. El conjunto de reglas legales de prueba acaba siendo sustituido por el más absoluto “vacío de racionalidad” ¹¹. La conciencia, con sus contornos difusos, se erige en el único límite de la operación valorativa del juez. El modelo amparaba, además, la ausencia de toda obligación de motivación fáctica en las sentencias penales y, por tanto, la ausencia de todo control por parte de las instancias judiciales superiores y por la sociedad (control jurídico-democrático). No podía motivarse aquello que dependía exclusivamente de la intuición, de la irracionalidad. La libre valoración de la prueba se convirtió en una especie de “momento místico”, trufado de subjetivismo, y dio lugar a la instauración de un modelo predominantemente “intuitivista” frente a un modelo racional de apreciación de la prueba.¹² Se afirmaba que la facultad de valoración de la prueba correspondía exclusivamente a los Tribunales de instancia y dicha potestad era calificada de soberana, ilimitada, libérrima y omnímoda. Se llegó a propugnar, incluso, que dicha facultad soberana no estaba sujeta a regla alguna, ni siquiera a las reglas de la lógica.¹³ La declaración de hechos probados plasmada en la sentencia penal resultaba inatacable e intangible. El juicio fáctico quedaba a extramuros de todo intento de control por los tribunales superiores.

Desde esta concepción vemos como la valoración de la prueba se traduce en una simple declaración de voluntad, en un simple ejercicio

8. Vid. NOBILI, M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè Editore, Milano, pág. 147 y ss.

9. Dicho precepto afirma que “Inmediatamente después el juez requerirá su promesa en los siguientes términos: “¿Prometéis bajo vuestra palabra de honor examinar con la atención más escrupulosa los cargos que deben formularse contra el imputado N.N.; no traicionar los intereses del acusado ni los de la sociedad que lo acusa; no consultar con persona alguna la resolución que hayáis de pronunciar; no dejaros llevar por el odio, por la antipatía, por la malevolencia, por el temor ni por el afecto; decidir según los cargos y medios de defensa, siguiendo vuestra conciencia e íntima convicción, con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre probo y libre?”. La cursiva es nuestra.

10. WALTER, G., *Libre apreciación de la prueba*, trad. BANZHAF, Edit. Temis, Bogotá, 1985, págs. 76-77. DE LUCA, G., “Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 1992, págs. 1263 y ss.

11. TARUFFO, M., *La prueba...*, cit., pág. 397.

12. Como señala PATTI, S., “Libero convincimento e valutazione delle prove”, *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, 1985, pág. 489, el propio término francés *intime conviction* parecía aludir a un fenómeno de pura conciencia, favoreciendo de esta forma un poder del juez misterioso e inefable, no susceptible de análisis y control y, por tanto, impenetrable a todo tipo de averiguación o indagación.

13. Véase, por ejemplo, la S.T.S. español de 10 de febrero de 1978, interpretando el art. 741 LECrim. Dicho precepto declara que “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”.

de voluntarismo judicial, en definitiva, en una puerta abierta a la pura arbitrariedad o al subjetivismo más extremo.¹⁴ Incluso para la formación de esa convicción podía prescindirse de la prueba, pues lo fundamental era que el juez estuviera “convencido”. La siguiente frase resume perfectamente esta concepción irracionalista de la valoración de la prueba: “tu fallas como tu conciencia te lo diga, con la prueba de autos, sin la prueba de autos y aun contra la prueba de autos”.¹⁵ Lo único relevante era que el juzgador se encontrara “convencido en conciencia”, con independencia de si esa convicción se fundamentaba o no en las pruebas practicadas en el acto de la vista oral.

Esta concepción obedece, además, a un modelo procesal penal de corte autoritario y profundamente antidemocrático. Desde la óptica constitucional debe rechazarse la vigencia de dicho modelo pues, como hemos observado, ampara la arbitrariedad de las decisiones judiciales, siendo contraria a aquella norma que establece “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”¹⁶.

3. SIGNIFICACIÓN ACTUAL

Una concepción del principio de libre valoración de la prueba respetuosa con el modelo constitucional de proceso penal debe caracterizarse por las dos notas siguientes. Desde un aspecto negativo, la libre valoración implica la no sujeción a exigencias tasadas en los textos legislativos, esto es, en la ausencia de normas que predeterminen con carácter abstracto el mérito o valor de las pruebas.

Ahora bien, es posible que en algunas de nuestras actitudes o comportamientos procesales podamos detectar aun influencias del sistema de la prueba legal, reproduciendo esquemas que deberían haber quedado superados tras la abolición de dicho sistema en el proceso penal acusatorio. Por ejemplo, cuando aceptamos sin efectuar ningún análisis o valoración crítica los resultados de una prueba científica o pericial, convirtiéndola en una especie de prueba legal o tasada vinculante para el Tribunal y ajena a cualquier tipo de control.¹⁷

Incluso, a pesar de su plasmación en los textos procesales modernos, aun es posible encontrar reminiscencias del sistema de prueba tasada, como por ejemplo, la exigencia de indivisibilidad de la confesión

14. TARUFFO, M., La prueba..., cit., pág. 423, afirma que “Si un juez decidiese sobre el hecho afirmando que está iluminado por alguna divinidad o mediante una sesión de espiritismo, ello bastaría para excluir la racionalidad de la valoración de las pruebas. Este criterio es aparentemente banal, pero no lo es tanto si se tiene en cuenta la difusión de teorías que conducen a la valoración de la prueba a criterios como la intuición o la certeza moral: éstos son menos ridículos que la referencia a la sesión de espiritismo, pero no menos irracionales que ésta”.

15. COUTURE, E. J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Edit. Depalma, 3ª edición, Buenos Aires, 1988, págs. 273-275.

16. Vid. Art. 9.3 Constitución española de 1978.

17. El Juez no puede renunciar a efectuar un control crítico de los resultados aportados por la prueba científica. Vid., más ampliamente, TARUFFO, M., “Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice”, Rivista di Diritto e Procedura Civile, n.º 3, 2001. ANSANELLI, V., “Problemi di corretta utilizzazione della prova scientifica”, Rivista di Diritto e Procedura Civile, n.º 4, 2002.

judicial, contenida en el art. 221, párrafo segundo, CPP salvadoreño, que está en abierta contradicción con la afirmación contenida en el párrafo 1º de que la confesión podrá ser apreciada como prueba según las reglas de la sana crítica, lo que debe determinar su inaplicación práctica.¹⁸

Retomando la explicación acerca del significado de la libre valoración de la prueba, libertad no significa que pueda prescindirse de la prueba para formar la “convicción” del Tribunal. El Tribunal no puede fundamentar una declaración de culpabilidad en actos que no tengan la condición de “actos de prueba”, que además han de ser practicados en el acto del juicio oral, con absoluto respeto a las garantías procesales (publicidad, oralidad, inmediación y contradicción), salvo aquellas excepciones admitidas constitucionalmente: como los anticipos de prueba regulados en el art. 270 CPP salvadoreño.¹⁹

Desde una perspectiva positiva, la libertad de valoración no implica, tampoco, la inexistencia de reglas de valoración, sino precisamente la utilización de las reglas de la lógica y de las máximas de la experiencia (comunes o especializadas) en esta tarea valorativa, esto es, las reglas de la sana crítica, a las que se alude en algunos textos procesales penales (como por ejemplo, los arts 162 y 356 CPP salvadoreño)²⁰. Las máximas de la experiencia no están predeterminadas previamente por el legislador, como sucedía en el sistema de prueba tasada o legal, sino que son elegidas libremente por el juzgador. Utilización de máximas de la experiencia que el juzgador deberá exteriorizar en la motivación de las sentencias, para comprobar la racionalidad de la decisión judicial.

Debemos descartar, definitivamente, que valoración libre sea equivalente a valoración discrecional o arbitraria. Como dice TARUFFO el juez ha de ser libre en la valoración de la prueba, pero no puede ser libre de no observar una metodología racional en la fijación de los hechos controvertidos.²¹ El problema consistirá, como sigue diciendo este autor, en identificar estas reglas fuera y más allá de la disciplina normativa de las pruebas.

La valoración se traduce en un juicio de probabilidad de los resultados obtenidos de los diferentes medios de prueba practicados; y éstos deberán considerarse aceptables cuando su grado de probabilidad

18. En este sentido, CASADO PÉREZ, J. Mª. La prueba en el proceso penal salvadoreño, Edit. Lis, República del El Salvador, 2000, págs. 344-345, quien nos dice que la norma es una incorrecta transposición de la prevista para la confesión judicial en el proceso civil.

19. Los anticipos de prueba requieren que se respete, en todo caso, la garantía de contradicción, dando intervención a las partes.

20. El art. 162 en su último párrafo, declara que “Los jueces deben valorar las pruebas en las resoluciones respectivas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. Y el art. 356 afirma que “El tribunal apreciará las pruebas producidas durante la vista pública de un modo integral y según las reglas de la sana crítica”.

21. TARUFFO, M., “Libero convencimiento del giudice”, Enciclopedia Giuridica, Roma, 1990, pág. 2 (la cita puede verse en GASCÓN ABELLÁN, M., Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, pág. 161). También, IGARTUA SALAVERRIA, J., Valoración de la prueba..., cit., págs. 154-155.

se estime suficiente, según un modelo lógico-inductivo.²² Según este modelo la probabilidad de un enunciado se traduce en términos de grado de confirmación que los elementos de prueba le atribuyen. En el proceso penal el grado de confirmación que se alcance debe despejar cualquier atisbo de duda razonable, por exigencias de la presunción de inocencia, consagrada en las Constituciones nacionales²³ y en los textos internacionales de derechos fundamentales²⁴. Resulta muy descriptiva la fórmula anglosajona de que la culpabilidad debe quedar acreditada más allá de toda duda razonable (beyond any reasonable doubt).

4. LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y MOTIVACIÓN FÁCTICA

La libre valoración de la prueba exige, como consecuencia necesaria, la motivación fáctica de las sentencias penales. Esta debe entenderse no desde una concepción psicologista, como la descripción del iter o proceso/s mental/es seguidos por el juzgador para formar su convicción acerca de los hechos objeto del proceso, sino como la justificación de la decisión judicial. Es la cara externa de la valoración²⁵. La motivación se erige, así, en la justificación de la decisión previamente adoptada por el Tribunal u órgano sentenciador, y se traduce en la exteriorización de aquellas razones “razonables” (buenas razones)²⁶ que el órgano jurisdiccional ofrece para mostrar la corrección o aceptabilidad de su decisión.²⁷ En palabras de TARUFFO “la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable. La motivación es, pues, una justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión”²⁸. La distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación²⁹, elaborada en el campo de la epistemología, aplicada al ámbito de la valoración probatoria permite superar la concepción psicologista de la motivación. La valoración de la prueba comprendería dos procesos: uno decisional y otro justificatorio.³⁰

22. GASCÓN ABELLÁN, M., Los hechos..., cit., págs. 157-161. En esta misma línea, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Acerca de la motivación...”, cit., pág. 282. IGARTUA SALAVERRIA, J., La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 143, nos dice que la verdad judicial es sustancialmente probabilista.

23. Art. 12 Constitución salvadoreña, también, art. 4 Código Procesal Penal de El Salvador y art. 24.2 Constitución española de 1978.

24. Art. 11.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

25. Algunos autores hablan de “motivación-actividad” y de “motivación-producto”, la primera referida a las operaciones mentales de los jueces conducentes a la solución de un caso, a la decisión, la segunda usada para designar aquel segmento escrito de las sentencias en el que los jueces justifican sus decisiones: IGARTUA SALAVERRIA, J., Valoración de la prueba..., cit., págs. 180-181.

26. IGARTUA SALAVERRIA, J., Valoración de la prueba..., cit., pág. 182.

27. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia” *En Lenguaje Forense*, Estudios de Derecho Judicial, nº 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs 21 y ss. GASCÓN ABELLÁN, M., Los hechos..., cit., págs. 208 y ss.

28. TARUFFO, M., La prueba..., cit., pág. 435.

29. POPPER, K., La lógica de la investigación científica, Madrid, 1962, pág. 31.

30. IGARTUA SALAVERRIA, Valoración de la prueba..., cit., págs. 145-146, nos dice que “Concebir o descubrir una teoría, como decidirse por una solución ante una controversia jurídica, ni exige un análisis lógico ni quizás sea susceptible de él... En todo descubrimiento, al igual que en toda decisión, puede haber elementos irracionales cuyo proceso no obedece a un método ni se presta a una reconstrucción lógica. En cambio, el contexto de justificación es el espacio en el que no importa cómo se ha llegado a un descubrimiento o a una decisión sino cómo se justifica tal descubrimiento o tal decisión”.

La motivación entendida de esta forma actúa como “preservativo de la arbitrariedad” y como principal fuente de legitimidad del poder del juez en un sistema democrático.³¹

Sólo desde su concepción como justificación la motivación cumple las funciones que tienen asignadas, posibilitando no sólo el control técnico-jurídico de la decisión judicial mediante el sistema de recursos diseñado legalmente sino, también, como indica BAUDI ³², el control democrático o jurídico-social de la corrección de dicha decisión por parte de la sociedad, de la opinión pública. Actúa, también a modo de autocontrol, posibilitando que el propio “juez motivador” pueda detectar aquellas inconsistencias o contradicciones que pueda llegar a tener el razonamiento probatorio empleado, posibilitando su corrección y superación. Mediante la motivación se depura la decisión judicial de elementos irracionales o puramente emocionales.³³

La motivación fáctica entendida como justificación debe dar cuenta de las siguientes operaciones por parte del órgano sentenciador.³⁴

1ª. El juez debe identificar la fuente o fuentes de prueba utilizadas para sustentar el relato de hechos probados.

El principio de libre valoración presupone que lo que, efectivamente, se ha valorado tenga la condición de acto de prueba, descartándose la utilización probatoria de las denominadas diligencias sumariales o actos de investigación, salvo supuestos excepcionales (como por ejemplo, los casos de preconstitución probatoria o anticipo de prueba, como ya hemos indicado).

La indicación de las fuentes de prueba permitirá, también, que en instancias judiciales superiores (por ejemplo, en casación) se pueda controlar la propia licitud de los medios probatorios empleados, esto es, si la prueba practicada respeta los derechos fundamentales, como así se exige en el propio art. 15 CPP salvadoreño.³⁵

2ª. El juez debe reflejar el contenido objetivo de los diferentes

31. GASCÓN M., Los hechos..., cit., págs. 191-192 y 201.

32. BAUDI, A., La prova nel nuovo processo penale, Edizioni Simone, 1990, pág. 103.

33. GASCÓN ABELLÁN, M., Los hechos..., cit., pág. 197.

34. Sobre su articulación en la sentencia vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Carpintería de la sentencia penal (en materia de “hechos”)”, Poder Judicial, nº 49, 1998, págs. 419 y ss.

35. El párrafo 2º de dicho precepto señala que “No tendrán valor los elementos de prueba obtenidos en virtud de una información originada en un procedimiento o medio ilícito. No obstante lo dispuesto en el presente inciso, cuando los elementos de prueba hayan sido obtenidos de buena fe, por hallazgo inevitable o por la existencia de una fuente independiente, podrán ser valorados por el Juez aplicando las reglas de la sana crítica”. El contenido del precepto tiene una clara influencia de la jurisprudencia norteamericana elaborada por el Tribunal Supremo Federal sobre la exclusionary rule, pero, por un lado, no ofrece criterios para determinar el significado de cada una de las excepciones que menciona, y, por otro lado, carece de sistemática colocando en el mismo nivel lo que en realidad son excepciones al reconocimiento de eficacia refleja de la prueba ilícita (la famosa doctrina de los frutos del árbol envenenado), como son la referencia al hallazgo inevitable y a la fuente independiente, y lo que constituye una verdadera excepción a la aplicación de la propia regla de exclusión (excepción de buena fe). Un análisis exhaustivo y riguroso de la exclusionary rule puede verse en FIDALGO GALLARDO, C., Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

medios de prueba practicados, lo que permite constatar su significación o potencialidad incriminatoria.

Estas dos primeras operaciones integrarían lo que podríamos denominar fase descriptiva, que comprende la identificación y descripción de las pruebas que van a ser objeto de valoración.

El cumplimiento de dichas exigencias permite no sólo controlar la licitud de las pruebas, sino, también, controlar si se han introducido pruebas que no constan en las actas del proceso o si se altera una prueba (por ejemplo, poniendo en boca del testigo lo que en realidad no dijo), o si se omite una prueba decisiva.

No obstante, esta fase descriptiva no debe agotar el contenido de la motivación entendida como justificación.

3ª. El juez debe explicar, también, cómo se conectan dichas pruebas con el hecho a probar, para lo cual deberá utilizar las máximas de la experiencia (las reglas de la sana crítica), que a su vez deberá identificar en la motivación. En otras palabras, el juez deberá explicitar el razonamiento inferencial utilizado, dando cuenta de las máximas de experiencia empleadas para justificar su decisión. Estamos dentro de la fase valorativa estricto sensu, que exige del empleo de un método o estilo analítico. Así, deberá efectuar, en primer lugar, una valoración individualizada o singularizada de las diferentes fuentes de prueba a los efectos de determinar su fiabilidad o atendibilidad y, en segundo lugar, deberá complementar dicha operación con una valoración conjunta de todas ellas, con la finalidad de constatar el grado de probabilidad (plausibilidad) de una determinada hipótesis fáctica³⁶ Creemos que a este método analítico se refiere el art. 356 CPP salvadoreño cuando exige que la apreciación de las pruebas se realice de un “modo integral”. Término que también puede entenderse referido al necesario carácter contradictorio de la valoración. El juez debe valorar la totalidad de las pruebas practicadas, tanto las de cargo como las de descargo, pues es una exigencia derivada del derecho a la prueba³⁷. El juez no puede sustraer determinadas pruebas de su tarea valorativa y, además, debe dar cuenta de su resultado en la sentencia a través de la motivación, sin omisiones ni lagunas en el análisis de la totalidad del cuadro probatorio ante el que se enfrenta.

La necesaria conexión entre libre valoración y motivación fáctica no depende de la condición del órgano juzgador, esto es, de si el enjuiciamiento se realiza por jueces profesionales o por el Jurado. A este último deberá exigírsele, también, que motive el veredicto, indicando cuales han sido los elementos probatorios utilizados (las fuentes de prueba) y

36. Más ampliamente en IGARTUA SALAVERRIA, La motivación..., cit., págs. 151 y ss.

37. IGARTUA SALAVERRIA, J., La motivación..., cit., pág. 161, afirma que el derecho a la prueba se desglosa en dos derechos: el derecho a que sean admitidas las pruebas pertinentes y el derecho a que esas sean valoradas (extremo no garantizado en una sentencia que omite su examen).

explicando las “razones” que fundamentan su decisión³⁸. El veredicto monosilábico (sí o no) resulta profundamente inconstitucional, en cuanto que no se ajusta a las exigencias que derivan del reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y es contrario al derecho a un proceso debido³⁹. La conexión entre motivación y proceso debido ha sido destacada por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).⁴⁰ Incluso desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia se puede afirmar que toda omisión de motivación fáctica conlleva su vulneración. Como apunta la STCE 249/2000 “si tras la consagración constitucional de la presunción de inocencia, toda condena ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la sentencia. El déficit de motivación que se aduce supondría, por sí mismo, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia...”⁴¹ A esta misma conclusión debe llegarse para el caso de enjuiciamiento ante Jurados. La referencia que el art. 371 CPP salvadoreño hace a la conciencia e íntima convicción en el momento de requerir la promesa, es una reminiscencia del principio de la íntima convicción plasmada en las leyes revolucionarias francesas, que dieron lugar, como hemos visto, a una concepción irracionalista de la libre valoración probatoria. Implícitamente parece que se está reconociendo la existencia de dos modelos de valoración de la prueba penal, uno racional y otro que posibilita la utilización de un método irracional, pues no da cuenta de las razones que justifican la decisión y se excluye todo tipo de control de la valoración de la prueba. Estimamos que es posible superar esta interpretación, pues a la luz de la regulación contenida en los arts. 366 y ss. CPP salvadoreño nada impediría que el veredicto del jurado fuera motivado, pues en ningún precepto se prohíbe tal exigencia, que como hemos dicho viene impuesta por normas constitucionales (proceso debido).

La ausencia de motivación se produce no sólo en aquellos supuestos en que la sentencia no incorpora o no contiene ninguna motivación, siendo sustituida por fórmulas rituarialmente carentes de significado (ausencia total de motivación), sino también cuando la motivación empleada carece de verdadero contenido justificativo, limitándose a efectuar una remisión a los diferentes elementos de prueba practicados en el proceso, pero sin dar ningún tipo de explicación acerca de su valor tal como exige el art. 130 CPP salvadoreño, ni identifica los criterios de valoración o las máximas de experiencia utilizadas, efectuando una pura labor descriptiva. También existirá un déficit de motivación en todos aquellos supuestos en que resulte contradictoria, utilizando argumentos que chocan entre sí, o cuando no se respetan las reglas de la lógica o de la ciencia o experiencia común

38. El art. 61.1, apartado d) de la Ley del Jurado española de 1995, exige que el acta de votación del jurado contenga “una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”.

39. Vid. art. 12 Constitución salvadoreña.

40. STEDH caso HIRVISAARI contra Finlandia, de 27 septiembre 2001.

41. En la misma línea, STCE 144/2002.

(motivación contradictoria). Por último, también deben repudiarse los supuestos de insuficiencia de la motivación, como sucede en los casos en que el tribunal no valora la totalidad del cuadro probatorio (motivación insuficiente). Todos estas manifestaciones patológicas tienen encaje en el art. 362.4 CPP salvadoreño⁴², como motivos de casación, y, por lo tanto, posibilitan el control casacional de la valoración probatoria, no sólo en su vertiente de control de la estructura racional de la prueba, sino, también, su propia suficiencia.

5. LIBRE VALORACIÓN Y PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

También hay que advertir frente a una concepción subjetivista del principio de inmediación, utilizada frecuentemente en la práctica forense para fundamentar la ausencia de verdadera justificación de las decisiones judiciales. Se apela, así, a la inmediación para otorgar plena eficacia probatoria a las pruebas practicadas pero sin dar cuenta de las razones que sustentan su fiabilidad. Se alude a las impresiones obtenidas por el Juez del contacto directo con la prueba, como elementos paralingüísticos (el comportamiento del testigo, sus gestos, su mirada, el tono de voz, etc...), como criterios de valoración que servirían para fundar la íntima convicción del Tribunal. En realidad, se trata de factores emocionales o arracionales, en terminología empleada por GASCÓN ABELLÁN⁴³, que carecen de la adecuada capacidad e idoneidad para integrar la justificación de una decisión judicial. En otras palabras, tales impresiones no puede ser invocadas como “buenas razones” de la decisión judicial. Todo aquello que no puede ser comunicado o verbalizado no puede ser tenido en cuenta como justificación⁴⁴.

Contrariamente a lo que tradicionalmente se viene sosteniendo, la inmediación, como la exigencia de relación “in-mediata” o directa, sin intermediarios, entre el Juez y las fuentes originarias de prueba, no es un método para el convencimiento del juez, esto es, un método de valoración probatoria, sino una técnica para la formación de las pruebas⁴⁵. Un método de captación de datos efectivamente observables y constatables para su posterior valoración racional⁴⁶. Esta concepción de la inmediación posibilita el control de la valoración probatoria por parte de las instancias judiciales

42. Dicho precepto menciona entre los defectos de la sentencia que habilitan la casación “Que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice, como fundamentación, el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo”.

43. GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos...*, cit., pág. 197.

44. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “ÉLa argumentación probatoria...”, cit., págs. 28-29.

45. IACOVIELLO, F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pág. 151. IGARTUA SALAVERRIA, J., *La motivación...*, cit., pág. 177.

46. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “ESobre el valor de la inmediación (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, nº 46, pág. 59.

superiores, incluso en sede casacional⁴⁷. Por el contrario, entendida como una forma de percepción íntima de un lenguaje gestual, mediante el cual se obtienen datos incommunicables, se convierte en una suerte de blindaje y en una vía de escape del deber constitucional de motivar las decisiones judiciales.⁴⁸

6. LIBRE VALORACIÓN Y SUFICIENCIA DE LA PRUEBA

La libertad de valoración no impide, en principio, que la jurisprudencia o incluso la propia norma pueda establecer determinadas reglas de utilización de la prueba así como de suficiencia probatoria. Así, por ejemplo, el TCE condiciona la utilización de los testimonios de referencia o de oídas como prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia al cumplimiento de una serie de requisitos, en línea con la prohibición del testimonio de referencia en el modelo anglosajón.⁴⁹ Entre estos requisitos debemos mencionar que su admisibilidad está limitada a aquellas situaciones de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que le otorga un carácter excepcional (por ejemplo, fallecimiento, enfermedad grave....)⁵⁰ La sustitución del testigo directo por el testigo referencial sin causa legítima que justificase la inasistencia del primero al acto del juicio oral sería contrario a la exigencia de contradicción plasmada en el art. 8.2.f) del Pacto de San José de Costa Rica.⁵¹ También, la lectura de determinadas actas puede actuar como testimonio referencial (escrito), impidiendo que el Tribunal entre en contacto directo con la fuente de prueba originaria, lo que implica una vulneración de la inmediación. Ello debería llevar a una reinterpretación constitucional del contenido del art. 330 CPP salvadoreño, que autoriza la introducción mediante lectura en el juicio oral de determinadas actuaciones procesales con eficacia probatoria, sin respetar la garantía de inmediación y contradicción.

En todo caso, en aquellos supuestos excepcionales en que se admita su utilización, el testigo referencial deberá ser sometido al interrogatorio cruzado de las partes, para garantizar la contradicción.

47. IGARTUA SALAVERRIA, J., Valoración de la prueba..., cit., pág. 162, nos dice que "Cae de su peso que la casación que no ha visto ni oído, no está en disposición, por ello mismo, de enmendar la plana al tribunal de instancia en lo que éste sí ha visto y oído. Efectivamente, sólo el juez de instancia está capacitado para determinar si el procesado ha respondido "sí" o "no"; si contesta o se evade; si balbucea o responde con firmeza y seguridad.... Pero ahí concluyen los beneficios de la inmediación. Lo que el juez infiera a partir del contacto directo con las pruebas pertenece ya a la esfera de la razón (no de la percepción). Por ejemplo, si, en el juicio oral, el encausado se desdice de lo declarado anteriormente en la instrucción, el juez deberá ponderar esas dos declaraciones en base a máximas de experiencia. Ahora bien, juzgar sobre la idoneidad y la correcta aplicación de las citadas máximas está al alcance incluso de quienes no han asistido a la vista..."

48. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Sobre el valor...", cit., pág. 59. A propósito del control casacional ya afirmábamos que "Este tipo de control se frustra en los casos en que el juzgador se refugia en el principio de inmediación para justificar su convicción y, por consiguiente, la ausencia de motivación de la sentencia. Debe desterrarse definitivamente de la práctica de nuestros tribunales la utilización del principio de inmediación como coartada para justificar la ausencia total de motivación imposibilitando, de esta forma, todo control ulterior del razonamiento probatorio: vid., nuestro trabajo La mínima actividad probatoria en el proceso penal, J. M^º Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 605..."

49. En las Federal Rules of Evidence del Derecho norteamericano rige como regla general la prohibición de utilización del testimonio referencial (Rule 802. Hearsay Rule), aunque están previstas, también, una serie de excepciones (Rules 803 y 804). La regla general se formula en términos amplios: "es inadmisibles para probar el hecho declarado toda manifestación (oral, escrita o de otro modo reproducida) distinta de la prestada por el testigo directo cuando declara ante el tribunal durante el juicio oral": vid. VERGER GRAU, J., "«La técnica de las pruebas orales como presupuesto de eficacia del juicio acusatorio», Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, n^º 1, 2003, pág. 12.

50. Vid., entre otras, SSTCE 217/1989, 209/2001, 68/2002, 219/2002, 41/2003.

51. Vid., también, arts. 14.3.e) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

Esta misma exigencia debe predicarse de la utilización como prueba de las declaraciones de los coimputados, sin que pueda sustituirse su presencia en el acto de la vista oral por la lectura de sus anteriores declaraciones, salvo en los supuestos de imposibilidad de reproducción de la declaración. El cumplimiento de la garantía de contradicción actúa como condición mínima de admisibilidad de dicha prueba, tal como resulta de la doctrina elaborada por el TEDH⁵². Doctrina que debe ser utilizada, también, para adecuar constitucionalmente la previsión contenida en el art. 330.3 CPP salvadoreño, que autoriza la introducción en el juicio oral mediante lectura de las declaraciones de coimputados rebeldes o ya sentenciados, cuando aparecen como partícipes del delito que se investiga u otro conexo.

En ambos casos, tanto la declaración de los coimputados como los testimonios de referencia son pruebas insuficientes, por sí mismas, para destruir la presunción de inocencia. En ambos tipos de pruebas, el TCE viene exigiendo la presencia de otros elementos probatorios que corroboren su credibilidad como condición necesaria para proceder a su valoración. Su aptitud incriminatoria exige, por tanto, de la concurrencia de otros elementos periféricos (corroborative evidence)⁵³. Incluso, en los últimos tiempos, el TCE ha dado un paso más y ha declarado la insuficiencia de la declaración de coimputados como prueba de cargo idónea para destruir la presunción de inocencia, exigiendo como requisito adicional que esa mínima corroboración periférica acredite y conforme la participación del coimputado en los hechos.⁵⁴ Esta última doctrina, muy discutible, ha acabado neutralizando la condición de la declaración de los coimputados como prueba de cargo válida y suficiente para destruir la presunción de inocencia.

También en el ámbito de la denominada prueba indiciaria el TCE viene exigiendo el cumplimiento de una serie de requisitos que le doten de la aptitud suficiente para destruir la presunción de inocencia. CASADO PÉREZ nos dice que si bien el Código Procesal Penal salvadoreño no hace mención alguna a la prueba de indicios su validez procesal estaría implícita en la fórmula de la sana crítica de la que forman parte las leyes de la lógica.⁵⁵ Se exige que los indicios que concurren sean múltiples y que resulten plenamente acreditados; que el enlace entre la afirmación-

52. STEDH caso LUCÁ contra Italia, de 27 mayo 2001. Un comentario a dicha sentencia puede consultarse en mi trabajo "Las declaraciones de los coimputados y las garantías del art. 6.3.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STEDH caso LUCÁ vs Italia, de 27 de mayo de 2001)", Revista de Derecho Penal, nº 6, mayo 2002, págs. 107 y ss.

53. Vid. SSTCE 219/2002, 41/2003, 146/2003, en relación con los testigos de referencia, y SSTCE 72/2001 y 2/2002, 57/2002, 125/2002, 25/2003, 65/2003, 190/2003, en relación con la declaración de coimputados. Una norma muy similar se contiene en el art. 192, párrafo 3º, CPP italiano, que declara que "le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità". Previsión normativa que ha sido objeto de crítica por parte de un sector de la doctrina, al estimar que el legislador ha invadido el espacio de valoración de la prueba reservado a los órganos jurisdiccionales: FERRUA, P., "Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove", Questione Giustizia, nº 3, 1998, págs. 597 y ss.

54. Vid. SSTCE 181/2002, 207/2002. Un comentario a esta última sentencia puede consultarse en ECHARRI CASI, F. J., "La 'prueba' de la prueba. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/2002, de 11 de noviembre", La Ley, núm. 5710, 3 febrero 2003.

55. CASADO PÉREZ, J. Mª, La prueba..., cit., págs. 169-170. También en AA.VV., Derecho Procesal Penal salvadoreño, Ediciones Justicia de Paz, El Salvador, 2000, págs. 444 y ss.

base y la afirmación-consecuencia se ajuste a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia.⁵⁶ En este contexto el TCE ha tenido ocasión de pronunciarse, en múltiples ocasiones, sobre las insuficiencias de las inferencias probatorias de los Tribunales de instancia, debido a su falta de conclusividad, por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia.⁵⁷ Por último, se exige que el Tribunal sentenciador explicita en la sentencia el razonamiento utilizado, a los efectos de poder controlar la solidez de la inferencia desde una doble perspectiva: a) desde el canon de su lógica o coherencia, y b) desde la suficiencia o grado de debilidad o apertura de la misma, esto es, la tasa de apertura o de conclusividad del hecho inferido⁵⁸. Control que es posible realizar en sede casacional sin que ello suponga una nueva valoración de la prueba y sin que la inmediación pueda utilizarse como coartada u obstáculo a su viabilidad, pues nada tiene que ver en esta materia. Ahora bien, como indica el Tribunal Supremo español (TSE) no se trata de constatar que la conclusión alcanzada por la Sala sentenciadora sea la única posible, sino que sea, en sí misma, razonable, aunque quepan otras, ya que en otro caso se entraría en la valoración de la prueba⁵⁹. En el modelo casacional salvadoreño este control puede instrumentalizarse por la vía del art. 362.4 CPP, por inobservancia en el fallo de las reglas de la sana crítica. La estimación del vicio casacional debería dar lugar, en estos casos, a la revocación del pronunciamiento condenatorio por vulneración de la presunción de inocencia.

Incluso el porqué se cree a un testigo o el porqué se descarta su testimonio ya no puede convertirse en un mero ejercicio de decisionismo judicial no controlable, por lo que la aplicación de las máximas de experiencia empleadas para efectuar dicha inferencia pueden y deben ser objeto del oportuno control judicial en sede casacional por la misma vía antes indicada.

56. Vid. SSTCE 111/1990, 220/1998, 17/2002, 109/2002, 178/2002, 180/2002.

57. Por ejemplo, la simple ocupación de efectos en poder del acusado no es suficiente para concluir que el mismo fue le autor de la sustracción: STCE 105/1988. La simple titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca no es suficiente para imputar la autoría de dicha conducta: STCE 45/1997. La participación del acusado en una operación de tráfico de drogas no puede inferirse, tampoco, del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba a recoger allí la droga: STCE 157/1998.

58. SSTCE 220/1998, 135/2003.

59. Vid. STSE (Sala 2ª) 5 febrero 2002.