

ALGUNOS TÓPICOS INSIDIOSOS EN MENOSCABO DE LA ARGUMENTACIÓN FÁCTICA (Y DE SU CONTROL)

Juan IGARTUA SALAVERRÍA

Universidad del País Vasco

Introducción

Entre las circunstancias que me empujan a centrarme en este tema está la historia de un caso judicial italiano (el de la trágica y brutal muerte de la estudiante británica Meredith Kercher en la ciudad italiana de Perugia) cuyo itinerario procesal fue, por largo y enrevesado, de los que llaman la atención¹. En primera instancia, se ocupó de él la *Corte d'assise* (tribunal escabinado) de Perugia, juicio que concluyó con una sentencia condenatoria. Recurrida la resolución, entró en escena la *Corte d'assise d'appello*, también de Perugia y que emitió una sentencia absolutoria por entender que a eso obligaba el estándar de la "duda razonable". El posterior recurso en casación, examinado por la *Sezione I* de la *Corte di cassazione* se saldó con la anulación de la sentencia absolutoria (porque la "duda" no estaba razonablemente justificada) y la remisión del caso, para un nuevo juicio de apelación, ante un tribunal diferente: en concreto la *Corte d'assise d'appello* de Firenze, la cual confirmó la primera condena (incluso agravándola). Finalmente, los condenados acudieron ante la *Corte di cassazione*, cuya *Sezione V* acordó anular la sentencia precedente y absolver definitivamente a los procesados (por mor de la "duda razonable").

Raramente solemos tropezar con ilustraciones jurisprudenciales -que funcionen al estilo de un *carrefour* o punto de confluencia de muy variadas y centrales problemáticas- tan ricas como la que en esta ocasión nos proporciona el conflictivo periplo de un mismo caso.

¹ Ya me hice cargo de él, si bien antes de su cierre definitivo, en "Prueba indiciaria y duda razonable. A propósito de un caso judicial", XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2015.

Por limitarme a las tres más salientes, está -para empezar- la diferencia entre lo que de verdad cuenta (el razonamiento) y lo que nos cuentan (la incertidumbre del juzgador) en torno a la "duda razonable", ya que en sendas ocasiones la Corte de casación italiana anuló las sentencias recurridas: una, pese a que el tribunal *a quo* expresara su *duda* sobre la culpabilidad de los acusados (pero indebidamente razonada, entendía la Sección I de la Corte suprema); y la otra en contra de la *certeza* manifestada por el tribunal de apelación (porque éste dejaba espacio razonable para la *duda*, según replicaba la Sección V del órgano casacional).

En conexión con lo recién apuntado, aflora una segunda lección apta para revolvernos contra una idea ambiental generosamente expandida (pese a su más que discutible fundamento, pienso) en nuestros repertorios de jurisprudencia, cual es: la de la tolerancia hacia motivaciones -comparativamente- menos rigurosas cuando de sentencias absolutorias se trate; postura frontalmente contrapuesta a la indistinta severidad con que la casación italiana ha controlado el respectivo razonamiento en resoluciones de signo opuesto (o sea, tanto de absolución como de condena).

Y en tercer lugar, también enlazando con lo precedente, despunta la invitación a revisar la holgada retícula del cedazo que exhibe nuestra casación penal en orden a controlar el razonamiento probatorio de las absoluciones (que sólo reacciona ante vicios extremos como son los "errores patentes" o argumentos de "absoluta irracionalidad") sin justificar por qué su control no debe ajustarse a estándares argumentativos más exigentes; es decir, a los mismos que habrían de respetar los tribunales de instancia en sus motivaciones.

En resumen, estimo que los azarosos avatares de la aventura procesal mencionada nos invitan a cuestionar un manojito de tópicos, instalados sin ningún sobresalto en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, y referidos a la *motivación fáctica* de *sentencias absolutorias* basadas en una *duda razonable* (he de precisar que unos han prosperado al calor de la especificidad del *resultado* -o sea, de la *absolución*- y otros se deben a la

peculiaridad del *motivo* -es decir, a la *duda*- que está en el origen de la decisión absoluta).

1. Un extraviante "quid pro quo"

O un curioso uso del argumento "a contrario" con una mentada a lo que aquí no tocaría: la "motivación reforzada". Cuestión de paciencia, por tanto.

Es multicolor el abanico de supuestos que -se dice- incorporan el requisito de la "motivación reforzada"², por lo cual habré de meter la tijera para seleccionar el que aquí toca.

A. Que yo sepa, en España correspondió al Tribunal Constitucional (TC) la iniciativa de introducir en nuestros usos lingüísticos estandarizados la locución "motivación reforzada" (o, con más exactitud, "canon reforzado de motivación"), la cual sin embargo es más equívoca de lo que aparenta.

De entrada, recordaré que el marco en el que se perfila la citada expresión sería -por lo que ahora concierne- éste: cuando el juez aplica la ley ordinaria, el derecho (del justiciable) a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Const.) obliga al juzgador a motivar su resolución; y "si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental, el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso" (STC 292/2005). O más ceñidamente al tema que aquí interesa: "Por lo que se refiere a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal ha establecido un canon más riguroso cuando, tratándose de sentencias penales condenatorias, el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal" (STC 108/2005). O para terminar de reducir la holgura restante, pues "el derecho a la libertad personal" comprende un variado contenido (prescripción, medidas cautelares, etc.), el TC ha reparado con insistencia en aquellas situaciones donde se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial con apoyo

² Cfr. T.-J. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011; pp. 232-234.

en pruebas indiciarias, subrayando que "el derecho a la presunción de inocencia, como regla de juicio, comporta el de no ser condenado si no es en virtud de pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías a través de las cuales puedan considerarse acreditados, de forma no irrazonable, todos los elementos fácticos del hecho punible(...) y la intervención del acusado en el mismo"; y agregando que "este Tribunal ha admitido reiteradamente la eficacia de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia rechazando tan sólo las inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas, en las que caben tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STC 76/2007).

Pues bien, el correcto entendimiento de este mensaje demanda una pequeña contextualización. Partiendo de la "deferencia" que el TC dispensa al Poder Judicial, cuando en un recurso de amparo se alega que un tribunal ordinario ha vulnerado algún derecho de los comprendidos en el art.24.1 de la Constitución, el TC somete la sentencia recurrida a un test de razonabilidad que se sustancia en un *control meramente externo*³, evitando todo análisis sobre la corrección jurídica de la resolución judicial y, por tanto, no anulando resoluciones por desacuerdos jurídicos sobre la selección o interpretación o aplicación de la ley, dado que tal cometido corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, y el mencionado art. 24.1 no incluye derecho alguno al acierto o corrección de las decisiones judiciales. En consecuencia, el TC se limitará a controlar si la aplicación de la ley es arbitraria o irrazonada o irrazonable, "no pudiendo considerarse razonadas ni razonables aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas"

³ Cfr. J. MERCADER UGUINA, "Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y 'canon reforzado' de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, n° 73; p. 129.

(STC 14/1999). Ahora bien, si entra en escena la potencial vulneración de un derecho fundamental, ya no bastará la simple evaluación de la razonabilidad de la decisión judicial (en los términos precedentes) sino será necesario examinar si ésa vulnera o no el derecho fundamental alegado. En efecto, pueden darse "resoluciones judiciales que no infrinjan el derecho proclamado en el art. 24.1 CE, pese a su parquedad, por contener una fundamentación que exprese razones (de hecho y de derecho) en virtud de las cuales el órgano judicial acuerda una determinada medida, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, como los aquí en juego, no expresen de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas" ; y en tal caso el TC no puede ni debe "limitarse a comprobar que los órganos judiciales efectuaron una interpretación de los derechos en juego, y que ésta no fue irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea"; de modo que, cuando se alega la vulneración de un derecho fundamental, "el test de razonabilidad que este Tribunal aplica a los derechos del art.24 CE queda absorbido por el *canon propio* de aquel derecho" (STC 14/2002).

B. De lo que se infiere que, en esta segunda hipótesis, es el *control* del TC (*no la motivación* de la sentencia recurrida) el que deja de ser *meramente externo* (sin entrometerse en el acierto de la resolución) para convertirse en *reforzado* (fiscalizando las razones justificativas de la decisión impugnada). Lo cual de ningún modo implica que la motivación pase *pari pasu* de externa a reforzada; porque la motivación de una sentencia -aun sin derechos fundamentales de por medio- no está hecha a la medida del mínimo control externo ideado por el TC⁴, sino que debe ajustarse a las pautas (explícitas e implícitas) bastante más exigentes que al respecto han sido prescritas por la legislación procesal. Con

⁴ Y de ninguna manera está contenido en el art. 24 CE, como parece desprenderse de lo que dice el magistrado F. SALINAS MOLINA (de la Sala 4ª TS) al escribir que: "debe recordarse la exigencia constitucional de 'motivación reforzada' de las resoluciones judiciales cuando afectan a derechos fundamentales o libertades públicas (art. 24 CE...)" ("Visión judicial de la reforma laboral", ponencia en las XXIV Jornades Catalanes de Dret Social, 21 y 22 de febrero de 2013; p. 19).

razón alguien subrayó (aunque en otro país y en diferente contexto) que es preciso distinguir entre, por un lado, la obligación (legal) de motivar las sentencias y las consecuencias que deben derivar de su violación, y, por el otro, los circunscritos motivos de un peculiar tipo de recurso y la específica posición institucional del tribunal que ha de resolverlo⁵.

C. Dando un paso más, se supone que, cuando algo debe reforzarse, haya que comenzar tomando buena nota de la "habitualidad" o "normalidad" de aquello que requiere refuerzo. Sin embargo, nada de eso se ha hecho; la jurisprudencia del TC no ha elaborado ningún modelo de motivación "normalizada", a no ser que tomemos por tal la superlativa vaguedad de que aquélla es "una garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad de los poderes públicos" (SSTC 199/2000 y 169/2004). La voluntaria imprecisión del TC obedece -intuyo- a que este asunto no es materia constitucional (por tanto tampoco suya) sino de legalidad ordinaria.

Ahora bien, tal indefinición sirve luego como maniobra de distracción para que el TS -cuando no se interfiere la presunción de inocencia- pueda legitimar cualquier motivación "debilitada". Sorpresivamente, el TS invoca más a menudo la "motivación reforzada" en situaciones donde ésta quedaría fuera de lugar (es decir, ante sentencias absolutorias) que allí donde sería pertinente recordarla (o sea, ante sentencias condenatorias). Algo oscuro pretende entonces. Es decir, ante una absolución impugnada por falta de la debida motivación, el TS acostumbra a salir por la tangente rayando el disco de tanto ponerlo. Dirá que: a diferencia del derecho a la presunción de inocencia que asiste al acusado, "no existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el

⁵ G. MONTELEONE, "Il controllo della Corte Suprema sulla motivazione delle sentenze. Evoluzione storica", *Rivista di diritto processuale*, 2015, núms. 4-5; p. 872.

hecho que se relata”, bastando “señalar que en el ejercicio de su función (el órgano jurisdiccional) no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda” (por todas, la STS 652/2014).

Obsérvese que son palabras calcadas de las ya dichas por el TC. Lo malo es que el TS olvida que sus resoluciones son también terreno de emersión para cuestiones cuyo gobierno debe gestionarlo él directamente y no por delegación (del TC). Me refiero a la cantidad de las encapsuladas en la legislación procesal; y de algunas de las cuales -añado- el TS se escaquea sin disimulo. En efecto, existen en nuestras leyes procesales indicaciones lo bastante precisas acerca de cómo deben motivarse las resoluciones judiciales. A tal efecto están, por ejemplo, el art. 61.1 de la Ley del Jurado⁶ (en lo tocante al veredicto) y el art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷, de uso no sólo en ese específico ámbito sino en cualquier otro, por razón de su aplicabilidad supletoria al resto de órdenes jurisdiccionales (según proclama su art.4⁸). Pues bien, digámoslo alto y claro: en ninguna de ambas disposiciones (ni en cualquier otra) se vislumbra un trato discriminatorio entre las sentencias según su distinto color (de condena o de absolución).

D. Y si tuviera sentido -que a veces lo tiene- imponer un régimen más exigente de motivación, ése se justificaría por razones diversas a la recién invocada por el TS, incluso contra ella. Por ejemplo, y posando la mirada en Italia como al comienzo, ya me gustaría conocer qué cara ponen los magistrados de nuestro

⁶ El acta de la votación del jurado dará cabida a: “Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: ‘Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes...’. Este apartado contendrá una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados”.

⁷ Cuyo tenor literal es: “Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.

⁸ Circunstancia oportunamente recordada por C. DE MIRANDA VÁZQUEZ, “La motivación del juicio de hecho: un poco de luz en un mar de sombras”, *Justicia*, 2015, n° 2; p. 273.

TS al saber que sus colegas de la *Corte di Cassazione* (que en nada desmerecen de aquéllos) exigen -sin ninguna imposición legislativa expresa- una "motivación reforzada" para aquella sentencia *absolutoria* que, en apelación, revoque la condena en primera instancia⁹ (o sea, no sólo ante la eventualidad inversa, con la que en España sí estamos familiarizados).

2. ¿Antinomia axiológica?

Al hilo de lo apuntado en el apartado precedente, comparece ahora un tópico estrechamente emparentado con el anterior, o quizás se trate del mismo aunque con atuendo algo diverso.

Si bien nuestro TS jamás lo ha dicho, quizás cupiera sospechar que éste maneja la "técnica" interpretativa de la *disociación*¹⁰, apta para *distinguir* (atendiendo a los desiguales intereses en juego) allí donde la ley *no distingue* (y encima con una literalidad que parecería terminante). Con menos bruma: digan lo que digan o callen lo que callen las palabras de la ley, razonablemente no cabe disciplinar de manera uniforme la motivación de las sentencias ante dos situaciones tan dispares como, por un lado, la de aquellas que comprometen el derecho fundamental a la presunción de inocencia (del acusado) y, por el otro, la de aquéllas en las que el acusador carece de todo derecho a que el tribunal declare la culpabilidad del acusado. A ver, que lo diga el TS mismo: "las sentencias absolutorias no exigen el mismo grado de motivación o fundamentación que las condenatorias, pues en estas últimas es necesaria la constatación de la existencia de pruebas suficientes y su valoración expresa para enervar la presunción de inocencia"; mientras que en las

⁹ "En asunto de motivación de la sentencia, el juez de apelación que decida reformar la sentencia de condena de primer grado, con el consiguiente resultado absolutorio, no puede limitarse a exponer observaciones críticas de desacuerdo con la resolución impugnada, sino que debe examinar -incluso sintéticamente- el material probatorio en su integridad en orden a ofrecer una nueva y completa estructura motivatoria que ofrezca una apreciable razón de las divergentes conclusiones asumidas" (*Corte di Cassazione, sez. II Penale, sentenza n. 15445/14, depositata il 7 aprile 2014*). De esta sentencia hay un comentario en A. UBALDI, "Condanna ribaltata in secondo grado: l'assoluzione vuole una motivazione 'rafforzata'", *Diritto e Giustizia*, 2014, 8 de abril.

¹⁰ Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011; pp. 284-289.

absolutorias, "no existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata" (STS 652/2014).

Pues bien, una cumplida réplica al enfoque del TS exigiría diferenciar dos asuntos: uno relativo a si las supuestamente desiguales situaciones jurídicas de ambas partes implican o no derechos distintos en orden a obtener una resolución motivada; el otro concierne a si la presunta desigualdad de los respectivos derechos de las partes ha sido o no correctamente concebida por el TS.

A. Dedicaré breve espacio a lo primero para deshacer un latente malentendido. En efecto, el derecho a la presunción de inocencia legitima la adopción de un "estándar de *prueba*" más elevado (por encima de toda duda razonable) porque así corresponde a los valores político-morales que sustentan el proceso penal (criterios de *axiología* por tanto). En cambio, el "estándar de *motivación*" -si existe alguno- respondería a otras claves (criterios de *epistemología*); de modo que su nivel vendría marcado por la complejidad cognitiva de la resolución que toca justificar (con independencia de su signo: absolutorio o condenatorio). Recapitulando: *determinar* a qué altura ha de ser colocado el listón (probatorio) es una cosa; *comprobar* si el listón ha sido o no superado (por las pruebas) es cosa distinta e independiente de la anterior. Y es a lo que ahora estamos.

B. Respecto de lo segundo, sudaríamos lo nuestro para encontrar una falacia de magnitud parecida. No olvidemos la elementalidad de que "cada cosa a su tiempo". Esto es, hay asuntos que cambian de aspecto según transcurre el proceso. De modo que en la empezada, a la pregunta de si el acusado tiene derecho a la presunción de inocencia habría de responderse que "*en principio, sí*" pues está dispensado de proponer cualquier hipótesis relativa a su inocencia; en cambio, a la pregunta de si la acusación puede exigir que el acusado sea declarado culpable deberíamos contestar que "*en principio, no*" ya que, por eso mismo, aquélla está obligada

a proponer una tesis precisa sobre la culpabilidad del acusado. Durante el desarrollo del proceso, a la pregunta de si el acusado tiene derecho a ser considerado inocente responderemos que "todavía, sí" y por eso mismo está eximido de la carga de la prueba en defensa de su inocencia; por el contrario, a la pregunta de si la acusación tiene derecho a que el acusado sea declarado culpable contestaremos que "todavía, no" y eso explica que deba esforzarse por aportar pruebas contundentes para lograr su objetivo. A la conclusión del proceso, sin embargo, a la pregunta de si el acusado tiene derecho a la presunción de inocencia la respuesta correcta será "depende, puede que ya no, si la acusación ha probado la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable"; lo mismo que a la pregunta de si la acusación puede exigir que el acusado sea declarado culpable cabrá perfectamente contestar "depende, puede que ahora sí, si ha probado más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado". En resumidas cuentas: a la finalización del proceso, tanto el derecho a la presunción de inocencia como el derecho a exigir la declaración de culpabilidad *dependen* de un mismo factor y que les es externo, a saber: si la prueba de cargo producida ha satisfecho o no el estándar requerido. Y esa es la cuestión que, ineludiblemente, ha de resolverse y justificarse; siempre y en primer lugar. Luego vendrán, como corolarios, la absolución o la condena, según proceda.

3. ¿Una o dos clases de "duda"?

¿Cómo han podido pasársele por alto al TS las diversas etapas procesales como si sólo existiera la primera? Porque no es un olvido, sino la expansión metastásica de un foco canceroso ubicado en la columna vertebral de la idea de motivación.

Recuperaré algunos renglones omitidos en la cita de la STS 652/2014 (con incrustaciones de otra, la STS 923/2013) y que evoqué en el apartado precedente. El texto íntegro quedaría así: "El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la

culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución”.

A. Posponiendo para un apartado ulterior alguna consideración sobre tan esperpéntico concepto de la “duda”, ahora urge subrayar cómo aquí se defiende un modelo de motivación en el que se ha evaporado cualquier referencia a lo acontecido en el discurrir del proceso: está la duda inicial que persiste hasta al final y punto. Pero ¿y entremedias qué? ¿Acaso la motivación no debe reflejar el “contradictorio” procesal¹¹? ¿Dónde queda entonces el “derecho a la prueba” si la actividad probatoria no encuentra proyección en el texto de la sentencia¹²? Téngase presente que la sentencia no constituye un mundo autorreferencial desgajado de lo ocurrido en la vista oral. ¿Qué sentido tendría examinar si el juez ha motivado bien o mal la valoración de las pruebas si empieza escamoteando la relación y descripción de las pruebas producidas dentro del proceso, no habiendo entonces manera de saber cuál es su contenido ni si han sido tomadas en consideración todas las pruebas decisivas ni por qué razones unas pruebas han sido valoradas positivamente y otras, al contrario, han merecido una valoración negativa¹³?

¹¹ De ello me he ocupado con más detenimiento en mi artículo “Función epistémica del ‘contradictorio’ y su incidencia en el razonamiento judicial”, *Diario La ley*, 2015, nº 4619.

¹² Con razón se ha escrito que “si éste (el órgano jurisdiccional) no valora o toma en consideración los resultados probatorios está frustrando el mencionado derecho (a la prueba), convirtiéndolo así en una garantía ilusoria y meramente ritual. Todo ello se ve reforzado, además, por el deber constitucional de motivar las sentencias contenido en el art. 120.3 de nuestra Norma Fundamental y que el TC ha integrado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE” (J. PICÓ i JUNOY, “El derecho a la prueba en el proceso penal. Luces y sombras”, en X. ABEL - M. RICHARD, *Estudios sobre la prueba penal*, vol. I, Madrid, 2010; p. 39).

¹³ A la finalización del juicio, el juez o tribunal emite la sentencia que corresponda. Así las cosas, han de destacarse dos ideas: la primera,

B. No acaban ahí las calamidades. Por eso, empalmado con lo recién dicho, entraré en la cuestión que he dejado aplazada, referente a la "duda".

La obliteración de todo relato procesal en el cuerpo de la sentencia -según se ha visto- contribuye, después, a que no aparezca en toda su crudeza el despropósito -como es el caso de nuestro TS- de pensar en "la *subsistencia* de la *duda*" (inicial) como condición para hacer "forzosa, en consecuencia, la absolució*n*".

Daré un rodeo esperando que no sea baldío. Vamos a ver: ¿de dónde se saca que la absolució*n* "sólo significa que la *duda inicial* no ha sido sustituida por la necesaria certeza"?

a) Primero, ¿por qué el juzgador ha de tener una "duda" al ponerse en marcha el proceso? Creo acertar la respuesta; se dirá que por justa correspondencia con la presunción de inocencia. Craso error, me parece. La presunción de inocencia y la duda (también la convicción) pertenecen a registros distintos que funcionan conforme a lógicas igualmente diferentes. La presunción de inocencia es de naturaleza *legal* (jurídica) y se administra conforme a lo estipulado en la ley; la duda es de naturaleza *mental* (psicológica) y manifiesta una reacción subjetiva por referencia a determinadas informaciones. Nada obsta a que un juez inicie el juicio con exquisito reconocimiento hacia la presunción

que el juicio y la sentencia son realidades distintas pero relacionadas; la segunda, que la sentencia consta de una parte dispositiva (decisión) y de una motivación. Con lo que ya se perfila la doble tarea de la motivación; primero, *ad intra* de la sentencia, para justificar que la decisión es la correcta; segundo, *ad extra* de la sentencia, para asegurar que ésta se corresponde con lo sucedido en el juicio. Lo primero suele aceptarse más o menos pacíficamente; es más, el elenco habitual de los vicios que identifican la jurisprudencia y la doctrina hace preferente hincapié en los defectos que aquejan a la relación entre *decisión* y *motivación*. Poco énfasis se pone, en cambio, en sistematizar las carencias que afectan a la *motivación* en su conexión con el *juicio*. Por tanto, son de dos tipos las patologías de la motivación: están, por un lado, los vicios de *información* y, por el otro, los vicios de *argumentación* (Al respecto, no tiene desperdicio la lectura de F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013; pp. 389-415 y 457-482). De acuerdo con lo que acabo de puntualizar, es evidente que la propuesta de nuestro TS en lo que respecta a sentencias absolutorias entraña un total y estrepitoso fracaso de la motivación; ésta no contiene información ni argumentación, nada de nada.

de inocencia del acusado aun persuadido de su culpabilidad (p.ej. porque está al tanto de fidedignas noticias que ya son de dominio público) o que termine absolviendo al acusado en aplicación de la presunción de inocencia aun sin dudar sobre su culpabilidad (p.ej. ante pruebas aplastantes pero impugnadas por su ilícita obtención).

b) Doy un paso más. En esta cruzada por *des-psicologizar* la presunción de inocencia no basta con alertar contra la viscosa mercancía que se puede contrabandear en nombre de tan antañones y venerandos términos como "duda" y "convicción". Acecha otro peligro, mayor si cabe.

Me refiero a la "duda *inicial* que no ha sido sustituida por la necesaria certeza", duda cuya "*subsistencia* basta" para que "sea forzosa, en consecuencia, la absolución" (siempre en palabras del TS). O sea, esa duda vendría a ser como una goma elástica - siempre la misma- que se estira de punta (duda inicial) a cabo del proceso (duda subsistente). Y como la duda inicial -en cuanto obligada (por imperativo de la presunción de inocencia)- no necesitaría de justificación, tampoco la necesitará la duda que subsiste al final. Ya entiendo. Ahora sí que cobra pleno sentido aquel oscuro fragmento (que la STS 652/2014 toma de la STS 923/2013) transcrito antes: la pretensión de la parte acusadora "encuentra *respuesta suficientemente razonada* si el Tribunal se limita a *decir que no considera probado* que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que *la duda inicial no ha sido sustituida* por la necesaria certeza". ¡Espectacular!

Tan espectacular como el sorprendente traspiés de nuestro TS. Entre la duda inicial (si la hay y cualquiera que sea) y la duda final media un abismo insuperable. La primera sería una especie de "duda *metódica*", al estilo cartesiano, como *profilaxis previa* a la búsqueda de la verdad procesal penal; la segunda una "duda *epistémica*" -llamémosla así-, como la *resultante* de una búsqueda de la verdad no coronada exitosamente. El momento de la primera sería *anterior* al despliegue de la actividad probatoria; el de la segunda, *posterior* y dependiente de ésta.

En consecuencia, resulta absurdo sostener que la duda *final* se justificaría por sí misma en cuanto prolongación ininterrumpida de la duda inicial. La duda final (la que legitima la absolución), al contrario, requiere una expresa motivación y por referencia a lo que ha dado de sí la dialéctica probatoria (no a las hipotéticas restricciones mentales del juez al comienzo del proceso).

C. De un tiempo a esta parte, el TS español acostumbra a corregir sus obsolescencias doctrinales a golpe de remiendo, en lugar de proceder a replanteamientos globales y evitar así productos confusos que sólo valen para salir del paso. Esta vez ha introducido, a renglón seguido, un parche con el que mejorar la deplorable imagen de la "duda" procesal que nos venía proponiendo. Veamos cómo.

Dice: "En las sentencias absolutorias, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda. Es cierto que para acordar una absolución no basta cualquier duda, pues la que conduce a la absolución ha de ser razonable". El TS se apresura a prevenirnos del error al que podría inducir el adjetivo "razonable"; y por eso puntualiza que: "(duda razonable) no quiere decir que deba ser compartida por todos, o que sea la única alternativa posible, bastando con una valoración probatoria que excluya el mero decisionismo o el capricho del tribunal". Ahora bien, ¿de qué modo se garantiza que el decisionismo y el capricho han sido erradicados? Y el TS, con una literalidad francamente mejorable, responde: "las sentencias absolutorias deben tener una motivación suficiente para conocer las razones del Tribunal para afirmar la existencia de una duda razonable" (todo ello en la STS 652/2014).

En la turbia redacción del TS no se distingue bien si la motivación es "suficiente" cuando permite *conocer* las *razones* por las que el tribunal afirma tener una "duda razonable" o, además, cuando las razones aducidas por el tribunal para explicar su duda son *razonables* (¿o ahí no se entra?). Por eso, en evitación de

tal ambigüedad, no estará de más atar algún cabo en lo que toca a la relación entre "duda razonable" y "motivación".

Éste: la motivación no se destina para que el tribunal *manifieste* que *tiene* una duda (idea muy propagada aún hoy día), ni para que el tribunal *explique* por qué tiene una *duda* (tesis que quizás se propugna en la STS mencionada), sino para que el tribunal *justifique* por qué la duda que tiene es *razonable* (fundada en razones válidas).

4. Flecos y decepción

Algo hemos ganado, pero no lo bastante. Porque corremos el riesgo de marearnos girando en el interior de un círculo vicioso ("razonables" son las razones que hacen que una duda sea "razonable", o algo por el estilo). Habrá que avanzar por tanto un poco más.

Si de la cuenta de la motivación corre garantizar que la duda es "razonable", lo urgente sería inquirir ¿y cuándo o cómo la motivación confiere a la duda tan peculiar dignidad? Nuestro TS prefiere despachar la cuestión encarándola por su reverso; o sea preguntando (en negativo): ¿cuáles son las patologías que impiden a la motivación desempeñar aquella función?

La STS 652/2014 identifica tres: si "el argumento de la absolución es *patentemente absurdo*, hasta el punto de tenerlo por inexistente"; si incurre en "*error patente*"; o en una "*absoluta irracionalidad*". Fuera de situaciones tan límites y flagrantes, entraríamos en un espacio de naturaleza distinta: en el de lo *opinable* (en mayor o menor medida, pero opinable); el cual queda ya allende del control legitimado por el derecho a la tutela judicial efectiva (el único invocable frente a sentencias absolutorias). En palabras del TS (que las toma otra vez de la STS 923/2013): "el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho a una resolución fundada, racional, ajustada a las *máximas de experiencia* y a los *dictados de la lógica*, no puede ser artificialmente extendido hasta abarcar supuestos que, si bien se mira, se mueven más en el ámbito de la

discrepancia valorativa que en el de la irrazonabilidad del desenlace probatorio asumido por el órgano de instancia”.

Como para ser breve debo pagar tributo a la esquematización, resumiré mis reparos agrupándolos en dos secciones: una *teórica* y otra *práctica*.

A. En la *teórica*, a su vez, haré hincapié, por separado, en lo que *dice* y en lo que *omite* el TS.

a) Ante todo, se echa de menos que el TS no aclare (nunca lo ha hecho) cuál es el tipo de razonamiento que ha de ser operativo en la argumentación fáctica (presupuesto básico, sin embargo, para determinar el alcance de expresiones tales como “patentemente absurdo” o “absoluta irracionalidad”). ¿Ayudan las remisiones que hace el TS a los “dictados de la lógica” y a las “máximas de experiencia”? No demasiado.

Para empezar, no suele hablarse de “lógica” de manera unívoca en el contexto procesal. Por implícita referencia a la lógica clásica es de uso muy habitual un *modelo binario* en función del cual calificamos la proposición que es objeto de un enunciado fáctico como “verdadera o falsa”, “posible o imposible”, y así sucesivamente. Pero la situación suele complicarse cuando son más de dos los valores que entran en juego (p.ej. una proposición puede ser verdadera o falsa o incierta; o también posible o imposible o probable -en diferente grado, además-), en cuyo caso resulta inaplicable la lógica binaria clásica salvo distorsión de los términos¹⁴. Panorama cuya complejidad aumenta si, en atención a la naturaleza del razonamiento implicado, la lógica al uso ha de ser sólo *demonstrativa* o con preferencia *argumentativa* (de manera que no bastaría con el clásico control de la no-contradictoriedad lógica sino debería examinarse además -entre muchas otras cosas- el vigor de cada máxima de experiencia concreta en relación con el caso particular al que se aplica¹⁵).

¹⁴ M. TARUFFO, “Situazioni probatorie. Aspetti logici della decisione sui fatti”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, n° 2; p. 498.

¹⁵ F. M. IACOVIELLO, “I controlli della Cassazione sulla motivazione non persuasiva: la disagevole prova della partecipazione ad associazione per

Metidos en la harina de las "máximas de experiencia", y en conexión con lo recién apuntado, ahora habría que preguntarse también cómo las concibe el TS: si -a la manera de ejemplos muy rústicos- como instrumentos para neutralizar nada más que enormidades (del tipo "que una persona atravesase un cristal sin romperlo" o "que la acusada por las noches volaba montada en una escoba"¹⁶), o, al contrario, como afinados criterios que responden al patrimonio cultural de la época y son aptos para filtrajes más selectivos (p.ej. que permiten conceptualizar como "manifiesto" el error de usar una máxima de experiencia inusual ante una situación de lo más corriente; o igual de "manifiesto" el error de preferir una máxima de experiencia apenas verosímil frente a otra altamente plausible¹⁷). Dicho lo cual, ya adivino la sombra de una réplica: que allí donde la "duda" basta, podemos ser consentidores con cualquier máxima de experiencia en tanto no traspase la frontera que nos separa del disparate.

En efecto, pulula por ahí la errática idea de que si la *duda* es suficiente para absolver, entonces para justificar esa duda pueden bastar *razones dudosas*; pasando por alto la elementalidad que obliga a distinguir entre el *objeto* de la duda (la realidad sobre la que se duda) y la *duda* como objeto (las razones por las que se duda). Podrá dudarse p.ej. de si hay vida inteligente fuera del planeta Tierra, pero no de si son razonablemente válidos los fundamentos en que se basa aquella duda. Por tanto -yendo a lo nuestro- si asumimos que la lógica argumentativa es la lógica no de lo cierto sino de lo probable, no habrá lugar a la censura

delinquere di candidati alle elezioni sostenuti dal voto mafioso", *Cassazione penale*, 1993; p. 854.

¹⁶ Ejemplos con los que, cuando era magistrado de nuestro TS, ilustraba el tipo de manifestaciones absolutamente incompatibles con las "máximas de experiencia" E. BACIGALUPO ZAPATER, "La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. Reflexiones sobre un decenio de art. 24.2 CE", *Estudios de Jurisprudencia*, 1992, n° 1; pp. 52-53.

¹⁷ Ejemplos tomados de F. M. IACOVIELLO, "I controlli della Cassazione...", p. 855.

mientras la duda se mantenga en los confines de lo probable¹⁸, porque éstos delimitan el territorio de lo razonable, el hogar para las legítimas "discrepancias valorativas" (en terminología del TS); sí, si las razones de la "duda" se sitúan extramuros.

Huelga decir que al TS no le ha preocupado la aclaración de ninguno de los extremos señalados. Omisión grave pero no tanto como la que denunciaré a continuación.

b) Al TS se le ha escapado que el fuste razonable de la "duda" no se calibra mediante el exclusivo examen del razonamiento transcrito en la motivación, sin antes haber verificado que en ésta consta toda la evidencia probatoria relevante y correctamente expresada (test de la *completitud* y *exactitud* de la información probatoria¹⁹). Por ejemplo, sin salirnos del perímetro del caso que está en el origen de esta manoseada STS 652/2014, el tribunal de instancia dudaba que el acusado hubiera relatado a su (entonces) novia los pormenores del asesinato describiendo incluso la vestimenta que llevaba la víctima; "un asesino no se fija en eso" consideraba el jurado para poner en duda la declaración de la testigo, descuidando (y silenciando en el veredicto) un dato importante: que la testigo ofrecía un detalle (comprobado) que, por ser secreto de sumario, sólo podía conocer la policía y el autor del crimen. ¿Era razonable la duda del tribunal?

B. No debiera cundir la alarma si estuviéramos nada más que ante deficientes teorizaciones del TS pero, en contrapartida, éstas fueran compensadas con una *práctica* jurisdiccional satisfactoria. Me temo que no sea así. Al menos, no en esta STS 652/2014²⁰. Pero como una golondrina no hace primavera, voy a

¹⁸ F. M. IACOVIELLO, "I controlli della Cassazione...", p. 855.

¹⁹ F. M. IACOVIELLO, "Commento Art. 8 L.20.2.2006 N.46", *Legislazione penale*, 2007, n° 1; p. 144. En el mismo sentido, cfr. también T.-M. PEZZANI, "Il 'buttafuori depresso'. Considerazioni sulla censurabilità in cassazione dell'utilizzo distorto di 'massime di esperienza'", *Rivista di diritto processuale*, 2015, núms. 4-5; p. 1130.

²⁰ Como ya comenté en mi artículo "Motivar mal mientras se adoctrina sobre la motivación. (A propósito de la STS 652/2014 -'caso Pagasarri-')", *Diario La Ley*, 2015, semanal n° 154.

fijarme en otra sentencia, más reciente y con distinto ponente (la STS 666/2015).

En ella se examina el recurso contra una sentencia de la Audiencia de Barcelona que absolvía a Eduardo del delito (continuado) contra la libertad sexual de Yanira, su hijastra de 13 años, por no haber quedado -a juicio de la Audiencia- "suficientemente acreditados" ninguno de los episodios que se desglosaban en la acusación. En su recurso de casación, la acusación particular alegó varios motivos; entre ellos el de "violación del derecho a la tutela judicial efectiva (...) argumentando discriminación en la valoración del testimonio acusatorio de la denunciante frente al resto de la prueba", dice el TS; el cual reconoce que tal derecho puede ser invocado cuando la parte acusadora "no obtiene respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda". Y concluye que "en el caso actual no concurre la irracionalidad valorativa denunciada por la acusación particular", por un par de razones: la primera (indirecta), debido a "las ventajas que proporcionan la inmediación, la contradicción y la publicidad" al Tribunal de instancia; la segunda, porque el mencionado tribunal "también ha valorado una serie de *datos objetivos* que introducen una *duda razonable* sobre la realidad de los hechos objeto de la acusación".

Dejemos de lado la primera, por peregrina (aunque no por ello inesperada): en efecto, es incontrolable la incidencia de esos factores en el surgimiento de la duda y de por sí no garantizan la razonabilidad de ésta. Interesa la segunda, porque alude a "*datos objetivos* que introducen una *duda razonable*". ¿Con qué nos encontramos? Con cuatro decepciones en cadena: la STS no ofrece ninguna *razón* (máxima de experiencia) para justificar cómo esos presuntos "datos objetivos" pueden generar una "duda razonable"; peor aún, ni siquiera contiene una *descripción* de tales "datos objetivos" (por lo que malamente, ni aún por nuestra cuenta, podríamos conjeturar cómo ha nacido esa "duda razonable"); ni existe, agrandando el vacío, la más mínima *explicitación* de las alegaciones que fundamentaban el recurso (lo que nos impide

cualquier intento de adivinación sobre su seriedad o endeblez); y, ya el colmo, ni hay rastro de *información* acerca de las pruebas y contrapruebas cuya relación constaba (o debería) en la sentencia recurrida tras haber sido cocinadas en el hervor de la inmediación, de la contradicción y de la publicidad. Todo lo cual nos deja en la más radical oscuridad. En un contexto así, mentar por un lado los miríficos efectos de esa canónica trinidad (inmediación, contradicción, publicidad) y hurtar por el otro toda referencia a los elementos que presuntamente se benefician de aquel influjo, tiene su punto de ominosa autocracia (o sea: la duda es razonable porque lo digo yo). En fin, la práctica del TS no es (sólo) *mala*, es (aún) *peor* (que su teoría).

5. Más madera

Aunque no la he visto muy reiterada²¹ (por lo que quizás sea impropio considerarla un "tópico"), entre la trama de argumentos que voy combatiendo hay una idea que proyecta una luz rara: la del *doble* sentido ("objetivo" y "subjetivo") de la "duda" en función del contexto (si de condena o si de absolución). Paso la palabra al TS: "si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su condición subjetiva, está en este caso obligado constitucionalmente a dudar. Puede decirse que, cuando existe una *duda objetiva*, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la consiguiente absolución del acusado. Sin que aquella duda sea parangonable tampoco a la *duda subjetiva* del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también *debe* acarrear la absolución, pero fuera ya de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia" (STS 990/2013).

Recapitulando: para *condenar* se *necesita* una *duda razonable* (o sea objetiva, haya o no duda subjetiva); a la *contra*, *cualquier*

²¹ Aparece, no obstante, formulada por el Tribunal Constitucional en la ya lejana STC 16/2000.

duda (incluso una duda *no-razonable*, sólo subjetiva) *obliga a absolver*. La primera proposición es de oro molido; la segunda, una extravagancia más o menos ocurrente. Contra ésta opondré un par de reparos.

A. Uno, bajo la forma de argumento "ad hominem". Hagamos un experimento. Imaginemos a un juez que, ante un "colmado probatorio que justificaría la condena", no logra quitarse de la cabeza una duda que no sabría cómo razonar y, en consecuencia, opta por condenar al acusado desplegando todo el arsenal probatorio pero silenciando en la sentencia su no-razonado estado psicológico de incertidumbre. ¿Cómo se haría operativo el (presunto) *deber - jurídico*, supongo- de absolver? O sea: ¿qué y cómo se le podría reprochar al juez en un recurso de apelación? Imaginemos al mismo juez y en la misma situación, y que, ahora haciendo patente su incertidumbre psicológica, dicta sin embargo una resolución condenatoria expresando que no encuentra razones socialmente aceptables para fundamentar la duda que tiene. ¿En qué otra cosa podría fundar su impugnación el acusado sino en la remisión al principio "in dubio pro reo" (entendido a la vieja usanza) cuya legitimidad radica en su entronque con la presunción de inocencia? Si así es ¿cómo se explica, entonces, que la duda subjetiva "también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho a la presunción de inocencia"? ¿En base a qué otro marco normativo, si se puede saber?

B. El segundo reparo abunda en algún elemento reiterado a lo largo de estas páginas: que la motivación debe respetar el derecho a la prueba de ambas partes, reflejando el contradictorio entre ellas y justificando con razones socialmente plausibles el éxito o el fracaso de la pretensión acusatoria. ¿Y cómo se motivaría una duda meramente subjetiva? Ese es el problema que no resuelve ni tan siquiera plantea la STS que critico.

6. La guinda

La resistencia que suele oponerse a fiscalizar con seriedad la motivación de las sentencias absolutorias se parapeta tras algo

más. Finalmente, tras un insidioso malentendido propiciado expresamente desde las alturas de nuestro TS con la equivocada imagen a mi parecer -retorcidamente formulada además²²- de un "perverso juego de espejos", como si justificar la absolución equivaliera oblicuamente a probar la inocencia del acusado. De eso nada. Porque, cuando el juez absuelve a un procesado, no lo hace porque él (el acusado) sea en realidad *inocente* (incluso el juez puede pensar que no lo es²³), sino porque tú (acusador) *no has probado su culpabilidad*. Y todo el esfuerzo argumentativo de la sentencia debe encaminarse a mostrar las fallas y/o insuficiencias de la prueba de cargo; nada más. Pero eso ha de hacerse con seriedad, porque quien demanda tutela judicial merece cuando menos el respeto de que, si no le dan la razón, siquiera le den razones *socialmente* aceptables (en asuntos institucionales no valen dudas sólo *personales*) de por qué se desatiende su pretensión. Y si no se las han dado a la primera, que se las den a la segunda... si pueden (el recurrente apostará a que no).

Dicho esto, pregunto: ¿se puede saber qué perspicacia autoriza a ver ahí una trampa saducea para obligar al juzgador a que justifique la inocencia del acusado?

7. Para salir del atolladero

No veo provecho en seguir sumando caudal al río de las críticas ya vertidas. Así que parece aconsejable -ya en plan

²² ¿Acaso no hay manera de hacer más inteligible el intrincado pasaje de la STS 666/2015 que dice: "no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tomado en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido"? Esto mismo o algo muy similar ya había sido dicho (y por el mismo ponente) en la STS 631/2014, de la que -contrariamente a mi opinión- se muestra elogioso p.ej. A. MUÑOZ MARTÍN, "Tutela judicial efectiva: diferencia con presunción de inocencia (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2014)", *Revista Ceflegal. Cef.*, 2015; n° 168.

²³ Como ilustra ejemplarmente el voto de "no culpable" emitido por la jurado de raza blanca Anise Aschenbach en el proceso contra O.J. Simpson (pese a estar persuadida de la culpabilidad de éste) a la vista de que algunas pruebas habían sido manipuladas por la policía (Cfr. A. M. DERSHOWITZ, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, (trad.it.), Milano, 2007; p. 123).

constructivo- colocarse en ángulos propicios para otear alguna opción alternativa a las rudezas teóricas y prácticas con mando en plaza -aún hoy- en este pedazo de la Iberia peninsular; pero que sea, efectivamente, una propuesta ajustada a las exigencias legales (que regulan los procesos) y constitucionales (tanto la tutela judicial como la presunción de inocencia). Me pongo a ello.

En la práctica probatoria del proceso penal, donde el protagonismo corresponde exclusivamente a la hipótesis acusatoria, el itinerario a recorrer sería el mismo, así para la acusación como para la defensa, si bien -obviamente- con propósitos antagónicos: el de *corroborar* (objetivo de la acusación) y el de *falsar* (propósito de la defensa) la única hipótesis en juego (o sea la hipótesis acusatoria, como ya se ha advertido). La ruta vendría a ser, sumariamente, la siguiente:

A. Toca a la acusación proponer una hipótesis inculpatoria, la cual con frecuencia se despieza en sub-hipótesis (p.ej. si el delito enjuiciado se corresponde con un tipo penal cuya definición incluye distintos elementos). Y, por la cuenta que le trae, de seguido deberá aportar pruebas acreditándolas como fiables (en atención a sus fuentes), persuasivas (en razón de sus contenidos) y comprensivas (porque abarcan todos los aspectos que se necesita probar). De momento bastaría, si se trata de pruebas directas. Si son indirectas o indiciarias, convendrá que identifique cuáles son los nexos racionales que conectan los indicios con los hechos de la hipótesis (o de las sub-hipótesis) poniendo énfasis en mostrar la precisión y la gravedad de la relación que une a los unos con la(s) otra(s).

Superada esta fase, la acusación podrá sostener que la hipótesis (o las sub-hipótesis) de culpabilidad cuenta(n) con el apoyo adecuado para tenerla(s) como probada(s). Ahora bien, puesto que el estándar probatorio en el proceso penal exige una prueba de los hechos (y de la participación del inculcado en ellos) "más allá de toda duda razonable", deberá afrontar una segunda fase: la de mostrar que no se vislumbra una hipótesis alternativa (más favorable para el procesado) compatible con las pruebas obrantes y provista de un mínimo de verosimilitud. Y ya está.

B. Es poco realista suponer que la defensa, si dispone de medios para atacar la propuesta de la acusación, se quede de brazos cruzados; eso sería contraproducente para sus intereses. Entonces ¿qué estrategia habría de adoptar? La de poner de relieve cuantas irregularidades detecte en el trayecto probatorio que ha recorrido el acusador.

Entremos en algún detalle. En la primera etapa: p. ej. argumentando sobre la poca fiabilidad que merecen sus fuentes de prueba o el escaso rendimiento probatorio de los elementos que se extraen de aquéllas o la insuficiencia de los mismos por todo lo que dejan sin probar; también aportando pruebas que contradigan las pruebas acusatorias o que proporcionen informaciones probatorias incompatibles con la hipótesis de la acusación; igualmente resaltando la poca precisión de los indicios obrantes (en cuanto que a partir de ellos se pueden trazar variadas inferencias que conducen a hipótesis diversas) o la poca gravedad de aquéllos (en tanto que las inferencias que relacionan los indicios con la hipótesis tienen un fundamento empírico estadísticamente bajo), etcétera.

Si la defensa deseara (o pudiera) apurar hasta el fondo su contraataque, le convendría cubrir también la segunda etapa, a saber: formulando una hipótesis alternativa que, aun siendo menos probable que la acusatoria, logre integrar los elementos de prueba (de firmeza contrastada) en un relato alternativo que no sea sólo teóricamente *posible* (como podría ser p.ej. una amalgama de coincidencias fortuitas) sino prácticamente *plausible*²⁴; y en el bien entendido de que basta con que en tal hipótesis disyuntiva se descarte un elemento constitutivo del delito (p.ej. el "dolo"), sin que sea preciso conjeturar una historia totalmente nueva²⁵.

²⁴ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale...*, p. 594.

²⁵ J. DELLA TORRE, J., "Standard di prova e condanna penale: una ricostruzione metateorica e metagiurisprudenziale", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, n° 2; p. 398.

(Aunque cuestión debatida²⁶, definiendo que una hipotética pasividad -o impericia- de la defensa no exoneraría al juzgador de examinar críticamente la reconstrucción de los hechos que propone la acusación, puesto que la lógica no es una facultad que ha de utilizarse sólo a instancia de parte sino un "poder de oficio del juez"²⁷).

C. En resumidas cuentas: a la vista del modelo al que cabría reconducir una dialéctica procesal racional, ésta daría lugar eventualmente a dos clases de duda en la valoración de las pruebas: una duda *interna* y una duda *externa*. Estaría, por un lado, la duda que mina desde dentro la firmeza o la coherencia o la suficiencia de la hipótesis acusatoria (duda interna); por el otro, la duda que golpea desde el exterior la hipótesis acusatoria por cuanto existe alguna otra explicación plausible del hecho (duda externa). La condena sería legítima sólo cuando se superan las barreras de esa *doble* duda²⁸. De manera que si el tribunal ya encuentra razones para justificar la duda interna, sería ocioso que prosiga su examen para ver si las hay también respecto de la duda externa.

²⁶ Cfr. A. SCARCELLA, "Regola del B.A.R.D. nel giudizio d'appello e riforme 'contra reum' della sentenza assolutoria", *Diritto penale e processo*, 2013, n° 2; pp. 211-212.

²⁷ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale...*, p. 468.

²⁸ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale...*, p. 465.