

Prólogo

Este libro enseña que la prueba despeja dudas. Coherente con ello nos deja también otra certeza: Perfecto Andrés Ibáñez es uno de los más eruditos y refinados estudiosos del derecho procesal penal contemporáneo. En todo el tratamiento de los temas reunidos en la obra se extiende luminosa la flama de su pluma, sabia para los problemas teóricos y filosa para los de la experiencia práctica.

Si uno tuviera que elegir cuál es el problema capital del proceso penal, lo cual equivaldría a optar entre prueba y coerción, ganaría la prueba, pues ella, tan central como la otra, tiene sin embargo un plus de relevancia: la prueba es condición también de las medidas de coerción. Ya lo había sentenciado von Ihering: El precio del pleito es la prueba.

Así que estamos ante la obra de un gran autor dedicada a un gran tema.

El primer capítulo del libro sirve para introducir la cuestión probatoria en el marco del proceso penal. Para ello es relatada la evolución histórica de un fenómeno presente en los modelos de enjuiciamiento desde siempre. Así, el autor describe las razones por las cuales la epistemología penal pasó de etapa en etapa buscando una racionalización de la convicción judicial en su tarea de despejar la duda que naturalmente siembra toda hipótesis inicial acerca de que se ha cometido un delito. Aquí es rescatado lo más relevante explicativamente del tránsito de las ordalías a las pruebas legales,

y de éstas a la íntima convicción, todo en clave indispensable para comprender que dichos sistemas de valoración probatoria son incompatibles con una comprobación de calidad de las proposiciones en pugna acerca de lo sucedido. Andrés Ibáñez demuestra que en lugar de todo ello el conocimiento probatorio, siempre inferencial, exige por consiguiente la fundamentación de las decisiones como criterio central en la materia: la motivación de la sentencia como garantía de garantías, en la terminología ferrajoliana. La originalidad de esta obra está en la idea de que no se trata de una opción, sino de una condición de legitimidad de la tarea judicial. En efecto, el modelo procesal penal del Estado constitucional de derecho determina que las condenaciones sólo serán legítimas si logran convencer motivadamente acerca de su calidad en términos probatorios. De este modo, nada del debido proceso, tal como se lo entiende hoy en día en los Estados de derecho avanzados, quedará asegurado si no se puede verificar su estricto respeto por medio de una sentencia debidamente motivada que permita ese control. Así, tenemos verificada una unión inseparable entre modelo garantista de enjuiciamiento y motivación de la sentencia. Para ello el Magistrado del Supremo español derriba con toda razón los mitos de la confianza ciega en la libre convicción judicial y de la imposibilidad fáctica de controlar lo que depende de la inmediatez. En su lugar nos propone una concepción plena de sentido del «cuadro probatorio» que debe ser plasmado pormenorizadamente en la sentencia como resultado del examen de cada fuente de prueba, todas debidamente detalladas, y del rendimiento de cada una de ellas para crear plausibilidad respecto de las hipótesis en discusión. Aquí puede ser vista otra aportación original de este libro: también el contradictorio exige la motivación, pues para que la sentencia sea legítima es requerido «que el principio de contradicción trascienda el ámbito y el momento del juicio» para entrar en la sentencia «proyectando su incidencia en el curso de su elaboración, en el tratamiento del acervo probatorio». Para ello es necesario

que la resolución verbalice el modo en que se ha operado para formar la decisión respecto de la información probatoria obtenida válidamente. El autor señala que éste no es un procedimiento diabólico imposible de desarrollar. Antes bien, Andrés Ibáñez demuestra, coherentemente, «que se trata de un ejercicio perfectamente realizable».

El capítulo siguiente de la obra trata la cuestión de la presunción de inocencia y del principio in dubio, parangonado con razón a la versión anglosajona que lo devuelve al castellano traducido en la fórmula popular y bella de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. En el final la conclusión conecta con lo anteriormente dicho: sin fundamentación de la sentencia estos principios básicos del enjuiciamiento penal no pasan de vivir en los papeles; para que rijan efectivamente hace falta un discurso de la decisión que plasme la calidad inferencial de lo resuelto en materia probatoria, «tomando en consideración determinados datos y ciertos parámetros de valoración». La repercusión más relevante de esta manera de entender el mundo de la prueba reside probablemente en que su valoración es competencia del tribunal de instancia, «pero sólo en primera instancia», de modo que la sentencia deberá tolerar su fiscalización en segunda instancia también respecto de las inferencias relativas a las comprobaciones probatorias. El trabajo muestra la evolución histórica de la presunción de inocencia en la formación de la prueba. También que, en este punto, el principio in dubio es más que su corolario: «es sólo una forma de llamar a la presunción de inocencia». Esto lleva a que la cuestión carezca de todo protagonismo en sistemas inquisitivos que condenan aun en caso de duda (pena extraordinaria o de sospecha), pero también en sistemas acusatorios regidos por una visión de la libre convicción que en su lucha contra la prueba no libre (tasada) se pasan a una perspectiva intimista que ahorra al juez dar cualquier razón de su convencimiento acerca de la comprobación de la hipótesis en juego, dejando todo en manos del mayor arbitrio judicial. De ello deduce Andrés Ibá-

ñez: a) que no hay absoluciones «a medias», de esas que consideran culpable al acusado pero que como no pueden probarlo absuelven marcando diferencias entre los inocentes (en lugar de ello afirma el autor que toda resolución que termina con el proceso sin condenar implica ratificar la inocencia antes sólo presumida); b) que las exigencias probatorias no deben ser reducidas, según la práctica al uso en la jurisprudencia, en función de hechos tan graves o alarmantes que reclamen socialmente una sanción ejemplar; c) que el juzgador sólo es imparcial si, partiendo desde la inocencia, explica en el área de los fundamentos probatorios de la decisión el porqué razonado de su plausible convencimiento en favor de una de las proposiciones en disputa, lo cual supone «la aceptación intelectualmente honesta del deber de motivar» como «garantía de rigor» de la vigencia real de la presunción de inocencia y del principio in dubio, algo que se logra, aplicando el «máximo nivel de lucidez de conciencia», si se trabaja con «la objetivación del discurso mediante la escritura». Este apartado deja al pasar otras dos enseñanzas más. La primera dice que, como ya se sabe, no todo lo acusatorio es valioso ni todo lo inquisitivo es despreciable; algo que se ve aquí, por un lado, en la deriva autoritaria de la reacción ilustrada (acusatoria) contra la prueba legalmente condicionada (íntima convicción) y, por el otro, en el valor de la escritura —generalmente despreciada por los ingenuos como síntoma de la grafomanía inquisitorial— para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales del acusado. La segunda dice que no hay tanta distancia entre los dos mundos jurídicos que cuentan pues in dubio pro reo (civil law) o culpabilidad más allá de toda duda razonable (common law) son únicamente dos formulaciones diferentes de lo mismo.

En el capítulo III el autor se detiene en las vicisitudes de la testimonial. Una opción obligatoria en una obra sobre prueba, dado que la testimonial es la única prueba propiamente directa y es la única que respalda las características constitutivas del modelo de enjuiciamiento oral: todo lo demás ya

quedó escrito antes de la vista pública. Una vez más Andrés Ibáñez vuelca todo su potencial en el tratamiento de este problema desde una perspectiva teórica sumamente erudita y desde una consideración práctica decisivamente experimentada. Así nos ilustra al mostrar los conflictos centrales de este medio probatorio calificado con razón de tan desconfiado como imprescindible. La desconfianza es explicada por las dificultades ya de observación que supone este modo de adquirir información en forma casi siempre inesperada y en un ambiente en general conflictivo o directamente violento, pero también por los mayores inconvenientes que supone la recreación de lo observado, verdadera reelaboración de lo sucedido que, como si no fuera suficiente con que sea un procedimiento arduo por naturaleza por las dificultades de retención y recuperación de la información adquirida, se ve más complicado por los factores distorsivos que se desprenden del ambiente institucional y de conflicto en el que declara el testigo y también por el posible interés que éste tenga en el resultado del litigio. Para afrontar todos estos contratiempos de la testimonial, sin arrojarla a la cesta de los papeles, el autor nos propone sabiamente unas cautelas a tener en cuenta a partir de los tres momentos de la práctica de esta prueba, a saber, la audición del declarante, la determinación de su credibilidad y la evaluación de la veracidad de lo declarado. Con razón señala el Magistrado del Supremo español que la segunda es la etapa más complicada, pero también que con sentido común y la ayuda de la moderna psicología del testimonio sus dificultades pueden ser superadas. Aquí el problema mayor lo aporta el testigo-víctima, cuestión tratada con detenimiento en la obra, especialmente en lo que respecta a la tendencia a aceptar ligeramente que en el delito «clandestino» (sin testigos; típico el abuso sexual) la voz de la víctima manda; ello no es así y el autor nos invita razonablemente a pagar el inevitable y preferible costo amargo de la impunidad en un cierto número de estos casos. El capítulo se ocupa finalmente del grave problema de los reconocimientos, en particular

del fotográfico, de los mitos jurisprudenciales en torno a la testimonial (especialmente, claro es dado el autor, el de los «valores» de la inmediación) y del método para otorgar confiabilidad a la información testimonial, exposición en la cual el libro alcanza uno de sus tantos pasajes sublimes al ser descrita la labor judicial de presentación de la «prueba testimonial corroborada», para lo cual, ante todo, se reconoce que una refutación de un testimonio de cargo bastará para no condenar, mientras que para hacerlo se requerirá de varias comprobaciones, pues «corroborar es dar fuerza a una afirmación inculpatória de fuente testifical con datos probatorios de otra procedencia...»; y estos son «los obtenidos de una fuente atendible y dotados de contenido informativo contrastado». La información del testigo debe ser cruzada con las demás. Así pues, «corroborar es probar». Y un dato corrobora «...si versando sobre hechos distintos del principal pero relacionados con él, al ser cruzado con la información inicial relativa al mismo, produce el efecto de conectar también —aunque indirectamente— al imputado con la acción delictiva». Simplemente formidable.

En el capítulo IV Andrés Ibáñez demuestra que no va a dejar de lado ninguna de las cuestiones espinosas del derecho probatorio penal y enfrenta el problema del valor para la sentencia de las actuaciones de la investigación, otro tema primordial en la materia del cual pende en gran medida la supervivencia de un juicio oral efectivo, especialmente en estos tiempos en los que, como bien lo sabe y lo manifiesta el autor, el juicio oral ha perdido centralidad y se bate en retirada frente a tantas alternativas que, aunque bienintencionadas, no hacen más que derogarlo y convertir lo que era un principio cardinal del enjuiciamiento en una rara excepción. Por eso es usual oír a Andrés Ibáñez defender este principio con la consigna de presentar al juicio como una alternativa a las alternativas al juicio, para que la oralidad no sea solamente «media» y para que, si hace falta deflacionar el sistema penal, se piense en los «inputs» que lo recargan y

no en la supresión del juicio. En esta materia también el trabajo se mueve en el marco de la sensatez, de la elaboración de ideas para no descartar todo valor a las diligencias previas a un juicio como medida drástica para preservarlo, aunque ellas sólo podrán ser excepcionalmente aprovechadas para la sentencia bajo condiciones rigurosas en extremo. Aquí el autor detecta el problema de fondo, esto es, los alcances de la investigación preliminar y se previene bien de que la euforia por el juicio no conduzca, como es usual entre los enamorados de lo acusatorio a ultranza, a que todos los casos, a partir de una «liviana investigación», vayan a parar a la vista. En lugar de ello propone una adecuada consideración de la preliminar como fase del proceso destinada a «la elaboración de hipótesis e individualización de posibles fuentes de prueba destinadas a ser objeto de una evaluación provisional del posible rendimiento». He aquí la clave para resolver el problema, pues esa evaluación servirá para desechar lo que no asegure que el sufrimiento del imputado en el juicio esté justificado por la verificación con cierto detenimiento de la concurrencia de las circunstancias que avalan una acusación. En lo demás, el capítulo, como era de esperar, trata el asunto del «juicio mediante lecturas» poniendo unos límites exactos a los pocos casos en los cuales podrá entrar válidamente en la sentencia una prueba o bien sin oralidad, ni inmediación ni contradicción o bien sin oralidad ni inmediación pero al menos con contradicción. También se ocupa de la habitual perversión práctica de incorporar al juicio oral una confesión virtual del inculpado mediante el cuento del funcionario policial que la escuchó. Por último, el colega español hace hincapié en que en los delitos no naturales de nuestro tiempo es donde la investigación preliminar debe ser necesariamente algo más profunda y prolongada para que, sin reemplazar al juicio, garantice que, para un debate con algo de rigor, las partes dispongan previamente de toda la información necesaria. El autor sabe también salvar la centralidad del juicio aun en estos casos, dado que la imparcia-

lidad del tribunal de juicio asegurará la calidad explicativa que en definitiva, según la prueba del debate, corresponda asignar a las hipótesis en conflicto.

El capítulo V presenta con gran éxito un caso en tema de valoración de la prueba. Se trata de un gran aporte didáctico para comprender cómo debe discurrir con calidad la decisión acerca de lo probado de un caso. La exposición comienza afirmando los hechos que se consideran probados. A continuación recae el fallo. A partir de allí sigue la fundamentación, que comienza con los puntos descriptivos de los antecedentes del caso, el «*thema probandum*» (que supera lo descriptivo pues encierra ya en su formulación naturalmente la pista de aquello que se considera decisivo probar), la posición de las partes y el cuadro probatorio objetiva y completamente presentado. Finalmente el autor plantea la valoración centrada especialmente en la justificación del valor explicativo comprobado de cada una de las hipótesis que estaban en debate, para terminar con la relación de las máximas de experiencia utilizadas en el caso.

En el capítulo subsecuente son discutidos los principales problemas de la prueba pericial. En esta materia se percibe también la nueva imagen del derecho probatorio que surge de la moderna delincuencia denominada no convencional, lo que el autor refleja en el hecho de la importancia creciente que ha experimentado la pericial en los últimos tiempos. En esto el libro nos pone en contacto con los problemas actuales de este medio de prueba, ante todo con el conflicto que aparece entre los cada vez mayores requerimientos de auxilio especializado con el viejo principio según el cual el juez es en definitiva *peritus peritorum*. Y si bien en este punto también se destaca la discusión contradictoria de los peritajes en el juicio como el mejor método para aumentar el rendimiento de esta prueba, lo cierto es que justamente éste es un campo apto para la tan temida como necesaria iniciativa probatoria del juez, siempre que, como lo expone con maestría el autor, sea un recurso utilizado con buen tiento. El trabajo brinda los

critérios a tener en cuenta para otorgar confiabilidad a la información pericial y para seleccionar entre informes periciales contrapuestos. Asimismo denuncia el extendido defecto de la jurisdicción actual que en tantas ocasiones delega prácticamente sus propias responsabilidades en las tareas de los peritos. También nos pone en contacto con otra desviación de la práctica: la «pericial de inteligencia» (policial). Al respecto el autor descalifica esta extravagancia con razones y hasta con buen humor: «lo aportado por el perito al juzgador es inteligencia». En último término el trabajo critica la habitual desconfianza que sufre la pericial de parte con argumentos muy inteligentes que van desde el que reza que «en rigor, procesalmente todas lo son» hasta el que destaca los valores de la contradicción también en la existencia de visiones técnicas opuestas que pueden ser debatidas en el juicio como instancia de las hipótesis parciales permitiendo que en este punto probatorio también haya un aporte epistemológico de calidad debido a que siempre las partes han de sostener su propia verdad, también pericialmente, en lo que puedan. Como siempre, la garantía final la brinda la correcta motivación de la sentencia estimulada en este punto a utilizar el mayor rigor argumental posible en razón de la disputa planteada incluso entre expertos no litigantes.

En el VII y último capítulo el autor aborda el único problema pendiente entre los propios de la materia de la obra: la prueba obtenida ilícitamente. Para empezar el tratamiento de la cuestión nos recuerda la función predominantemente epistemológica del proceso penal: saber qué ha pasado respecto de una acción humana que se reputa como probablemente delictiva. Este saber confiere legitimación al poder del derecho penal: las consecuencias de la ley sustantiva sólo serán aplicadas después de una comprobación adecuada de aquella hipótesis que presidió la necesidad de conocer. Tras repasar los avatares históricos de tal función cognitiva Andrés Ibáñez la conecta con la moderna función política del proceso: evitar que ese saber sea falsificado y con ello el poder

abusivamente aplicado, para lo cual el orden jurídico cuenta con cautelas de efectividad de los derechos fundamentales del imputado (garantismo). Al final de estas consideraciones preliminares del problema de la prueba ilícita aparece una definición altamente rentable del objeto de conocimiento del proceso penal (función epistémica) determinada por los alcances de la presunción de inocencia (función política). Se trata, entonces, de obtener una verdad «menos ambiciosa en su alcance, como corresponde a un fruto del método inductivo. No real o material, y menos aún absoluta, pues, sino la propia del conocimiento probable, y, desde luego, de infinita mayor calidad que la asegurada por el proceso inquisitivo, dado el carácter racional y racionalmente controlable del curso de su obtención». Este método de conseguir los datos relevantes para resolver el caso penal comienza ya con la determinación precisa y exacta de lo jurídico-penalmente «relevante» (principio de estricta legalidad) y desemboca, por medio del principio de inocencia y su cuadro de garantías, en un contradictorio que asegura una verdad de calidad, especialmente porque exige del proceso, desde el comienzo, juego limpio en su trabajo de discusión de hipótesis. Desde esa antesala el trabajo pasa a considerar el problema de fondo de este apartado. Para ello afirma la constatación siguiente: la vulneración de los derechos fundamentales del imputado en la obtención de fuentes de prueba implica no sólo irregularidad por la ruptura de la forma prevista, «sino que, además, acarreará la degradación sustancial de la actuación, pues lo que quiebra no es sólo aquella sino, mucho más y más profundo: el paradigma de legitimidad de la actuación del ius puniendi en cuanto tal». La riqueza en consecuencias de esta afirmación del autor es invalorable. El trabajo demuestra que los peligros en este campo no están concentrados en la calificación de una prueba como inválida, algo que de modo usual es expresamente claro porque se trata de burdas transgresiones, sino en la determinación del valor de la prueba derivada. El autor, después de un provechoso repaso de la si-

tuación en la práctica de los EE.UU. y de la situación en Europa ataca con solvencia la tendencia jurisprudencial endémica que, sobre todo si el hecho es grave, trata de salvar siempre algo de prueba para condenar a ultranza. Andrés Ibáñez demuestra categóricamente la falacia de la doctrina judicial que hace sobrevivir conectada a un artefacto jurídico a una prueba que está muerta por causas naturales. Se trata de la conocida teoría de los tribunales supremos alemán y español que sólo invalidan la prueba derivada si existe con la ilícita una conexión de antijuridicidad además de una vinculación de causalidad. Aquí resultaba criticada con éxito la idea de una ponderación, «a la americana» (balancing test) pero contra la ley y la Constitución, producto de la cual, ¡oh casualidad!, siempre sobrevive la prueba derivada en caso de delito grave. Como es sabido, son tantas y tan amplias las ponderadas excepciones a la regla de exclusión que, como dice el autor, lo excepcional es que se aplique la regla. Pues la búsqueda de esa conexión es sólo «un ejercicio de prestidigitación judicial y jurídica» que únicamente encubre el decisionismo pragmático de un juzgador que resuelve bajo sus preferencias, discrecionalmente, con valoraciones de pura oportunidad y sin atadura que lo ligue al respeto del derecho fundamental afectado que termina reducido a la categoría de «promesa vacía». Más cuestionable todavía es esta tendencia a la ponderación en España debido a que la ley excluye expresa y categóricamente las pruebas que directa o indirectamente sean el fruto de la violación de derechos o libertades fundamentales. Así, para evitar la impunidad se recurre a un «demoledor todo vale, que da aliento a una recusable y peligrosa subcultura de la ilegalidad, y contribuye a incentivar prácticas policiales y judiciales inconstitucionales y de una sonrojante falta de profesionalidad». Por aportar ya al final de mi tarea algo propio como prologuista a la ya contundente posición del autor en el tema de este apartado creo que frente a prácticas de este tipo, que llevan a una providencial salvación de los resultados de graves ilegitimidades

(juego sucio), lo mejor sería considerar que la consecuencia de estas graves ilegitimidades es la pérdida de la aptitud punitiva estatal en el caso (descalificación procesal del Estado) con la clausura definitiva del proceso y con independencia de la suerte de las demás fuentes de prueba. Ello evitaría la invención y la reinención de doctrinas, de las cuales la conexión de antijuridicidad es sólo una, para salvar lo insalvable y a que los derechos fundamentales sean realmente tomados en serio, si es verdad que esta ruptura de la forma quiebra ante todo el «paradigma de legitimidad de la actuación del ius puniendi en cuanto tal».

En resumen, el libro contiene un tratamiento exhaustivo de lo más relevante respecto de su objeto de atención. Ese tratamiento, por otra parte, es de alta calidad jurídica y política. Por lo demás, la redacción es tan exquisita que la lectura se vuelve atrapante: es una obra escrita con pasión que sólo permite ser leída apasionadamente. En toda ella se percibe como hilo conductor una caracterización humanista, ilustrada y culta del poder penal como instrumento válido de aseguramiento de la vida social básica siempre que su ejercicio esté sometido al imperio superior de la legalidad y de los derechos fundamentales. El autor sabe que para ello, muchas veces, el precio es alto, pero es el costo que separa, por tanto nítidamente, la Democracia del fascismo. Esa legitimidad democrática y jurídica sólo es posible a través del respeto limpio de las reglas constitucionales y legales del juego. Ciertamente es que esto, como concluye Andrés Ibáñez, «conllevaría, en lo inmediato y a corto plazo, un incremento de las absoluciones y algunas impunidades, pero éste es sin duda un precio —por lo demás, constitucionalmente obligado— que valdría la pena pagar a cambio del resultado de desterrar una infinidad de malas prácticas profesionales que hoy ensombrecen la ejecutoria de la generalidad de los sistemas penales».

DANIEL R. PASTOR