



Escuela de
**PRÁCTICA
JURÍDICA**

Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



CURSO ESPECIAL SOBRE

DEFENSAS PENALES

CURSO ESPECIAL «DEFENSAS PENALES»

MATERIALES 1.ª Y 2.ª SESIÓN
(CUESTIONES PROBATORIAS)

MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA
Y LAS REGLAS DE LA LÓGICA

[...DEL LIBRO: VARIACIONES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA
-Análisis funcional desde el Derecho penal-]

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles
Catedrático de Derecho Penal
Abogado

I. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

1. El criterio fundamental para la valoración de la prueba de un modo objetivo-racional, y no subjetivo del juez, es atender a las denominadas máximas de la experiencia. Las máximas de la experiencia son las reglas que surgen de la observación y posterior generalización de casos concretos; dicho de una forma gráfica, la jurisprudencia –y la doctrina–, sabedora de que ciertos hechos se desarrollan siempre de una determinada manera, aplica esa suerte de “ley general” a los supuestos concretos que han de valorar.¹

De este modo, las máximas de la experiencia son obtenidas de la observación –judicial o no– de hechos similares, es decir, ya sea por parte de los propios juzgadores de acontecimientos de la vida diaria y cotidiana, ya sea por parte de los científicos respecto de eventos de cierta complejidad pero que también se rigen por leyes más o menos constantes, etc. Si habitualmente un suceso produce el mismo resultado, es de suponer que también en el futuro ello habrá de ser así, lo que para la valoración de la prueba significa que tal resultado habrá de considerarse probado si en el suceso sometido a prueba no intervienen circunstancias particulares que denoten que en el mismo no se cumplió tal pauta general. Estas máximas de experiencia, cuando se hallan bien construidas y sobre bases seguras, hacen descansar entonces el juicio probatorio en una base racional. No se trata, pues, de simples puntos de vista que nacen de meros procesos mentales del juez. En todo caso, como quiera que para la aplicación de una máxima de la experiencia ha de estarse ante hechos similares al enjuiciado, las mismas habrán de ser siempre próximas al *quid iuris*, pues de otro modo estaríamos sólo ante meras suposiciones que podrían fundamentar sospechas, pero nada más.

2. Expresado de una forma simplificada –aun a riesgo de ser algo inexactos–,² las máximas de experiencia son de dos tipos, de la experiencia diaria y de conocimientos

¹ Cfr. aquí y en lo siguiente: Schmitt, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, págs. 229 y ss.; vid. también Döhring, *Die Erforschung des Sachverhalts*, págs. 323 y ss.; Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg *StPO*, parágrafo 261, Rdn. 41 y ss.; Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, págs. 204 y ss.

² Vid. también la descripción y clasificación de Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 247 y ss., quien sin embargo duda de su efectividad real para su análisis de la prueba del dolo (pág. 253); sin embargo, los acertados y completos –y hoy no superados en la bibliografía al menos española– criterios “*en los que, de acuerdo con un punto de vista social, debe basarse la correcta atribución a una persona de un determinado grado de conocimiento*”, expuestos en la Parte Tercera de su obra (págs. 379 y ss.), son en nuestro entendimiento auténticas máximas de la experiencia, sin nada que haya que oponer a las mismas, cuestiones terminológicas aparte, sobre las que desde luego no merece la pena discutir.

asegurados científicamente. Las primeras, tras su discusión plenaria, pueden ser asumidas por el propio juzgador, en tanto que las segundas requieren en la mayoría de las ocasiones para su concreción de conocimientos especiales de los cuales carece el juzgador. Ello va a constituir la génesis de la prueba pericial. En ocasiones se presentan máximas de la experiencia que contienen elementos de una y otra clase: que dos disparos en la cabeza a escasos centímetros de distancia son reveladores de un dolo de matar –y no de lesionar– es verificado por el propio juzgador, a modo de máxima de la experiencia asentada jurisprudencialmente –lugar del “golpe”, número de ellos, tipo de arma empleada, etc.–, pero todo ello obviamente descansa en conocimientos científicos de balística, forenses, etc., para efectivamente poder concluir como probado que, por ejemplo, los tiros fueron realmente a escasos centímetros de distancia (conocimientos científicos de balística) y que la causa de la muerte se debió a ellos y no que los disparos fueron realizados sobre lo que ya era un cadáver (conocimientos científicos forenses).

Ambos tipos, a su vez, pueden contener consecuencias obligatorias o sólo probables.³ Dicho contenido habrá de ser tenido en cuenta, en todo momento, por el juzgador, pues es precisamente lo que da la pauta del valor probatorio que debe concederse a una determinada máxima de la experiencia. Una sencilla máxima de la experiencia de consecuencia obligatoria –y de la vida cotidiana y diaria–, por ejemplo, es aquella que nos dice que quien se encuentra en un lugar en un tiempo determinado, no puede estar a la misma vez en otro lugar en el mismo tiempo (si un sujeto estaba a las doce de la mañana en una cafetería en Madrid, no pudo cometer un delito a las doce y cuarto en Vigo); o también de consecuencia obligatoria es la ley –esta vez de la naturaleza– de que debajo del agua no se puede respirar. O, por último, que un hecho ha de producirse en un tiempo y espacio determinados. No hay hechos “atemporales” ni “aespeciales”, por tanto ambos extremos han de ser concretados, porque si no estaríamos ante un caso de duda. Se trata de leyes que indefectiblemente se cumplen y que nunca han sido hasta ahora contradichas por la realidad.⁴ A estas máximas de la experiencia tan sencillas y claras se las ha denominado también –con poco acierto terminológico– “reglas o principios de la sana crítica”.⁵

³ Véase también Gollwitzer, en: Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 45 y ss., 48.

⁴ Cfr. Freund, Normative Probleme der “Tatsachenfeststellung”, pág. 17; Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, pág. 79.

⁵ Algunas referencias históricas en: Apolo Ramírez, La sana crítica en la prueba testimonial, págs. 38 y ss.

Mientras, hay otras máximas que sólo señalan que por lo general a veces sucede lo que ellas prescriben, por ejemplo, que la ingesta de ciertos medicamentos mezclados con alcohol produce unos determinados efectos, pues puede que hayan sido descritos casos –aunque sean infrecuentes– en los que esto no sea así. Este último tipo de máximas también puede ser utilizado en el proceso de valoración de la prueba, pero, naturalmente, con las cautelas pertinentes, es decir, siendo conscientes de que no son de resultado seguro. Incluso el grado de fiabilidad de las pruebas de ADN o las posibilidades de determinación de la autoría mediante la dactiloscopia, etc., son máximas de la experiencia rayanas en la seguridad, pero con un margen de error en sí mismas, aunque sea ínfimo.⁶ En general, pues, que ciertas leyes científicas, por ejemplo en particular las que determinan la causalidad, formuladas por peritos (contergan, colza, etc.), no puedan estar aseguradas –por así decir– “matemáticamente”, no impide que sean tomadas como máximas de la experiencia, pero siempre, insistimos, con las referidas cautelas⁷ –en realidad, las mismas cautelas que respecto de cualquier máxima de la experiencia–.

3. Al respecto, conviene tener presente que incluso las que hemos denominado como máximas de la experiencia de consecuencia obligatoria lo son, en todo caso, para un tiempo determinado y en una sociedad individualizada: como formulase Karl Popper para el supuesto concreto de las denominadas leyes de la naturaleza (uno de los tipos más seguros de máximas de experiencia), tales leyes únicamente serán de aplicación mientras no resulten refutadas –“falseadas”– por la realidad. Las leyes de la naturaleza

⁶ Cfr. Döhring, *Die Erforschung des Sachverhalts*, págs. 333 y s., quien cita como máxima de la experiencia segura la de que no puede haber dos personas con impresiones digitales iguales (1 posibilidad frente a un septillón); Wagner, *Die Beweiswürdigungspflicht im trichterlichen Urteil im Falle der Verurteilung*, *ZStW* 106 (1994), págs. 2291 y s.; Alonso Pérez, *Valor procesal de la llamada “prueba dactiloscópica”*, *La Ley* 1998-6, págs. 2322 y ss. Conocido es empero el caso de los hermanos Abbas y Hassen O. en Alemania, gemelos con el mismo material genético 100% y, por ello, absueltos del robo al KaDeWe, por imposibilidad de concreción de a quién de los dos pertenecería el ADN encontrado en un guante hallado en el lugar del robo; estas inseguridades han sido puestas de manifiesto precisamente por la doctrina especializada en el tema: Etxeberría Guridi, *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, págs. 289 y ss. (aunque en cierto modo superadas sus objeciones por la regulación positiva posterior), págs. 314 y ss., particularmente págs. 343 y ss.; vid también, últimamente, Richard González, *La identificación del imputado mediante la comparación de perfiles de ADN*, en: Abel Lluch/Picó i Junoy/Richard González, *La prueba judicial – Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, págs. 1489 y ss.; o bien, allí mismo: Del Olmo del Olmo, *Las garantías jurídicas de la toma de muestras biológicas para la identificación de la persona imputada mediante el ADN*, págs. 1541 y ss.

⁷ Vid. López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho procesal penal*, págs. 1397 y ss.; Puppe, *“Naturgesetze” vor Gericht*, *JZ* 1994, págs. 1147 y ss., 1151; Jaén Vallejo, *Derechos fundamentales del proceso penal*, págs. 230 y ss.; muy restrictivos, Paredes Castañón/Rodríguez Montañes, *El caso colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, págs. 128 y ss., 49 y ss.

“no afirman que algo existe, sino que algo no existe”, y precisamente a causa de esta forma, son falseables: en cuanto sea aceptada una aseveración que muestre que la “prohibición” ha sido quebrantada, que afirme en suma la existencia de un “suceso prohibido”, habrá sido refutada con ello la ley de la naturaleza afectada⁸ y, por ende, la máxima de la experiencia correspondiente. En otras palabras, las “leyes de la naturaleza” son falseadas mediante la concurrencia del suceso que ellas habían “prohibido”. Un sencillo ejemplo: una ley de la naturaleza que estableciese que los rayos no alcanzan a las personas, sería falseada inmediatamente en cuanto fuera observado que, bien al contrario, efectivamente, un rayo ha alcanzado a una persona, matándola. Es por ello que decimos, pues, que las máximas de la experiencia de consecuencias obligadas, en general, al tratarse de relaciones empíricas, no afirman que algo es, existe, etc., sino que algo no es, no existe..., de tal modo que en otro tiempo y sociedad puede que dejen de tener la pretendida obligatoriedad. Esta es la servidumbre que en todo caso debemos pagar. Basta pensar, por ejemplo, en la notable evolución que han experimentado las máximas de la experiencia de la medicina legal. Para bien, pues cabe recordar los supuestos que han saltado a los medios de comunicación en los cuales, tras largas condenas, las respectivas sentencias hubieron de ser casadas en favor del reo a la luz de muestras de ADN.⁹

4. Las máximas de la experiencia, como ya hemos indicado, deben estar basadas en conocimientos lo suficientemente seguros como para poder ser generalizados. Ello

⁸ Popper, *Logik der Forschung*; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, págs. 22 y ss.; cfr. también, Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 249 y s.

⁹ Por ejemplo: Europa Press, 2 de febrero de 2010 (“*Absuelto un condenado a 36 años por violación porque el ADN dice que no fue el autor: Fue declarado culpable por tres violaciones a menores en Gran Canaria – Las jóvenes le identificaron; el ADN dice que es ‘científicamente imposible’ – Ha pasado más de dos años y siete meses en prisión, desde julio de 2007*”), haciéndose eco de la STS 158/2010, de 2 de febrero: “*El primero de los motivos (...) denuncia la infracción de las reglas de la lógica y máximas de la experiencia entendiendo que ‘los juzgadores han valorado determinadas pruebas de genética con un total desconocimiento científico’.* (...) *La Sala valora incorrectamente los datos suministrados por los informes periciales de ADN. El informe elaborado por dos biólogas de la Unidad Central de análisis científicos del Cuerpo Nacional de Policía analizó una muestra indubitada del acusado y comparando su resultado con el elaborado anteriormente de los restos prostáticos encontrados en el jersey de la víctima de la segunda agresión sexual, Milagros, estableció dos conclusiones: 1.º que el perfil genético obtenido de la primera muestra ‘no es compatible’ con el de la segunda; y 2.º que el haplotipo de cromosomas ‘Y’ de la muestra indubitada ‘no es coincidente’ con el obtenido en los restos del jersey*”; por si ello fuera poco –que no lo era, a los efectos de casar la sentencia de instancia–, además había otras crasas incorrecciones en la valoración probatoria: “*(...) la detención del acusado (...) se produjo cuando la primera [de las víctimas], Ascensión, diez años después de la agresión creyó reconocerlo por la calle y avisó a la Policía (...). Pues bien, en el atestado policial instruido diez años antes a raíz de la agresión sufrida, ésta víctima declaró que ‘no podía describir la cara porque se asustó y prefirió no mirarle’*”; vid. también, Mora Sánchez, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN*, págs. 209 y ss., 253 y ss. (sobre la denominada falacia del fiscal y el defensor – un error lógico– y el análisis de los resultados a través del teorema de Bayes); Pastor Alcoy, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, págs. 93 y ss.

quiere decir que según el estado de las ciencias empíricas han de poder ser tenidas como confirmatorias, aun cuando, como decimos, no ofrezcan resultados cien por cien seguros. En otras palabras, que una cosa es la máxima en sí, que habrá de ser segura como método aplicable según las ciencias empíricas tras pasar por el tamiz del código jurídico, y otra los resultados que la misma pueda ofrecer, que serán más o menos seguros, o, incluso, rayanos en la certeza –a su vez, positiva o negativamente–. De ello, buen ejemplo de nuevo podría ser la prueba del ADN, que si bien es un método confirmado científicamente, sus resultados no son seguros positivamente, sino sólo negativamente: no puede ser concluido con certeza absoluta que el sujeto que con tal prueba sea identificado es a quién se busca, aunque cuando la identificación es negativa, ese resultado sí será concluyente. Ejemplo: es analizado un grupo de ADN y resulta que sitúa al encausado entre el 1% de probabilidades de ser el culpable; el Ministerio Fiscal dirá que hay un 99% de posibilidades de que sea culpable, mientras que la defensa podrá alegar, no sin razón, que si el hecho fue cometido en una gran ciudad, Madrid, y por la edad la población que posee ese ADN es de un 1%, ello querrá decir que de cada 500.000 habitantes, habrá nada más y nada menos que 5.000 personas que estarán en la misma situación que el acusado; evidentemente, ello es muy poco significativo, sin más.¹⁰

5. Para evitar el peligro de que meras vivencias personales sean generalizadas como si de ciertas máximas de la experiencia se tratase, sin serlo, las mismas han de haber sido logradas en un proceso controlado:¹¹ y así, sometidas al principio de contradicción, tales normas científicas o, en su caso, tales reglas simplemente cotidianas podrán ser, naturalmente, rebatidas por las partes.

El juzgador no debe apartarse de las máximas de experiencia sin motivo aparente –en otras palabras: sin una explicación racional–, pues las mismas, como hemos dicho, rigen para el entendimiento jurídico general de una sociedad concreta en un tiempo determinado, o en una particular comunidad científica, o técnica, etc.; o, en orden a la –

¹⁰ Cfr. Álvarez de Neyra Kappler, La prueba de ADN en el proceso penal, págs. 54 y ss.

¹¹ Freund, Normative Probleme der "Tatsachenfeststellung", págs. 15 y s.; probablemente de otra opinión (aun cuando puede tratarse de una cuestión terminológica), Fernández López, Prueba y presunción de inocencia, pág. 40: "junto con los hechos notorios, también quedan excluidas del objeto de la prueba las máximas de la experiencia, (...) constituyen reglas generales, del saber común o especializado (...)"; ciertamente, empero, hay máximas que son hechos notorios, pero otras no lo son, en particular aquellas que se obtienen mediante pericia, en la cual no solo se aplica al caso concreto una máxima, sino que también puede ser discutido el método, es decir, el hallazgo mismo de la máxima de experiencia a aplicar.

mal llamada- “sana crítica”, como máximas de la experiencia de la vida cotidiana. Hecha una excepción de una máxima de la experiencia, hay que explicar el porqué de dicha exclusión en ese concreto supuesto, es decir, qué puntos concurrirían en el conflicto sometido a enjuiciamiento, exigentes de un tratamiento particular y divergente. Ello se deduce del principio que la doctrina alemana denomina de “agotamiento de la valoración de la prueba”,¹² es decir, la obligación o mandato al tribunal de que debe hacer uso –agotar– todo el material probatorio llevado al proceso y sus consecuencias.

En cambio, si se toma el supuesto normal, lo único que habrá que realizar es la subsunción de ese caso en la máxima de experiencia correspondiente, que tiene, como tal, una suerte de disponibilidad de aplicación. No debe el juez aplicar otras “máximas”, pues esas, que en definitiva no serían sino “máximas de *su* experiencia”, son equivalentes a su conocimiento privado y, por tanto, no atendibles.

6. En la otra cara de la moneda, puesto que precisamente se trata “sólo” de máximas, lo cierto es que siempre habrá que tener en cuenta que incluso aunque la máxima de experiencia nos lleve a una solución, no es descartable que puedan concurrir otras posibilidades. Por ello, para que la decisión al respecto sea racional –y revisable–, el juez, si hay un principio de esas otras alternativas, al menos ha de haberlas reconocido y, en su caso, descartado motivadamente en el marco de la valoración de la prueba,¹³ y dicho proceso mental ha de quedar así plasmado en la sentencia, pues es parte de su ineludible razonamiento. Como veremos *infra*, no solo cuando se trate de la llamada prueba por indicios.

7. Una buena parte de las máximas de experiencia queda supeditada y pueden ser objeto de prueba pericial: se trata, por ejemplo, de las reglas –máximas de experiencia propias– de la criminalística –periciales balísticas, caligráficas, etc.–, de la psicología y de la medicina, entre otras.¹⁴ No es necesaria pericia, claro está, cuando estemos ante –

¹² Cfr., por todos, Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 56 y ss., con más referencias jurisprudenciales y bibliográficas; Wagner, Die Beweiswürdigungspflicht im tatrichterlichen Urteil im Falle der Verurteilung, ZStW 106 (1994), págs. 290 y s.

¹³ Vid. Pelz, Die revisionsgerichtliche Überprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung, NStZ 1993, págs. 364, 365 y s.; Vid. también, respecto del recurso de apelación, en general, Hermosilla Martín/Casanueva Pérez-Llantada, La valoración y práctica de la prueba en el recurso de apelación en la jurisdicción penal, en: LH González-Cuellar García, págs. 917 y ss.

¹⁴ Cfr. también BGHSt 17, 385.

las ya expuestas- máximas de la experiencia cotidianas o, en todo caso, ante las que podemos denominar máximas de la experiencia notorias, en las que puede que la regla por las que se rijan no sea aprehendida en su complejidad científica por la generalidad de las personas, pero las consecuencias de las mismas sí sean evidentes para todos.¹⁵

La notoriedad puede ser tanto positiva -es de sobra sabido que un corolario fáctico se producirá- o negativa -es de sobra sabido que un corolario fáctico no se producirá-. Pertenecen al conocimiento general de cualquiera. No hay dudas de su concurrencia. De todas formas, las partes pueden intentar atacar la notoriedad con otros medios de pruebas si así lo desean, con fundamento en el principio de contradicción que real y efectivamente debe imperar en el proceso penal.

El hecho de que el juez pueda no conocer puntualmente una determinada máxima de la experiencia, no obsta para que pueda hablarse de notoriedad si el juzgador puede hacerse con el conocimiento sin mayores problemas en fuentes generales. En muchas ocasiones, lo que puede ser notorio no es ya la máxima de experiencia en sí -al menos en sus detalles-, sino la fuente mediante la que en rápida y segura consulta puede ser comprobada la notoriedad, y ello es suficiente. Como vemos, pues, rigen las mismas reglas generales que ya fueron expuestas respecto de los denominados hechos notorios.

8. Por todo ello, existe error en la valoración de la prueba tanto si es tomada en consideración una máxima de experiencia que en realidad es inexistente, como si resulta inaplicada una existente.¹⁶ Hay pues que evitar utilizar fórmulas vacías de contenido y que, precisamente por ello, se adaptan a cualquier decisión que quiera ser tomada, es decir, en definitiva, que ya haya sido tomada de antemano. Sobre ello volveremos más adelante al hablar de las reglas de la lógica.

II. PARTE ESPECIAL: MÁXIMAS DE EXPERIENCIA POR TIPOS PENALES

1. Muchas de las máximas de la experiencia para la valoración de la prueba nacen con vocación de aplicación en la probanza de cualquier delito; así, las que previamente han requerido una pericial, como las máximas de la técnica criminal o criminalística (balística, dactiloscopia, etc.), de la medicina (medicina forense, psiquiatría; en menor

¹⁵ Cfr. Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, par. 244, Rdn. 227 y ss.

¹⁶ Cfr. también Climent Durán, La prueba penal, pág. 88; Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, párrafo 261, Rdn. 49.

medida: odontología, rayos x y otras), de la biología o la microbiología, la toxicología, las ciencias químicas o físicas, la grafología –también en relación con la prueba documental–, etc.; o, también, aquellas otras que no necesariamente son periciales – aunque puedan serlo–, como las máximas de la experiencia del sistema económico o financiero, del bursátil, del comportamiento humano al engaño o a la coacción, o al ofrecimiento de dádivas, las máximas de la denominada psicología del testimonio, etc. Podremos estar, pues, ante valoraciones probatorias de acusaciones por delitos de homicidio, lesiones, pero también de delitos económicos, estafas, ilícitos societarios, delitos de falsedad, de funcionarios, etc., indistintamente.

2. Sumamente interesante, de forma más acotada, es la formulación de máximas de la experiencia respecto de algunos tipos de delitos en concreto,¹⁷ al modo de una suerte de Parte Especial¹⁸ de la valoración probatoria, por contraposición a las máximas generales de la criminalística, medicina forense, psicología del testimonio, etc., que constituirían la Parte General, igual que aquellas máximas para valorar la prueba del dolo, de la imputación objetiva, etc. Para ello, entre otros aspectos, sería muy conveniente la realización de estudios de campo, sobre todo también de la mano de la estadística judicial, y, por lo demás, la doctrina científica debiera llevar a cabo completos análisis sobre los distintos criterios de valoración de la prueba en los diferentes delitos. En

¹⁷ Cfr. aquí y en lo siguiente, Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, págs. 358 y ss.

¹⁸ Pocos intentos se aprecian en la literatura científica al respecto –y casi todos referidos en exclusiva al campo médico o de la psicología–, de modo que, como exponemos en el texto, la formulación de estas máximas de la experiencia que queremos denominar *por tipos penales* suele quedar en manos de la jurisprudencia; en todo caso, cfr. García Vitoria, Actividad pericial y proceso penal – Especial consideración de la pericial caligráfica, págs. 89 y ss., 155 y ss.; Hernández Martínez-Campello, et all., La prueba pericial médica, págs. 29 y ss., 89 y ss., 311 y ss.; Pardo Iranzo, La prueba documental en el proceso penal, págs. 249 y ss., 252 y ss.; Perezagua Clamagirand, La prueba en el derecho tributario español, passim; De Santo, La prueba pericial, págs. 187 y ss.; Cabrera Forneiro/Fuertes Rocañín, -con el significativo título de– Psiquiatría y Derecho: dos ciencias obligadas a entenderse (Manual de psiquiatría forense), págs. 119 y ss., 189 y ss.; Soria Verde, (Coord.), Manual de psicología penal forense, págs. 191 y ss., 255 y ss., 379 y ss. – Últimamente, también, esta suerte de Parte Especial en el ámbito de los malos tratos familiares, y así: De Hoyos Sancho, ¿Cómo probar los malos tratos familiares?, en: Abel Lluch/Picó i Junoy/Richard González, La prueba judicial – Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa, págs. 1185 y ss.; o bien, allí también: Solé Ramón, La prueba del maltrato familiar a través de la declaración de la víctima y de los testigos de referencia, págs. 1209 y ss. Para el ámbito de los delitos contra la salud pública, detallado (valoración de la cantidad de droga, circunstancias del poseedor, las relativas a la ocupación, etc.), Aránguez Sánchez, Criterios del Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de lo punible en la posesión de drogas, Revista electrónica de Ciencia penal y criminología, 01-04 (1999). – De todas formas, es importante resaltar, que la propuesta es la configuración de las máximas de la experiencia, no la conformación de reglas especiales a modo de relajaciones probatorias para ciertos delitos o ámbitos, por ejemplo, que la prueba en casos de la denominada violencia de género pueda ser llevada a cabo mediante testigos de referencia, o de manera en todo caso más débil o laxa, como a veces se lee.

definitiva, de lo que se trataría es de brindar los criterios al juez, para evitar que deba ser él, quien se vea obligado a “descubrir” las máximas según vaya resolviendo supuestos de hecho,¹⁹ en un indefendible, pero obligado –dado el pigre nivel científico en esta materia– experimentar probatorio con el reo.²⁰ Para algunos delitos, esta labor ya ha sido al menos emprendida; otros, en cambio, adolecen de mayores lagunas. Tras ello, el contenido de tales estudios debería ser parte fundamental de la formación de jueces, fiscales y abogados penalistas.²¹

3. Las máximas de la experiencia que facilitan la labor de subsunción en los casos límite entre la tentativa de homicidio y las lesiones consumadas, es decir, que discriminan el denominado *animus necandi* del llamado *animus laedendi* (en realidad, es suficiente con el conocimiento, sin que sea preciso un particular “ánimo”), son una buena muestra de cómo debiera ser esta Parte Especial de las máximas de experiencia, aun cuando todavía quede mucho por hacer. El juez, al menos, posee unos criterios de valoración, para inferir una cuestión jurídica –un dolo u otro–; unos criterios que, con pretensión de cierta exactitud, han ido siendo ganados a través de la observación y generalización de casos concretos, es decir, unas verdaderas máximas de la experiencia asentadas jurisprudencialmente.

Así, a modo de estas máximas, el Tribunal Supremo habla del lugar del golpe, del número de lesiones, de la profundidad de las mismas, del tipo de arma utilizada, etc.: “1. Las relaciones que ligan al autor y a la víctima (...). 2. La personalidad del agresor (...). 3. Las actitudes o incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males y repetición en su pronunciamiento. 4. Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda (...). 5. Dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar, medios e instrumentos empleados en la agresión. 6.

¹⁹ Empero, Alemán Cano, La prueba de testigos en el proceso penal, pág. 235: “la citada experiencia [para aplicar las máximas] sólo se alcanza con un largo ejercicio y hábito en la facultad de razonar (Brichetti)”.

²⁰ Vid. también Stamp, Die Wahrheit im Strafverfahren, págs. 108 y ss., quien al respecto llama igualmente la atención como impedimento claro de alcanzar la verdad procesal; Alonso Gallo, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal, InDret 4/2011, págs. 9 y s. y passim; Andrés Ibáñez, Consideraciones sobre la prueba judicial, págs. 48 y ss., elevando también su queja de este vacío (“auténtico ‘agujero negro’”) en materia de valoración de prueba en la doctrina especializada.

²¹ Como ha puesto de manifiesto magníficamente explicado y con toda razón Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 151 a 164; él se refiere a los jueces, pero es evidente que ello mismo rige también para fiscales y abogados.

Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos letal, las modalidades de ataque, el ímpetu del mismo y las regiones contra las que se dirige; no todas ellas ostentan la misma fuerza de convicción, y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejercita la acción tienen al igual que la potencialidad del resultado letal un valor de primer grado (...). 7. Insistencia y reiteración de los actos atacantes, duración, número y violencia de los golpes (...). 8. Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desentendiéndose del alcance de sus actos, alejándose del lugar, persuadido de la gravedad y trascendencia de los mismos. Estos criterios que “ad exemplum” se describen no constituyen un sistema cerrado o “*numerus clausus*”, sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se contrastan con otros elementos que puedan ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad impetuosa de sus actos”.²²

Los criterios podrán ser más o menos acertados, pero al menos los hay. Seguro que una sentencia que enjuicie una muerte, y discuta si estamos ante un homicidio doloso o ante uno imprudente en concurso con un delito de lesiones dolosas, no podrá apartarse sin más de estos criterios jurisprudenciales –basados en las citadas máximas de la experiencia–, según los cuales si el arma fue de fuego (o un arma blanca de importantes dimensiones), el número de golpes dos o más (disparos, cuchilladas, etc.) y el lugar de cuerpo afectado la caja torácica, el cuello o la cabeza, habrá de ser afirmado habitualmente la concurrencia de *animus necandi* a pesar del seguro alegato de defensa de que concurría sólo *animus laedendi* y de que, por ende, estamos en presencia de un homicidio imprudente. La mejor doctrina se ha pronunciado en el mismo sentido y ha desarrollado estos criterios.²³ Y si el juez se aparta de ello –como

²² Por todas, STS 1199/2006, de 11 de diciembre, con más referencias jurisprudenciales.

²³ Vid., en detalle, fundamental, Ragués i Vallès, El dolo y su prueba en el proceso penal, págs. 323 y ss. (en cuanto al “*sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo*”), págs. 357 a 511 (en cuanto a “*los [concretos] criterios de atribución del dolo*”) y, respecto del sencillo ejemplo propuesto, págs. 379 y ss., 383 y ss. (imputación a través de los por él llamados “*conocimientos mínimos*”); el mismo, La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo, ADPCP 1996, págs. 795 y ss.; el mismo, Consideraciones sobre la prueba del dolo, La Ley n.º 5633, 2002; Pérez del Valle, La prueba del error en el proceso penal, RDP 1994 – 2, págs. 413 y ss.; Ramos Tapia, en: Zugaldía Espinar y Pérez Alonso, Derecho Penal – Parte General, págs. 505 y ss.; Alonso Gallo, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal, InDret 4/2011, págs. 9 y s.; similar: González Cussac, Dolus in re ipsa,

puede hacerlo, sin duda-, deberá explicar por qué en la motivación de la sentencia.

Al encausado, le sucede lo mismo: una alegación de error de tipo (art. 14.1 CP), en contra de las máximas de la experiencia, requiere una explicación suplementaria para que su criterio de defensa pueda ser asumido por el juzgador; en definitiva, la ausencia de dolo no es solo sin más la negación del dolo, sino la positiva afirmación de un error; así, la máxima de la experiencia es que quien traslada droga en los bajos de su propio vehículo, lo conoce; por regla general, el alegato de un error no es plausible. Ahora bien, si el imputado, al ser detenido en la frontera con la droga, tiene prueba de que antes de su viaje al extranjero, había llevado el vehículo a revisión en su ciudad, y allí se le dijo que cuando llegase a su destino lo primero que debía hacer era llevarlo inmediatamente a otro concesionario, para cambiar una pieza, el transporte de droga instrumentalizado por terceros y, por ende, el error, pueden tener una explicación perfectamente plausible; en otras palabras, ha sido aclarado el apartamiento de las máximas de experiencia que en principio concurrían.²⁴ En todo caso, conviene ser muy cauteloso cuando las máximas de la experiencia al respecto se pretenden formular con pretensión de generalidad en contra probablemente del propio concepto de dolo -la llamada ignorancia deliberada para algunos delitos-.²⁵

4. También en el ámbito de los delitos sexuales ha sido hecho un importante esfuerzo por parte de la jurisprudencia, para aportar criterios generales de valoración de la prueba, es decir, en definitiva, máximas de la experiencia. Ello se debe, sin lugar a dudas, a que este tipo de delitos es, en gran número de ocasiones, de difícil prueba; incluso, puede que la acusación sólo cuente como todo bagaje pretendidamente incriminatorio con el testimonio de cargo de la propia presunta víctima. Esta reflexión lleva a una paradoja: en otros delitos donde aparentemente la prueba debería ser más sencilla, no ha sido realizado este esfuerzo jurisprudencial y doctrinal para concretar estas máximas de experiencia que hemos querido denominar Parte Especial, de tal suerte que, entonces, precisamente, esos delitos no son -aun pudiendo serlo- de "fácil

LH Vives Antón, págs. 825 y ss.; parecidas reflexiones, desde el punto de vista del error de prohibición, Córdoba, La evitabilidad del error de prohibición, págs. 167 y ss., 203 y ss.

²⁴ Ejemplo según Pérez del Valle, La prueba del error en el proceso penal, RDPPr 1994 - 2, págs. 413 y ss., 419 y s.; sobre la prueba del dolo, vid. también Andrés Ibáñez, En torno a la jurisdicción, págs. 160 y s., con nota 32 in fine, págs. 189 y s.

²⁵ Cuestión ésta que no puede ser abordada aquí en detalle; por todos, crítico con razón: Ragués i Vallès, La ignorancia deliberada en Derecho penal, págs. 128 y s., 31 y ss. (en supuestos de narcotráfico), págs. 35 y s. (blanqueo de capitales), págs. 36 y ss. (terrorismo) y págs. 41 y ss. (delitos patrimoniales).

prueba”, para quedar supeditados en demasiadas ocasiones –cualquier ocasión, en este contexto, siempre es exceso– a la libre valoración judicial, entendida ésta en su más criticable sentido –en conciencia–.

Como es sabido, especiales problemas de valoración de la prueba presentan los delitos sexuales en los que no haya sido empleada violencia, pues entonces no existirán las secuelas externas en la víctima –rasguños, erosiones, etc.– que faciliten la acreditación del hecho; baste pensar, por ejemplo, en el ámbito de los abusos sexuales a menores del artículo 183.1 y 3. (1.^a variante) del Código Penal. Por ello, la jurisprudencia viene señalando una serie de riesgos sobre la prueba de los delitos sexuales en general, los cuales v. gr. se agravan aún más si estamos ante la denuncia de uno de los cónyuges por presunto abuso sobre un hijo común, que deberá tomarse con suma cautela (¡máxima de la experiencia!) si los hechos supuestamente –además– habrían sido cometidos tiempo atrás.

Tiene dicho la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre toda esta problemática, desde hace tiempo: “La situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador. Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración del acusador no sólo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no hay otra prueba, llegándose el grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan imprecisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario”.²⁶ A la vista de esto, desde luego, es una alta responsabilidad no dudar, lo cual puede llevar a uno de los supuestos más dramáticos para el Estado de Derecho: la condena del inocente.²⁷

²⁶ STS 23 de marzo de 1999.

²⁷ Cfr. también Andrés Ibáñez, En torno a la jurisdicción, págs. 168 y s.

Para soslayar estos peligros,²⁸ sin hacer dejación de la tutela judicial efectiva –esto es: para intentar evitarlos sin necesidad de absolver siempre–, el Tribunal Supremo ha dado unas pautas de valoración de la prueba –que se suman a las que acabamos de ver–, es decir, unas máximas de la experiencia de esta suerte de Parte Especial de la que venimos hablando. Serían las siguientes: “(...) ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba [la declaración de la víctima] es necesario que el Tribunal valore expresamente [¡!] la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio –declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso– sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad”.²⁹ Estas máximas de la experiencia serán más o menos acertadas –algunas no, como veremos–, más o menos seguras, y en mayor o menor medida atendibles en el caso concreto, pero, lo que resulta esencial en nuestro contexto: muestran que efectivamente debe existir una preocupación por lograr esas máximas de la experiencia, que han de ser fijadas por doctrina y jurisprudencia para dotar al análisis probatorio de seguridad jurídica.

²⁸ Nieva Fenoll ha equiparado incluso la valoración de la prueba en estos supuestos al denominado enjuiciamiento *prima facie*, en: Enjuiciamiento *prima facie* – Aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales, págs. 187 y ss.

²⁹ Por todas, desde la STS de 23 de marzo de 1999; también así: las SSTS de 1 de octubre de 1999; 28 de septiembre de 1988; 26 de mayo y 5 de junio de 1992; 8 de noviembre de 1994; 27 de abril y 11 de octubre de 1995; 3 y 15 de abril de 1996; 23 de enero de 2007; vid. también: Pedreira González, La prueba y sus dificultades en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, CPC 74 (2001), págs. 301 y ss.; Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 125 y ss.

Así, máxima de experiencia es también la que debe ser extraída de estudios de campo que demuestra, frente a una cierta creencia, que los niños no suelen dejar volar su fantasía³⁰ en caso de que relaten que están siendo agredidos sexualmente, sino que bien al contrario, suelen mostrarse como testigos de relativa confianza en el terreno sexual; los casos de menores que llevan a cabo imputaciones falsas no serían, al parecer, frecuentes.³¹ La llamada exploración del menor es importante, así como que la valoración de la misma esté presidida, como siempre y en la medida de lo posible, por máximas de la experiencia aseguradas: por ejemplo, especialmente en las cuestiones de orden sexual los menores desdibujan los hechos, por falta de precisión, y, en estos delitos a efectos de elegir la modalidad comisiva (el tipo de la violación o el del abuso sexual), es esencial una completa precisión; en otro caso, entrará en juego, como veremos *infra*, el principio *in dubio pro reo*.

Habrà además que analizar con especial cuidado para evitar condenas de inocentes, posibles móviles de resentimiento, enemistad o interés –anterior a los hechos– aunque, como es lógico, no ya del menor, sino del entorno familiar que pueda haber influido en su testimonio; ello también es una máxima de la experiencia para este tipo de delitos. Y es que, en supuestos de separaciones matrimoniales conflictivas, donde existe litigio sobre la custodia de los hijos o el régimen de visitas, no son infrecuentes, por desgracia, las denuncias falsas por supuestos malos tratos o abusos sexuales.³² Son de particular importancia las consabidas corroboraciones periféricas, pues la jurisprudencia enseña que multitud de condenas se basan, precisamente, en que los autores habitualmente incurren en contradicciones sobre este aspecto: el autor niega tanto el contacto sexual

³⁰ Muestra sus prevenciones al respecto, empero, Romero Coloma, Problemática del testimonio de los niños en los procesos penales, CPC 48 (1992), págs. 831 y ss., págs. 832 y ss.; detallada, la misma, Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad, págs. 21 y ss.; véase también Trillo, en: Soria Verde, Miguel Ángel (Coord.), Manual de psicología penal forense, págs. 539 y ss.

³¹ Cfr. al respecto, Saller, Sexueller Missbrauch von Kindern, págs. 133, 142 y s.; Gimeno Jubero, El testimonio de niños, en: La prueba en el proceso penal, CGPJ 2000, págs. 143 y ss., 175 y ss., proponiendo que no deben ser aplicadas *per se* reglas especiales, sino tan solo dependiendo de edad y desarrollo; también Pedreira González, La prueba y sus dificultades en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, CPC 74 (2001), págs. 306 y ss. (con cita de la STC 44/1989, de 20 de febrero, y numerosas otras del Tribunal Supremo).

³² Cfr. las SSTS 11 de octubre de 1995 y 11 de abril de 1996, en las que hubo de dictarse segunda sentencia casando condenas a graves penas de cárcel, por quebranto del principio de presunción de inocencia, precisamente en situaciones de separaciones conflictivas de los padres; véase una vez más también, Romero Coloma, Problemática del testimonio de los niños en los procesos penales, CPC 48 (1992), págs. 831 y ss., pág. 832.

(de difícil prueba), como el haber frecuentado, por ejemplo, la piscina pública donde supuestamente el contacto habría tenido lugar; sin embargo, numerosos testigos corroboran que sí estuvo el día de autos en dicha piscina; *ergo*: el acusado miente, como indudable dato indiciario. Pero ello, salvo que hubiera algún motivo plausible para esconder su presencia en la piscina –ejemplo: era infiel y allí se encontraba con su amante–. De todas formas, conviene insistir aquí en que no debe caerse en la denominada *probatio diabolica* o de hechos negativos, intolerable en el proceso penal de un Estado de Derecho.

Lo que desde luego está claro, por volver a donde comenzábamos, es que el testimonio único en estos supuestos requiere la toma en consideración de unas máximas de la experiencia muy concretas y que no deben ser pasadas por alto.³³ El mayor o menor acierto de las hasta ahora existentes, podrá ser discutido, sin duda; lo importante es el principio: tales máximas son necesarias; no deben existir valoraciones “en conciencia”. Así, tiene dicho de forma correcta el Tribunal Supremo, por ejemplo para el supuesto ya visto de los menores: “Como es sabido, la psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza hoy de un notable desarrollo, merced en gran parte al trabajo de campo realizado en torno a la experiencia jurisdiccional. Fruto de ese desarrollo cultural es un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que gravan la prueba testifical. Entre los que, en el caso de los niños, se cuenta muy especialmente el derivado de la fácil sugestionabilidad, en función de las circunstancias personales y de entorno, la marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y la proclividad a la reelaboración inducida de los contenidos de memoria, tanto mayor cuanto más numerosas sean las ocasiones en que se vuelve sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos. Es así hasta el punto de que en los exámenes psicológicos a que se les someta, y más si se trata de evaluar la credibilidad de sus testimonios, juega un papel importantísimo la selección de los criterios de validez y acreditación de que su uso ha sido el correcto”.³⁴

5. En los delitos contra la propiedad y en los patrimoniales, también en los societarios, no siempre es suficientemente tenida en cuenta una máxima de la experiencia que, a

³³ Cfr. Orriach Navarro, Evaluación de la credibilidad y análisis del testimonio de los sujetos implicados en el proceso judicial – Una revisión general, AP 1999 – 1, núm. marginal 133 y ss., 149, 155 y s., 158 y ss.; vid. también Andrés Ibáñez, En torno a la jurisdicción, págs. 168 y s., con notas.

³⁴ STS de 21 de noviembre de 2003; en general, también: Pedreira González, La prueba y sus dificultades en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, CPC 74 (2001), págs. 310 y ss.

nuestro entender y pese a su generalidad, debiera servir para valorar el testimonio del denunciante: el hecho de que la presunta víctima habitualmente tiene un interés en el proceso –un gran interés, nos atreveríamos a decir–, ajeno a la condena penal, como es el cobro de la responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, precisamente sólo si resultan acreditados los hechos que él denunció, dada que esa es la vía civil adhesiva al proceso penal elegida por él. Ejemplo: los perjudicados de un concurso de acreedores inician un procedimiento penal por delito de estafa, aduciendo que en los últimos contratos que celebraron con la mercantil afectada, los administradores de la misma ya tenían dolo de incumplir con sus obligaciones (el viciadamente llamado “*negocio jurídico criminalizado*”); según ellos, no habría una mera suspensión de pagos, sino de un delito de estafa. Iniciada la vía penal, su interés en la condena es máximo, pues de otro modo habrían de retornar a la vía civil. Su testimonio, pues, puede ser forzado, espurio en definitiva.

Piénsese que en muchas ocasiones, lo que la parte presuntamente perjudicada cree que no va a poder lograr en un proceso de otra jurisdicción, puede intentar obtenerlo mediante el proceso penal. Así, en nuestro ejemplo, el perjudicado quizás crea que el proceso penal es más coactivo para resarcirse de sus deudas, además de que en él la responsabilidad civil *ex delicto* también incumbe a personas físicas cómplices si son condenadas por estafa, de tal modo que se ve ampliado el abanico de posibilidades de ejecutar las obligaciones dinerarias. Por otro lado, el proceso penal sería más rápido (también dicen que más “barato”) y, en todo caso, principalmente, puede forzar una negociación extrajudicial, dado el ya citado poder coactivo del que el procedimiento civil carece; por fin, si dicho procedimiento no da el resultado apetecido, suele quedar expedita –y es norma hacerlo así constar en los autos de archivo– la vía civil.

Todas estas consideraciones, que son sin duda máximas de la experiencia para este tipo de ilícitos –especialmente, como decimos, para la valoración del testimonio del denunciante y presunta víctima–, creemos que ni están desarrolladas como merecerían, ni suelen ser tenidas en cuenta como debieran. Además, junto a la prueba testifical, debe tenerse en cuenta que los delitos patrimoniales, y más aún los societarios, debieran cimentarse en pruebas documentales y periciales, que concitan mayor seguridad que la primera.

6. En los delitos contra la seguridad vial, o en homicidios o lesiones en dicho ámbito, es frecuente no conformarse con el atestado policial, y recurrir a la declaración testigos supuestamente presenciales, por ejemplo de un accidente de tráfico. Aquí, una vez más,

han de ser tomadas en consideración una serie de máximas de la experiencia bastante fiables,³⁵ las cuales suelen ser pasadas por alto, con la consiguiente inseguridad que ello produce –por no decir, con el consiguiente error judicial que ello provoca–.

Estudios empíricos demuestran que la distancia es un dato sumamente complejo de observar y de reproducir, y, por ello, según esta máxima de experiencia, no debiera ser concedido mucho valor a testimonios que versasen sobre este extremo o, al menos, a estas declaraciones debieran serles aplicadas los adecuados criterios correctivos según las máximas de la experiencia ganadas mediante dichos estudios empíricos. Estudios de campo en Alemania han demostrado que distancias entre de 100 y 300 metros, suelen ser consideradas por el observador como menores; mientras que distancias inferiores a 100 metros, suelen ser consideradas como mayores.³⁶ En especial, es poco fiable una testifical al respecto, cuando no hay puntos de referencia cercanos, como personas, casas, árboles, etc.

Por lo que respecta a la velocidad, la declaración de testigos presenciales también debe ser valorada con las cautelas precisas de las máximas de la experiencia existentes para este tipo de delitos. La velocidad de un automóvil implicado en un accidente suele ser percibida como más alta cuanto más voluminoso sea el mismo o cuanto más estrecha sea la vía por la que circule o, por fin, cuanto más estruendo produzca el accidente, circunstancia y percepción esta última que, si bien habitualmente corre paralela a la velocidad –a más velocidad, más ruido como efecto del choque–, no necesariamente habrá de ser así pues en ella pueden influir otros factores (obstáculos que amortiguasen el ruido, altura de los edificios, etc.). Por su parte, es claro que los dos primeros parámetros, el tamaño del vehículo y la anchura de la vía, en nada influyen necesariamente en la velocidad del vehículo: un vehículo grande no tiene porqué circular más rápido o más lento que uno pequeño, y, aunque así fuese, ello no significa que en el caso concreto se produjese de dicho modo; igualmente, en una vía estrecha también se puede circular a más velocidad que en una ancha o al contrario. Por tanto, la prueba reina en tales delitos debe ser la de los expertos, la pericial, y no la testifical. Una valoración probatoria ayuna de esta suerte de parte especial de las máximas de la

³⁵ Cfr. Trillo, en: Soria Verde, Miguel Ángel (Coord.), Manual de psicología penal forense, págs. 522 y s., 512.

³⁶ Así, la exposición de: Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, pág. 372.

experiencia, o anclada en máximas de la experiencia que no son tales –el testigo es igual de fiable que en otras percepciones que atañen a otros delitos– es una valoración probatoria sencillamente irracional.

7. Hasta aquí sólo una aproximación en unas pocas líneas generales –y respecto de unos pocos delitos– a la idea expuesta sobre las máximas de la experiencia por delitos. No podemos abarcar en su globalidad la cuestión: tan solo tratamos de demostrar la necesidad de llevar a cabo estudios científicos y monográficos, doctrinales y jurisprudenciales, de éstas que aquí hemos denominado máximas de la experiencia de la Parte Especial,³⁷ absolutamente necesarias para la valoración probatoria plenaria, análisis bien escasos en la literatura penal española. En suma, deben ser formuladas estas reglas por la jurisprudencia³⁸ y la doctrina científica a fin de acercar la prueba a la necesaria y exigible seguridad jurídica.

Estas reglas o máximas deben ser elemento inherente al proceso enjuiciador, igual que respecto de la subsunción lo son diversos filtros de la teoría jurídica del delito –tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, con sus correspondientes subinstitutos–, o los contruidos por la Parte Especial como los conceptos de violencia, engaño, documento, etc.: tan importante es la subsunción en los distintos preceptos del Código Penal, como la valoración de la prueba, previa y necesaria a dicha subsunción. Este esfuerzo investigador que proponemos es viable; piénsese, por ejemplo, que antes de la –racional y objetiva– teoría del dominio del hecho, predominó una subjetiva e insegura teoría de la mano del denominado *animus auctoris*, criterio que tan solo reflejaba la íntima convicción del juez, es decir, una decisión “en conciencia”. O que, probablemente, a su vez, la teoría de la autoría y participación basada en el dominio del hecho acabe siendo

³⁷ También podría realizarse cierta agrupación a modo de Parte General, en un doble sentido. Como parte general de valoración de prueba (básicamente: testifical, pericial y documental), y así, fundamental: Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 209 a 346). O como la clásica Parte General de la Teoría jurídica del delito, por ejemplo, las especialidades que ya fueron citadas respecto de la prueba del dolo (fundamental: Ragués i Vallès, El dolo y su prueba en el proceso penal, págs. 357 a 511, con una completa propuesta de “los criterios de atribución del dolo”, es decir, de las máximas de la experiencia para este concreto ámbito de la Parte General; vid. también Muñoz i Sabaté, Tratado de probática judicial, Tomo I.: La prueba del hecho psíquico [conocimiento, consentimiento, intención y simulación], pássim), o las particularidades que pueda haber respecto de modalidades fácticas omisivas (cfr., en detalle, Pérez del Valle, La prueba de la omisión, AJA 19 de octubre de 2000, n.º 457, págs. 1 y ss.; Zugaldía Espinar, AJA n.º 450: sobre la subsunción en los supuestos omisivos y su diferencia radical con la prueba en la comisión por omisión), etc. – Por su parte, respecto de otros delitos de la Parte Especial, pues no es el objeto –ni puede serlo– de las anteriores líneas agotar la materia, cfr. Pérez de Gregorio, La prueba en el proceso penal por delitos contra el medio ambiente, La Ley 1994 – 3, págs. 937 y ss.

³⁸ Vid. también SSTS de 9 de octubre de 1992; 6 de febrero de 2001; 21 de noviembre de 2003.

sustituida –en loable evolución científica– por una teoría global de la posición de garante superadora de la distinción entre autor y partícipe.³⁹

En el siguiente epígrafe abordamos una acuciante cuestión –la llamada inteligencia policial– que entendemos no debe ser tenida por máxima de la experiencia, y tras ella trataremos –esta vez sí, a modo de ejemplo, con algo más de detalle– algunas máximas de la experiencia referidas a cómo valorar el testimonio del imputado y de los testigos, según la denominada “psicología del testimonio” o “psicología forense”. Respecto de otras máximas de la experiencia, en especial las referidas a la criminalística, debemos remitirnos a la bibliografía especializada, pues además de poner de manifiesto su importancia, el análisis detallado de las mismas sobrepasaría el objetivo que en el marco de la presunción de inocencia nos hemos marcado.⁴⁰

III. Tipicidad penal y psicología del testimonio

A) Introducción

1. La denominada psicología del testimonio es una rama particular de la psicología,⁴¹ la cual, de la mano de la construcción de máximas de la experiencia, trata de la capacidad

³⁹ Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, En los límites de la inducción, InDret 2/2012, págs. 4 y ss.

⁴⁰ Véase, por todos, Verdú Pascual (Coord.), Del indicio a la evidencia, Técnicas de criminalística, *passim* y *v. gr.*: levantamiento del cadáver (págs. 13 y ss.), vestigios biológicos (págs. 63 y ss.), huellas (págs. 143 y ss., 163 y ss.), pelos y cabellos (págs. 213 y ss.), odontología forense (págs. 227 y ss.), etc., con más referencias bibliográficas.

⁴¹ Cuya bibliografía se viene ocupando más de la cuestión que la literatura jurídica (véase, entre otros: Diges Junco, Margarita y Alonso Quecuty, María Luisa, *Psicología forense experimental*, Valencia 1993; Arana, J. M., Sánchez, A., y Crespo, A., *Prácticas de psicología de la memoria*, Madrid 1999; Loftus, Elizabeth y Ketscham, Katherine, *Juicio a la memoria – Testigos presenciales y falsos culpables*, trad. De Concha Cardenoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín, Barcelona 1991; Diges, M., *Los falsos recuerdos – Sugestión y memoria*, Barcelona 1997; Raskin, D. C. [Ed.], *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, Bilbao 1994; Sola, E. [Dir.], *Implicaciones de la psicología en la criminología actual*, Granada 1999; Alonso-Quecuty, M. L. y Campos, L., *Psicología del testimonio y memoria de conversaciones: recordando palabras que matan*, Revista Electrónica de Motivación y Emoción, R.E.M.E, 2005; Campos, Laura, *Memoria de conversaciones y pragmática del lenguaje: más allá del testimonio visual*, tesis doctoral inédita, 2001; Campos, L. y Alonso-Quecuty, M. L., *Recuerdo de conversaciones delictivas y entrevista cognitiva: Analizando su eficacia en delitos del lenguaje*, Revista Electrónica Anales de Psicología, 2005; Sobral J., Arce R., Prieto, A., *Manual de Psicología Jurídica*, Barcelona 1994; Ekman, P., *Cómo detectar mentiras*, Barcelona 1991; Fariña F., Arce R. [Dirs.], *Avances y Psicología y Ley*, Madrid 1997; Ruiz-Vargas, J. M. [Comp.], *Psicología de la memoria*, Madrid 1991; Esbec Rodríguez, Enrique, Rodríguez Pulido, Francisco, Rivera Revuelta, J. L., *Psiquiatría legal y forense*, 1994; Soria, M. A., *Tratado de psicología forense*, Barcelona 2003; Urra, J., *Tratado de psicología forense*, Madrid 2002; Alba, J. [Ed.], *Psicología Jurídica*, Salamanca 2004; Jiménez Gómez, F., *Evaluación Psicológica Forense*, Madrid 2001; Garrido, V., *¿Qué es la psicología criminológica?*, Madrid 2005).

de las personas de declarar sobre hechos de los que han sido testigos (incluido el propio imputado).⁴² Es parte de la psicología, pero sumamente útil para la doctrina jurídica.⁴³ En concreto, se trata de saber hasta qué punto los testimonios son fiables o no, mediante las correspondientes reglas para valorarlos convenientemente: aunque incluso se desee decir la verdad, el testimonio puede caer en gran cantidad de errores o dudas. La observación humana no es una fotografía; y la reproducción, tampoco; antes bien, todo ello queda supeditado a la persona y sus características concretas, a errores acústicos, ópticos, a opiniones que predisponen, a sesgos, etc. Por lo demás, puede ser que precisamente los detalles en los que el testigo se fijase, a la postre, carezcan de relevancia jurídica. La forma de interrogar, igualmente, puede influir en el testimonio.⁴⁴

2. Si estas máximas de experiencia estuvieran más desarrolladas científicamente, incluso se relativizaría en gran medida el principio de inmediación,⁴⁵ con las importantes consecuencias que ello traería en relación a la amplitud del objeto de los posibles recursos: ciertos aspectos de valoración probatoria testifical podrían ser revisados por la instancia superior sin mayores problemas –que probablemente aun hoy existan–,

⁴² La ciencia de la psicología del testimonio comenzó, entre otros, con los trabajos de Hans Gross (1893) y Willian Stern (1904), por los cuales también se interesó el seminario de criminalística de Franz von Liszt. Vid. también Ferri, *Defensas Penales* (segunda edición), traducción de Jorge Guerrero, Bogotá 1969, prólogo a la segunda edición italiana (1922), págs. 30 y s., y también –de la misma época– François Gorphe, *La crítica del testimonio*, trad. de Mariano Ruiz Funes, 5.^a ed., trad. de la 2.^a ed. francesa, Madrid 1971. De una fecha posterior son de destacar también los trabajos de Udo Undeutsch (1967 ss.), Friedrich Arntzen (1970 ss.) y, más tarde, de Karl Peters (1970 ss.; cfr. Peters, *Strafprozess*, págs. 377 ss.). También la bibliografía de habla inglesa, en particular la de los EEUU, ha realizado numerosos estudios empíricos al respecto, muy valiosos.

⁴³ Cfr., entre otros, Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, págs. 162 y ss.; el mismo, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, págs. 79 y ss.; fundamental también: Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, págs. 212 y ss.; Climent Durán, *La prueba penal*, págs. 90 ss., 85 ss.; Adip, *Prueba de testigos y falso testimonio*, pássim; Romero Coloma, *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, Madrid 2009, pássim; Soleto Muñoz, *La identificación del imputado – Rueda, fotos, ADN ...*, De los métodos basados en la percepción a la prueba científica, págs. 59 y ss.

⁴⁴ Cfr. Orriach Navarro, *Evaluación de la credibilidad y análisis del testimonio de los sujetos implicados en el proceso judicial – Una revisión general*, AP 1999 – 1, núm. marginal 133 y ss., 141 y ss.; Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, págs. 230 y ss.

⁴⁵ De otra opinión, STS de 9 de octubre de 1992: “(...) han de entrar en juego las reglas de la psicología del testimonio que sólo puede aplicar quien presencia los interrogatorios”; por el contrario, acertadamente, la más reciente STS 1193/2010, de 24 de febrero de 2011, precisamente en sede de casación, es decir, sin visualización del testigo: “Esta Sala ha llamado la atención acerca de las cautelas que deben observarse al valorar las declaraciones de las víctimas, cautelas que tampoco deben descuidarse cuando se trata de simples testigos, dadas las observaciones realizadas por la psicología del testimonio”.

aunque dicha alzada carezca de la inmediación sobre el testimonio.⁴⁶ En definitiva, la psicología del testimonio trata de minimizar –y en la medida de su desarrollo, lo logra– el error que pueda producirse en la valoración de la prueba testifical,⁴⁷ precisamente el medio probatorio al que hoy día aún se le sigue dando más importancia en el proceso penal.

3. La psicología del testimonio adquiere gran relevancia en el denominado “interrogatorio cruzado de testigos”, técnica plenaria propia del derecho comparado anglosajón y que está prevista para una futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: la parte que ha propuesto un testigo podrá realizar una última ronda de preguntas, tras las que hayan sido formuladas por las otras partes, para determinar el grado de credibilidad del declarante. Para ello, los conocimientos de psicología del testimonio resultarán ciertamente muy necesarios.

Los jueces tienen que saber dejar preguntar al respecto. Pero los abogados y fiscales tienen que saber también preguntar al respecto. Este tipo de interrogatorio no significa *per se* una insinuación de que el declarante haya mentido, pues –como a continuación veremos– el testigo puede también haber caído en un error, puede haber “completado” su testimonio inconscientemente, etc., es decir, su declaración puede ser *mendaz* aunque no esté *mintiendo*. Por ello, la valoración de las declaraciones de testigos no debiera ser tan alicorta como partir de una alternativa única tan sencilla como equivocada: que los

⁴⁶ Así, Pérez Manzano, El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión crítica su condena, LH González-Cuellar García, págs. 1128: la “*revisión de la determinación de los hechos*” del “*modelo de control*” en la segunda instancia (frente al modelo del “*nuevo convencimiento*”) “*implica la revisión de reglas conforme a las cuales se ha efectuado la fijación de los hechos probados, [por lo que] no [se] requiere una nueva práctica de la prueba en la segunda instancia en condiciones de inmediación y publicidad, ni, por tanto, una segunda instancia en sentido estricto, siendo suficiente un segundo grado de jurisdicción*”; aunque hemos de insistir en que, para ello, deben estar plenamente aseguradas “esas reglas”, es decir, las máximas de la experiencias; todo lo demás es puro intuicionismo.

⁴⁷ Véase también la amplia y especializada bibliografía de Romero Coloma: La prueba de confesión y el interrogatorio del acusado, una visión psicológica, *passim*; El análisis psicológico del testigo en el proceso penal, Barcelona 1991, *passim*; Problemática de la prueba testimonial en el proceso penal español, AP 1990 – 1, núms. margs. 229 y ss.; La psicología judicial y la prueba de testigos en el ordenamiento procesal penal italiano: los últimos avances científicos, AP 1991 – 1, núms. margs. 15 y ss.; La prueba de testigos en el proceso penal español vigente, AP 1991 – 1, núms. margs. 185 y ss.; Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal, AP 1991 – 2, núms. margs. 367 y ss.; Las imperfecciones o errores en los testimonios, AP 1991 – 2, núms. margs. 465 y ss.; Nuevas aportaciones al estudio del error en materia testimonial (en el proceso penal), AP 1991 – 2, núms. margs. 473 y ss.; El error en materia de prueba testifical en el proceso penal – Análisis de un caso práctico, AP 1992 – 1, núms. margs. 7 y ss.; Las dificultades de la prueba de testigos en el proceso penal, CPC 53 (1994), págs. 813 y ss.; La valoración judicial de la prueba testifical y la psicología del testimonio, AP 1998 – 2, núms. margs. 791 y ss.

testigos, o bien dicen la verdad, o bien mienten.⁴⁸ Ni mucho menos.

B) Algunas máximas de la experiencia para el supuesto del error

1. Las posibilidades de no lograr un testimonio fidedigno son grandes: en primer lugar, dependerá de que se haya producido una percepción correcta por parte del testigo; después, cuando deponga ante el juzgador, el declarante tiene que recordar correctamente lo que en su día observó, pues también en este segundo momento puede surgir el error: simplemente, ha olvidado ciertos hechos o los confunde con otros; en tercer lugar, además, el declarante tiene que poder reproducir correctamente lo recordado, ya que puede no llegar a transmitir adecuadamente, en un tercer momento, lo que conoció y recuerda; por último, el receptor, el juzgador, debe entender correctamente lo reproducido: una vez más, esta última y cuarta fase también puede dar lugar a error; sería entonces el juzgador quien yerra.

Resulta más complicado detectar una declaración mendaz producto del error, que una declaración falsa producto de la mentira. Quien yerra cree absolutamente su versión de los hechos, luego producirá una declaración intersubjetivamente convincente. El problema puede ser, pues, acuciante.

2. En el primer nivel, es presupuesto necesario de toda declaración haber conocido la materia sobre la que se va a declarar, de modo que surgen problemas porque la capacidad de percepción no es igual en todas las personas, sino que depende de la edad, de su predisposición para la observación y concentración, del interés que la persona tenía en el evento, etc. En general, se habla de factores inherentes al suceso (condiciones de iluminación, adaptación a la oscuridad o a la luz, duración del evento, tipo de hecho, distancias, violencia acaecida, en su caso, etc.) y factores inherentes al testigo (estrés y miedo, focalización del arma, expectativas o prejuicios,⁴⁹ edad, género, entrenamiento –

⁴⁸ Cfr. Alonso Gallo, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal, InDret 4/2011, págs. 9 y ss.: “el estudio científico de la memoria demuestra que el recuerdo es un proceso mental muy complejo que puede dar lugar a modificaciones inconscientes de la percepción original. Reducir este proceso complejo a un decir la verdad o mentir es, por ello, una simplificación errónea” (pág. 10); el mismo, Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho penal, en: Derecho y justicia penal en el siglo XXI, LH a Antonio González-Cuellar García, págs. 34 y ss.

⁴⁹ Cfr. Romero Coloma, La psicología judicial y la prueba de testigos en el ordenamiento procesal penal italiano: los últimos avances científicos, AP 1991 – 1, núm. marg. 15 y ss., 18 y s.: “se tiene la tendencia a ver lo que se espera ver. A un grupo de personas les fue mostrado [1965] un dibujo reproduciendo un vagón del metropolitano con diversas personas, entre las cuales había blancos y negros. Aunque fuese un blanco el que tenía en la mano una navaja, casi el 50% de los observadores a los cuales Allport mostró el dibujo, decían que la navaja estaba

se trata o no de un profesional en relación al hecho-);⁵⁰ unos u otros influyen, o ambos. Cómo siempre, pueden y deben ser formuladas ciertas máximas.

Así, hay acontecimientos que producen atención *per se*, por ejemplo, un delito de sangre, en tanto que otros sucesos, pese a poder ser jurídico-penalmente relevantes, no suelen serlo para el observador de los mismos; por ejemplo, lo hablado en un Consejo de Administración ordinario. Si un testigo sin interés particular en un suceso nimio o cotidiano, en cambio dice haber observado hasta el último detalle, estamos probablemente o bien ante un testimonio falso, o bien ante lo que se ha dado en llamar un supuesto de “completar lo percibido”. Este último fenómeno sucede cuando el sujeto únicamente ha observado retazos de un suceso, pero, como la memoria sólo está en condiciones de retener datos que tengan una cierta lógica entre sí –de tal modo que situaciones caóticas no pueden ser recordadas con corrección–, el propio observador “completa” lo percibido hasta darle una construcción lógica que le ayude a retenerlo. Y particularmente ello puede ocurrir cuando en un interrogatorio una determinada pregunta hace sentir al sujeto la existencia de una laguna que tratará de rellenar aventurando una respuesta al azar o basada en una deducción lógica, no en lo percibido. Se trata de una modalidad de error, pues el sujeto ni tan siquiera será consciente de ello.

Una forma habitual de “completar lo percibido” es tratar de suplir las propias lagunas mediante conversaciones con otros testigos, llegando a conclusiones “de conjunto” –de nuevo inconscientemente–, imponiéndose la versión de la personalidad más fuerte.⁵¹ El testimonio de los empleados de una firma, por ejemplo, que son llamados a declarar sobre lo que oyeron a los directivos, y que entre ellos hablan los días previos a la declaración, habrá de ser tomado con estas cautelas; además, como también indican las máximas de la experiencia de la psicología del testimonio, habrá de ser valorado si realmente todos esos empleados, según sus puestos, tenían los conocimientos suficientes para entender lo supuestamente escuchado, así como para recordarlo si –en el momento de haberlo oído– no tenían por qué tener interés en ello; ello debe ser aplicado también –por citar otros ejemplos– al mundo de la administración y los

en manos de un negro”.

⁵⁰ Cfr. Orriach Navarro, Evaluación de la credibilidad y análisis del testimonio de los sujetos implicados en el proceso judicial – Una revisión general, AP 1999 – 1, núm. marginal 133 y ss., 138.

⁵¹ Peters, Strafprozess – Ein Lehrbuch, págs. 381 y s.; Trillo, en: Soria Verde, Miguel Ángel (Coord.), Manual de psicología penal forense, págs. 513 y s.

funcionarios, etc. A ello ha de añadirse otra forma “procesal” de completar lo percibido: como quiera que el testigo debe declarar en diversas ocasiones durante el proceso, en la segunda o sucesivas declaraciones tendrá en su memoria, no ya lo observado, sino lo declarado en la ocasión anterior,⁵² es decir, lo que quizás ya adolecía de adornos, de complementos ajenos, etc.

Una nueva forma de completar lo percibido es según lo que el declarante crea que debió haber sucedido en el evento que será sometido a prueba y por el que será preguntado.⁵³ Ejemplo: tras una pelea en un bar, el testigo completa su testimonio identificando algo brillante –en realidad un reloj– con un cuchillo, pues sabe que finalmente uno de los contendientes recibió una puñalada; en realidad, él no vio el cuchillo, pero ha completado su percepción en relación con su entendimiento de cómo tuvo que haber sucedido un apuñalamiento.⁵⁴

Esta máxima de la psicología del testimonio también tiene su corolario afirmativo: observará mejor y con mayor precisión quien ya conoce el tema objeto de la percepción, que quien lo enfrenta por vez primera;⁵⁵ y esta máxima de la psicología del testimonio lo es, por cierto también, y en esta ocasión, incluso de la vida diaria: basta pensar en el profesor que recomienda a sus estudiantes que acudan a las clases magistrales con la lección leída previamente. El testimonio de un policía que ya ha visto en varias ocasiones un accidente, es más fiable que incluso el de la propia víctima y, por supuesto, en mucha mayor medida que el de un peatón cualquiera. Con un nuevo ejemplo: los policías A y B detienen a C, por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas y conducción temeraria. Además, desde el principio, uno de los policías, A, sospecha que C podría ser un sujeto en busca y captura desde hace tiempo. De este modo, sólo A y no B –a quien A no comunicó sus sospechas– es un testigo idóneo para ser preguntado por la actitud que adoptó el detenido en ese momento, o sobre si tenía un pequeño rasguño en una mano o una zona del cuello algo enrojecida, fruto quizás de un forcejeo, etc. Para B, C es un posible conductor bebido y nada más, de tal modo que esos pequeños detalles le habrán de haber pasado probablemente inadvertidos –repetimos: si no

⁵² Vid. también al respecto Alonso Gallo, *Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal*, InDret 4/2011, pág. 10.

⁵³ Vid. Peters, *Strafprozess – Ein Lehrbuch*, págs. 381 y s.

⁵⁴ Ejemplo según Bender/Röder/Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, núm. marg. 72.

⁵⁵ Así, por todos, Bender/Röder/Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, núm. marg. 30; Vid. también Trillo, en: Soria Verde, Miguel Ángel (Coord.), *Manual de psicología penal forense*, págs. 520 y s.

aparecen circunstancias particulares-, de tal modo que las declaraciones que haga al respecto no serán todo lo fiables que pudiera pensarse; no lo serán *per se* o por haber sido influidas por lo comentado con posterioridad con su compañero.⁵⁶

Todo lo anterior y respecto de este primer nivel de la declaración, depende a su vez, de dos factores, lo cuales como máximas habrán de ser tenidos en cuenta en la probanza plenaria: capacidad de percepción (sordera, enfermedades, drogadicción, alcoholismo, miopía, cansancio, edad, cultura, etc.) y disponibilidad de percepción (luminosidad, nocturnidad, concurrencia de gran cantidad de personas, situación espacial del observador, tiempo disponible para la percepción, etc.).⁵⁷ La sentencia, si estamos ante un testigo de cargo, y máxime si es el único, habrá de realizar un análisis de todos estos y otros factores, y no una remisión genérica a que el testigo vio esto o aquello, sin más valoración, de un modo rutinariamente acrítico. Incluso aunque se trate de un testigo que a la vez sea la presunta víctima: sucesos en los que se tenga una implicación personal se perciben seguro, pero no por ello necesariamente mejor, que sucesos neutrales en los cuales el testigo sea un mero espectador.

Espacios de tiempo muy cortos, un par de minutos, en estados de nerviosismo o, en todo caso, en situaciones no cotidianas o rutinarias, suelen ser considerados como mucho más largos. Al contrario, espacios de tiempo superiores a diez minutos, suelen ser infravalorados.⁵⁸ Teniendo esto en cuenta, si la prueba depende del factor tiempo – por ejemplo, cuánto tiempo estuvo el acusado en un determinado lugar, para saber si su coartada es o no cierta-, una sentencia condenatoria no debería basarse sin más sólo en la prueba testifical, por resultar la misma, según estas máximas de la experiencia, demasiado endeble; o, como siempre, si desea hacerlo –no se trata de cercenar de forma radical toda valoración– habrán de aplicarse criterios correctivos o explicar en todo caso por qué para el caso concreto el juzgador se aparta de la máxima de la experiencia. Únicamente ello podrá ser considerado, entonces, una valoración probatoria racional y no arbitraria. Y piénsese lo importante que resultan los estudios empíricos en los cuales descansan estas máximas de la experiencia, pues una de las coartadas más habituales y

⁵⁶ Cfr. Bender/Röder/Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, núms. margs. 154 y ss.

⁵⁷ Vid. también Pastor Alcoy, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, págs. 79 y ss., 82 y ss.

⁵⁸ Sobre todos estos aspectos, cfr. Schmitt, *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess*, págs. 315 y ss., con más referencias bibliográficas; Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, págs. 175 y ss.

sencillas de construir es pretender la ausencia del lugar de los hechos en el momento del delito.

El factor tiempo es más volátil pues de lo que parece: la diferencia entre un día y dos días se muestra como obvia, pero la misma diferencia de un día, cuando es entre treinta y treinta y uno, nos resultará casi imperceptible.⁵⁹ Algo parecido sucede con las distancias, como ya apuntamos al exponer brevemente algunas máximas de experiencia para los delitos contra la seguridad vial. De uno a cinco metros, el observador suele acertar en la distancia. En cambio, distancias mayores suelen ser reproducidas como menores y las menores, como mayores.

Por lo que respecta a las cantidades, igual sucede: de nuevo estudios empíricos demuestran que más de siete objetos o personas, no suelen quedar fijados en una observación normal, de tal modo que los testimonios al respecto, como siempre si no concurren circunstancias excepcionales, tampoco serán todo lo fiables como en ocasiones se cree. Y aquí por lo demás, será difícil introducir criterios correctores. Por ello, no puede ser afirmado con rotundidad que todo testigo presencial haya también percibido *todo* el suceso. Declaraciones contradictorias de diversos testigos sobre estos aspectos no han de ser pues, necesariamente, producto de la mentira; y, al contrario, unanimidad de opiniones al respecto debe hacer sospechar un acuerdo previo.

También está demostrado que el perceptor de un hecho con sucesión de acontecimientos de forma rápida, suele ordenarlos según lo que más impresión le haya causado, y, además, bajo el sesgo conocido como de “focalización en el arma”.⁶⁰ El conocimiento de esta máxima de experiencia puede ser crucial: basta pensar en una legítima defensa ante la cual el testigo acaba diciendo que el defensor apuñaló –más impactante– al agresor, antes de que éste le agrediera con los puños –menos impactante–; en este caso, si no fuese tenida en cuenta esta máxima de experiencia de la psicología del testimonio, sin duda que sería negada injustamente, sin más, la concurrencia de la legítima defensa, es decir, sin siquiera plantearse la alternativa de que el testimonio sea producto del error, como mantendrá con seguridad el agredido en primer lugar.

⁵⁹ Destacado por: Bender/Röder/Nack, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, núm. marg. 30.

⁶⁰ Cfr., por todos, Trillo, en: Soria Verde, Miguel Ángel (Coord.), *Manual de psicología penal forense*, págs. 515 y s.

Y es que, en general, estos sucesos que acaecen de forma rápida, suelen ser percibidos entrecortados, pero más tarde, una vez que todo ha ocurrido y ya de manera inconsciente, todas las subpartes suelen ser ordenadas de modo tal que constituyan un todo con sentido, y es ahí donde pueden surgir graves distorsiones. Prueba de ello es que todos o casi todos los testigos de un accidente de tráfico suelen describir cómo ocurrió el mismo, a pesar de que lo normal es que su verdadera atención al suceso se iniciara, precisamente, después de ocurrido el choque, después de que su atención fuera llamada por el ruido del golpe. Se suele hablar entonces, en la psicología del testimonio, como ya apuntamos *supra*, de “completar lo percibido”: la memoria sólo está en condiciones de retener sucesos que tienen una cierta lógica entre sí, de tal modo que situaciones caóticas tienden a ser reconstruidas para poder ser recordadas. Basta pensar en la persona que ve una película de argumento perfectamente encadenado y en aquel otro ante quien son proyectadas múltiples escenas inconexas entre sí: a igual concentración, de todas formas sólo el primero estará en condiciones de reproducir o verbalizar lo visto. Debe tenerse en cuenta, además, que este tipo de reconstrucciones suele producirse, aun de forma inconsciente, según lo que el perceptor considere más probable o lo que case mejor con sus deseos, incluso con su opinión –allende de su testifical– sobre si el acusado es o no culpable.

Un último apunte sobre esta primera fase del testimonio. Conviene señalar que la observación, cuando existe pertenencia a un grupo cerrado, puede ser muy problemática. La necesidad de un miembro del grupo de querer permanecer en el mismo, puede llevarle a completar –de nuevo, inconscientemente– lo realmente observado, aunque para ello ni siquiera se haya puesto de acuerdo con los otros perceptores. Completa con base en sus expectativas de acoplamiento al grupo, en otras palabras, fundamentándose en las expectativas de expectativas que él presuponga al grupo.⁶¹

3. La segunda fase de toda declaración es, como hemos descrito, el recuerdo. Las máximas de la psicología del testimonio indican aquí, una vez más, hasta qué punto y en qué medida debe ser concedida fiabilidad a un testimonio, pues el mismo, además de adolecer, como acabamos de exponer, de los defectos señalados en su base –en la

⁶¹ Sobre este acoplamiento y las “expectativas de expectativas”: Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal, CPC 71 (2000), págs. 398 y ss., 393 y ss., y la bibliografía allí citada; desde el punto de vista de la psicología del testimonio: Peters, Strafprozess – Ein Lehrbuch, págs. 381 y s.

observación-, puede presentar lagunas en el intento del testigo de traerlo al presente para su declaración plenaria.

En primer lugar, aquí intervienen muchas máximas y factores que también –como vimos– afectaban a la capacidad de observación: edad, enfermedades, cansancio, distracción, drogadicción, etc. Pero aunque no concurren factores extraordinarios, es claro que no todas las personas tienen la misma disposición para recordar del mismo modo. Unas personas recuerdan mejor elementos visuales, otros números o relaciones de sentido, otros sonidos, etc.; para saber ante qué tipo de declarante estamos, y, por ende, para saber qué es lo que posiblemente recuerde mejor, puede ser de gran ayuda tener en cuenta la profesión del mismo o el tipo de trabajo que desempeña.

En muchas ocasiones, el problema reside, simplemente, en el olvido: no necesita de mayor explicación que con el paso del tiempo el recuerdo decae, más por cierto de los hechos desagradables que de los agradables.⁶² Por ello, además de la previsión legislativa que ha entendido las dilaciones indebidas como una suerte de pena anticipada (vulneración del derecho fundamental) que debe ser *compensada* por medio del art. 21.6.^a del Código Penal, lo cierto es que las mismas afectan directamente al proceso con todas las garantías y al derecho de defensa: cuando la sentencia de un proceso dilatado indebidamente pretenda asentarse al menos en parte –y raro será que no lo haga– en la prueba testifical, estará siendo valorada una prueba en gran medida desvirtuada *ab initio*; una prueba que las máximas de la experiencia de la psicología del testimonio denuncian como muy poco o nada fiable. De este modo, las dilaciones indebidas, problema endémico y generalizado de nuestro proceso, se muestran también como uno de los vicios más perjudiciales, en este doble sentido: un problema, *per se*, por la pendencia, que el legislador ha previsto que debe ser corregido mediante la aplicación de la atenuante del citado art. 21.6.^a CP; el otro, incorregible a efectos probatorios: el olvido no puede ser devuelto a la realidad, cuestión ésta que afecta más a la víctima –que personada como acusación particular no pueda ya probar el suceso–⁶³

⁶² Sobre la memoria y el paso del tiempo, vid. Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 215 y ss., 218 y s.

⁶³ Cfr. Manjón-Cabeza y Olmeda, La atenuante analógica de dilaciones indebidas, págs. 212 con nota 248, 191 y s., y Huerta Tocildo, La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas, págs. 1046: es a la víctima “a quien principalmente perjudican (las) dilaciones ya que ve demorada sine die la resolución final del proceso penal y la consiguiente satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar en caso de que fuera pronunciada sentencia condenatoria (...); podría incluso afirmarse que tales dilaciones constituyen claras perturbaciones del modelo garantista de prevención del delito y de inmediata atención a las víctimas del mismo (...).”

que al inculpado, que no debe probar su inocencia. Ya incluso en las primeras horas el testigo olvida con una gran celeridad, por lo que debería llevarse a cabo cuanto antes la declaración judicial, al menos la de instrucción.

Según estudios empíricos, tras una semana sólo se puede contar ya con un diez por ciento de lo percibido –si bien es cierto que permanece lo esencial y desaparece lo accesorio–, aun cuando después la curva del olvido es mucho más lenta que en esa primera semana. Por ello, las posibles contradicciones entre testigos en cuanto a lo accesorio, no resultan relevantes en orden a la verosimilitud de lo declarado –todo lo contrario–,⁶⁴ en contra de lo que cierta práctica judicial piensa. En todo caso, la memoria, si es emocional, es más duradera: casi todo el mundo recordará quién le dijo que fuera a la televisión rápidamente a ver qué estaba ocurriendo con las torres gemelas, y con quién lo comentó, y en cambio será prácticamente imposible recordar qué comió ese día –en España eran sobre las tres de la tarde–, a pesar de que respecto de ambas cuestiones habrá transcurrido el mismo tiempo.

Un error habitual es confundir situaciones, de tal manera que se declara haber vivido una situación con unas personas, en un sitio y en un tiempo, cuando en realidad es cierto que fue así, pero a veces puede que quizás no en ese tiempo, o no en ese lugar, ni con esas personas. Situaciones vergonzosas o desagradables suelen ser arrinconadas en el recuerdo,⁶⁵ y así existen incluso técnicas de psicología para hacerlas salir a la luz. Una suerte de amnesia selectiva, también denominada, curiosamente, amnesia procesal. A su vez, quien sufre un schock puede creer lo que no ha vivido: un automovilista atropella a un niño y dice que lo vio pero que no tuvo tiempo a frenar; en verdad, tal y como los testigos y peritos señalan que sucedieron los hechos, no pudo ver al niño.⁶⁶

Es normal olvidar extremos rutinarios o cotidianos, o mejor dicho, es prácticamente imposible recordarlos, como, por ejemplo, saber si se ha cerrado la puerta del domicilio con llave o no un día determinado.⁶⁷ Por ello, lo más correcto es preguntar cómo actuaba el testigo habitualmente, es decir, si solía cerrar la puerta con llave, no si

⁶⁴ Véase también, Romero Coloma, Problemática de la prueba testimonial en el proceso penal español, AP 1990 – 1, núm. marg. 229 y ss., 236 y s.; Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 227.

⁶⁵ Así, entre otros, Peters, Strafprozess – Ein Lehrbuch, pág. 378.

⁶⁶ Ejemplo según Bender/Röder/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, núm. marg. 27.

⁶⁷ Cfr. Bender/Röder/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, núms. margs. 18 y ss.

recuerda ese día concreto haberla cerrado. De este modo, eso constituirá la prueba de indicios de que también el día de autos cerró la puerta con llave, si es que tal extremo es relevante desde un punto de vista procesal. Según las máximas de la experiencia de la psicología del testimonio, una tal actuación rutinaria sólo puede ser recordada de forma individualizada si es que algo extraordinario acaeció en tal acto; ejemplo: el testigo recuerda que ese preciso día sí cerró la puerta con llave, pues el día anterior habían robado en el piso del vecino y mientras cerraba pensó que a él nunca le robarían porque siempre tomaba la precaución de cerrar con llave. Otro ejemplo –otra máxima de la experiencia– de lo que la rutina impregna nuestro recuerdo: conversaciones no suelen ser recordadas; antes bien, cuando un testigo refiere una conversación no recuerda lo oído, sino lo que pensó él cuando escuchaba; no se graban –por así decir– las palabras, sino que se va reconstruyendo simultáneamente una situación en nuestro cerebro de lo que está acaeciendo.⁶⁸

Igual que ya explicamos para la primera fase –observación–, también en esta segunda fase cuando existen lagunas en el recuerdo, éste suele ser completado, porque la persona tiende a tratar de comprender su entorno de una forma global. Y ello será, de nuevo, de forma inconsciente, de suerte que este “completar el recuerdo” es difícil de detectar; en puridad, el testigo no está mintiendo: declara lo que realmente recuerda, aunque ello no coincida con lo observado en su momento, sino con lo que ya ha sido completado. En definitiva, “recuerda” más de lo que percibió. El riesgo de que tal completar pase inadvertido es alto, pues el declarante no miente, aunque esté faltando a la verdad o, por mejor decir, aunque su testimonio sea mendaz.

4. En la tercera fase del testimonio, o fase de reproducción, adquiere gran relevancia sobre todo el estado de nerviosismo del declarante, su desconcierto ante los actores del plenario, el cansancio, una enfermedad, etc.; en suma, todos los factores que impidan una declaración sosegada y correcta. Por ello, al menos ciertos testigos, sobre todo si pueden ser de cargo, deberían ser interrogados de forma más o menos extensa según los casos, sobre las condiciones de nerviosismo o no en las que deponen y, sobre todo, debiera haber por parte del Tribunal unas breves –brevísimas, en realidad– explicaciones sobre el acto procesal a llevar a cabo. Ello no se hace, y lo cierto es que el testigo –a diferencia del acusado– pasa por el plenario, habitualmente, como un perfecto desconocido: en ocasiones no sabe ni quién es quién, en un acto y ambiente para él hostil, ni quién pregunta, ni en qué orden, etc., aumentando con ello su nerviosismo y

⁶⁸ Vid. al respecto Bender/Röder/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, núm. marg. 69.

desorientación y, por ende, las posibilidades –en el sentido visto– de error. De todas formas, cuando es un abogado el proponente, sí suele instruir mínimamente al testigo –o debiera hacerlo– sobre los anteriores aspectos.

En otras ocasiones, puede que el declarante no sepa expresar con acierto lo que quiere decir. La mayoría de los testigos prestan testimonio por primera vez en un juicio, y salvo que sea testigo de parte –y el Letrado se haya tomado la molestia– nadie les aclara previamente sobre la relevancia o no de tal o cual expresión o modo de manifestarse. Así, puede suceder que la poca cultura del declarante o lo apocado de su carácter, obliguen a formularle preguntas completas para que él responda y no tenga la carga de la propia formulación –que probablemente no lograría correctamente–, pero entonces, se corre a su vez el riesgo de que el sujeto se deje influir por el Juez, el Ministerio Fiscal o el Letrado, que representan para él personas con autoridad. De ahí la prohibición de realizar preguntas sugestivas,⁶⁹ que, sin embargo, se muestra insuficiente, sobre todo teniendo en cuenta lo que parece ser la irrefrenable tendencia de interrogar afirmando. También en esta fase pueden producirse situaciones de “completar lo percibido”, al deponer: puede pretenderse por parte del declarante causar una “buena impresión” en el Tribunal –esas personas de autoridad–, imaginando que es esperada una explicación amplia –por eso ha sido llamado a declarar–, con el riesgo de “completar” las lagunas que ello comporta.⁷⁰

Más grave aún es cuando son empleadas expresiones o se asiente a preguntas, sin conocer con exactitud su significado, estando el testigo cohibido por el ambiente del plenario, lo que sin duda le retraerá de preguntar: el declarante, en esta tercera fase de reproducción habla de la realización del coito –empleando la misma terminología de quien, investido de autoridad, le interroga–, cuando en verdad desconoce el significado exacto de lo que declara, pensando que se trata de una expresión que engloba cualquier tipo de relación sexual, aun aquella sin penetración; ni que decir tiene que ello no es así, y que además ello lógicamente posee suma trascendencia a los efectos de subsumir una conducta en un tipo penal de violación (art. 179 CP) frente a otro más benigno de agresión sexual sin penetración (art. 178 CP). O –por citar otros ejemplos– el testigo responde a preguntas sin entender ni quién o qué es el occiso o el interfecto, o incluso, asiente a que no existía “contrato”, pensando que la única manera de celebración del

⁶⁹ Cfr., empero, al menos en parte, Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 94 y s.

⁷⁰ Destacado por Peters, Strafprozess – Ein Lehrbuch, págs. 381 y s.

mismo es la escrita, descartando, pero sin decirlo, la forma verbal.⁷¹ En el anterior sentido podría decirse que del mismo modo que en la conformación de los hechos probados de una sentencia están proscritas expresiones que, por ser jurídicas, predeterminan el fallo, así también esas mismas expresiones deben estar prohibidas radicalmente en el interrogatorio.

En todo caso, también es cierto que ese mismo ambiente hostil o de autoridad ciertamente coercitiva al que nos venimos refiriendo, es lo único probablemente que lleva todavía a que muchos testigos no mientan sistemáticamente, pues, como es sabido, el delito de falso testimonio se ha convertido poco más o menos que en un delito residual, bagatela sin serlo técnicamente, pues raros son los supuestos de deducción de testimonio por el mismo. Se falta a la verdad en los plenarios de forma no infrecuente, a veces con descaro, y habitualmente sin consecuencia jurídica alguna por ello.

5. Por último, y aunque en mucha menor medida, pueden surgir problemas de entendimiento por parte del receptor del testimonio, es decir, del juzgador. La misma cuestión es también relevante si se produce en el Secretario Judicial, quien habrá de confeccionar el acta de las sesiones del juicio, aunque todo ello queda minimizado actualmente con los sistemas de grabación. Lo que no fue correctamente entendido, no puede ser, obviamente, valorado de la manera que debiera.

Cosa distinta –aunque también puede ser encuadrada en esta última fase de recepción del testimonio– es la aparición de sesgos en el razonamiento del juzgador, que también influyen muy notablemente en la valoración probatoria, entre los cuales quizás el más conocido sea la falacia retrospectiva: cuando son valorados ciertos eventos que pueden dar lugar a consecuencias negativas –piénsese en resultados dañosos producidos en un ámbito de discusión sobre si ha sido sobrepasado o no el riesgo permitido– se tiende a sobrevalorar la probabilidad y previsibilidad de las consecuencias ya acaecidas, precisamente por haber sucedido ya.⁷²

⁷¹ Cfr., acertados: Reyes Alvarado, Recepción del testimonio, RDPPr 1994 – 1, págs. 81 y ss., págs. 89 y s., y Pastor Alcoy, Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, págs. 84 y s.

⁷² Véase Alonso Gallo, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal, InDret 4/2011, págs. 15 y ss., quien expone también otros sesgos de sumo interés y que debieran ser conocidos precisamente para poder ser evitados; vid. también Muñoz Aranguren, Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional, El Notario del siglo XXI, n.º 42 (marzo-abril 2012), págs. 60 y ss.; Pastor Alcoy, Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, págs. 176 y ss.; asimismo: Conthe, La paradoja del bronce, págs. 106 y ss. – Otro ejemplo de sesgo retrospectivo: se solicita una

También por ejemplo son conocidos los denominados “efecto de anclaje” y “sesgo confirmatorio”, en evitación de los cuales, esta vez desde la perspectiva del abogado, es conveniente trasladar al juzgador ciertas informaciones desde el inicio del plenario –y no en las conclusiones definitivas–, pues ello logrará que la atención del juez se centre en los aspectos que interesen a la defensa; o, dicho a la inversa, evitará que el juzgador parta sólo de lo ya acaecido durante la instrucción de la causa, la cual es obviamente contraria a las tesis defensivas pues, al fin y al cabo, dicha fase ha sentado en el banquillo al acusado: una vez se forma un hábito mental, es difícil cambiarlo.⁷³ En el supuesto extremo, este tipo de sesgos de anclaje, u otros como el denominado “sesgo egocéntrico”, dará lugar a la pérdida de imparcialidad judicial y, por ello, a las causas de abstención y recusación del art. 219 LOPJ:⁷⁴ el riesgo es que el juez deje de valorar la prueba de forma racionalmente sostenible, para pasar a hacerlo de forma *sesgada*.

C) Algunas máximas de la experiencia para el supuesto de la mentira

1. Hasta ahora hemos visto supuestos en los cuales el suceso acaecido, por diversos motivos, no llega al juzgador de forma fidedigna, pero ello se produce de una forma inconsciente, debido a un error. El mismo resultado además puede ser producto de la mentira.⁷⁵

Se puede mentir por venganza, por envidia, por odio, por pasión, por vergüenza, por afán de destacar, por camaradería o corporativismo, por amor, hasta por mentir. El testigo está en una posición de poder, sobre todo si aparentemente es un supuesto testigo de cargo, y como todo el que tiene una posición de poder puede utilizarla para muchos y diversos fines. En los procesos mediáticos más todavía si cabe.

pericial (caligráfica v. gr.) y el perito ya conoce el procedimiento y quién es el imputado (así, que el cuerpo de escritura a analizar es el del sospechoso): tendencia –inconsciente y muy difícil de superar– a confirmar que, efectivamente, la escritura pertenece al sospechoso.

⁷³ Destacado por Alonso Gallo, Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal, InDret 4/2011, págs. 12 y s. (con cita de nuestro clásico retórico romano Quintiliano); Muñoz Aranguren, Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional, El Notario del siglo XXI, n.º 42 (marzo-abril 2012), págs. 62 y s.; Conthe, La paradoja del bronce, págs. 89 y ss.

⁷⁴ Así, correctamente advertido por Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 165 a 178; vid. también sobre este tipo de sesgos, allí mismo, págs. 120 y ss.; en parecido sentido, Frister, La certeza personal como presupuesto de la condena en el proceso penal, InDret 3/2011, págs. 16 y s.

⁷⁵ Cfr., aquí y en lo siguiente, Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozess, págs. 328 y ss.

2. A diferencia de lo que sucediera en el antiguo sistema de prueba tasada –en este punto similar a un juicio o valoración calificadora o descalificadora de la persona–, no debe ser analizado, *per se*, si la persona que declara es o no creíble, sino su testimonio, lo concretamente declarado, lo es;⁷⁶ en otras palabras, no la credibilidad del sujeto, sino del contenido de su declaración plenaria. Por ello, no resulta definitivo el contenido del art. 436 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que “el testigo manifestará (...) si ha estado procesado y la pena que se le impuso”, pensándose habitualmente si el testigo ha sido condenado por el delito de falso testimonio (arts. 458 y ss. CP).

Incluso el hecho de haber mentido en un punto de la concreta declaración, no quiere decir necesariamente que *toda* la declaración sea falsa: una tal máxima de la experiencia no existe; habrá que analizar en qué se ha mentido y los motivos que han llevado a ello.⁷⁷ Puede que el propio inocente, creyéndose sin coartada, mienta; igual que puede que el inocente –menos experto, por así decir– se encuentre más nervioso en el interrogatorio que el autor del delito durante su declaración,⁷⁸ máxime si tiene ya experiencias judiciales previas.

De todas formas, qué duda cabe que la personalidad impregna la veracidad o no de la declaración; así, habrá de ser valorado si el declarante tiene o no motivos para mentir, es decir, motivos que residan en su persona; si es una persona que posee una gran fantasía, afán de protagonismo,⁷⁹ si es fácilmente influenciable, si necesita un determinado “resultado” del proceso, etc.; como sabemos, la veracidad puede quedar sacrificada debido a deseos estelares u otros. Todos estos aspectos pueden y deben ser objeto pormenorizado de prueba en caso de que la relevancia del testimonio así lo requiera, por ejemplo, en procesos por delitos sexuales con un único testigo pretendidamente de cargo.

3. Máxima de la experiencia también es que la mentira suele ser más sencilla cuando la

⁷⁶ Vid., empero, Climent Durán, La prueba penal, págs. 85 y ss. – Sí en cambio, respecto de la prueba pericial, su valoración depende en gran medida de la especialización de los peritos, su experiencia en la concreta materia, etc.

⁷⁷ Cfr. Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts, págs. 149 y ss.

⁷⁸ Así, Romero Coloma, El interrogatorio del imputado, págs. 61 y ss., 131; Pastor Alcoy, Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, págs. 169 y s.

⁷⁹ Los que Schneider denominase “psicópatas necesitados de notoriedad”.

misma no perjudica, sino que beneficia. Todos conocemos la “mentira piadosa”. Y cuando perjudica, suele a su vez resultar más llevadera, cuando el perjudicado no es una persona concreta, sino una institución o persona jurídica, por ejemplo, un banco, una compañía de seguros, una sociedad con capital mayoritario extranjero, el propio Estado, etc. Aspectos relativos a la solidaridad –mal entendida– entran aquí en juego.

4. Si lo relatado tiene suficientes detalles –pero no tantos como para hacerlo increíble porque, como vimos, no todo puede ser recordado–, ello hablará en favor de la credibilidad del testimonio. Y es que, resulta difícil construir una mentira larga y con detalles, sin entrar a la vez en contradicciones. De todas formas, aquí habrá que distinguir si quien realiza la declaración es el propio acusado o un testigo: si se trata del primero, es lógico que recuerde gran número de detalles, puesto que el suceso por el que es preguntado le ha conducido a su delicada situación procesal actual (memoria emocional); en cambio, que un testigo meramente circunstancial relate muchos detalles, será indicio de poca credibilidad, de estar, en definitiva, “preparado”.

También dota de verosimilitud a un relato su homogeneidad. Quien dice la verdad no suele establecer grandes diferencias de detalles en las distintas partes de su discurso, en tanto que quien miente, según el sentido que deba tener la falsedad, así hará hincapié en unos u otros aspectos. Tal heterogeneidad en una declaración puede significar el paso de la verdad a la mentira.

5. Las denominadas “complicaciones negativas” suelen ser también un buen indicador o máxima para valorar la credibilidad de un testimonio. Tales complicaciones, que suelen surgir habitualmente en un suceso, son difíciles de inventar por parte de quien realiza una declaración falsa, pues no es sencillo imaginar qué situaciones cotidianas y casuales podrían haber entorpecido el suceso si hubiese sido cierto, para luego relatarlas –mendazmente–. Y es que, naturalmente, cuanto más natural resulte el relato y más acorde con la personalidad y el entorno del declarante, mayor credibilidad habrá que conceder. La mentira es más sencilla de mantener cuando es construida sobre la simple negación que cuando es preciso edificar una completa historia inventada.

En este mismo sentido, también es síntoma de veracidad la existencia de un relato que se encuentra fuera de la experiencia y el horizonte del declarante, pues, salvo ayuda externa, será poco probable que él haya inventado lo que declara. Este criterio suele tener su importante utilización en casos de delitos sexuales con menores, en los cuales los niños relatan vivencias –prácticas sexuales– que, debido a su edad, difícilmente

pueden haber inventado de no haber sido ciertas (en su caso: de no haberles sido torticeramente señaladas las mismas por un adulto, lo cual habrá de ser investigado).

6. Dos criterios que habitualmente emplea la jurisprudencia a modo de máximas de la experiencia para la valoración del testimonio del testigo-acusador son, como vimos, la ausencia de contradicciones y la perseverancia en la declaración. Sin ser erróneos *per se* ni el uno ni el otro, sí hemos de ser sumamente cautelosos en su aplicación,⁸⁰ desde luego, más cautelosos de lo que cierta práctica judicial cree, que los recita casi a modo de vacua letanía en la valoración de la prueba, precisamente para no emprender una valoración seria y concreta.

Ciertamente, una declaración contradictoria carece de credibilidad. En el relato falso suelen aparecer contradicciones pues para evitarlas hay que tener una gran capacidad de imaginación y de combinación lógica, capacidades éstas no fáciles de dominar. Pero aunque esto es así, no es menos cierto que la denominada “declaración no dirigida” que menciona la doctrina alemana, habla en favor de que existe correspondencia entre lo declarado y la realidad. En efecto, alguien que miente, trata de convencer al juzgador de la realidad de lo dicho, de tal modo que no suele producir una declaración desordenada, sino perfectamente conducida. Incluso personas inteligentes y que mienten, aunque lo intenten no están en condiciones de simular una declaración desordenada –que revela credibilidad–, pero, a la vez, que no entre en contradicciones. En todo caso, existen métodos de interrogar –centrípetos, del zigzag, etc.– para tratar de descubrir esta tipología de mentiras.⁸¹

⁸⁰ Vid. también al respecto, Nieva Fenoll, La valoración de la prueba, págs. 223 y ss.

⁸¹ Cfr. Reyes Alvarado, Recepción del testimonio, RDPPr 1994 - 1, págs. 81 y ss., págs. 92 y s.; método centrípeto: “La mejor manera de encontrar preguntas que no revelen exactamente el objeto de la indagación y que además tengan algún interés para la investigación, es comenzar el interrogatorio en relación con los antecedentes del hecho para finalmente llegar a éste; al comenzar el interrogatorio de esta manera se dificulta para el testigo no sólo la coordinación de sus respuestas en cuanto no espera preguntas tan alejadas de los hechos, sino que además le resultará mucho más difícil encontrar una falsa consecuencia de un hecho que le permita sostener su mentira; en efecto, para el ser humano es mucho más cómodo inventar causas que consecuencias, especialmente porque mientras más remotas sean las causas más difícil es su comprobación, en tanto que mientras más recientes sean las consecuencias más factible será su verificación; ‘si partimos de una mentira’, fácil será, remontándonos hacia el pasado, inventar nuevas mentiras para que la justifiquen, hasta llegar a mentiras incomprometibles. Pero si partimos de una mentira en los antecedentes y el interrogatorio nos impulsa hacia delante, cada vez será más difícil justificar la mentira anterior con la siguiente, porque cada vez va siendo más difícil la comprobación de los extremos afirmados hasta llegar al momento actual en el que cualquier afirmación a él referente puede tener una comprobación inmediata [Emilio Mira y López]”; – técnica zigzagante: “consiste en hacer dos o tres preguntas sobre cada aspecto de los hechos para en seguida pasar a otra circunstancia completamente diferente respecto de la cual también se harán sólo pocas preguntas antes de continuar con otro tema y así sucesivamente para, con posterioridad, volver sorpresivamente sobre el primero de los aspectos y de allí pasar a uno posterior y de éste retomar a otro anterior, hasta agotar todo el tema”.

Sin embargo, en la práctica suele creerse que una declaración ordenada y sin contradicciones, posee un alto valor probatorio. Frente a ello y por lo que respecta al carácter estructurado de la declaración, este no es, como vemos, ni un criterio válido *per se*, ni desde luego determinante.

La perseverancia en la declaración como máxima de veracidad, por su parte –según la jurisprudencia–, pretende que si lo testificado es cierto, la declaración deberá estar presidida por la constancia y la firmeza, es decir, por la coincidencia y continuidad entre las distintas declaraciones producidas a lo largo del proceso. En cambio, si lo dicho no responde a la realidad –se argumenta–, no hay un recuerdo en el que apoyar sucesivas declaraciones, de tal manera que el testigo acaba cayendo en inexactitudes respecto de las anteriores declaraciones, y todo ello será revelador de estar faltando a la verdad.

Pues bien, siendo esto cierto *prima facie*, sin embargo, conviene también recordar aquí –pues tiene su clara apoyatura en las máximas de la experiencia de la psicología del testimonio–, que la perseverancia sólo puede ser relativa, puesto que nadie puede recordar un suceso en todos sus detalles durante un largo periodo de tiempo, que es precisamente el que transcurre entre todas y cada una de las distintas declaraciones del proceso. De este modo, las declaraciones nunca pueden ser iguales durante periodos prolongados de tiempo, sino que, antes bien, como ya apuntásemos, se producirán lógicos olvidos. Ello, incluso, será un indicador de la veracidad de la declaración, en tanto que si se producen reproducciones exactamente iguales, será casi con toda seguridad porque el testigo o acusado ha “estudiado” sus declaraciones anteriores, lo cual no necesariamente será sintomático de falsedad en el acusado, pero sí al menos de un extraño interés por parte de un mero testigo en mantener una sospechosa constancia. Todo ello habrá de ser valorado cuidadosamente. En todo caso, por lo que se refiere a la parte esencial de la declaración, ella no suele ser olvidada con facilidad.

IV. Las reglas de la lógica

A) Concepto y diferencias con las máximas de la experiencia

1. La lógica debe presidir todas las operaciones intelectuales de valoración de la prueba. Es, por así decir, su inicio y su cierre. Tanto al valorar la prueba, como en la redacción de la sentencia, en general, han de ser respetadas las reglas de la lógica, las cuales estructuran racionalmente el proceso de valoración –y la sentencia misma–. De este

modo, la protesta del reo contra la valoración de la prueba no será plausible: la valoración de la prueba es lógica en su argumentación. Las reglas de la lógica aseguran que en los procesos de valoración e inferencia la conclusión obtenida sea la consecuencia obligada de las premisas que fueron adoptadas mediante las máximas de la experiencia, sin desviaciones irregulares. El objetivo de todo ello es claro: entre las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica nada debe quedar al albur del denominado “intuicionismo”.

Se trata de obligadas reglas para la formación de conceptos, decisiones y consecuencias, en un proceso argumental limpio, tanto en la valoración de la prueba, como también en lo relativo a las cuestiones llamadas de derecho material;⁸² es decir, la lógica debe presidir, en su segundo paso tras la valoración de la prueba, también la interpretación de normas.⁸³ Las principales infracciones a las reglas de la lógica son la existencia de contradicciones, lagunas o saltos en la argumentación, las peticiones de principio, los círculos viciosos, las omisiones, las mutaciones en el *thema decidendi*, la oscuridad,⁸⁴ etc. De algunas de ellas nos ocupamos ejemplificativamente a continuación.⁸⁵ En cuanto a los errores matemáticos –también lógicos–, el artículo 267.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrece cumplida respuesta: “los errores (...) aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento”.

2. No todo lo que la jurisprudencia –o los fiscales o los abogados– en ocasiones califican como “lógico”, tiene que ver con estas reglas formales de la lógica, las cuales se refieren exclusivamente a la argumentación. Se suelen confundir las reglas de la lógica con las máximas de la experiencia, y de esta forma se soslaya ilícitamente la explicación de la máxima de la experiencia apelando a una supuesta regla lógica. Así, afirmar que quien

⁸² Cfr. Wagner, Die Beweiswürdigungspflicht im trichterlichen Urteil im Falle der Verurteilung, ZStW 106 (1994), págs. 287 y s.

⁸³ Aunque ello no será el objeto de estudio aquí; al respecto, Corcoy Bidasolo, La interpretación en Derecho penal – *Favor libertatis versus Favor securitatis*, *In dubio pro reo versus In dubio contra reo*, en: LH a Santiago Mir Puig, págs. 168 y s.

⁸⁴ Aun cuando ésta debe ser total para que constituya un error lógico, no es menos cierto que resulta en muchas ocasiones criticable la redacción de las sentencias, con sobreabundancia de incisos, hipérbaton excesivo, ausencia o déficit de puntuación, etc.; respecto de esto último sea dicho también que el excesivo número de sentencias “por mes” que los jueces deben redactar no puede conducir a otro resultado; crítico: Andrés Ibáñez, En torno a la jurisdicción, págs. 246 y s., con nota 64.

⁸⁵ Vid. también Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 44, con amplia cita de resoluciones jurisprudenciales sobre lesiones de las reglas de la lógica; cfr. también López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho procesal penal, págs. 1370 y s., 1404.

recibe un paquete postal, con el encargo de recogerlo y darlo a un tercero, es “lógico” o ajustado a las “reglas de la lógica” que conozca el contenido de dicho paquete –por ejemplo: droga–, es incorrecto de todo punto. Independientemente de que del hecho de la recepción o de otros elementos se pueda inferir el conocimiento sobre el contenido, lo cierto es que todo ello nada tiene que ver con la lógica, ni con sus reglas. Cómo mucho, tendrá que ver con una máxima de experiencia cotidiana: quien recoge un paquete postal habitualmente conoce su contenido –si bien es cierto que si sólo lo hace para entregarlo a su vez a un tercero, no tiene porqué saberlo–.⁸⁶ Sobre todo ello nada dicen las reglas de la lógica, sino, en su caso, la equivocidad o no de unos indicios, interpretados a la luz de las máximas de la experiencia. No deben confundirse, pues, las reglas de la lógica con un cálculo de probabilidades ni con las máximas de la experiencia.

No toda valoración de la prueba o sentencia que respete las reglas de la lógica ha de ser pues necesariamente correcta –estas reglas no enjuician la corrección de las premisas del silogismo–, aunque, lo que sí es seguro: al contrario, toda valoración de la prueba y, por ende, toda sentencia que quebrante los principios lógicos, no podrá nunca ser ajustada a Derecho.

⁸⁶ Cfr. STS 25 de febrero de 2003; STC 137/2002, de 3 de junio; también, sobre esta confusión habitual de reglas de la lógica y máximas de la experiencia, acertado: Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 241, 245. Si de las reglas de la lógica se tratase, es decir, si fuese “lógico” (*sic*) que quien recibe un paquete conoce su contenido, no habría sentencias absolutorias. Antes bien, las hay, porque de lo que se trata es de las máximas de la experiencia, como explicamos en el texto. Así, cfr. por ejemplo la SAP Valencia (Secc. 3.^a) 207/2002, de 16 de mayo, absolutoria –in dubio pro reo– a ciudadana que desde Brasil transporta por avión droga en la creencia de ser piedras preciosas. También, muy correctamente argumentando desde las máximas de la experiencia según lo probado en el plenario –y no, como decimos, equivocadamente desde unas supuestas “reglas de la lógica”, que nada tienen que ver–, la SAP de Vizcaya n.º 67/2001, Sección 2.^a, de 18 de julio: “(...) únicamente consta como cierto, como más arriba se exponía, la ocupación en poder de la acusada Miren N. L. del paquete postal tras acudir a recogerlo a la sucursal de correos, paquete postal que venía dirigido a su marido. Se trata pues de un solo hecho aislado del que no cabe sin más inferir que los hoy acusados conocían su contenido y se encontraban en connivencia con terceras personas para procurar su introducción y posterior distribución en España. No existe ninguna otra prueba ni directa ni indirecta que junto o en conexión con la anterior lleve lógica, racionalmente y sin ningún género de dudas a la tesis mantenida por la acusación. Así los acusados han negado en todo momento conocer el contenido del paquete que recogió la Sra. L. I., ofreciendo una versión aceptable o creíble para justificar las relaciones que ambos implicados mantienen con personas colombianas, el envío del dinero, no constando acreditado que tuvieran conocimiento del envío, ni el fin que se daría al mismo. Declarar culpable a una persona por el mero hecho de figurar como destinatario de un envío de droga sería demasiado peligroso ya que las reglas de la experiencia [¡!] demuestran que firmar el recibo es una actitud frecuente incluso entre personas que no esperan un envío o ignoran absolutamente lo que les llega porque la firma de recibo del paquete es conducta que, conforme a reglas de experiencia [¡!] siguen (seguimos podría decirse) muchas personas aunque no esperen ningún envío y aunque desconozcan lo que se les remite. Es posible, como hipótesis que si se hubiera investigado, al tener conocimiento del envío y tras la entrega del paquete se hubieran obtenido contra ellos pruebas de cargo más sólidas. Las que existen no lo son por lo que no puede entenderse desvirtuada la presunción de inocencia” (sin subrayados

B) Habituales errores lógicos

1. La cuestión compleja para la valoración de la prueba es sentar las premisas –de la mano de las máximas de la experiencia– conforme a las cuales hay que realizar las inferencias, así como realizarlas de forma efectiva, pues todo ello será en general lo jurídicamente controvertido; una vez establecidas las premisas y extraídas las consecuencias de tales premisas, su plasmación conforme a las reglas de la lógica no debiera resultar ya muy dificultosa.⁸⁷ Y, sin embargo, en ocasiones ocurre que en tal proceso no son respetadas estas reglas.

Así, un primer supuesto de infracción de las reglas de la lógica, de relativa frecuencia y que suele pasar inadvertido como tal, se produce cuando el juzgador, desconociendo otras posibilidades, cree que la consecuencia valorativa que extrae de lo que ha resultado probado es la única posible y, por tanto, cree que es la indefectiblemente obligada.⁸⁸ Se parte erróneamente de una posibilidad –y se declara, entonces, probada–, cuando en realidad han sido pasadas por alto otras alternativas: el error lógico existe porque sólo tenía lógica tener por probada –y obligada– una de las alternativas sin más, si ella era la única que entraba en consideración.⁸⁹ Ejemplo: se considera probado que un chalet incautado no pertenece a sus propietarios registrales, unas personas de la tercera edad, porque en los sótanos de la vivienda existe un amplio gimnasio. El argumento es que dichas instalaciones suelen ser utilizadas (máxima de experiencia) por personas jóvenes o de mediana edad –precisamente a quienes se reputa dueños reales del inmueble–, y no por un matrimonio valetudinario. El error lógico se hallaría en haber pasado por alto otra de las alternativas que nos ofrece la máxima de experiencia cotidiana correspondiente: también las personas mayores hacen gimnasia, bien de mantenimiento, bien por prescripción médica, fisioterapéutica, etc. No es, *per se*, el apartamiento de esa máxima de la experiencia el defecto lógico, sino el apartamiento sin explicación de clase alguna, es decir, el desconocimiento de otras premisas en el proceso de valoración probatoria, por así decir, “sin haberlas visto”. Este error lógico también podría considerarse, desde otra perspectiva, una errónea formulación o

en el original); vid. también: SAP Santa Cruz de Tenerife n.º 1044/2002, Sección 2.ª, de 17 de octubre.

⁸⁷ Cfr. también Climent Durán, La prueba penal, págs. 55 ss.

⁸⁸ Por todas, BGHSt 12, 316; vid. también Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 44.

⁸⁹ Cfr. al respect, en detalle, Wagner, Die Beweiswürdigungspflicht im trichterlichen Urteil im Falle der Verurteilung, ZStW 106 (1994), págs. 290 y s.

conformación de las máximas de la experiencia;⁹⁰ en todo caso, desde una u otra perspectiva, torna la valoración de la prueba en irracional.

2. Estrechamente relacionado con lo anterior, nos parece muy dudosa una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el contenido mismo de la presunción de inocencia, que se conforma a los efectos de convalidar la declaración de culpabilidad hecha en la instancia, con contrastar que el razonamiento judicial exteriorizado en la sentencia no sea “arbitrario”, pero sin comprobar *otras alternativas* pese a que fuesen alegadas por la defensa. Antes bien, lo único consecuente para que tal contraste esté *lógicamente* cerrado, es comprobar todas las hipótesis planteadas de contrario, pues la culpabilidad ha de ser probada *más allá de toda duda razonable*. De este modo, no es suficiente con que un determinado relato de hechos probados no sea “arbitrario” aisladamente considerado, sino que además habrá de ser comprobado que han sido descartadas correctamente otras hipótesis alternativas, que siendo igual de racionales, pudieran haber conducido a otra resultancia fáctica. Por cierto, igual que se dice de los indicios, que no han de ser tomados aisladamente. En otras palabras, en realidad es arbitrario un razonamiento con el que convivan, empero, otros posibles razonamientos alternativos si los mismos no han sido expresa y motivadamente descartados, pues ello querrá decir que no han sido tenidas en cuenta todas las máximas de la experiencia, de una forma lógica, que entraban en consideración. Como ha sido dicho, ello es sustituir el principio de que la prueba lo fue “*más allá de toda duda razonable*”, por el principio “*de preponderancia de la razonabilidad*”,⁹¹ pues hemos de insistir: lo racional solo lo es, desde

⁹⁰ Cfr. también, en parecido sentido, Lois Estevez, La exploración de la capacidad informativa del testigo y su tratamiento jurídico penal, págs. 152 y ss.; Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts, págs. 410 y ss.; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, págs. 156 y ss.

⁹¹ Orts Berenguer/González Cussac, PG, págs. 151 y s., quienes ponen de manifiesto muy acertadamente esta cuestión: “*coexisten simultáneamente en la jurisprudencia del TS dos líneas de solución contrapuestas (...). Según la primera línea jurisprudencial, para considerar legítima la declaración de culpabilidad hecha en la instancia basta con contrastar que el razonamiento judicial exteriorizado en la sentencia de condena en relación con los hechos imputados ‘no es ilógico, ni arbitrario’ (SSTS 553 de 18-09-2008; 28 de 26-01-2010; 103 de 17-02-2011; 47 de 01-02-2011; 53 de 10-02-2011; y 254 de 29-03-2011). Según la segunda línea (...) la imputación fáctica solo puede afirmarse cuando, no siendo la misma ilógica ni arbitraria, no han sido acreditadas otras hipótesis fácticas alternativas que, siendo igualmente razonables, puedan justificar la absolucón (...) (ver en esta línea las SSTS 397 de 06-04-2006; 331 de 09-06-2008; 65 de 05-02-2009; y 22 de 26-01-2011, entre otras)*”. Concluyen: “*En nuestra opinión esta segunda línea de análisis (...) es la única compatible tanto con el contenido del derecho a la presunción de inocencia, tal y como ha sido definido por la doctrina del TC desde las SSTC 31/1981 y 81/1998, como con la obligación que tiene el TS de revisar, en vía de casación, si la sentencia condenatoria de instancia es respetuosa con el contenido del citado derecho fundamental*”. Lo suscribimos: en realidad, como señalamos en el texto, la primera línea jurisprudencial no es consecuente, pues solo puede conocerse que el relato fáctico “*no es ilógico, ni arbitrario*” si precisamente han sido descartadas de forma motivada y expresa las otras alternativas.

un taxativo punto de vista lógico, si han sido descartadas otras posibles alternativas, motivadamente, no si lo plasmado en la sentencia, por y ante sí, es *racional* aisladamente.

3. La consistencia lógica de la argumentación también decae cuando la misma es ininteligible o adolece de tales omisiones que el relato resulta incomprensible, error lógico que en realidad podrá ser el síntoma de una irracionalidad probatoria ajena a las máximas de la experiencia y, por ende, también desde esta otra perspectiva incompatible con la presunción de inocencia.⁹² Parecido problema se produce cuando la argumentación contiene proposiciones o conceptos autocontradictorios: no puede ser afirmado a la vez “a” y “non-a”. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo por ejemplo en una sentencia que casa la anterior, precisamente por este motivo. Dice la Sala: “Con respecto a la acusada R.M. la valoración de la prueba ofrece reparos jurídicos. La Audiencia consideró que ‘colaboraba’ [con la otra acusada] ‘en el acto de tráfico’, como se lee en el Fundamento Jurídico primero de la sentencia recurrida. La Audiencia no explica en qué consistió la colaboración en un acto tan simple como el intercambio de una papelina por dinero. (...) El argumento principal de la Audiencia ha sido deducido del dictamen del médico forense, que el Fiscal no ofreció como prueba pericial (...). Esta Sala ha tenido a la vista, usando de las facultades que le acuerda el art. 899 LECrim, tal informe (folio 58/60) y ha podido comprobar que contiene afirmaciones contradictorias que el Tribunal “a quo” no pudo aclarar en el juicio oral, dada la mencionada circunstancia de la ausencia en el juicio oral del médico que lo emitió. En efecto, por un lado, el médico dice ‘sí comprueba hallazgos físicos de síndrome de abstinencia. La intensidad del síndrome de abstinencia objetivado es ligero’ (folio 59). Sin embargo, en sus conclusiones el médico dice que ‘no se comprueba’ síndrome de abstinencia (folio 60). En consecuencia, no es claro si la recurrente consumía personalmente la droga ocupada, lo que resta significación a los supuestos envoltorios vacíos que se hallaban en la caravana, pues nada permite excluir que hayan sido de

⁹² Por todas, STS 381/2008, de 16 de junio: “El vicio de la falta de claridad en los hechos probados deberá apreciarse, según tiene declarado este Tribunal, cuando el juzgador haya redactado el correspondiente relato utilizando términos, frases o expresiones ininteligibles, ambiguas o dubitativas, en extremos jurídicamente relevantes, de tal modo que no sea posible conocer con precisión la conducta que se enjuicia y, por tanto, resulte imposible su calificación jurídica. También ha declarado la jurisprudencia que, en estos casos, la parte recurrente deberá señalar las frases o los párrafos que, en su opinión, resulten incomprensibles, considerándose que, en otro caso, la denuncia carecerá de viabilidad. Igualmente, suelen citarse como incursas en este motivo las omisiones que hagan incomprensible el relato fáctico, si bien, en este supuesto, será preciso ponderar si ello es debido a falta de prueba sobre el particular (en cuyo caso se trataría de una cuestión relativa a la presunción de inocencia) o a defectuosa redacción del *factum* (supuesto en el que podría apreciarse este vicio procesal)”; más detalles en: Martínez Arrieta, Recurso de casación y de revisión penal, págs. 269 y ss.

droga para autoconsumo”.⁹³

O, en esa misma sentencia: “En lo que concierne a la acusada N.G., el juicio sobre la prueba realizado por la Audiencia incurre en contradicción lógica (...). La contradicción lógica se refiere a la afirmación de los hechos probados referentes a la prueba de la venta de una papelina a un comprador que no fue ofrecido como testigo por el Fiscal y que tampoco fue interrogado como testigo durante la instrucción, sin que la Audiencia haya expuesto ninguna justificación para ello. En la declaración de este testigo que consta en el acta de entrada y registro, se dice que habría pagado a la acusada la suma 3.000 ptas., mientras la Audiencia sólo ha tenido por probado que la acusada tenía en sus manos un billete de 2.000 ptas. proveniente de la transacción con el comprador no comparecido en la causa. Es claro que de una afirmación de un testigo que dice que pagó 3.000 ptas. en ese momento y de la tenencia por la acusada de dos mil pesetas no es posible deducir de una manera lógicamente correcta que se trata de una transacción en la que el precio corresponde a la droga que le fue ocupada al testigo”. Por todo ello se procedió a la estimación del recurso.

4. Otro error lógico es la denominada *petitio principii* o petición de principios, según la cual lo que ha de ser probado, es situado, empero, como premisa del silogismo; es decir, se prueba una afirmación por sí misma, presuponiendo lo que había de ser probado.⁹⁴ De esta manera, no hay prueba, sino que estamos ante una mera suposición. Históricamente, el empleo de la fórmula de la *conditio sine qua non* para la prueba de la causalidad, constituía una petición de principios. La condición que suprimida mentalmente, se decía, haga desaparecer el resultado, será causa del mismo: la causa de

⁹³ STS 10 de mayo de 2002; en general, los requisitos que establece la jurisprudencia para la prosperabilidad de los motivos de casación por contradicción son: “i) que la contradicción sea interna, esto es, tiene que darse entre los pasajes del hecho probado, pero no entre éstos y los fundamentos jurídicos; ii) ha de ser gramatical y no conceptual de forma que la afirmación de uno implique la negación del otro; iii) que sea manifiesta e insubsanable, esto es, que la oposición antitética sea de imposible coexistencia simultánea y de armonización, ni siquiera remediable con la integración de otros pasajes del relato; iv) esencial y causal respecto al fallo (SSTS 1967/2010 y 2126/2010)” (ATS 193/2012, de 26 de enero). Algunos de estos requisitos, por ejemplo el referido a que la contradicción ha de ser “gramatical y no conceptual”, deslindan correctamente el error lógico de contradicción, de la incorrecta formulación o aplicación de las máximas de la experiencia, aspectos estos –las reglas de la lógica, por un lado, y las máximas de la experiencia, por otro–, que, como vimos *supra*, son diferentes pero que suelen ser confundidos.

⁹⁴ Curiosamente, la jurisprudencia apenas si trata, al menos expresamente, este error en la apreciación de la prueba como motivo casacional; sí, empero, para desvirtuar los argumentos de los recurrentes en casación, que con frecuencia son calificados de petición de principio (véase, por ejemplo, últimamente, SSTS 16 de mayo de 2002, 5 de diciembre de 2001, 20 de julio de 2001 o 12 de marzo de 2001).

la causa, es causa de lo causado. Pero se trataba de una petición de principios, por cuanto para realizar esta operación mental era tomada como condición la que se presuponía ya como causa del resultado. Así, si se desconocía cuál era la causa de un suceso, la utilización de la fórmula de la *conditio* resultaba imposible, pues no era factible tomar como condición la causa (desconocida) para suprimirla mentalmente. Ejemplo: en el caso del envenenamiento masivo del síndrome tóxico sólo puede ser empleada la fórmula de la *conditio* si suponemos que el aceite de colza fue el causante del envenenamiento –de tal modo que lo suprimimos mentalmente y desaparecen los resultados de muerte y lesiones–; si no conocemos todavía la causa –si fue o no el aceite–,⁹⁵ no podremos suprimirla mentalmente para comprobar si desaparece el resultado, luego estamos ante una clara petición de principio: lo que debía ser probado –si fue el aceite o no la causa del resultado–, es presupuesto como condición para poder operar con la fórmula de la *conditio* –para poder suprimirlo mentalmente y extraer las consecuencias de ello–, la cual, a su vez, es la que pretendidamente probaría cuál fue la causa del resultado.

Otros supuestos de petición de principios suelen deslizarse en la valoración misma de declaraciones de testigos o imputados. Ejemplo: el imputado se autoinculpa en los hechos por los que es acusado, de tal manera que su credibilidad se considera entonces fuera de toda duda. Sin embargo, aquí se está tratando de fundamentar el crédito de un declarante con una premisa que, a su vez, implica que quien presta la declaración sea creíble, pues puede ser que la autoinculpación sea, precisamente, falsa. En otras palabras, se trata de probar su crédito y se toma como premisa que el imputado es creíble, que es precisamente lo que estaba por probar.⁹⁶ También es un error lógico el siguiente: se argumenta que un testigo dice la verdad, porque, por miedo, habría callado durante mucho tiempo; aquí, de nuevo, se pretende fundamentar el crédito del testigo mediante su propia afirmación: lo que tenía que ser probado –que lo dicho por el testigo en cuanto a su anterior silencio es la verdad– es tomado como premisa y presupuesto –es verdad que calló *la verdad* mucho tiempo por miedo–.

Asimismo constituye una petición de principios o argumento circular cuando el juzgador afirma que no encuentra motivos para creer que un testigo ha inculcado

⁹⁵ Tras los primeros casos, se barajó en los medios de comunicación la posibilidad de que la enfermedad tuviera su origen en algún tipo de problema en la base militar de los EEUU existente en Torrejón, ya que muchos de los primeros enfermos residían en esta localidad.

⁹⁶ Cfr. Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 84.

falsamente al acusado, porque el testigo supo en el plenario, de forma creíble, rebatir ese reproche por parte de la defensa del acusado. Es decir, se afirma el crédito de un testigo aseverando que ha puesto de manifiesto de forma creíble su propio crédito;⁹⁷ en suma, se hace supuesto de lo que debería ser cuestión.

5. Es un error lógico tener por probado algún concreto extremo, y con ello conformarse, a pesar de que dicho elemento probado no es el que debía ser probado a efectos de la tipicidad del delito correspondiente, y, por ende, el juzgador no debía haberse conformado con la obtención de esa supuesta “prueba”. Ejemplos: un sospechoso de asesinato es detenido y al final se “le logra probar” que tenía una relación sexual con la víctima, lo que él negó desde el principio. Con esto, inconcientemente se acaba “dando por probado”, pues, el asesinato. En verdad, su participación en el asesinato, ni se probó, ni tan siquiera se intentó probar. Con ello es olvidado que, según una máxima de la experiencia cotidiana, puede que él siempre negase la relación sexual con la víctima, sencillamente, porque estaba casado y no quería reconocerlo ante su esposa. Es más, no es que no haya sido probado el asesinato, es que lo probado ni tan siquiera es necesariamente indicio de él. Se prueba lo incidental, y de ahí es considerado probado también lo esencial, lo cual, en el sentido visto debe ser tenido por un error lógico, aunque también, ciertamente, podría reputarse una falla en la valoración probatoria, es decir, en la aplicación de las máximas de la experiencia.

6. Las lagunas o saltos en la argumentación también deben de ser consideradas como infracción a las reglas de la lógica. Sobre todo, cuando tales lagunas no solo están ausentes de material probatorio, sino que son “colmadas” con supuestas máximas de la experiencia en verdad inexistentes. Ejemplo: buscado el conductor de un vehículo, el juzgador –en salto argumental– se da por satisfecho con la prueba de quién es el dueño del mismo, como si lo uno implicara necesariamente lo otro.⁹⁸ En otros casos, es invertida ilícitamente la carga de la prueba, de tal modo que sea el propietario quien tenga que demostrar que él no era el conductor. Tal inversión de la carga de la prueba nace, como vemos, de una infracción de las reglas de la lógica, y por ende habría de ser rechazada.

Saltos en la argumentación se producen asimismo cuando en el proceso de subsunción,

⁹⁷ Véase Döhring, Die Erforschung des Sachverhalts, págs. 158 y s.

⁹⁸ Cfr. STC 219/1988, de 22 de noviembre.

en lugar de la valoración y adecuación probatoria, son introducidas expresiones como “evidentemente”, “claro está”, “obviamente”, etc.⁹⁹ La motivación probatoria no debe ser nunca suplida por fórmulas vacías. Ejemplo: En un delito de acoso sexual en su modalidad agravada de prevalimiento (art. 184.2 CP), argumenta la Audiencia Provincial ante el recurso de apelación que impugnaba la existencia de la relación de dependencia típica propia de esta modalidad agravada: “Respecto de tal cuestión, y sin que sea una simple fórmula de estilo, bien puede decirse que esta Sala comparte en su integridad los argumentos y el análisis minucioso y concienzudo de la prueba que efectúa el Juzgador de instancia (...); y que poco más puede añadirse a tales argumentos, apreciados desde la inmediación con la que fue practicada la totalidad de la prueba. O dicho de otra forma, no es necesario, por no exigirlo el tipo, la constatación de una situación jerárquica ni de dependencia laboral, sino simplemente que se constate una superioridad del acusado respecto de la víctima, lo que ocurre en el presente supuesto en que el encargado de mantenimiento *evidentemente* trata como superior a los trabajadores de la limpieza, puesto que, como de hecho ocurrió en el presente supuesto, tenía una *clara* ascendencia en los temas laborales, derivados del mantenimiento y limpieza del edificio, no sólo con sus superiores dentro del tanatorio, sino con los directivos de la empresa subcontratada para la que trabajaba la víctima. En definitiva, de la prueba practicada se deduce *con meridiana claridad* que la conducta del acusado es plenamente subsumible en el art. 184.2 del Código Penal”.¹⁰⁰ En realidad, falta la prueba –o al menos de la argumentación no puede ser deducida– de tan “evidente” y “clara” prevalencia. La sentencia, en lugar de explicar por qué el encargado de mantenimiento “trata como superior a los trabajadores de la limpieza” –en qué datos objetivos basa dicha afirmación–, así como en qué consistió la “clara ascendencia en los temas laborales”, reduce todo a dichas fórmulas vacías apodícticas. El adverbio “evidentemente” es, precisamente, lo que resta evidencia a la pretendida valoración probatoria realizada.

Un último ejemplo de esta cuestión: “(...) en modo alguno podemos hablar de una prisión por deudas, ya que el acusado pudo pagar, no lo hizo sin que conste que hubiera causa que se lo impidiera, y tal conducta engloba en sí misma el dolo exigible al sujeto activo del delito, puesto que (...) el que hiciera regalos de reyes y comprara libros a su hijo no son óbice para que disculpemos el que no pagara el sustento, alimentación y

⁹⁹ Destacado por Bacigalupo, La técnica de resolución de casos penales, págs. 45 y s.

¹⁰⁰ SAP Córdoba, Sección 1.ª, 22 de enero de 2002.

necesidades básicas de dicho menor, a quien *evidentemente*, y de ello era consciente el acusado, le colocaba en situación de abandono. Por ello, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida”.¹⁰¹ Aquí la situación de “abandono” no ha sido probada en absoluto, sino sustituida por el adverbio “evidentemente”, que debiera desaparecer de toda resolución judicial. La sentencia, a nuestro modo de ver, encuentra tan “evidente” el “abandono” que, en este caso, hasta se presupone el dolo; puede ser que existiesen en la causa tales evidencias, pero, entonces han de ser convenientemente reflejadas en los razonamientos jurídicos; todo lo demás, no es motivar correctamente.

7. La incongruencia omisiva es también un error lógico.¹⁰² Así, cuando a modo de fórmula vacía de contenido se pretende haber atendido –es decir: se dice que se ha atendido– como elementos de convicción las pruebas aportadas, testimonios, periciales y documentación, sin más, lo cual por sí, es una obviedad que en nada explica las razones según las cuales habrían sido declarados probados o no probados los hechos de que se trate. Como tiene dicho el Tribunal Supremo, existiría una censurable “falta de precisión (...) en el tratamiento de la prueba” cuando la misma “se agota en algunas referencias a ‘la documental acumulada’, a ‘la testifical practicada’, a la ‘generación de documentos sobre correspondencia ficticia’, a la ‘contundencia’ de la primera, a la ‘absoluta falta de credibilidad’ de algunos testigos”, todo ello, sin mayores explicaciones; y –añade la sentencia– “con la particularidad de que (...) se opera con la testifical de la misma manera incorrecta (...) mediante la transcripción en bruto de las diversas declaraciones, cual si éstas probasen por una suerte de autoevidencia y en virtud de la simple inserción en el cuerpo de la sentencia. También es de señalar la total falta de análisis de la eficacia convictiva de los documentos relacionados, que, obviamente, no probarían por el mero enunciado de su existencia, cuando, como aquí sucede, está del todo ausente cualquier análisis de su contenido en elementos de prueba.”¹⁰³

¹⁰¹ SAP Cádiz, Sección 8.^a, 4 de julio de 2001.

¹⁰² Este error lógico suele ser generalmente insertado por la jurisprudencia en la lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: por todas, STS 382/2012, de 23 de febrero: “*el vicio ‘in iudicando’ denominado también por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ‘incongruencia omisiva’ o también ‘fallo corto’ aparece en aquellos casos en los que el tribunal de instancia vulnera el deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (SSTS 337/2010 y 350/2010)*” (sin subrayado en el original). – En este mismo contexto, debe ser desechada igualmente, con la jurisprudencia más moderna, la denominada “desestimación implícita” de las pretensiones de las partes: vid. Martínez Arrieta, Recurso de casación y de revisión penal, págs. 279 y ss.

¹⁰³ STS 986/2009, de 13 de octubre (caso gescartera), en donde también se añade: “*Los hechos*

Esa suerte de “valoración” podrá ser atacada, sin duda, por incongruencia omisiva y vulneradora de la presunción de inocencia. Ejemplo: tras analizar los fundamentos de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo reconoce que la sentencia “se refugia en una cómoda y evasiva ‘valoración conjunta de la prueba’ que no informa lo más mínimo sobre el contenido y las peculiaridades de ésta, de la que ofrece una imagen irreal de linealidad y coherencia, a pesar de que se caracteriza por una notable complejidad, es internamente contradictoria y no puede dejar de suscitar perplejidades a quien se enfrente a la misma con rigor intelectual y para hacerla objeto de una apreciación en conciencia verbalizable, justificada y apta para ser intersubjetivamente valorada. Nada de esto se halla en el peculiar fundamento de la decisión que se examina, de la que lo único que se obtiene es que el Tribunal ha decidido de una determinada manera (...) porque sí”. Antes bien, “el art. 24.2 CE (...) obliga al juzgador a realizar un tratamiento racional del resultado de la actividad probatoria (...). Esto es, comprobar si tiene o no apoyo en una apreciación tendencialmente objetiva de toda la prueba, tanto la de cargo como la de descargo; si se han tomado en consideración todos los elementos de juicio relevantes, justificando los descartes y también la opción de atribuir valor convictivo a los que se acepten; si no se ha prescindido de forma arbitraria de datos que podrían ser de importancia en el plano explicativo; y si, en fin, se ha sometido a todo ese material a un tratamiento racional y conforme a máximas de experiencia de validez acreditada”.¹⁰⁴

8. Para finalizar, un último error en cierta medida muy común: también infringe las reglas de la lógica valorar la declaración de un testigo con más seguridad de la que él mismo tuvo. “En efecto”, señala el Tribunal Supremo, “de las declaraciones de testigos que carecen de seguridad respecto de la inculpación no es posible excluir las dudas que esto debe haber generado en el Tribunal. De un testigo que sólo supone (...), ningún tribunal puede deducir la seguridad que impone el principio in dubio pro reo. Si lo hace infringe las reglas del razonamiento lógico, pues la seguridad que no está contenida en

probados que así resulten tienen que describirse en términos asertivos, con la precisión suficiente y el detalle necesario para su ulterior caracterización conforme a derecho. Los datos probatorios deben hallarse suficientemente individualizados, en sí mismos y en su fuente, de manera que pueda saberse cuáles son y de dónde proceden, un trabajo éste que corresponde en exclusiva al tribunal de instancia; que, en fin, deberá también dotar de transparencia al tratamiento de los primeros conforme a pautas de experiencia suficientemente acreditadas en el uso social. De los hechos probados que afectan a R. G. lo primero que hay que decir es que, debido a su esquematismo, pecan de falta de expresividad y, por consiguiente, padecen un claro déficit de calidad descriptiva (...). La relación de ‘documentos que afectan a J. R. G.’ (folio 473 de la sentencia [de instancia]) es una pura catalogación, esperable presupuesto de un examen pormenorizado de los mismos que está por realizar, y que, obviamente, no corresponde a esta sala”.

¹⁰⁴ STS de 21 de noviembre de 2003; asimismo, STS 154/2011, de 16 de marzo.

las premisas no puede aparecer en la conclusión de un silogismo”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ STS de 6 de marzo de 2002. Vid. también, Hernández Marín, Relaciones entre la aplicación de los enunciados jurídicos y la motivación de las decisiones judiciales, en: Alarcón Cabrera/Vigo, Interpretación y argumentación jurídica - Problemas y perspectivas actuales, págs. 239 y ss.