

## La Sala Segunda 'ante González': la valoración de los indicios en la instrucción

Juan IGARTUA SALAVERRIA

El ajustado tanteador 6-4 (se rozó el empate, según cuentan) con que acabó en el Supremo la porfía por ver si se citaba al ex-presidente y diputado Felipe González (y en calidad de qué) a declarar en el *caso Marey*, ha disparado —más si cabe— el caudal de conjeturas, maledicencias y malevolencias acerca del comportamiento de los tribunales llegada la hora de despejar la incógnita (la famosa X del juez Garzón) que ponía vértice al organigrama de los GAL.

Para no propalar precipitadamente bendiciones ni vituperios, no es mala idea empezar leyendo el auto de la Sala Segunda y el apósito voto particular. Luego, ya con conocimiento de causa, se podrá responsablemente rebajar o extremar o cambiar de signo los juicios que habían asomado en nuestra cabeza.

Como no alcanzo a dar abasto a todo, el blanco de mi atención está en la credibilidad que se otorga a las declaraciones inculpatorias (hacia el ex-presidente) de Ricardo García Damborenea (él mismo inculpado).

El discurso exculpatorio se presenta con un gestor tal que, para una (su) más provechosa asimilación, convendría servirlo en capas argumentales más delgadas. Así, en la porción que aquí interesa (el peso imputatorio de lo declarado por Damborenea), resulta aconsejable separar dos estratos en el razonamiento judicial. En efecto, el Auto viene a decir que si las imputaciones contra el diputado González son infundadas ya en sí mismas, su insustancialidad se acentúa aún más ante la eventualidad de poner en marcha el consabido suplicatorio. O sea, que con los datos que hay, de ningún modo se justifica una imputación contra quien sea, y, *a fortiori*, todavía menos contra quien tiene el blindaje del suplicatorio. Pues bien, en la ocasión presente me atenderé al primer fragmento del Auto (a la *in genere* nula potencia inculpatoria de los indicios existentes), olvidándome del segundo (si *intuitu personae* —dada su condición de diputado— la imputación requiere un plus de fundamento) aunque tampoco sea ésta cuestión pacífica.

Delimitada ya la pieza que someteré al análisis, antes de trocearla aún es recomendable demorarse en un pequeño paréntesis.

### 1. ANOTACIONES PRINCIPALES SOBRE EL PROCESO

En el entramado de principios que vertebran el proceso sobresale como el primero (cronológicamente al menos) el *derecho a la prueba*, que confiere a las partes la facultad de utilizar todos los medios de prueba idóneos a los fines del proceso (la constatación de la verdad)<sup>1</sup>. Pero para evitar preventivamente que se dé curso a pruebas inútiles para decidir el litigio, entra en juego el principio de la *economía procesal*<sup>2</sup>, que (a fin de no restringir el uso racional del derecho a la prueba) debe combinarse con el principio de la *pertinencia (relevancia) de las pruebas*. Una prueba es pertinente o relevante si, en los términos y en el momento de su solicitud, se entrevé potencialmente útil para la verificación de los hechos de la causa<sup>3</sup>.

Este menguado repertorio de principios procesales que estructuran la formación del sumario, debe completarse con otro principio, el de la *seriedad de la pretensión punitiva*, que suele caracterizarse así: "A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, cuyo objeto litigioso se introduce libremente por el actor, sin consideración a su prosperabilidad, que no es necesario acreditar de modo indiciario, y que sólo puede rechazarse, fundadamente, en los casos previstos en la LOPJ (art. 11) de manifiesto fraude de ley o procesal o abuso de derecho, en el proceso penal, no basta con que se configure por los acusadores la pretensión punitiva, ni inicialmente, ni al término de la investigación oficial, con mayores o menores visos de prosperabilidad, a juicio de la parte, para que el referido objeto sea admitido como base del debate procesal. Es necesario, además, como presupuesto de admisibilidad al juicio, que se valore la seriedad de la pretensión por el órgano jurisdiccional, en sentido favorable, a la continuidad del proceso"<sup>4</sup>.

Tras este breve recordatorio, el problema que me ocupa se formularía ya con claridad bastante: ¿es pertinente o relevante la declaración de González

<sup>1</sup> S. Patti, "Prova", *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1991, p. 3.

<sup>2</sup> M. Taruffo, "Istruzione", *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1990, p. 7.

<sup>3</sup> M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970.

<sup>4</sup> J. Almagro Nosete - J. Tome Paule, *Instituciones de derecho procesal (Proceso penal)*, Madrid, 1994, p. 55.

como imputado —según pide la acusación conforme a su derecho a la prueba— para el esclarecimiento de los hechos? Pero esta pregunta pende a su vez de la respuesta que se haya dado a otra anterior, a saber: ¿hay base suficiente para sospechar que el entonces presidente estaba al corriente de lo que pasó? Según se solventa esta segunda cuestión (afirmativa o negativamente) habrá pie para contestar a la primera (de una u otra forma).

En realidad, por tanto, se contabilizan dos aspectos problemáticos, conexos sí pero diferentes. Y cada uno de ellos requiere una solución singularizada, no un razonamiento que apunte indiscriminadamente al bulto; si no, luego se enmaraña la discusión innecesariamente.

Así que, visto lo que hay, entro de cabeza en el examen de lo verdaderamente crucial. Esto es, ¿qué sustento tiene(n) la(s) hipótesis de que el presidente estuviera/no estuviera al tanto de la guerra sucia (secuestro de Marey incluido)?

Pues bien, cotejando la postura mayoritaria del Tribunal y la reflejada en el voto particular, es patente que ambos grupos discrepan sobre la suficiencia incriminatoria de las declaraciones contra Felipe González. Pero aquí asoma una complicación suplementaria.

En efecto, el desacuerdo entre los seis y los cuatro podría, en principio, girar en torno a dos cosas distintas (alternativa o conjuntamente). La primera de orden general: ¿qué peso ha(n) de acreditar el(los) indicio(s) para que sea procedente imputar a un justificable? La segunda referida a la situación particular: ¿alcanzan o no esa *ponderación* las imputaciones contra González? Conviene, pues, ir por partes.

## 2. EL FUNDAMENTO MINIMO PARA IMPUTAR

Respecto de lo primero, el disenso entre los dos bloques de la Sala Segunda empieza a fraguarse desde la distinta vara de medir que exhiben unos y otros.

Para empezar, la mayoría muestra su querencia hacia el art. 488 de la LECr. ("*Durante la instrucción de la causa, el juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad*"). En tanto que la minoría manifiesta su apego al art. 311 ("*El juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales*") y al art. 299 ("*Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias*") de la Ley precitada.

Después, las distintas referencias legales abren el cauce igualmente a un diferente enfoque sobre una dilatada práctica de la propia Sala Segunda. En efecto, los suscriptores del voto particular alegan que, según la doctrina de esta Sala (y también del TC), "la actitud de los Juzgados y Tribunales al acordar sobre la admisión de una

prueba debe ser, en principio, de la máxima amplitud y generosidad a la hora de medir el criterio constitucional de la pertinencia" (RJ 3º). La contraofensiva de la mayoría (que estaba al tanto del argumento por haberlo debatido *in camera*) se adivina enseguida: una cosa es la manga ancha en la práctica de diligencias (art. 311) y otra diversa ampliar el número de sujetos pasivos (art. 488) mediante la imputación contra personas otras de las ya determinadas por el juez instructor. Por eso —cito textualmente—"no cabe hacer aplicación de la doctrina tradicional de esta Sala favorecedora de un criterio de gran amplitud en la admisión de diligencias de prueba —o de investigación sumarial— en beneficio del derecho de defensa y del derecho a la prueba, constitucionalmente garantizados, pues la naturaleza de la solicitud formulada en el recurso es distinta de la de una mera diligencia probatoria" (RJ 3º).

Nada de raro tiene que con premisas divergentes (como se ha visto, una diferente apoyatura legal y un distinto balance jurisprudencial) ambos grupos de magistrados acaben en conclusiones también diversas. Y en lo que concierne a nuestro tema, lo que termina separando a la mayoría del Tribunal y a los discrepantes está en la diferente *intensidad* que exigen para que un juez impute algo a alguien. La mayoría postula que el testimonio inculpatario debe merecer una credibilidad *positiva* (es decir, que las imputaciones sean estimadas por el juez como "fundadas y verosímiles"). Para el grupo minoritario basta una credibilidad *negativa* (o sea, que las imputaciones no sean "absolutamente infundadas" aunque no acaben de convencer al juez). Que no es lo mismo.

De todos modos, afinando la atención se observa que, en esta cuestión puntual, la confrontación ha quedado un tanto dislocada. Alerté ya en el apartado anterior contra la oscuridad que nace de mezclar o yuxtaponer aspectos distintos. Y en esas estamos ahora (lo que, en mi opinión, debe registrarse en el "debe" de la minoría).

En efecto, la minoría es favorable a que González declare como imputado (por las ventajas que lleva anejas tal condición). De su lado, la mayoría es contraria a que González declare como imputado (y si conviene que declare, que lo haga como testigo durante la vista). Ambos grupos, pues, cargan el acento sobre cosas distintas y de ahí que se remitan a preceptos procesales también distintos. En rigor, la minoría propone que se convoque a González para declarar ahora y luego ya se verá en calidad de qué; mientras que la mayoría exige dilucidar primero en calidad de qué se convoca a González y después ya se determinará cuándo declara.

Si en cualquier polémica ya es difícil que la gente concuerde en la solución que debe darse a un problema, mucho más cuando los contendientes enturbian el enunciado mismo del problema.

Aun reiterando que la pertinencia (relevancia) de la declaración de González es directamente proporcional a la fuerza incriminatoria del testimonio prestado por Damborenea, debo repetir también

que son elementos distintos y que, por eso, requieren un tratamiento singularizado.

Como mi trabajo versa directamente sobre la exculpación de González según anuncié al comienzo (y acaso mediatamente no más sobre la relevancia de su declaración), seguiré la estela del discurso mayoritario, según el cual —y de conformidad con el art. 488— la imputación debe estar precedida de indicaciones *fundadas* de culpabilidad.

### 3. LA RELATIVIDAD DEL FUNDAMENTO

La palabra "fundamento" evoca necesariamente una relación (entre lo fundante y lo fundado). Una cosa no es *en sí* misma fundamento, sino a lo sumo fundamento *de otra cosa*. Y una cosa no suele ser fundamento *de cualquier otra cosa*. En eso reside la *relatividad* del fundamento.

Por lo mismo, cuando se nos dice que las acusaciones vertidas contra González han de ser fundadas, es menester preguntarse: ¿"fundadas" para qué?, o, en otra formulación, ¿en orden a qué ha de servir como fundamento el material indiciario?

Pues bien, en esa onda viene de perlas la disección que del proceso efectúan los magistrados de la minoría, aunque ahora yo persiga un objetivo distinto del suyo (que era fijar el momento procesal del suplicatorio). Los jueces discrepantes enumeran las fases de la secuencia procesal de esta guisa (cursivas mías): "*Imputado* ... es la persona a la que se le atribuye la comisión de un acto punible. Cuando la investigación sobre un imputado avanza, se puede adquirir, en el proceso ordinario, la condición de *procesado*, posteriormente de *acusado* y, finalmente, la de *condenado* o *absuelto*."

Sobre la base de esta imagen secuencial del proceso, yo me atrevo a proponer una hipótesis de trabajo: que la valencia incriminatoria de las pruebas y/o indicios es amplia en el inicio del proceso y se va estrechando a medida que se consumen las etapas de éste. Y, a la inversa, que el bien jurídico fundamental del imputado (la presunción de inocencia) encuentra mayores garantías según avanza el proceso. Para imputar pueden bastar indicios con débil fuerza probatoria; pero a medida que progresa el proceso crece el nivel inculpatario exigido, hasta que al final sólo vale lo que está por encima de cualquier duda razonable. O sea, para imputar bastaría *algún* fundamento: para condenar es preciso un fundamento *total*. De ahí que el grado de verosimilitud exigible varíe según se trate de condenar o simplemente de imputar. No hay óbice, por tanto, a que lo *insuficiente* para *terminar* (condenando) sea, sin embargo, *suficiente* para *empezar* (imputando). Por cierto, ése es el rumbo que, un mes después (*caso Filesa*), tomará la Sala Segunda al ampliar (de 7 a 26) la lista de imputados propuesta por el instructor. En su Auto el TS textualmente dice que "es suficiente para la *imputación* ...que se trate de hechos que no aparezcan evidentemente inexistentes, que sean típicos y atribuibles, con un mínimo grado de probabilidad indiciaria"<sup>5</sup>.

Es lo que intentaba sugerir cuando, a propósito de las imputaciones que según la mayoría de la Sala no son "fundadas", preguntaba: ¿"fundadas" para qué? ¿para empezar o para terminar?

Algo sobre lo que la STC 135/89, que se invoca en este mismo texto exculpatario (aunque no el fragmento que citaré), subrayaba que "ni se puede confundir un Auto de procesamiento, que en sí mismo no encierra declaración de culpabilidad, con una Sentencia condenatoria, ni la actividad probatoria de cargo exigible en el juicio oral para disipar la presunción de inocencia es trasladable a la fase sumarial" (FJ 6).

Por eso el propio Tribunal Constitucional agrega que el juez instructor deberá imputar a una persona cuando "nazca en él una *sospecha*" contra ella; criterio que recoge y reproduce la Sala Segunda en el Auto que comento (RJ 1º). Por tanto, para imputar no se precisa de fundamentación más sólida que la *sospecha*.

Ahora bien —como oportunamente se recuerda en el voto particular— el juez instructor denegó la solicitud de la acusación (la declaración de González como imputado) alegando que "en las actuaciones practicadas no existen datos o indicios fundados que excedan de meras *sospechas* de responsabilidad" (FJ 1º del auto de 24 de abril de 1966). Pero, ¿no se había quedado en que con la *sospecha* era suficiente? ¿Cómo puede convalidar, entonces, la Sala Segunda la valoración efectuada por el juez instructor?

Para salir de semejante desconcierto sólo vislumbro tres puertas: a) que se ha incurrido en una *contradicción* (por un lado se sostiene que basta la sospecha y por otro que no basta); b) que la palabra "sospecha" es *polisémica* (tiene un significado en el Auto de la Sala y otro diferente en el autor del juez instructor); c) que la sospecha es un fenómeno *psicológico* (con la misma palabra se designan fenómenos diferentes: la sospecha del acusador y la sospecha *del juez*, que no tienen por qué ser recíprocamente compartidas, de modo que en el auto del juez instructor la palabra "sospecha" se refiere a la de la acusación y en el Auto de la Sala a la del juez, que es en definitiva la decisiva y decisoria).

No estoy en grado de asegurar cuál de estos tres diagnósticos es el correcto, pero ninguno de ellos brinda una salida airosa a tan desconcertante lío jurisdiccional. Los dos primeros por razones obvias, ya que ni la *inconsistencia* (contradicción) ni la *inconstancia* terminológica (que a una misma palabra se le asignen significados diferentes) dicen nada en favor de nadie. Y el tercero porque revela un garrafal equívoco que, al no percibirse como tal, resulta insidioso además de peligroso. Habrá que volver sobre ello.

Pero ahora, según lo previsto, toca el turno de examinar cuál ha sido la valoración que el testimonio de Damborenea ha merecido en la estimativa del juez instructor y que, luego, ha sido ratificada por el Auto de la Sala Segunda.

<sup>5</sup> *El País* de 21-12-96; p 15

#### 4. RAZONES PARA NO MODIFICAR LA VALORACION DEL JUEZ INSTRUCTOR

La mayoría de la Sala Segunda da por buena la decisión (recurrida) del juez instructor en orden a no citar como imputado al ex-presidente González. El censo de los argumentos (creo que no omito ninguno, salvo los que atañen al suplicatorio /eso había convenido/) con los que el Auto exculpatorio justifica su postura es el siguiente:

a) Es necesario reconocer al instructor un "razonable margen de apreciación" al atribuir la condición de imputado.

b) El instructor procederá a la atribución de imputado cuando "nazca en él una sospecha contra persona determinada". Lo que no ha sucedido. En efecto:

— no ha estimado procedente convocar a González a que declare como imputado;

— razona debidamente por qué las imputaciones no le resultan fundadas ni verosímiles;

— los recurrentes no aportan elementos de inculpación distintos de los que ya fueron tomados en consideración por el Instructor;

— los recurrentes tampoco ponen de manifiesto error alguno en la valoración del Instructor.

c) Aun prescindiendo de las ventajas que ofrece la intermediación...

d) las manifestaciones de Damborenea —con independencia de su credibilidad— carecen de precisión mínima, ya que:

— no tienen una corroboración objetiva;

— se refieren genéricamente a una estrategia antiterrorista;

— Damborenea se niega a proporcionar las precisiones necesarias.

e) El recurso presentado cuenta con la oposición del fiscal, de la acusación particular y del instructor.

Las justificaciones de la Sala (expuestas esquemáticamente por el momento) y que termino de inventariar suscitan muchas reservas, sin duda más numerosas y afinadas que las de mi propia cosecha. A mí se me han ocurrido estas observaciones críticas.

#### 5. EL MARGEN DE APRECIACION

Que abruptamente, sin matiz alguno, se reconozca al instructor un "razonable margen de apreciación" me parece una invitación capciosa pero persuasiva a relajar el control sobre las valoraciones efectuadas por el juez durante la instrucción, so pretexto de que nos movemos en un terreno que por naturaleza consiente una cierta opinabilidad.

A mi entender, el "razonable margen" no es un *prius*, un espacio que de oficio se oferta al juez para que se mueva dentro de él con cierta holgura, sino un *posterius*. Es decir, hay un "margen razonable" cuando sobre un problema aparecen varias soluciones razonables. El "margen" no es algo *dado* sino algo *ganado* (en la medida en que los contendientes sean capaces de defender razonablemente soluciones alternativas). Hay situaciones que no toleran la razonable propuesta de varias soluciones

(p. ej. si, con los datos obrantes, se puede atribuir o no a un pobre de solemnidad la financiación de los GAL).

Si en ocasiones (muchas o casi todas) aparece finalmente el susodicho "margen razonable" (entendido como conjunto de alternativas razonables), eso significa que el "margen" goza de una cierta objetividad y, por tanto, que el "margen" no es un coto privativo del juez sino, en principio, de cualquiera que mantenga una propuesta razonable. Es decir, si un asunto resulta ser opinable dentro de ciertos límites, lo será para todos. Se me olvidaba apuntar que, en el desempeño de funciones públicas, el test de la razonabilidad depende, no de las preferencias privadas del juez, sino de criterios con vigencia social.

Ahora bien, cuando en medio de la confrontación brotan varias posturas razonables será preciso naturalmente resolverse por una de ellas. ¿Por cuál?. En el proceso penal ha cobrado categoría de principio la fórmula "más allá de toda duda razonable", o sea que sólo se podrá condenar una vez vencida cualquier duda razonable. De manera que ante una petición condenatoria razonable porque está asistida de buena fundamentación probatoria, si ésta no se revela tan concluyente como para mostrar la inanidad de una propuesta absolutoria (por mucho que ésta tenga, en términos de probabilidad, un sustento probatorio notoriamente inferior a la primera), se impone la absolución del acusado.

Sería deseable que el arsenal de tradiciones procesalistas incluyera también (si no está ya) alguna regla para salir de una indecisión semejante (la provocada por una pluralidad de soluciones más o menos atendibles) en orden a decidir si finalmente se imputa o no a una persona. Al respecto, opino que debería arbitrarse una medida análoga pero *inversa* a la dispuesta para la eventualidad anterior. O sea, así como es suficiente una duda razonable para absolver, igualmente debiera bastar una duda mínimamente razonable para imputar. La duda sería una condición suficiente para *entrar* (imputado) y/o para *salir* (absuelto); en tanto que la ausencia de cualquier duda sería condición necesaria para *no-entrar* (imputado) y/o *no-salir* (absuelto).

Lo cual comporta consecuencias medulares en lo que respecta a la motivación exigible en uno y otro caso. Cuando baste la duda —porque *hay sospecha* (imputación) o porque *no se pasa de la sospecha* (absolución) — el juez sólo se vería obligado a justificar que esa solución es *también* razonable. Cuando el juez decide que no ha lugar a la duda y no imputa (porque no hay asomo de duda) o condena (porque se ha desvanecido cualquier duda), debe justificar no sólo que su opción es también razonable sino que es la *única* razonable (lo que, de pasada, implica desmontar las rivales). Creo que el propio TC sintoniza en esta onda cuando escribe: "Es el titular del órgano instructor quien debe ponderar si la atribución... de un hecho punible a persona cierta es 'más o menos fundada' o por el contrario manifiestamente infundada, inverosímil o imposible en su contenido" (STC 135/89, FJ 3).

Y curiosamente (aunque a lo mejor no pasa de coincidencia fortuita), la STC 135/89 (en la que comparece la expresión "razonable margen de apreciación") desestima un recurso solicitando el amparo por falta —a juicio del recurrente— de base para la imputación (*pretensión opuesta* a la que esta vez rechaza el TS en su Auto). El TC literalmente señala que "dado el carácter indiciario y no probatorio que puede resultar de las diligencias sumariales es necesario reconocer al juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado" (FJ 3).

## 6. UNA CONCEPCION PSICOLOGISTA DE LA VALORACION

Pero ¿cómo se acredita que sobre la conducta de alguien gravita una duda (sospecha) razonable? Cuando "nazca en él (el juez) una sospecha contra persona determinada" es la respuesta. Sigo barrruntando que en ésta se malesconde una recaída en el psicologismo judicial del que no acaba de liberarse el consueto entendimiento de la "libre valoración de las pruebas"<sup>6</sup>. No se negará —espero— que en esta cita jurisdiccional se concede un descarado (no encubierto) protagonismo a la subjetividad del juez (la sospecha debe "nacer en él") como medidora de lo que es incuestionable o, en su caso, opinable. Llave sobre mojado, porque cuando la casación (función que desempeña el TS, aunque ahora esté a otra cosa) enfatiza el principio del "libre convencimiento" suele buscar dos cosas: una, subrayar la imposibilidad de controlar la valoración efectuada por el tribunal cuya decisión se recurre; otra, ahorrarse el trabajo de elaborar cánones de racionalidad y suficiencia a los que deben ajustarse los tribunales cuando motivan su valoración de los hechos<sup>7</sup>. Por tanto, se hace imprescindible insistir —con palabras prestadas— en que "el libre convencimiento no está para indicar el fenómeno psicológico de una conciencia que se autodetermina libremente; más bien está para indicar un fenómeno cognoscitivo que se desarrolla libre de prejuicios legales e individuales, pero vinculado a las reglas propias de la racionalidad discursiva: por tanto, no libertad respecto de cualquier regla, sino libertad según reglas cognoscitivas"<sup>8</sup>.

Menos mal que, esta vez, el TS no se contenta con una simple remisión al impacto que los indicios provocan en la conciencia del juzgador, y se toma la fatiga de mirar que el instructor "razona debidamente por qué las imputaciones no le resultan fundadas ni verosímiles". Pero, a pesar de este loable esfuerzo de racionalización, hasta aquí se extiende el empalagoso perfume —como el de una colonia barata— del psicologismo antes denunciado. En efecto, parece que el esfuerzo de la Sala Segunda

se dirige a verificar que el instructor explicita convenientemente los motivos (las razones) por las que las imputaciones "no le resultan fundadas ni verosímiles". En rigor, debiera importarnos un bledo por qué al juez *le resultan* fundadas o infundadas las imputaciones. Lo que de verdad interesa es saber *cómo justifica* el juez que la imputación es o no fundada.

Esta proclividad psicologista asoma de nuevo cuando, para confirmar que en el instructor no ha nacido una sospecha, el Auto del TS argumenta que aquél (el instructor) "no ha estimado procedente convocar a González a que declare como imputado". Ya estamos con la canción de siempre. Conviene reiterar, por tanto, que la motivación (de sentencias y autos) no tiene por objeto mostrar fidedignamente los estados de conciencia reales del juzgador (allá él si miente, encima cosa imposible de saber), sino el que éste ofrezca razones convincentes para justificar que sus (presuntos) convencimientos o sospechas merecen —por racionales— ser intersubjetivamente compartidos.

Es verdad que la Sala Segunda no parece dispuesta a transigir con cualquier convencimiento o sospecha que nazca en el juez, ya que la formación de esos estados de conciencia puede estar afectada por dos vicios capitales: el de una información deficiente y el de alguna falla en el razonamiento. Por ello el TS, para salvar la cara del juez instructor frente a la acometida de los recurrentes, toma la precaución de señalar que éstos "no aportan elementos de inculpación distintos de los que ya fueron tomados en consideración por el instructor" y que "tampoco ponen de manifiesto error alguno en la valoración del instructor". Permítaseme una pequeña nota crítica.

A la vista de los datos disponibles por mí (sólo el Auto de la Sala Segunda) y de los que carezco (el Auto del instructor y el escrito de los recurrentes) me veo limitado a una glosa bastante panorámica. Allá voy.

No está de sobra, desde luego, cuidar que no se escurran elementos inculpatórios y/o vigilar que no se interfieran errores de razonamiento. Pero con eso nos quedamos a medias. Primero, no basta contentarse con una lista completa de los elementos relevantes; luego hay que señalar cuáles de entre ellos se retienen verdaderos o falsos y justificar por qué (me quedo con las ganas de saber si el instructor procedió así). Segundo, porque —en simpatía con lo anterior— tampoco la vigilancia se debe ceñir a evitar errores en el razonamiento; hay que examinar si un razonamiento es, además de consistente y coherente, también completo (el razonamiento resulta incompleto si alguna de las opciones ha quedado sin sustento justificatorio).

## 7. LA INEFABLE "INMEDIACION"

Así como quien convencido de su potencia trata de disuadir al adversario con un simple amago de golpe, el TS dibuja el esbozo de un argumento dejándolo sugerido nada más (como indicando que no

<sup>6</sup> M. Taruffo "Prova testimoniale", *Enciclopedia del diritto*, Milán, 1988; p. 754.

<sup>7</sup> Taruffo, "Libero convincimento del giudice", *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1990; p. 2.

<sup>8</sup> F. M. Iacoviello, "I criteri di valutazione della prova", en M. Bessone-R. Guastini (eds.), *La regola del caso: materiali sul ragionamento giuridico*, Padua, 1995; pp 395-396.

precisa de su concurso). Es lo que yo aprecio cuando el Auto deja caer de pasada eso de "aun prescindiendo de las ventajas que ofrece la intermediación"... Era lo que nos faltaba por oír.

En el repertorio de los irritantes tópicos referidos a la prueba, el de la "intermediación" se lleva la palma. Entiéndase bien; no trato de menoscabar las bases de variada índole (epistemológicas y jurídicas, sobre todo)<sup>9</sup> que sobradamente legitiman el principio de la "intermediación" en el proceso; pero el uso vicioso del mismo se convierte en una impostura de cuidado. Particularmente cuando el emparejamiento de la "intermediación" y del "libre convencimiento" engendra una perversión como la siguiente: en lo concerniente a la veracidad de la declaración de acusados y testigos, a la existencia de indicios, al valor del peritaje "la valoración de la prueba está fuertemente condicionada por la intermediación"<sup>10</sup>; de manera que "en un procedimiento regido por los principios de oralidad e intermediación, un Tribunal que no ve ni oye a los testigos ni a los peritos no puede apreciar según su conciencia (art. 741 LECr) la veracidad o adecuación de sus respectivas declaraciones o informes"<sup>11</sup>.

Salta a la vista el efecto que semejante dislate tendría sobre el tema que me ocupa. A ver (en versión silogística): a) es capaz de valorar en conciencia la veracidad del testimonio de Damborenea quien ha escuchado directamente su declaración; b) ya que sólo el instructor ha sido el receptor inmediato de las palabras de Damborenea; c) por tanto al instructor incumbe en exclusiva determinar si el declarante ha dicho la verdad o no. Y como corolario se infiere que la Sala Segunda —en tanto no ha oído de viva voz a Damborenea— no puede valorar en conciencia la credibilidad de su testimonio recogido por escrito ni, por tanto, está habilitada para inmiscuirse en la valoración del juez ante quien ha depuesto el declarante. Menudo plan. Menos mal que aquí la Sala Segunda se muestra más mesurada y rebaja la incidencia de la intermediación al nivel de una "ventaja".

Parece mentira que todavía sea preciso subrayar que la "verdad" de una declaración, la "corrección" de un informe pericial, etc., son inaprehensibles sensorialmente. Eso sí, las informaciones que se registran a través de los sentidos dan pie para inferir después determinadas conclusiones. Pero el trayecto que va desde lo *percibido* hasta lo *concluido* ya no es apaño de los sentidos y, por ello, el nexo que media entre uno y otro debe ser racionalmente justificado (y pasible de control por quienquiera, haya o no presenciado la formación de la prueba)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. M. Nobili, *Il principio del libero convincimento*, Milán, 1974; pp. 83-92; y J.L. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 454.

<sup>10</sup> E. Bacigalupo Zapater, "Presunción de inocencia, 'in dubio pro reo' y recurso de casación", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, vol. II; p.374

<sup>11</sup> E. Bacigalupo Zapater, "La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal. Reflexiones sobre un decenio de aplicación del art. 24.2 de la CE", *Estudios de Jurisprudencia*, 1992, nº 1; p. 52.

<sup>12</sup> Cfr. el resumen que de las tesis de P. Andrés Ibáñez efectúa M. Atienza, "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibáñez",

La "intermediación" se acompaña de unos bien ganados méritos pero que deben resaltarse allá donde tengan incidencia real, no a boleo. Por eso las virtualidades de la "intermediación" no pueden funcionar como un cheque en blanco que se extiende a favor de los tribunales de instancia o —en nuestro caso— en beneficio del instructor.

De ahí que, cuando la "intermediación" se invoca (a lo que por desgracia nos tienen acostumbrados tanto el TS como el TC) "como barrera para vetar el acceso al examen del curso valorativo del juez o tribunal, se convierte en una injustificable coartada, primero para propiciar que el juez oculte sus razones; y, después, para negar legitimidad a cualquier tentativa de fiscalizarlas. Así resultará que la intermediación...puede convertirse en paradójica *garantía* de discrecionalidad judicial incontrolada"<sup>13</sup>.

Como indiqué líneas arriba, el Auto del TS amaga pero no sacude (de cualquier forma hubiera errado el golpe) y finalmente condesciende a detenerse en las *razones* (no en las *sensaciones* que procura la intermediación) que valen al instructor para desfondar las manifestaciones de Damborenea. Cambiemos de tercio entonces.

## 8. LAS RAZONES A FAVOR DEL INSTRUCTOR

La Sala Segunda, "disponiendo únicamente de la transcripción escrita de dichas manifestaciones", pese a todo estima "que el criterio del instructor al considerarlas insuficientes para justificar una imputación formal es plenamente correcta".

A lo que se ve, los recurrentes —además de a lo manifestado por Damborenea— aludían a unas declaraciones de Sancristóbal (que el Auto despacha por la vía rápida como "una mera opinión del procesado") y a otras de Roldán ("de referencia" puntualiza el Auto y —añade— "negadas por la fuente de la que proceden"). De momento vamos a olvidarnos de ellas; las recuperaremos más adelante.

El Auto concede mayor protagonismo a Damborenea, cuyas manifestaciones "con independencia de su credibilidad (elemento subjetivo) carecen de la precisión mínima (elemento objetivo), indispensable para fundamentar una imputación judicial" (RJ 2º) (no tengo claro si esta descalificación del TS alcanza también a lo dicho por Sancristóbal y Roldán respectivamente).

a) Primero viene el turno del "elemento subjetivo", que el TS se contenta con dejarlo tocado del ala sin ir resueltamente a por él ("con independencia de su credibilidad" dice escuetamente el Auto; ¿otro obsequio a la "intermediación"?). Pero algo habrá que comentar a su respecto.

Una consolidada trayectoria del propio TS invita con buen tino a tomar con las oportunas prevenciones la declaración de un imputado que salpique a terceros, no vaya a ser que obedezca a móviles inconfesables (descargar la culpabilidad sobre otras

*Jueces para la Democracia*, 1994, nº 2; p. 83.

<sup>13</sup> P. Andrés Ibáñez, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, 1992, nº 12; p. 297.



**901 224466**

una transferencia,  
comprobando  
su saldo,  
domiciliando  
un recibo,  
comprando  
movida extranjera,  
invertiendo  
en bolsa...

Esté donde esté, sea cual sea el día de la semana, el Banco Bilbao Vizcaya estará con usted.

Para que pueda hacer sus operaciones bancarias cuando lo desee. De forma segura. Sin comisiones adicionales. Y cómodamente: **con sólo una llamada telefónica.**

Porque cuando nuestras oficinas cierran, el Banco sigue abierto. De 7.30 de la mañana a 12 de la noche. Siete días a la semana. Todos los meses del año.

Con un equipo de especialistas en gestión bancaria y financiera a su disposición.

**LINEA BBV**  
*Sus operaciones  
bancarias  
por teléfono,  
todos los días  
del año.*



**BANCO BILBAO VIZCAYA**



espaldas, deseos de venganza, chantajes, etc.)<sup>14</sup>. Por proximidad temática y geográfica —me refiero a Italia— tampoco es ociosa una referencia a los episodios judiciales del *pentitismo* (*pentiti* = arrepentidos) porque abonan la necesidad de adoptar precauciones cuando un imputado involucra en la fechoría a otros camaradas o compinches (brigadistas o mafiosos). Damborenea no es en puridad un *pentito* (parece más proclive a justificar los GAL que a renegar de su participación en la trama), pero vale considerarlo como tal por su voluntaria colaboración para esclarecer casi una treintena de muertes, algún que otro secuestro, el destino oscuro (no por ignoto sino por tenebroso) de fondos reservados (pero públicos), etc.

Pero, por lo avanzado hace poco, la madre del cordero está en la confianza que merece la declaración de Damborenea cuando compromete a Felipe González. ¿Qué crédito se han ganado las palabras del ex-secretario general del PSOE en Vizcaya? La atendibilidad de una denuncia de este tenor depende de dos vertientes: una *intrínseca* y otra *contextual*<sup>15</sup>.

Respecto de la primera (intrínseca), fiarse o no de lo que diga un sujeto, así sin más, es un asunto de percepciones intuitivas y opciones emotivas y no el resultado de un análisis racional. La presunción de un interés en la denuncia no es necesariamente síntoma revelador de una mentira (y menos si eso no sirve de descargo para el denunciante). La ausencia de un interés conocido en quien denuncia tampoco garantiza, por sí sola, que la declaración sea verdadera (puede darse un interés insospechado a primera vista o el declarante puede equivocarse aun cuando no pretenda mentir). Pero esto no es una invitación a suspender sin más el juicio (racional) sobre el valor de la denuncia sino a indagar, en cada caso, qué intereses o factores de otra índole podrían distorsionar el testimonio inculpatario.

Dada la provisionalidad (no la inutilidad) de la valoración en esta primera aproximación (intrínseca), es necesario contrastarla con los elementos que oferta la segunda vertiente (contextual) con la que cabría engrosar —si entiendo bien— lo que el Auto denomina "elemento objetivo" (de modo que éste serviría para refrendar la veracidad del declarante, y después —como quiere el Auto— para calibrar la precisión de lo declarado).

b) En la configuración del susodicho "elemento objetivo", la Sala Segunda se muestra deplorablemente muy rácana. Para no dejarme nada en el tintero, citaré en su integridad el pasaje en cuestión: "el recurso se fundamenta en una mera opinión del procesado Sr. Sancristóbal, unas manifestaciones de referencia del imputado Sr. Roldán (negadas rotundamente por la fuente de la que proceden), y unas manifestaciones —en clave política— del Sr. García Damborenea, carentes de corroboración objetiva y que se refieren *genéri-*

*camente* a una decisión de estrategia antiterrorista (intervenir en Francia contra ETA, con o sin el acuerdo de los franceses), supuestamente adoptada por el entonces presidente del Gobierno, en cuyo largo proceso de maduración afirma el procesado haber participado, negándose sin embargo a proporcionar las necesarias precisiones. La respuesta del Sr. García Damborenea, en su tercera declaración sumarial, ya ante el Excmo. Sr. Magistrado Instructor delegado de esta Sala, alegando que no puede concretar pero que "*aunque pudiera, tampoco concretaría*" (folio 466) es suficientemente ilustrativa".

Pues bien, la endeblez motivacional de este párrafo se patentiza en lo que dice y —sobre todo— en lo que omite. Empezaré por lo primero (lamentando de antemano que eso de la "motivación extraprocesal" todavía siga sonando a chino).

Sacudirse de encima lo declarado por Sancristóbal calificándolo sumariamente de "una mera opinión del procesado" es un modo de liquidar muy deprisa una manifestación cualificada. No debe pasarse por alto que en la persona del señor Sancristóbal concurren dos circunstancias nada desdeñables: que como gobernador civil de Vizcaya es en esa provincia el representante del Gobierno; y que, al implicarse en la trama de los GAL a un nivel directivo, dispone de una buena composición de lugar acerca de las complicidades con que funcionan ese tipo de cosas. Su opinión, por tanto, no es la de un ciudadano corriente y que sabe de la lucha contra-terrorista por los periódicos; o sea no es una *mera* opinión.

Resulta curiosa la manera de neutralizar el testimonio de Roldán (uno se quedaría con las ganas de saber en qué consiste tal testimonio si no fuera porque dispone de noticias de prensa). Para empezar, el nombre de Roldán viene acompañado del predicado "imputado" (cosa que es verdad). Luego se pretende rebajar la fuerza de sus manifestaciones por ser éstas "de referencia". Finalmente se asesta el puntillazo definitivo indicando que aquéllas (las manifestaciones) han sido "negadas rotundamente por la fuente de la que proceden". Pero sorpresivamente se silencia el nombre de la "fuente" (Barrionuevo) y de paso su condición (también imputado); y se pasa por alto que el testimonio de Roldán se torna inculpatario no sólo para González sino también para el propio Barrionuevo (¡qué casualidad!), y que la declaración de Roldán no le exonera a éste de nada (dato a tener en cuenta).

La algo más pormenorizada atención que el Auto dispensa a las manifestaciones de Damborenea quizás se deba (ya al margen de su perfil personal y de un comportamiento que tiene poco que ver con el de los dos anteriores), a que no profiere opiniones ni habla de oídas sino afirma haber escuchado las *ipsissima verba* de Felipe González. Lo cierto es que con Damborenea la Sala Segunda se esmera un poco más que con los dos anteriores. Veamos con qué fortuna.

El TS arranca con una descalificación nada velada ("afirmaciones en clave política" dice el Auto)

<sup>14</sup> En el plano doctrinal, cfr. J.L. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia*, pp. 130-147.

<sup>15</sup> F.M. Iacoviello, "I criteri di valutazione della prova", pp. 416-419.



que además de *fundamentación* —como certeramente se ha señalado<sup>16</sup>— requiere algo más elemental aún: *aclaración*. Se trata de un juicio de intenciones que exige una formulación menos críptica. Y luego habrá que fundamentarlo, evidentemente. En el Auto no hay atisbo ni de una cosa ni de la otra.

La segunda andanada del TS estriba en desacreditar las manifestaciones de Damborenea por estar "carentes de corroboración objetiva". El laceratismo del Auto vuelve a sumirnos en el desconcierto. ¿De qué cosa no hay "corroboración objetiva"? Si, como el Auto refleja, la estrategia antiterrorista adoptada por González —según Damborenea— consistía en "intervenir en Francia contra ETA, con o sin el acuerdo de los franceses", los hechos confirman sobradamente que ha existido una estrategia de esa naturaleza. Que González haya sido su propulsor es otra cuestión, ya lo sé. ¿Se refiere a esto la carencia de "corroboración objetiva"? ¿Y qué ha de entenderse por "corroboración objetiva"? ¿Y qué grado de "corroboración objetiva" es exigible en esta primera fase, la sumarial?

En su tercera acometida, la Sala Segunda se ceba en el carácter *genérico* (el Auto subraya el adverbio *genéricamente*) de las afirmaciones de Damborenea en torno a la ya referida "decisión de estrategia antiterrorista (intervenir en Francia contra ETA, con o sin el acuerdo de los franceses)", cuando la "función constitucional y orgánica (del Tribunal) se limita al enjuiciamiento estrictamente penal de acciones delictivas concretas" (subrayado mío). El TS parece olvidar que las magnitudes son siempre relativas y que lo "genérico" como contrapuesto a "concreto" debe ser calibrado caso por caso, examinando si —como en el asunto presente— entre un plan presuntamente "genérico" (actuar en Francia contra ETA contando o sin contar con los franceses) y un resultado sin duda "concreto" (el secuestro en Hendaya de Marey —al que se confundió con un etarra— a cargo de mercenarios pagados por el Estado y con intervención de fuerzas policiales españolas y del gobernador civil de Vizcaya y del secretario general del PSOE en esa provincia) cabe establecer un nexo razonable o, por el contrario, se trata de dos fenómenos cuya relación sólo se ve a base de mucha imaginación. Esa es la cuestión. Es que si no, no habría modo de imputar la "concreta" muerte de Ana Frank al jerarca nazi que dio la "genérica" consigna de acabar con los judíos por las buenas o por las malas.

Por último, y en cuarto lugar, el TS destaca que Damborenea se niega "a proporcionar las precisiones necesarias" sobre su confesada participación en el "largo proceso de maduración" de la supuesta estrategia antiterrorista; y que, en su tercera declaración sumarial (esta vez ante el instructor del Supremo) alega "que no puede concretar pero que *aunque pudiera, tampoco concretaría*" (subraya el Auto). Y el TS diagnostica que esa respuesta de

Damborenea "es suficientemente ilustrativa". Yo pregunto: ¿"ilustrativa" de qué? A mí, por ejemplo, se me ocurren dos hipótesis: que ha transcurrido mucho tiempo y la memoria flaquea y/o que Damborenea no quiere desvelar todo lo que sabe para *tapar* a otras personas con responsabilidades vicarias. Si la Sala Segunda está pensando en otra explicación, estaría bien que lo dijera. No vale tirar la piedra y esconder la mano.

Con ser bastante calamitosa —como se ha visto— la contextualización que sobre las palabras de Damborenea ha forjado el TS, el lado más censurable de su Auto radica sin embargo en aquello de lo que no habla. En el voto particular se toma buena nota de esas omisiones.

Para empezar, llama la atención que el instructor del Supremo procese al ex-ministro Barrionuevo (por los delitos de detención ilegal, fundación y dirección de banda armada y malversación de fondos públicos) en base a la declaración de Damborenea (a la que el instructor otorga "mayor credibilidad") y, sin embargo, luego se somete su credibilidad a una especie de *epojé* cuando el afectado resulta ser González. Entonces, o bien se ofrece una explicación sobre esa variación o, de lo contrario, se da sobrado pie a conjeturar que nos hallamos —como alguien ha enfatizado— ante "relevantes perfiles de inconsistencia, puestos de manifiesto en la valoración diferencial que el instructor y la mayoría han hecho de algunos datos que, al parecer, sirven para imputar, pero sólo según a quién"<sup>17</sup>.

En segundo lugar, pasa de castaño oscuro que no se sopesen —como indican los magistrados discrepantes— "las razones expuestas por el Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en la Exposición dirigida, en su día, a este Tribunal Supremo" (RJ 2º).

En tercer término, y en sintonía con la omisión anterior, también se silencia que la investigación del precitado Juzgado de Instrucción Central nº 5 "se caracteriza por haber seguido una línea ascendente de estructura piramidal que partiendo de funcionarios de policía de base ha ido afectando a las diversas escalas jerárquicas, hasta llegar al Ministro del Interior que fue procesado por Auto de 23 de enero de 1996". O sea, se silencia que están procesados los que, en la época de autos, eran respectivamente ministro del Interior, secretario de la Seguridad del Estado, gobernador civil de Vizcaya y secretario general del PSOE en esa misma provincia. Y con estos antecedentes, de inmediato se ve venir un remate como éste: "hay que ignorar las reglas más elementales de la lógica para mantener, como hace el auto del TS, que en relación a un ex presidente del Gobierno, que tiene procesada prácticamente a la totalidad de los altos cargos de su departamento de Interior —empezando por su ministro— por unos hechos tan espeluznantes, cualquier sospecha de que haya intervenido en ellos carece de la 'mínima solidez'"<sup>18</sup>

<sup>16</sup> E. Gimbernat Ordeig, "Crítica al auto de exculpación de González", *El Mundo*, 18-11-96; p. 4.

<sup>17</sup> P. Andrés Ibáñez, "El tablero de la justicia", *El País*, 28-11-96; p. 13.

<sup>18</sup> E. Gimbernat Ordeig, "Crítica al auto de exculpación...", p. 5.

A mayor abundamiento, agregaré por mi parte un par de apuntes. El primero, que la prensa daba noticia regular de las andanzas contraterroristas y que en amplios sectores de la sociedad se sospechaba (o algo más) de la implicación de los aparatos del Estado en la "guerra sucia", en lo que no andaban descaminados según se ha comprobado después (ahí está la cúpula de Interior procesada). Se hace muy cuesta arriba pensar que un jefe del Ejecutivo (al que se le presume medianamente diligente) permanezca en la inopia de lo que pasa en un departamento de su propio Gobierno ante sucesos gravísimos y clamorosamente aireados por los *media*; o que, si indaga, se deje torear como un cando-roso angelote.

Destinaré el segundo comentario a una aclaración nada inútil. Y es que a cualquiera se le ocurrirá la juiciosa idea de (des)responsabilizar a González según el grado de su compromiso con los GAL. En efecto, no es lo mismo *fundar* una banda, que *participar* en sus acciones o que limitarse a *consentirlas* o, menos aún, solamente *conocerlas*. Pues bien, incluso "el *mero conocimiento* (en cualquier momento) por parte del ex presidente de que Marey se hallaba secuestrado por una banda organizada desde el Ministerio del Interior, conllevaría ya una responsabilidad penal por omisión"<sup>19</sup>.

## 9. EL CONSENSO SOBRE LA EXCULPACION

El argumento del "consenso" está provisto de una fuerza persuasiva innegable. A quien se sitúe extramuros de una opinión cuasiunánime, se le contemplará como a un sujeto estrafalario. Esa es la estrategia que se despliega en el Auto al dejar más sola que la una a la acusación popular, destacando que ésta solicita se impute a González "en contra del criterio del magistrado instructor que es quien de modo más objetivo e imparcial puede valorar las diligencias sumariales, y en contra también de la voluntad tanto de la acusación pública como del propio perjudicado" (RJ 3<sup>o</sup>). Pues bien, me maravilla que en apenas cuatro renglones se logre meter tanto contrabando.

La primera argucia consiste en buscar una persuasividad añadida al calificar el criterio del instructor como el "más objetivo e imparcial" (por la dichosa *inmediación*, supongo), lo que le procura una ventaja doble: por un lado, la de conferirle la jerarquía suprema entre los criterios habientes; por el otro, la de disuadir cualquier control sobre la apreciación del instructor (ya que sería un contrasentido fiscalizar el criterio "más objetivo e imparcial" a través de otros menos acreditados). No pienso volver a la carga sobre el abuso de magnificar indiscriminadamente la "inmediación" (cfr, apartado 7), pero no está de más recordar que la minoría de la Sala Segunda no muerde el anzuelo y reivindica enérgicamente que "el Pleno de esta Sala... puede revisar, en su totalidad, la decisión

<sup>19</sup> E. Gimbernat Ordeig, "Crítica al auto de exculpación...", pp. 4-5.

del juez instructor sustituyéndola por otra que satisfaga las pretensiones de la parte que ha solicitado las diligencias" (RJ 5<sup>o</sup>).

Al rebufo de esta primera crítica se coloca la segunda. En efecto, no se puede esgrimir como justificación aquello que necesita ser justificado. O sea, si el Auto del instructor es objeto de recurso, éste no podrá resolverse tomando como fundamento el Auto recurrido. De lo contrario, se incurriría —como así ha sido y se ha escrito— en "un extravagante intercambio de papeles"<sup>20</sup>

En tercer lugar, la mayoría de la Sala Segunda practica un juego subterráneo —por utilizar el argot deportivo— en lo que respecta a la postura de la acusación particular. Es cierto que la representación procesal de Marey se opuso a la apelación, pero matizando —cosa que destaca el voto particular, no así el Auto— que su posición "obedecía al deseo de no dilatar excesivamente la tramitación de la causa". No es irrelevante la aclaración.

Y dejando de lado la postura del instructor de la Audiencia Nacional (de la que también se sacaría partido a estos efectos), el Auto, por último, en su intento por dejar fuera de juego a la acusación popular (a ella solita), parece ignorar olímpicamente que casi la mitad de la propia Sala Segunda sufraga las pretensiones de aquélla. Creo que en los menesteres jurisdiccionales no es apropiado hacer un censo ni de *cuántos* ni de *quiénes* están a favor o en contra de una decisión para medir la razonabilidad de ésta; pero quien esté por esa labor haga al menos un recuento minucioso y completo.

## 10. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la mercancía argumental que almacena el Auto de la Sala Segunda, el balance de lo que he sacado en limpio sería éste:

a) El TS no tiene trazas de manejar una adecuada cultura en lo tocante a la *motivación* sobre la valoración de las pruebas (y seguro que otros tribunales tampoco, pero eso no viene a cuento).

b) Para el TS el *control* (casacional) sobre la valoración de las pruebas sigue siendo un tema tabú. El grueso de su argumentación en este Auto ha consistido en colocar un obstáculo tras otro para no entrar en el fondo de las razones que manifiesta el instructor (aunque a regañadientes se haga alguna concesión).

c) Si bien en esta ocasión el TS no estaba desempeñando una función casacional, se notan los tics de su oficio habitual. O sea, el TS está acostumbrado a examinar recursos contra sentencias que requieren un caudal probatorio concluyente, y no ha sabido amoldarse a un *papel distinto* (el de las servidumbres específicas de la fase sumarial y sus criterios anejos).

<sup>20</sup> E. Gimbernat Ordeig, "Crítica al auto de exculpación...", p. 4