

La razón de ser de la presunción de inocencia

Jordi Nieva Fenoll

Catedrático de Derecho procesal
Universitat de Barcelona

Abstract

La presunción de inocencia es un principio informador de todo el proceso penal que intenta alejar principalmente a los jueces del atávico prejuicio social de culpabilidad. Ese prejuicio social está muy extendido por razones socio-culturales sobre todo, aunque también psicológicas en orden a la evitación de un daño propio. En todo caso, se trata de un condicionante que marca una tendencia en favor de las sentencias de condena que trata de evitarse con el citado principio.

Históricamente ha intentado ser calificada como una regla de carga de la prueba, y más recientemente como un estándar de prueba. Lo primero es imposible por esenciales razones de técnica jurídica, que descartan esta tradicional conclusión. Y lo segundo está todavía pendiente de confirmación en la doctrina, que todavía no ha conseguido dibujar con precisión dicho teórico estándar.

Presumption of innocence is a guiding principle throughout the criminal procedure. Its aim is trying to prevent judges from the atavistic social prejudice of guilt. This social prejudice is very widespread mainly due to socio-cultural reasons, but also due to the psychological instinct of trying to avoid self damage. In any case, this prejudice builds up a judicial trend in favour of convictions.

Historically, this presumption has been qualified as a rule of burden of proof, and more recently as a standard of evidence. The first qualification is essentially impossible due to technical-juridical reasons that discard this traditional conclusion. And the second is still waiting for an accurate confirmation by the doctrine, drawing more precisely this theoretical standard.

Title: The raison d'être of presumption of innocence

Palabras clave: Prejuicio, prueba, condena

Key words: Prejudice, evidence, conviction

Sumario

1. Introducción
2. La razón de ser de la presunción de inocencia: el prejuicio social de culpabilidad
3. Justificación sociológica, psicológica y organizativo-procesal del prejuicio
4. La presunción de inocencia y la carga de la prueba
5. Presunción de inocencia y estándar de prueba
6. La presunción de inocencia: un principio general interpretativo del proceso penal
7. La presunción de inocencia en la jurisprudencia europea y española
8. Bibliografía

1. Introducción

El principio clave del proceso penal es la presunción de inocencia. En realidad, es el principio clave de todo el sistema penal. En la Edad Media fue mencionado en la literatura jurídica con la expresión *in dubio pro reo*, y pocos siglos después se construyó el estándar “más allá de toda duda razonable” en el *Old Bailey* de Londres (finales del s. XVIII¹) como instrucción para jurados asentada en el estándar de la certeza moral² del Derecho canónico³. Antes Ulpiano había dicho, allá por el siglo III d.C., que es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente⁴, y de ahí surgió la frase, atribuida a Maimónides (s. XII)⁵, de que es mejor absolver a mil culpables que condenar a muerte a un inocente, aserto que ha sido repetido muchas veces sin la referencia a la muerte y con diferente número de culpables, pero que probablemente popularizó MATTHEW HALE⁶ (s. XVII). Mucho más remotamente, la Ley I del Código de Hammurabi había dicho literalmente que los acusadores de asesinato habrían de ser condenados a muerte si no consiguen probar la acusación⁷, lo que, si bien se observa, supone la formulación más arcaica –y bestial– del principio que nos ocupa.

A lo largo de todo este tiempo, no han faltado reiterados intentos doctrinales de distinguir unos y otros principios y estándares, siendo especialmente destacables las reiteradas tentativas de diferenciar la presunción de inocencia del *in dubio pro reo*, así como el “más allá de toda duda razonable” de la presunción de inocencia⁸. Sin embargo, ningún autor ha conseguido demostrar que todos esos asertos no estén basados en exactamente una y la misma idea: que los reos deben ser considerados inocentes antes de ser condenados⁹.

¹WHITMAN (2005, p. 187).

²WHITMAN (2005, pp. 187 y ss).

³LLOBELL TUSET (1998, p. 771). ALISTE SANTOS, “Relevancia del concepto canónico de “certeza moral” para la motivación judicial de la “quaestio facti” en el proceso civil”, *Ius ecclesiae*, Vol. 22, n. 3, pp. 667-668, y ALISTE SANTOS (2011, p. 309 y ss).

⁴Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescipit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*”

⁵Vid. LAUDAN (2006, p. 63): “*it is better... to acquit a thousand guilty persons than to put a single innocent man to death.*” Cfr. MAIMÓNIDES (1985). MAIMÓNIDES (1998).

⁶*Historia Placitorum Coronae / History of the Pleas of the Crown*, London 1736, vol II. p. 289: “In some cases presumptive evidences go far to prove a person guilty, tho there be no express proof of the fact to be committed by him, but then it must be very warily pressed, for it is better five guilty persons should escape unpunished, than one innocent person should die.” Y en la p. 290: “*Totius semper est errare in acquietando quam in puniendo, ex parte misericordiae, quam ex parte justitiae.*”

⁷LARA PEINADO (1997, p. 6).

⁸RUIZ VADILLO (1995, p. 434). DEL RÍO FERNÁNDEZ (1992, p. 8116). VÁZQUEZ SOTELO (1984, p. 287). DE VEGA RUIZ (1984, p. 96). VEGAS TORRES (1993, pp. 207 y ss). MONTAÑÉS PARDO (1999, pp. 46-47).

⁹KÜHNE (2010, p. 580). DAHS, Hans / DAHS, Hans (1972, p. 27). GONZÁLEZ LAGIER (2014, p. 84). BACIGALUPO ZAPATER (1988, p. 34). MASCARELL NAVARRO (1987, p. 631). JIMÉNEZ AGUIRRE (1990, p. 115).

Ahora bien, ¿por qué debe ser así? En el presente trabajo se profundizará sobre las raíces de este pensamiento, intentando descubrir su auténtica razón de ser. Solamente de ese modo será posible evaluar con precisión la calificación jurídica correcta de la presunción de inocencia, juzgando acerca de si es una norma de carga de la prueba, un estándar de prueba o un simple principio. Sin embargo, lo más relevante es averiguar por fin si esta idea central del proceso penal debe ser realmente esa clave de bóveda también en materia probatoria, o hay que buscar alguna otra alternativa.

2. La razón de ser de la presunción de inocencia: el prejuicio social de culpabilidad

En el apartado anterior se han identificado los orígenes doctrinales y legales de la presunción de inocencia. No hay discusión científica en cuanto a ese punto. Pero lo que resulta más desconcertante es descubrir el origen epistémico de la presunción de inocencia, es decir, la razón por la que los juristas de muy diferentes épocas y orígenes jurídicos han creído que era más justo absolver antes que condenar.

Ciertamente, se podrían barajar razones filosóficas o incluso religiosas en ello, aunque es posible que dichas razones humanistas o piadosas sean justificaciones *a posteriori* de algo que debió nacer de la simple utilización del método científico, a través de la observación de los procesos penales.

En un proceso penal, el acusado ocupa siempre una posición adversa. Esa posición es obvia cuando se le sitúa en un banquillo, o incluso entre rejas en la sala de justicia. Incluso aunque se le sitúe al lado del abogado, como ocurre en EEUU y otros países, o debiera suceder en España en los procesos con jurado¹⁰, el acusado es siempre señalado como posible responsable de unos hechos delictivos.

Pero al margen de esa posición en el proceso, que hace del acusado la persona más visible del mismo, lo cierto es que el simple hecho de señalar a una persona como sospechosa, genera automáticamente un recelo social ante ese individuo. Es muy raro que alguien le tenga por inocente. Siempre que aparece una noticia periodística sobre un sospechoso, o acerca de una simple detención policial, el ciudadano tiende sistemáticamente a dar por cierta la información, y a tener, no como sospechoso, sino directamente como culpable a esa persona.

No sucede solamente con imputaciones penales. El ser humano tiende a creer cualquier rumor negativo sobre una persona¹¹. Curiosamente no sucede lo mismo con las noticias

¹⁰Art. 42.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado: *El acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores.*

¹¹A pesar de las reiteradas prohibiciones de las religiones. *Vid.* el libro de los Proverbios, 18, 8: "Las palabras del delator son golosinas que bajan hasta el fondo de las entrañas."; y el 26, 20: "cuando se acaba

positivas, de las que se suele más bien dudar. En todo caso, siempre que se dice que alguien ha actuado mal en un trabajo, o ha ejecutado una acción de manera incorrecta, o simplemente que ha cometido una infidelidad o ha realizado una actuación tenida en el concepto público como vergonzosa o ridícula, el primer impulso conduce a creer esa información. Hay multitud de refranes, en muchas lenguas, que confirman esos pensamientos. En español, “cuando el río suena, agua lleva” o “no hay humo sin fuego”. En inglés “*where there is a smoke, there is a fire*”. En alemán “*kein Rauch ohne Flamme*”. En francés “*pas de fumée sans feu*”. O en italiano “*non c'è fumo senza arrosto*”. Todos ellos confirman la supuesta fiabilidad de una sospecha, y nunca la presunción de inocencia.

Las causas de este sorprendente y, por qué no decirlo, estúpido resultado, las veremos en el siguiente epígrafe, pero la constatación inicial de lo anterior conduce a pensar que existe en la sociedad un muy acusado prejuicio social de culpabilidad. Es bastante probable que ULPIANO, o hasta los legisladores de HAMMURABI, se hubieran dado cuenta de ello al haber observado en los procesos a algunas personas claramente inocentes desde la perspectiva de un jurista, que sin embargo son condenadas por la sociedad y que, en consecuencia, acaban obteniendo una sentencia –injusta– de condena.

Además, durante mucho tiempo en Roma los jueces que valoraban la prueba eran legos en Derecho, igual que los jurados anglosajones, por lo que los fallos de culpabilidad influenciados por el sentir social debían de ser frecuentes. Todavía se detecta, de hecho, esa tendencia a veces incluso en los jueces profesionales, aunque sea menos acusada. Ante esta realidad, no es extraño que con el objetivo de evitar las falsas acusaciones, que generan siempre un perjuicio social notable, surgiera la idea de la presunción de inocencia. Con el fin de que la sociedad no fuera generando a través de rumores una verdad ficticia¹² que sirviera para condenar a un inocente.

En consecuencia, la presunción de inocencia se dirige a luchar contra el prejuicio social de culpabilidad. Ahora bien, ¿cuáles son las causas de ese prejuicio?

3. Justificación sociológica, psicológica y organizativo-procesal del prejuicio

Para responder a la anterior pregunta, no hay otro remedio que dejar de lado por un momento el Derecho y entrar en el examen de la psicología y de la sociología, que influye muy decididamente en aquello que el Derecho acaba regulando.

La persistente suposición de culpabilidad en el inconsciente colectivo tiene por base la propia noción de peligrosidad. El ser humano se aleja de aquello que le produce miedo, por

la leña, se apaga el fuego, cuando no hay chismoso, se apacigua la disputa.”. También en el Corán, 68, 10-11: “no obedezcas a ningún vil jurador, al pertinaz difamador, que va sembrando calumnias.” Se utilizan las siguientes ediciones: *Biblia de Jerusalén*, Bilbao 1975, y *El Corán* (ed. de Julio Cortés), Barcelona 1995.

¹²O “verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal”, como dijo la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882.

un simple instinto de supervivencia. Es sobradamente sabido en psicología de la personalidad¹³ que la peligrosidad no es un buen predictor de la criminalidad futura, porque es muy complejo establecer con una mínima base científica una noción de “sujeto peligroso”. Imagínese lo que supone esa idea de la “peligrosidad” cuando se pone en la mente de ciudadanos corrientes.

Además, cuando alguien lanza un rumor negativo sobre otra persona, se produce lo que se ha denominado efecto *bandwagon*¹⁴ o comportamiento gregario¹⁵. El ser humano, como norma básica de convivencia, suele hacer lo mismo que ve que los demás hacen¹⁶. Esa conducta, positiva en no pocos ámbitos, es fatal cuando lo que se extiende es un comportamiento negativo, como el seguimiento de una idea política contraria a los derechos humanos, o bien, como es el caso que nos ocupa, cuando se traduce en la acusación sin pruebas de una persona, que también es contraria a un derecho humano: la presunción de inocencia.

Por otra parte, se ha acreditado científicamente que difundir un rumor es una forma de crear lazos entre los seres humanos¹⁷. La murmuración, por mucho que repugne afirmarlo, es curiosamente una forma de cohesión social, que probablemente aprovecha la tendencia humana a querer descubrir lo que es desconocido, curiosidad que tanto nos ha hecho avanzar pero que en otros ámbitos, como el presente, es indudablemente negativa.

A todo ello se añade la influencia que en la sociedad –y hasta en la Justicia– sigue teniendo la larguísima vigencia del antiguo sistema inquisitivo. Lo que observaba el ciudadano durante ese periodo es que prácticamente todo aquel que era investigado acababa siendo condenado. No es extraño que fuera así teniendo en cuenta que aquel que juzgaba era el mismo que instruía, por lo que la audiencia final al acusado –el plenario– era solamente una farsa, que venía a confirmar exactamente la conclusión del propio juez instructor. De ello deriva probablemente la creencia social de que todo aquel que es imputado acaba siendo condenado.

Imagínese lo que sucede cuando, además, la actuación de jueces y fiscales ha venido precedida de una actuación policial como una detención. Si además se hacen eco de todo

¹³Vid. LEAL MEDINA (2011). KALUSZYNSKI (2008, pp. 1 y ss). GARCÍA RIVAS (2011, pp. 1 y ss). LITINETSKAIA, (2012). REDONDO ILLESCAS, / ANDRÉS PUEYO (2007, pp. 147 y ss y pp. 157 y ss respectivamente). ANDRÉS PUEYO, / LÓPEZ / ÁLVAREZ (2008, pp. 107 y ss). PÉREZ RAMÍREZ, *et al.* (2008, pp. 205 y ss).

¹⁴GOIDEL, / SHIELDS (1994, pp. 802 y ss).

¹⁵ROOK (2006, pp. 75 y ss). STANFORD (2001, pp. 741 y ss).

¹⁶GIGERENZER (2008, p. 212): “HAZ LO QUE HAGAN LA MAYORÍA DE TUS IGUALES O PERSONAS AFINES. Esta sencilla regla orienta la conducta a través de diversos estados de desarrollo, desde la infancia intermedia hasta la adolescencia y la vida adulta. Prácticamente garantiza la aceptación social en el grupo de iguales y la conformidad con la ética de la comunidad. Violarla podría significar que le llamaran a uno cobarde o excéntrico.”

¹⁷DIFONZO (2007).

ello los medios de comunicación, el prejuicio social de culpabilidad se amplifica todavía más. Por muchas noticias que después leamos de actuaciones policiales erróneas o directamente corruptas, o de resoluciones fiscales o judiciales –del juez de instrucción– equivocadas, la tendencia social no varía: el señalado como sospechoso es culpable.

De hecho, ni los juristas escapamos realmente al prejuicio, o lo conseguimos solamente con mucho esfuerzo. Como consecuencia de las ideas que increíblemente todavía a estas alturas se arrastran del sistema inquisitivo, se tiende a pensar en la profesión jurídica que en un proceso penal existen las máximas garantías después de que la policía ha realizado una investigación, que es confirmada por el ministerio fiscal –o por el juez de instrucción y el ministerio fiscal en España– y que finalmente es también refrendada por un juez en su condena. Es decir, tres –o cuatro– actores diferentes para confirmar una responsabilidad penal¹⁸.

Y sin embargo, ese pensamiento es completamente erróneo¹⁹. La policía es un actor que solamente puede trabajar vulnerando inevitablemente la presunción de inocencia, puesto que de lo contrario no vería nunca posibles responsables, sino inocentes. Por esa razón, sus hipótesis, al infringir inevitablemente un derecho fundamental, solamente pueden ser tenidas en cuenta para recoger vestigios de un posible hecho delictivo, pero nunca deben ser consideradas en el juicio como si fueran la *constancia* de un hecho delictivo. Por otra parte, el ministerio fiscal –o el juez de instrucción en España– lo que tienen que hacer es simplemente recoger esos vestigios que aporta, en su caso, la policía, depurando las posibles vulneraciones de derechos fundamentales en que haya podido el cuerpo de seguridad²⁰, a fin de que no se generen pruebas ilícitas.

Pero lo más importante es entender que el ministerio fiscal *no confirma las conclusiones de la policía*, sino que simplemente formula una acusación, con independencia de esas conclusiones policiales, si entiende que de la investigación se derivan efectivamente hechos con apariencia delictiva, que aún deben ser sometidos a prueba en el proceso. Esto es especialmente claro en los sistemas en los que todavía existe la figura del juez de instrucción. El mismo no debe –no debería– exponer ninguna conclusión sobre los hechos

¹⁸Vid. KÜHNE (2010, p. 582).

¹⁹La exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 da muy buena cuenta de por qué: “en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle; y que, en fin, de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable, por tanto, a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado.”

²⁰Dejando de lado las inevitables, como la presunción de inocencia, o las directamente autorizadas por el juez de instrucción o el fiscal.

investigados²¹, porque no puede, en ningún caso, influir con sus conclusiones al juez de juicio. Ni siquiera, por descontado, para justificar su propia actuación durante la instrucción. Por tanto, el juez de instrucción es –debiera ser– simplemente un juez de garantías, que intenta asegurar los vestigios y las fuentes de prueba así como su respeto por los derechos fundamentales, pero del que no se espera ni puede esperarse conclusión alguna sobre la culpabilidad.

Sólo en esas condiciones se llega a juicio con un juez auténticamente imparcial, que no va a confirmar nada, sino simplemente a descubrir lo que se desprende de las pruebas que ante él se presentan. Es decir, que no va a “juzgar” por tercera –o cuarta– vez el hecho, sino por vez primera, sin prejuicio alguno. Así debe ser si se desea respetar la presunción de inocencia.

De todo lo anterior se deriva que ni el sentir social generalizado, ni siquiera las ideas preponderantes en la profesión jurídica, son favorables a la presunción de inocencia. Sólo así se explica que la enorme mayoría de sentencias sean condenatorias, lo que se debe, no a la eficacia policial, como suele afirmarse, o al buen trabajo de fiscales y jueces de instrucción, aunque todos esos actores hagan su labor de manera excelente. Se debe a que dichos actores exponen conclusiones que los jueces de juicio asumen quizás con demasiada facilidad. Ello esclarece también la razón por la que *Innocence Project* en EEUU está descubriendo un número no despreciable de fallos condenatorios erróneos²². Todo ello evidencia lo imprescindible de la presunción de inocencia en el proceso penal, que intenta evitar una incidencia todavía más intensa de todo lo anterior.

Sin embargo, una de las cuestiones de las que no se ha ocupado demasiado la doctrina todavía es acerca de la naturaleza jurídica de la presunción de inocencia. En algunas Constituciones se la ha configurado como un derecho fundamental²³, pero en la práctica judicial y doctrinal se la ha solido observar como una regla de carga de la prueba. Y últimamente se está abriendo camino la opción que la considera como un estándar de prueba. Habiendo concluido ya la necesidad en el proceso penal de la presunción de inocencia, resta calificarla jurídicamente, lo que ayudará a determinar su auténtica utilidad y función en el proceso.

²¹En este sentido, el art. 779.1.4^a LECrim debería ser interpretado de forma restrictiva, precisamente para no condicionar a los jueces del juicio oral, al estilo de lo que ocurre con el auto de conclusión del sumario en el procedimiento ordinario. “Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757 seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.” Lo mismo debería suceder con el auto de apertura del juicio oral del art. 783, que además nada dice acerca de una supuesta descripción de los hechos por parte del juez.

²²<http://www.innocenceproject.org/causes-wrongful-conviction>. Las causas de las condenas erróneas mayoritariamente suelen ser falsas identificaciones por parte de los testigos así como pruebas periciales indebidamente realizadas. Solamente esos datos tendrían que hacer cambiar radicalmente nuestra propia visión sobre las pruebas y las condenas en el proceso penal.

²³En el art. 6.2 del CEDH, o en el art. 24.2 C.E..

4. La presunción de inocencia y la carga de la prueba

Como se ha dicho, habitualmente se formula la presunción de inocencia como una regla de carga de la prueba²⁴. En caso de duda, hay que absolver. *In dubio pro reo*. Es decir, en caso de insuficiencia de prueba, el juez optará por la inocencia.

Sin embargo, tal formulación de la presunción de inocencia refleja una imagen imprecisa de la realidad. En primer lugar, no es verdad que en caso de que aparezca una duda – aunque sea razonable– se absuelva, porque siempre existen dudas en la mente del juez. Es materialmente imposible que un ser humano no albergue ninguna duda sobre las decisiones que toma, y reconozcamos que la mayoría de esas dudas son razonables, pero acostumbran a despreciarse en favor de razones que se consideran mejores. Cuando un juez pronuncia una sentencia de culpabilidad es imposible que no tenga dudas, aunque las deja de lado porque cree que es mucho más probable la hipótesis de culpabilidad.

Por otra parte, habría que recordar que la carga de la prueba es una institución particularmente propia del proceso civil, y no realmente del proceso penal. La noción de “carga” está inspirada en la idea de obligación, y tiene más sentido en un proceso civil regido por el principio dispositivo y de aportación de parte. Si el litigante aporta la prueba que le es más disponible, puede ganar el proceso. Si no lo hace, perderá.

Sin embargo, esa idea es ajena al proceso penal. El reo no tiene que aportar ninguna prueba, y de hecho puede guardar completo silencio durante todo el proceso y permanecer totalmente inactivo sin que ello vaya a significar que será condenado. Pero eso no implica que la acusación deba aportar la prueba para obtener una condena. El ministerio fiscal no es el abogado de la acusación y por tanto no busca una condena, por más que así se presume por la mayoría de ciudadanos, influidos por la cinematografía sobre todo. El ministerio fiscal busca esclarecer la realidad tanto como el juez y actúa bajo el principio de objetividad, de manera que no tiene la “carga” de probar nada, sino la obligación de desplegar una actividad probatoria en el proceso que sirva para que la realidad, condenatoria o absolutoria, aparezca. El ministerio fiscal trabaja siguiendo el principio de legalidad, y en esa línea no está sometido a cargas, sino a la obligación de cumplir con su trabajo, que es el descrito. Por tanto, no tiene la carga de probar absolutamente nada.

Pero es que, además, la carga de la prueba es una institución que sólo se utiliza en una situación realmente extrema: la ausencia de prueba²⁵. Y es así porque la carga de la prueba es una *ultima ratio* del sistema probatorio, que solamente aparece al final del proceso, si resulta completamente imposible llevar a cabo la valoración de la prueba. Solamente en esa situación. La carga de la prueba es una solución muy antigua, y en todo caso una mala

²⁴Por todos, STUMER (2010, pp. 152 y ss). SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2012, p. 214).

²⁵ROSENBERG *et al.* (2010, pp. 644-645).

solución, para evitar el *non liquet*. Pero hasta el momento no ha surgido en la ciencia jurídica una alternativa mejor.

Sin embargo, en el proceso penal es realmente complicado, por no decir imposible, que se produzca esa situación. Los casos de ausencia de prueba no llegan nunca a juicio, porque o bien no generan diligencias policiales de investigación, o bien no son considerados por el ministerio fiscal para presentar una acusación. Es decir, concluyen con un sobreseimiento, esto es, se quedan por el camino. En consecuencia, cuando se llega a la fase de juicio, y más cuando se alcanza el estadio de la sentencia, siempre hay vestigios. Siempre hay alguna prueba que se puede valorar, por lo que el juez podrá concluir la culpabilidad o inocencia en función de su libre apreciación. Pero ni siquiera toma en consideración la carga de la prueba porque no es la situación en que esta institución entra en juego.

En consecuencia, ni la presunción de inocencia, ni su más antigua formulación *in dubio pro reo* son reglas de carga de la prueba. Ni se comportan como tales, como veremos enseguida, ni se produce la situación en la que deberían entrar en juego: la ausencia de prueba.

5. Presunción de inocencia y estándar de prueba

Siendo ello así, se abre la opción de considerar a la presunción de inocencia como algo distinto a la carga de la prueba, y que de hecho cuadra mucho mejor con la libre valoración de la prueba que rige invariablemente en el proceso penal. ¿Es la presunción de inocencia un estándar de prueba?²⁶

En primer lugar, habría que definir lo que es un estándar de prueba, y ese es el primer aspecto de discusión. Un estándar le puede indicar al juez hasta qué punto debe estar convencido de un hecho para poder declararlo probado, e incluso cómo llegar a esa convicción. Ese sería el estándar relacionado directamente con la presunción de inocencia: la convicción más allá de toda duda razonable. Asunto distinto es cómo se alcanza esa convicción, materia en la que rige la libre valoración de la prueba²⁷, pero aún es más difícil indicar cuándo se llega al carácter “razonable” de la duda²⁸, a ese umbral que intenta buscar el estándar de prueba, es decir, un grado de corroboración de la hipótesis. Ahí impera inevitablemente el subjetivismo, y normalmente el juez tiende a decidir aquello que se ve capaz de motivar²⁹. Esa realidad hace tan impreciso el estándar que hasta es muy dudoso que tal estándar exista. Puede incluso intentarse su formulación indicando que la hipótesis condenatoria debe tener³⁰:

²⁶Sobre este tema vid ampliamente GONZÁLEZ LAGIER (2014, pp. 109 y ss).

²⁷Vid. TARUFFO (2002, pp. 292 y ss).

²⁸En este sentido, IGARTUA SALAVERRIA (1995, p. 57).

²⁹TARUFFO (2002, pp. 435 y ss).

- a) Un alto nivel de contrastación, de manera que explique los datos disponibles y ser capaz de predecir nuevos datos que hayan sido corroborados.
- b) Deben ser refutadas todas las demás hipótesis plausibles que quepa construir con los mismos datos que sean compatibles con la inocencia.

Pero incluso con esta meritoria formulación, que está basada en la probabilidad inductiva, es decir, en la elaboración de hipótesis alternativas que deben ser descartadas³¹, se vuelve a caer en el subjetivismo, puesto que el número de esas hipótesis alternativas que surjan depende de las habilidades cognitivas de cada juez, de manera que el mayor o menor grado de confirmación será variable en función del observador que sea capaz de exponer nuevas alternativas. En consecuencia, se establece un muy buen método de enjuiciamiento, pero no se construye realmente un estándar seguro y absolutamente objetivo, o al menos suficientemente intersubjetivo, que es lo que se pretende. La sentencia estará mucho mejor motivada en el caso concreto, ciertamente, habiendo servido el método como guía para la buena actuación judicial. Pero el método, a la postre, es simplemente un buen ejemplo de buen hacer judicial, pero quizás no un auténtico estándar de prueba que le señale con precisión al juez el deseado umbral de lo que esté más allá de toda duda razonable, porque siempre pueden surgir nuevas hipótesis y, por ello, nuevas dudas.

Otros estándares le muestran al juez aún más abiertamente cómo alcanzar esa convicción, o al menos con qué tiene que contar para dar por probado un hecho, sin señalar realmente un umbral o grado de convicción. Ese es el caso del estándar en el que está basada la “duda razonable”: la certeza moral del Derecho canónico. Según el mismo, un hecho se tendrá por probado si fue averiguado por un juez debidamente formado y siguiendo las reglas de procedimiento establecidas centrándose únicamente el juez en lo alegado y probado en el proceso³² –*secundum allegata et provata*³³–. Como se ve, ese estándar le intenta dar la espalda, en parte, a la convicción en favor de la consideración de datos mucho más objetivos.

³⁰Sigo la formulación de FERRER BELTRÁN, Jordi, “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>. También en, del mismo autor, *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007, pp. 144 y ss. Vid. otros métodos similares en GONZÁLEZ LAGIER (2014, pp. 113-114).

³¹COHEN (1977, pp. 121 y ss). GASCÓN ABELLÁN (2004, pp. 174 y ss).

³²LLOBELL TUSET (1998, p. 771). Vid. también ALISTE SANTOS, *Relevancia del concepto canónico de “certeza moral”*, cit. pp. 667-668, y del mismo autor, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit. pp. 309 y ss.

³³DURANDUS, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785. AZZONE (o AZO o AZÓN), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea 1567, rúbrica XX, p. 237: *Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà.] Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend.1 surreptionem. & de minor. 25. anno.l.minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica. ACCURSIUS, e.a., *Corporis Iustinianaei Digestum**

Los juristas alemanes han hablado de las “medidas de prueba” (*Beweismaß*)³⁴, pretendiéndose alcanzar la “completa convicción del juez”, que se define como un grado tan alto de verosimilitud que no dejaría duda a ningún hombre razonable³⁵, de manera que debe alcanzarse una “verosimilitud objetiva”, y no una “credibilidad aproximada”³⁶, que se identifica con una (muy) alta probabilidad³⁷ o “*certeza personal*” del Juez³⁸, lo que aproxima estas categorizaciones, por cierto, a la certeza moral canónica.

Los tribunales construyen a veces otros estándares. También lo hace la doctrina³⁹. El Tribunal Supremo español ha establecido varios en relación con el testigo de referencia o con el único testigo-víctima⁴⁰, aunque en realidad lo que ha hecho es exponer las circunstancias mínimas que debieran concurrir para considerar a ese testigo como creíble, intentando orientar de ese modo, de nuevo, la convicción judicial. Así se dice que el testigo-víctima debe ser coherente, o que no debe tener motivos espúreos para declarar. O que el testigo de referencia⁴¹ debe ser absolutamente subsidiario del testigo directo y que debe procederse con cautela en la valoración de su testimonio.

Son muy valorables los intentos de racionalizar la labor del juez, aunque también debe tenerse en cuenta que con estos estándares se puede estar orientando en una excesiva medida la valoración probatoria⁴², que recordemos que es y debe ser libre. Mientras la orientación se queda en el señalamiento del buen hacer judicial, no presenta ninguna objeción, pero cuando empieza a establecer datos muy directos de qué es lo que debe concurrir para dar por probado un hecho, se corre el riesgo de condicionar en exceso la labor del juez, pudiéndose llegar a crear verdades ficticias si se cumplen los requisitos exigidos por el estándar.

Por ejemplo, si se cumple el estándar de la certeza moral, ello no quiere decir que el hecho declarado sea cierto, sino que, en teoría –siempre en teoría– no es posible desplegar una mejor actividad judicial para averiguar la realidad. Y ello es lo único que resulta aceptable.

Vetus, seu Pandectarum, Vol. 6, Lyon 1604, p. 17: “*Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”

³⁴ SCHERER (1996). LEIPOLD (1996, pp. 307 y ss). PRÜTTING (1994, pp. 1784 y ss). EVERS (1979). MEURER (1989, pp. 533 y ss). WEBER (1997, pp. 28 y ss).

³⁵ROSENBERG (1929, p. 356).

³⁶Cfr. ROSENBERG *et al.* (2010, p. 768).

³⁷„*Eine (sehr) hohe Wahrscheinlichkeit*”. ROSENBERG *et al.* (2010, p. 768).

³⁸“*Persönliche Gewißheit*”. Vid. BENDER, / NACK (1980, p. 121).

³⁹MIRANDA ESTRAMPES, (2014, p. 143).

⁴⁰STS 213/2015, 22-1-2015.

⁴¹STS 2432/2014, 10-6-2014.

⁴²GONZÁLEZ LAGIER (2014, p. 115).

Ir más allá de este resultado supone prometer un éxito que es muy difícil que concurra, salvo que se cuente con pruebas tan sumamente palmarias que quizás ya no sean necesarios los estándares.

En todo caso, la presunción de inocencia no parece cuadrar bien con todo lo anterior. Aunque se la llame presunción, ni siquiera lo es, al no estar basada, *a priori*, en indicio alguno. En realidad no es sino un principio general del proceso penal, que le sirve de guía al juez para orientar su labor. Quizás el estándar habría que buscarlo en la determinación de cómo se puede declarar a alguien inocente o culpable, aunque si lo intentáramos el resultado que obtendríamos sería una generalidad aplicable, no solamente a la presunción de inocencia, sino a cualquier juicio, que es lo que sucede con la formulación antes expuesta.

Para intentar la construcción del estándar, no es un buen presagio que el “más allá de toda duda razonable” haya surgido como una mera instrucción para jurados legos en derecho – y en otras muchas cosas–, porque por más que estuviera formulada la frase en sentido científico, bien parecía un aserto elegante que buscaba impresionar y a la vez ilustrar a los jurados acerca de cuál debía ser su labor en el proceso: absolver antes que condenar. Y por tanto condenar “más allá de toda duda razonable”. Y tampoco parece un buen augurio que la “duda razonable”, como vimos, esté basada en la “certeza moral”, que claramente es un estándar que sólo busca orientar la labor judicial o, en cierta medida, más bien conseguir cierta tranquilidad sobre las conclusiones alcanzadas en el proceso.

Por ello, la presunción de inocencia queda reducida a lo único que quizás fue originariamente: un simple principio general orientador de la convicción judicial acerca de la inocencia, que trata de alejar al juez del prejuicio social de culpabilidad.

6. La presunción de inocencia: un principio general interpretativo del proceso penal

Siendo así, lo único que le queda al juez es su libre valoración. Y en ella, los caminos sugeridos por los estándares de prueba son buenas ideas, buenos métodos más bien, que deberá utilizar el juez en cada caso concreto. En todos esos buenos caminos, la presunción de inocencia tiene un papel inexistente, en el sentido de que no se ensambla realmente con ellos. Cuando se busca el carácter razonable de una duda, no se tiene presente la presunción de inocencia.

La razón es que siempre se busca lo razonable en el proceso, tanto en la valoración probatoria como en la argumentación jurídica, de modo que lo que exponga el juez como razonable no va a tener otro condicionamiento que el que resulte del método propuesto por el propio estándar de prueba considerado. Ni siquiera diciéndose “*más allá* de toda duda razonable” se obtiene algo de mayor valor, porque cualquier duda razonable que haya sido excluida precisamente por no serlo, se situará más allá de lo razonable. Se crea así una

obvia tautología que hace que los términos “más allá” sean solamente una expresión enfática, una simple forma de subrayar la correcta labor judicial y que, como ya se dijo, adquiere todo su sentido cuando se trata de impresionar a jurados.

Sin embargo, cuando la idea de la presunción de inocencia sí gana un protagonismo no es exactamente en materia de valoración de la prueba, o a la hora de dictar la sentencia. En ambos momentos se utiliza su orientación, pero no con carácter específico. La presunción de inocencia más bien orienta al juez durante todo el proceso penal, evitando que desde principio a fin le influya el prejuicio social de culpabilidad⁴³.

Le orienta en una fase inicial, cuando escucha las alegaciones de las partes. Le guía especialmente en el momento de admisión de la prueba, puesto que no debe caer en la tentación de privilegiar la solicitud de pruebas que plausiblemente van a tener un contenido de cargo, sino que le obliga a decretar la práctica de las pruebas que simplemente esclarezcan los hechos, con independencia de que su contenido pueda ser de cargo o de descargo. De ese modo se evita la tendencia a la que antes me referí de que el juez solamente pretenda confirmar la hipótesis de la parte acusadora, sino que le concede a las partes una oportunidad igualitaria, partiendo de la inocencia del reo para conseguir realizar un juicio neutral sobre esta admisión, teniendo en cuenta que lo más natural, como ya se ha justificado, es que cualquier ser humano parta del prejuicio de culpabilidad. Con la presunción de inocencia se intenta anular dicho prejuicio y, de esa forma, se consigue un juicio neutral en esta importante fase.

También juega un papel relevante la presunción de inocencia durante toda la práctica de la prueba. En esta fase, el juez va a ir perdiendo poco a poco la neutralidad de su juicio en favor de la hipótesis que le parezca más plausible, siguiendo el estándar de la duda razonable y la probabilidad inductiva, ciertamente, por ser el que tiene mayores posibilidades de acercarle a la realidad. Pero nuevamente hay que cuidar que el juez no se escore prematuramente hacia la opción de la culpabilidad. En el momento de la práctica de la prueba, teniendo en cuenta que la actividad del ministerio fiscal en este sentido acostumbra a ser acusatoria y, además, el ministerio fiscal es un sujeto con la misma o al menos similar formación que el juez, existe el peligro cierto de que se vea más inclinado al seguimiento de sus tesis, nuevamente en favor de la culpabilidad, pese a que el juez deba ser necesariamente imparcial.

La manera de conjurar ese riesgo es que el juez siga recordando la presunción de inocencia, y antes que dejarse llevar por el ímpetu probatorio de cargo del fiscal, o incluso por una declaración pobre del reo, piense que las cosas pueden haber sucedido de modo distinto. Es decir, contemple la hipótesis de la inocencia. Esto es, que no solamente tenga en cuenta posibles explicaciones alternativas a la hipótesis de culpabilidad, sino que también tome en consideración que la hipótesis concreta que defiende el reo puede ser cierta. Como ello es muy difícil, teniendo presente la evidente desigualdad entre reo y ministerio fiscal en el

⁴³Así lo defendí en mi libro *La duda en el proceso penal*, Barcelona 2013, pp. 89 y ss.

proceso –aunque solamente sea en términos de credibilidad–, la presunción de inocencia vuelve nuevamente a compensar los platos de la balanza. Por mucho que el reo pueda parecer culpable, partimos de la base de que es inocente durante la práctica de cualquier prueba, incluida la declaración del reo.

Pero llegamos al momento de la sentencia, instante en el que el juez ya ha formado inevitablemente una opinión. Es posible que la complete revisando diversos aspectos de la prueba ya practicada, pero su opinión, su juicio en definitiva, estará ya bastante formado.

Incluso en este último momento tiene la presunción de inocencia un valor. El juez se va a inclinar por la opción que le parezca más razonable, que en consecuencia será la que pueda motivar mejor en su sentencia. No tiene por qué estar objetivamente más seguro de la culpabilidad que de la inocencia si desea condenar, porque determinar ese grado de convicción es prácticamente imposible. Simplemente optará por la probabilidad que le parezca preponderante, y en ese sentido motivará su sentencia⁴⁴. Solamente en el caso de que le parezca exactamente tan plausible la opción de la culpabilidad como la de la inocencia tendrá la presunción un importante papel que jugar, porque si las opciones de culpabilidad e inocencia están en pie de igualdad, el juez tiene forzosamente que absolver.

Con ello, en este momento, cumple la presunción de inocencia su última misión en el proceso. El juez deberá motivar la sentencia, y aunque esté convencido de que la opción de la culpabilidad y de la inocencia eran igualmente plausibles, no tiene que expresar estas dudas en la sentencia, porque ello provocaría que la sociedad viera al reo como culpable pese a la absolución, teniendo en cuenta el prejuicio social de culpabilidad. El juez, por tanto, no puede dictar una absolución “por falta de pruebas”, que parece una especie de absolución a la fuerza. El juez, al contrario, tiene que razonar que el reo es perfectamente inocente porque no existen pruebas que le acusen⁴⁵, dado que la insuficiencia de la prueba de cargo equivale a la inocencia. Como dijo ULPiano y otros muchos después de él, no se puede condenar por sospechas, por lo que tendrá que declarar infundadas todas esas sospechas y, como digo, simplemente absolver libremente al reo, de modo total y sin reserva alguna.

Visto, por tanto, el papel de la presunción de inocencia a lo largo de todo el proceso, resta solamente definir jurídicamente qué es. Ante todas las consideraciones anteriores no cabe sino concluir que se trata de un principio general orientador de la mente judicial para conseguir preservar la imparcialidad del juzgador.

El juez, como se ha dicho, igual que cualquier otro ser humano, está influido por el prejuicio social de culpabilidad. Es tan fuerte y atávico que es difícil librarse de él, incluso contando el juez con una formación en materia de presunción de inocencia. En la

⁴⁴*Vid.* NIEVA FENOLL (2013, pp. 164 y ss).

⁴⁵Como argumenta TARUFFO (2009, p. 244): “... Se non si riscontra alcun criterio attendibile ed epistemicamente fondato, la sola conseguenza possibile è che nessuna inferenza può essere formulata.”

consciencia de que ese prejuicio le hace parcial, la ley le obliga a creer en la inocencia, o al menos a tomarla en consideración. No restringe de este modo la libertad de su juicio, ni mucho menos, sino que le libera de la esclavitud del prejuicio, con lo que se consigue que la imparcialidad, derecho esencial del proceso, guíe la actuación del juez, como debe ser.

Alcanzada esta conclusión, se desvanecen las alternativas anteriores, especialmente la de la carga de la prueba, porque la presunción de inocencia es mucho más que una regla imperfecta que intenta evitar el *non liquet*. Es, como se dijo al principio, la clave de bóveda de todo el proceso penal, y hasta una de las razones principales de su existencia en un Estado democrático, que preserva a sus ciudadanos de falsas acusaciones que pueden dejar –también falsamente– muy tranquila a la ciudadanía dando una falaz sensación de eficacia policial o judicial. Pero que lo que provocan es que paguen inocentes por los delitos cometidos por culpables que, mientras tanto, siguen en libertad con la posibilidad de continuar delinquiriendo. En una dictadura, cuando se comete un delito, se trata de condenar a alguien, sea quien fuere. Una democracia sólo consiente la condena de los auténticos culpables.

7. La presunción de inocencia en la jurisprudencia europea y española

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha discurrido normalmente por un camino próximo al tradicional reconocimiento de la presunción de inocencia como norma de carga de la prueba⁴⁶, insistiendo en el derecho al silencio y a no aportar pruebas contra uno mismo⁴⁷. Estas últimas son, en el fondo, derivaciones de esa visión de la presunción de inocencia como *onus probandi*⁴⁸.

Sin embargo, también ha abierto el Alto Tribunal otra dirección que es más próxima a la línea defendida en este trabajo, y que trasciende del ámbito estrictamente técnico-procesal, para situarse en un terreno social que puede llegar a influir, como ya se ha indicado, en la imparcialidad judicial⁴⁹ o incluso en otras consideraciones extraprocesales.

⁴⁶Que fue la línea del libro Verde sobre la presunción de inocencia de la Comisión Europea de 26-4-2006 (COM (2006) 174 final).

⁴⁷STEDH Salabiaku c. France, 7-10-1988, Philips c. Reino Unido, 5-7-2001.

⁴⁸Reconocidas también en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerzan ciertos aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el propio juicio en los procesos penales. 27-11-2013 (COM(2013) 821 final). Sobre dicha propuesta de Directiva, vid. International Commission of Jurists, JUSTICE, and Netherlands Juristen Comité voor de Mensenrechten Briefing on the European Commission Proposal for a Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings COM(2013) 821. March 2015.

⁴⁹STEDH, Barberà, Messegué y Jabardo c. España, 6-12-1988.

Así se vio, por ejemplo, en el asunto Ürfi Çetinkaya c. Turquía⁵⁰, en el que el tribunal, confirmando su jurisprudencia anterior⁵¹, declaró contrario al derecho del art. 6.2 la afirmación pública de la policía, publicada en la prensa, en torno a que un sospechoso –aún no condenado– era un “traficante de drogas internacional”. En otras palabras, el Tribunal afirma claramente que el acusado no puede ser presentado públicamente como culpable antes de su condena. En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha ido todavía más lejos, al censurar que los acusados sean exhibidos esposados o en jaulas, porque de ese modo se indica falazmente que son peligrosos criminales⁵², cuando justamente en ese momento deben ser presumidos inocentes, puesto que están siendo juzgados y se juegan nada menos que la condena.

La misma línea de pensamiento se siguió en el asunto Allen c. Reino Unido⁵³, al plantear el tribunal la violación del derecho a la presunción de inocencia por no haber querido pagar el Estado una compensación a una persona declarada inocente, tratándola como si en realidad hubiera sido condenada. La resolución, aunque fue finalmente desestimatoria, confirma una ya antigua⁵⁴ línea jurisprudencial que extiende el derecho de la presunción de inocencia más allá de la sentencia, haciendo que la trascendencia del principio abarque, de nuevo, no ya todo el proceso penal, sino el sistema penal en su conjunto.

Esa línea no ha sido seguida por la jurisprudencia española. En realidad, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han prescindido de la mayoría de las consideraciones anteriores –salvo las relacionadas con la carga de la prueba– en beneficio de la construcción del ansiado estándar probatorio. Es decir, se ha seguido la línea de la jurisprudencia estadounidense, buscando no tanto un concepto –imposible– de “duda razonable”, sino intentando construir un estándar –algo paradójico– de qué es lo que tiene que hacer un tribunal para conseguir destruir la presunción de inocencia, obteniendo una condena.

Así creó el Tribunal Constitucional en 1981⁵⁵ el estándar de la “mínima actividad probatoria de cargo”⁵⁶, para indicarle a los tribunales inferiores el camino que habían de

⁵⁰STEDH 23-7-2013.

⁵¹STEDH Krause v. Switzerland, 3-10-1978, Allenet de Ribemont v. France, 10-2-1995.

⁵²HR Committee, General Comment No. 32, *Article 14: Right To equality before courts and Tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (2007).

⁵³STEDH 12-3-2013: “the presumption of innocence means that where there has been a criminal charge and criminal proceedings have ended in an acquittal, the person who was the subject of the criminal proceedings is innocent in the eyes of the law and must be treated in a manner consistent with that innocence. To this extent, therefore, the presumption of innocence will remain after the conclusion of criminal proceedings in order to ensure that, as regards any charge which was not proven, the innocence of the person in question is respected. This overriding concern lies at the root of the Court’s approach to the applicability of Article 6 § 2 in these cases.”

⁵⁴Entre otros, STEDH *Puig Panella c. España*, 25-4-2006.

⁵⁵STC 31/81, F.J. 3.

seguir para conseguir desvirtuar la presunción de inocencia. El concepto es un tanto impreciso y de formulación ambigua. Es impreciso porque cuando se habla de “mínima” actividad probatoria, no se quiere decir que el tribunal haya practicado al menos alguna prueba, sino que se hayan celebrado todas las pruebas razonablemente posibles para descartar la presunción de inocencia. Es decir, en realidad la formulación debería ser “máxima” y no “mínima” actividad probatoria.

Pero lo más grave es la ambigüedad del estándar. No se dice con precisión alguna en qué momento se considera suficiente la actividad probatoria de cargo realizada por un tribunal. Al contrario, todo se confía al reexamen de los tribunales superiores, en torno a si con las mismas pruebas que figuran en autos y que sirvieron al tribunal para condenar, el tribunal superior también habría condenado de haber conocido en primera instancia⁵⁷. Y ese examen se realiza no solamente en el Tribunal Supremo, sino también incluso en el Tribunal Constitucional⁵⁸... El problema no es que el examen sea, en realidad, ampliamente probatorio y no estrictamente de técnica jurídica. El problema es que el estándar no existe en realidad, y varía en cada caso concreto dependiendo de las impresiones del tribunal, que a veces especifica en la fijación de algunas orientaciones probatorias en casos concretos, que

⁵⁶Para su desarrollo doctrinal vid. MIRANDA ESTRAMPES, 1997. IGARTUA SALAVERRIA, 1995. NIEVA FENOLL, 2000.

⁵⁷Puede citarse casi cualquier sentencia a este respecto desde 1982. La más reciente: STS 118/2015, 21-1-2015, FD 1: “cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal “a quo” contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7). 5 Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio “*nemo tenetur*” (STS. 1030/2006 de 25.10).”

⁵⁸Entre otras muchas, STC 43/2014, FJ 4.

ya mencioné anteriormente. En consecuencia, la conclusión es, en pocas palabras, que no existe el estándar.

Ojalá en el futuro la jurisprudencia española se aproxime más en el punto de la presunción de inocencia a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Existe el problema de que en España no existe recurso de apelación contra las sentencias de los procesos con condena más grave –más de nueve años de privación de libertad–, y por eso el Tribunal Supremo, que es el órgano que conoce del único recurso –casación– tras la sentencia de primera instancia, realiza esta misión un tanto impropia. Confiemos en que, con la definitiva introducción generalizada de la apelación, cambie esta situación y despliegue el principio de la presunción de inocencia toda la eficacia expresada en este trabajo.

8. Bibliografía

ACCURSIUS, e.a., *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum*, Vol. 6, Lyon 1604.

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid 2011.

---, "Relevancia del concepto canónico de "certeza moral" para la motivación judicial de la "quaestio facti" en el proceso civil", *Ius ecclesiae*, Vol. 22, n. 3, pp. 667 y ss.

ANDRÉS PUEYO, Antonio / LÓPEZ, S. / ÁLVAREZ, E., "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA", *Papeles del Psicólogo*, 2008. Vol. 29(1), pp. 107 y ss.

AZZONE (o AZO o AZÓN), *Brocardica (aurea). sive generalia iuris*, Basilea 1567.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 34 y ss.

BENDER, Rolf / NACK, Armin, "Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre", *Deutsche Richterzeitung* 1980, pp. 121 y ss.

COHEN, Lawrence Jonathan, *The probable and the provable*, Oxford 1977.

DAHS, Hans / DAHS, Hans, *Die Revision im Strafprozess*, München 1972.

DE VEGA RUIZ, José Augusto, "La presunción de inocencia hoy", *Justicia* 1984, pp. 96 y ss.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, "Constitución y principios del proceso penal: contradicción, acusatorio, y presunción de inocencia", *RGD*, 1992, pp. 8116 y ss.

DIFONZO, Nicholas, *Rumor psychology: social and organizational approaches*, Washington 2007.

DURANDUS, Gulielmus, *Speculum iuris*, Venecia 1585.

EVERS, Andreas, *Begriff und Bedeutung der Wahrscheinlichkeit für die richterliche Beweiswürdigung*, Freiburg 1979.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid 2007.

---, "Los estándares de prueba en el proceso penal español", <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, "La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad", *Revista General de Derecho Penal*, 16, 2011, pp. 1 y ss.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona 2004.

GIGERENZER, G. *Decisiones intuitivas*, Barcelona 2008.

GOIDEL, Robert K. / SHIELDS, Todd G., "The Vanishing Marginals, the Bandwagon, and the Mass Media", *The Journal of Politics*, 1994, nº 56, pp. 802 y ss.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, "Presunción de inocencia, verdad y objetividad", en: GARCÍA AMADO (Coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Granada, 2014, pp. 109 y ss.

HALE, Matthew, *Historia Placitorum Coronae / History of the Pleas of the Crown*, London 1736.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia 1995.

JIMÉNEZ AGUIRRE, "Presunción de inocencia", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1990, p. 115.

KALUSZYNSKI, Martine, "Le retour de l'homme dangereux. Reflexions sur la notion de dangerosité et ses usages", *Nouvelle revue internationale de criminologie*, vol. V, 2008, pp. 1 y ss.

KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, Heidelberg 2010.

LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Madrid 1997.

LAUDAN, Larry, *Truth, error and Criminal Law*, New York 2006.

LEAL MEDINA, Julio, "El concepto de peligrosidad en el Derecho penal español. Proyección legal y alcance jurisprudencial. Perspectivas actuales y de futuro", *Diario La Ley*, nº 7643, 2-6-2011.

LEIPOLD, Dieter, "Wahrheit und Beweis im Zivilprozess", *FS Nakamura*, 1996, pp. 307 y ss.

LITINETSKAIA, Marina, "Dangerosité, délinquance et passage à l'acte: psychopathologie et predictivité", *Annales Médico-Psychologiques* (2012), doi:10.1016/j.amp.2012.01.009.

LLOBELL TUSET, Joaquín, "La certezza morale nel processo canonico matrimoniale", *Il Diritto Ecclesiástico*, 109/1, 1998, pp. 771 y ss.

MAIMÓNIDES, *Libro de los preceptos*, Buenos Aires 1985.

---, *Mishné Torá*, Tel-Aviv 1998.

MASCARELL NAVARRO, M^a José, "La carga de la prueba y la presunción de inocencia", *Justicia* 1987, pp. 631 y ss.

MEURER, Dieter, "Beweiswürdigung, Überzeugung und Wahrscheinlichkeit", *FS Tröndle* 1989, pp. 533 y ss.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona 1997.

---, "Licitud, regularidad y suficiencia probatoria de las identificaciones visuales", en: AAVV, *Identificaciones fotográficas y ruedas de reconocimiento*, Madrid 2014, pp. 143 y ss.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *Presunción de inocencia. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Pamplona 1999.

NIEVA FENOLL, Jordi, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000.

---, *La duda en el proceso penal*, Barcelona 2013.

PÉREZ RAMÍREZ, Meritxell / REDONDO ILLESCAS, Santiago / MARTÍNEZ GARCÍA, Marian / GARCÍA FORERO, Carlos / ANDRÉS PUEYO, Antonio, "Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales", *Psicothema* 2008. Vol. 20, nº 2, pp. 205 y ss.

PRÜTTING, Hanns, "Comentario al §286 ZPO", en: WIECZOREK / SCHÜTZE, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, tomo 1, Berlin 1994, pp. 1784 y ss.

REDONDO ILLESCAS, Santiago / ANDRÉS PUEYO, Antonio, "La Psicología de la delincuencia", en: *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 28, Nº. 3, 2007 (Ejemplar dedicado a: Predicción de la violencia), pp. 147 y ss.

---, "Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia", en: *Papeles del psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 28, Nº. 3, 2007 (Ejemplar dedicado a: Predicción de la violencia), pp. 157 y ss.

ROOK, Laurens, "An Economic Psychological Approach to Herd Behavior", *Journal of Economic Issues*, 2006, nº 40 (1), pp. 75 y ss.

ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, *Zivilprozessrecht*, München, 2010.

ROSENBERG, Leo, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1929.

RUIZ VADILLO, Enrique, "Hacia una nueva casación penal", en: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Granada 1995, pp. 434 y ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid 2012.

SCHERER, Inge, *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*, ("Prozessrechtliche Abhandlungen", Bd. 101). Köln, Berlin, Bonn, München 1996.

STANFORD, Craig B., "Avoiding Predators: Expectations and Evidence in Primate Antipredator Behaviour", *International Journal of Primatology*, 2001, nº, pp. 741 y ss.

STUMER, Andrew, *The presumption of innocence*, Oxford 2010.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid 2002.

---, *La semplice verità*, Bari 2009.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*. Barcelona 1984.

VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid 1993.

WEBER, Helmut, *Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess*, Tübingen 1997.

WHITMAN, James Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London 2005.